

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”
MESTRADO EM DIREITO

MARCELO TARLÁ LORENZI

***O CONTROLE DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA
PELA ADVOCACIA PÚBLICA.***

RIBEIRÃO PRETO

2015

MARCELO TARLÁ LORENZI

***O CONTROLE DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA
PELA ADVOCACIA PÚBLICA.***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Zaiden Geraige Neto.

RIBEIRÃO PRETO

2015

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

L869c Lorenzi, Marcelo Tarlá, 1976-
O controle da probidade administrativa pela advocacia
pública / Marcelo Tarlá Lorenzi. Ribeirão Preto, 2015.
112 f.: il.

Orientador: Prof. Dr. Zaiden Geraige Neto.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Direitos Coletivos e Cidadania. Ribeirão Preto, 2015.

1. Improbidade. 2. Moralidade Administrativa. 3. Tutela.
I. Título.

CDD 340

MARCELO TARLÁ LORENZI

O CONTROLE DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA PELA ADVOCACIA PÚBLICA.

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Ribeirão Preto para
obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 18 de setembro de 2015

Resultado: Aprovado

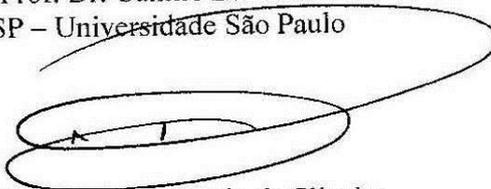
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Zaiden Geraige Neto
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto



Prof. Dr. Camilo Zufelato
USP – Universidade São Paulo



Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

Ribeirão Preto - SP
2015

Esse trabalho é dedicado a minha família.

AGRADECIMENTOS

Em especial a minha esposa Carla e minhas filhas Ana Cecília e Beatriz, pela compreensão aos longos períodos dedicados a este estudo, os quais a elas seriam devotados;

Ao meu orientador, *Prof. Dr. Zaiden Geraige*, pela participação fundamental no desenvolvimento e aperfeiçoamento do presente do trabalho, sua disponibilidade e atenção;

Aos amigos e colegas de mestrado e procuradoria, *Alexsandro Fonseca, Marcelo Carvalho, Marcelo Mazzei e Henrique Parisi*, pela parceria desenvolvida durante o período de estudo, imprescindíveis para conclusão e desenvolvimento das atividades rotineiras e a esta dissertação.

RESUMO

O presente estudo busca a delimitação do conceito de moralidade administrativa, considerando os aspectos jurídicos, sociais, históricos, culturais e políticos, bem como comentando os dispositivos da Lei nº 8.429/1992 e o art. 37, caput da Constituição Federal. São explicitadas as funções institucionais da advocacia pública, além de sua origem histórica e suas peculiaridades institucionais em cada ente federativo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), chegando-se à definição dos instrumentos processuais e extraprocessuais disponíveis para a advocacia pública para fins de tutela da moralidade administrativa, tais como a elaboração de pareceres normativos, súmulas administrativas, celebração de termos de ajuste de conduta (TAC), elaboração de minutas de lei, expedição de recomendações de conduta aos servidores públicos, atuação em processo administrativo disciplinar, participação efetiva em instrumentos de arbitragem, conciliação e composição amigável, ajuizamento de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, envio de projetos técnicos ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 13 da Lei nº 7.347/85) para obtenção de recursos financeiros para aplicação em políticas públicas de combate à corrupção no âmbito do ente federativo representado, assunção do polo ativo na ação popular (art. 6º, § 3º da Lei nº 4.717/65), entre outros instrumentos. Por fim, será demonstrada a atuação específica da advocacia pública na defesa da moralidade administrativa, comparando sua atuação nessa área com os outros órgãos legitimados, ressaltando a atual mudança do paradigma institucional, que está deixando de ser somente uma mera defensora do ente público ao qual está vinculado, passando a exercer o efetivo controle da legalidade dos atos administrativos, principalmente através da consultoria jurídica, abordando-se algumas das dificuldades enfrentadas pelos advogados públicos para consecução dessa mudança paradigmática, como a falta de autonomia funcional, administrativa e financeira, a tentativa constante de ingerência política no exercício das atividades funcionais, o preenchimento dos cargos de chefia ou direção por servidores comissionados alheios à carreira pública, a politização de questões técnico-jurídicas e a restrição à independência intelectual do advogado público.

Palavras-chaves: Improbidade. Moralidade Administrativa. Tutela. Advocacia Pública.

ABSTRACT

The present study aims to delimitate the concept of administrative morality, considering legal, social, historical, cultural and political aspects, as well as commenting the devices of the Law number 8.429/1992, and the article 37 of the Federal Constitution. The institutional functions of the public advocacy are described, as well as its historical origin and its institutional peculiarities in each federative entity (Federal, States, Federal District and Municipalities), coming to the definition of the procedural and extra-procedural instruments available to the public advocacy for purposes of guardianship of the administrative morality, such as the elaboration of normative reviews, administrative overviews, concluding terms of conduct adjustment (TCA), elaboration of law protocols, dispatch of recommendations of conduct for public servants, acting in administrative disciplinary process, effective participation in arbitration, instruments of conciliation and friendly composition, filing of public civil action by act of administrative misconduct, sending of technical projects to the Defense Fund of Diffuse Rights (art. 13 of Law No. 7,347 / 85) to obtain financial resources for application in public policies to combat corruption within the federal entity, taking over the active pole in the popular action (art. 6, § 3 of Law No. 4,717 / 65), among other instruments. Ultimately, the specific action of the public advocacy in the defense of administrative morality will be demonstrated, comparing the action in this field with other legitimated agencies, highlighting the current change in the institutional paradigm, which is ceasing to be just a mere defender of the public entity to which it is bounded, coming to exercise the effective control of the legality of the administrative acts, especially through legal advice, addressing some of the difficulties faced by attorneys in the achievement of this paradigmatic change, as the lack of functional, administrative, and financial autonomy, the constant attempt of political interference in the exercise of functional activities, the filling of management positions or direction by commissioned servers who are unrelated to the public career, the politicization of technical and legal issues, and the restriction of the intellectual independence of the attorneys at law.

Key-words: Misconduct. Administrative morality. Guardianship. Public Advocacy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	14
1.1 O PRINCÍPIO COMO ALICERCE DO ORDENAMENTO JURÍDICO	14
1.1.1 Os Princípios Jurídicos para Dworkin	15
1.1.2 Os Princípios Jurídicos para Alexy	15
1.1.3 A Evolução Principiológica após Dworkin e Alexy	16
1.2 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE	17
1.3 PREVISÃO CONSTITUCIONAL.....	18
1.4 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	18
1.4.1 A Moralidade antes da Constituição de 1988.....	20
1.4.1.1 Constituição de 1946	21
1.4.1.2 Constituição de 1967	22
1.4.2 A Moralidade após a Constituição de 1988 e a abordagem da Lei nº 4.717/65	24
1.5 A MORALIDADE E O ESTADO	27
1.6 MORALIDADE COMUM E MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	29
1.7 MORALIDADE E PROIBIDADE	32
1.8 A MORALIDADE NA LEI Nº 8.429/92	33
2. ADVOCACIA PÚBLICA	37
2.1 ORIGEM HISTÓRICA	38
2.2 SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO NO BRASIL.....	40
2.3 A ADVOCACIA PÚBLICA NO DIREITO COMPARADO.....	43
2.3.1 A Advocacia Pública no Sistema Jurídico da Common Law	44
2.3.2 Advocacia Pública nos Sistemas Jurídicos Socialistas.....	47
2.3.3 A Advocacia Pública nos Sistemas Jurídicos Romano-Germânicos.....	48
2.4 A ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO	52
2.5 AS PROCURADORIAS ESTADUAIS	54
2.6 AS PROCURADORIAS MUNICIPAIS	56
2.7 PRERROGATIVAS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DE SEUS MEMBROS	57
2.8 FUNÇÕES INSTITUCIONAIS	60
2.9 ADVOCACIA PÚBLICA E INTERESSE PÚBLICO	61
2.10 A ADVOCACIA PÚBLICA NO NOVO CPC	62

3. INSTRUMENTOS DA TUTELA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA PELA ADVOCACIA PÚBLICA	65
3.1 A LEGITIMIDADE DA DEFESA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA PELA ADVOCACIA PÚBLICA	70
3.2 ALGUNS INSTRUMENTO PROCESSUAIS E EXTRAPROCESSUAIS	71
3.2.1 Ação de improbidade administrativa.....	77
3.2.1.1 A prescrição na lei da improbidade administrativa	81
3.2.2 Assunção do pólo ativo na ação popular (art. 6º, § 3º da Lei nº 4.717/65)	83
3.2.3 Consultoria jurídica	84
3.2.3.1 Análise de editais de licitação	86
3.2.4 Súmulas administrativas.....	87
3.2.5 Elaboração de minutas de lei.....	90
3.2.6 Celebração de termos de ajuste de conduta (TAC)	91
3.2.7 Atuação em processo administrativo disciplinar	92
3.2.8 Envio de projetos técnicos ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 13 da Lei nº 7.347/85) para obtenção de recursos financeiros para aplicação em políticas públicas de combate à corrupção no âmbito do ente federativo representado	93
3.3 O ATUAL PARADIGMA INSTITUCIONAL.....	94
3.3.1 AUTONOMIA DA ADVOCACIA PÚBLICA.....	97
3.4 FREQUENTES PROBLEMAS NA CONCRETIZAÇÃO DA DEFESA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	99
CONCLUSÕES.....	103
REFERÊNCIA.....	106

INTRODUÇÃO

A moralidade administrativa está definida constitucionalmente como princípio norteador da Administração Pública (art. 37, *caput*, CF), sendo erigida à condição de interesse difuso da sociedade contemporânea.

Sua tutela, porém, pouco tem sido efetivada através da participação da advocacia pública, circunstância que ocorre por diversos motivos, como pela falta de autonomia institucional ou pela ingerência política direta.

Aliás, para a teoria política, o próprio princípio republicano gera implicitamente o dever de moralidade administrativa (*res publica*), sendo até mesmo desnecessária sua previsão explícita no texto constitucional.

A advocacia pública, conforme previsão constitucional (art. 131 da Constituição Federal) fomenta por meio da consultoria jurídica, a legítima adoção de políticas públicas pelo Poder Executivo, mormente através do resguardo da constitucionalidade e legalidade dos atos administrativos.

Neste contexto, a advocacia pública pode atuar como importante instrumento de controle prévio, interno e inibidor da edição de atos administrativos lesivos à moralidade administrativa.

Conforme elucida Rodolfo de Camargo Mancuso¹ a atuação do advogado público:

(...) se faz próxima aos centros de poder decisório do Estado, de tal sorte que atos, documentos e por vezes até mesmo programas governamentais passam a ter como condição de eficácia a intervenção técnico-formal desses agentes.

Contudo, a relação entre a advocacia pública e o poder constituído, marcada por frequentes laços de dependência e subserviência transforma, em algumas situações, os advogados públicos em meros defensores do administrador público detentor do poder, fugindo dos objetivos constitucionais atribuídos à advocacia pública relacionados com a moralidade administrativa e defesa do patrimônio público.

Verifica-se em muitos casos que a tutela em Juízo do patrimônio público depende da vontade política do administrador, estando condicionada à vontade do Chefe do Poder Executivo. É como se a defesa do patrimônio público fosse componente de uma política pública facultativa, opcional ao administrador, faculdade esta que não existe.

¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Advocacia do Setor Público: Riscos e obstáculos no limiar do novo milênio*. Revista dos Tribunais, v. 92. n. 807. 2003. p.27.

A defesa do patrimônio público é dever de todo servidor público e, em especial, de cada um dos entes públicos, sendo estes últimos detentores de legitimidade processual ativa para promoção dessa tutela.

Essa peculiar situação da Administração Pública brasileira, que é histórica, é bem destacada por Raymundo Faoro,² que aponta nossa comunidade política como patrimonialista e estamental.

Por seu raciocínio seria patrimonialista porque existe a confusão entre o bem público e o bem particular. É estamental porque é formada por estamentos constituídos por aqueles que detêm o poder. São nichos de poder formados independentemente da classe social ou econômica de seus membros - que necessariamente não pertencem às classes dominantes no sentido marxista - mas que são componentes de grupos políticos dotados de poder (estamentos), sendo pessoas “servidas de instrumentos políticos derivados de sua posse do aparelhamento estatal”.

Recorrendo novamente às palavras de Raymundo Faoro:

(...) dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo – assim é porque sempre foi³.

Trata-se de uma cultura arraigada no serviço público de total dependência da vontade do administrador eleito, mormente no sentido de optar por qual a medida mais adequada para a tutela coletiva do patrimônio público e da moralidade administrativa. Tem-se um verdadeiro *cabresto imaginário* quanto à atuação dos advogados públicos na defesa do patrimônio público, inclusive no que tange aos advogados públicos admitidos mediante concurso público e possuidores de estabilidade.

Assim, frequentemente o patrimônio público não é considerado como patrimônio de todos, mas é considerado como patrimônio de ninguém, livre de qualquer titular.

Para que se possa visualizar a pouca efetividade da atuação judicial da advocacia pública na tutela da moralidade administrativa, segundo dados estatísticos fornecidos pelo serviço de informação ao cidadão do Ministério Público Federal, o MPF somente no ano de 2009 ajuizou em todo o Brasil 476 ações de improbidade administrativa, tendo ajuizado 456 ações em 2010 e 430 ações em 2011.

² FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*, 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012.

³ Idem.

Já a Procuradoria do Município de Ribeirão Preto, Estado de São Paulo, segundo informações obtidas junto ao Cartório Distribuidor do Fórum estadual da Comarca, não ajuizou nenhuma ação de improbidade administrativa nos anos de 2005 a 2012, bem como não assumiu no mesmo período, como lhe faculta o art. 6º, § 3º da Lei nº 4.717/65, o pólo ativo nas ações ajuizadas, sempre optando pela defesa do ato impugnado, promovendo 58 defesas no período mencionado ou, ainda, mantendo-se apenas como terceiro interessado.

A partir de 2013, uma pequena modificação começou a ser esboçada, de forma tímida, com a assunção do pólo ativo de demandas que buscam apuração de ato de improbidade de agentes públicos municipais, mas já demonstrando uma clara mudança de perfil na condução da instituição Advocacia Pública Municipal

Quanto à relevância do estudo da defesa da moralidade e do patrimônio público, parcela da população brasileira já deu mostras de insatisfação com as recorrentes notícias de corrupção nos órgãos públicos, inclusive promovendo através de iniciativa popular a criação de leis que tutelam a probidade, como é o caso da Lei Complementar nº 135/2010, chamada de “Lei da Ficha Limpa”, além do surgimento de diversos movimentos sociais como a “Transparência Brasil” e o “Movimento contra a corrupção”.

Assim, justifica-se um estudo específico dos meios de tutela da moralidade pela advocacia pública, que, por representar diretamente o ente público ao qual está ligada (art. 131 e 132 da Constituição Federal e art. 12, incisos I e II do CPC), tem a possibilidade, através da consultoria jurídica, de efetuar o controle prévio na edição de atos administrativos acerca da observância dos princípios constitucionais.

Durante o presente estudo analisa-se a atuação da advocacia pública na tutela da moralidade administrativa e do patrimônio público, sendo destacados alguns instrumentos processuais e extraprocessuais disponíveis como concretização desse desiderato, apontando-se para a gradual mudança de paradigma quanto ao exercício de suas funções institucionais mediante o rompimento do estigma pautado na descompromissada defesa judicial do ente público e por algumas vezes, infelizmente, do próprio administrador público, como forma de chegar definitivamente a um estágio institucional baseado primordialmente no controle da legalidade dos atos administrativos, independentemente de eventuais vontades políticas dissociadas do interesse público, levantando-se, igualmente, às dificuldades mais frequentes para o livre exercício da advocacia pública no que concerne à defesa da moralidade administrativa e do patrimônio público.

A pesquisa aborda, ainda, a delimitação do conceito de moralidade administrativa sob os aspectos jurídicos, sociais, históricos, culturais e políticos, além da abordagem doutrinária sobre o assunto.

A Lei nº 8.429/92, que disciplinou o art. 37, § 4º da Constituição Federal, estabelece o procedimento e as sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa, tipificando de forma exemplificativa um rol de condutas consideradas ímprobas, como os atos que causem enriquecimento ilícito, prejuízo ao Erário ou que violem princípios da Administração Pública.

Após o estudo do instituto da moralidade administrativa, a pesquisa desenvolve a descrição das funções institucionais da advocacia pública, mostrando as peculiaridades institucionais de cada ente federativo, bem como a origem histórica e a posição da advocacia pública no direito comparado.

Finalizando, são estudados os instrumentos processuais e extraprocessuais disponíveis para a advocacia pública para fins de tutela da moralidade administrativa.

1. MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Deve-se entender por Moralidade Administrativa a conduta considerada adequada ao exercício da função pública, com respeito, ética, urbanidade, razoabilidade e proporcionalidade, definida por padrões de honestidade, transparência, participação, sintonia com as expectativas éticas da população e empenho, mostrando-se dispare daquela merecedora das sanções previstas na legislação. “A lealdade às instituições é uma faceta da moralidade e tem a ver com a assunção da missão institucional e com uma boa representação dos interesses do órgão público”⁴.

1.1 O PRINCÍPIO COMO ALICERCE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Inicialmente, na formação das teorias acerca da natureza dos Princípios dentro do ordenamento jurídico, debateu-se profundamente acerca da eficácia de seus efeitos, se tratados como regras de efeito concreto, ou ainda se condicionados a instrumentos regulatórios.

Regras e Princípios são díspares, todavia, estes possuem carga imperativa, diferenciando-se, em especial, pela eficácia jurídica própria de cada um.

Nas palavras de Barroso e Barcellos⁵: “Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem”.

Já em relação aos princípios continuam: estes “possuem maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações”, não podendo se falar em superioridade de um em relação ao outro, frente ao constante no ordenamento constitucional.

Já de acordo com uma das primeiras definições sobre sua eficácia, Crisafulli⁶ lecionava que:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais) das quais determinam, e, portanto, resumem,

⁴ Cartilha elaborada pela 5ª CCR em conjunto com a SECOM/PGR, em comemoração aos 20 anos na Lei 8429/92, lançada no XIII Encontro Nacional da 5ª CCR. Consultada em 28/05/2015 no sítio do MPF http://5ccr.pgr.mpf.mp.br/publicacoes/manuais-e-cartilhas/Cartilha_Versao_online_Encontro_CC5_102.pdf

⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: Revista do Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003.

⁶ CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, Milão, 1952. p. 112.

potencialmente o conteúdo, sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam ao contrário apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que a contém.

De efeito concreto ou abstrato, deduz-se em especial pela função orientativa que os princípios possuem, com maior ou menor carga valorativa frente ao caso concreto avalizado, mas de indiscutível mecanismo de integração da normativa posta.

1.1.1 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS PARA DWORKIN

Para Ronald Dworkin⁷ princípios nada mais são do que padrões a serem seguidos por necessidade de atendimento a critérios de equidade ou moralidade, e que servem de sustentação à defesa de direitos abstratamente considerados em sua origem, coletiva ou individualmente. Integram o sistema jurídico, na medida em que o ordenamento jurídico não pode ser instituído unicamente por regras formais.

Parte-se de um pré-conceito onde os princípios são considerados através de condicionantes morais, postos dentro de uma sociedade em determinado espaço e tempo, a fim de justificar as normas estabelecidas, indicando um caminho a ser observado.

Já as regras trazem carga efetiva determinante, dando imediata solução à questão posta, alcançando-se uma legitimidade ao ato, considerando-se, em eventual conflito de normas, a de maior hierarquia ou temporariedade, o que difere em relação aos princípios, admitindo estes uma prevalência em relação a outro, ou mesmo uma justa coexistência, sem exclusão do sistema vigente, tratando de verdadeira ponderação sobre seus valores frente à sua carga de repercussão social.

1.1.2 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS PARA ALEXY

Posteriormente à teoria apresentada por Ronald Dworkin, Robert Alexy traz nova visão sobre a existência e relevância dos princípios dentro do ordenamento jurídico, destoando da concepção positivista até então prevalente.

Grossmann⁸ aponta para a teoria de Alexy, para quem a diferenciação apresentada por Dworkin, sobre princípios que tutelariam direitos individuais ou direito coletivos, não deveria

⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: *A matter of principle*.

⁸ GROSSMANN, E. *Os Princípios Jurídicos em Robert Alexy. Tese de mestrado para o Programa de Pós-Graduação em Direito*. Orientador: Dr. Luís Fernando Barzotto. UNISINOS, São Leopoldo: agosto/2000, p. 94-95.

ser aplicada, sugerindo-se, então, a conceituação de forma mais ampla dos princípios, que acabariam por abarcar todas as espécies de direitos.

Todavia, ressalva deve ser feita acerca da teoria de Robert Alexy, na medida em que, para este, a diferenciação entre regras e princípios se apresentaria pela condição de coexistência entre princípios mesmo que colidentes, sendo as regras consideradas inválidas por mecanismos específicos, e a imperatividade da norma posta, sendo os princípios com carga normativa genérica, e as regras, criadoras de ações ou omissões específicas, de cumprimento obrigatório.

Princípios são ligados a valor social, lastreados em proporcionalidade, ou seja, buscam a maior abrangência possível dentro do ordenamento, considerando direitos coletivos ou individuais, tendo as regras determinações a serem observadas ou cumpridas.

Grossmann⁹, em observação ao trabalho de Alexy, aponta que o sistema jurídico deveria ser formado pelo conjunto de regras princípios e procedimentos, com todas as suas diferenças qualitativas, mas complementares, considerando para a sua aplicação, não só a abstração hipotética, mas que sejam analisados frente à sua operacionalidade fática, sob pena de engessamento.

Tal sistema se mostra relevante a partir da concepção de que a sua adaptação à realidade empírica minimiza a hipótese de equívocos e, conseqüentemente, amplia a sua efetividade.

1.1.3 A EVOLUÇÃO PRINCIPIOLÓGICA APÓS DWORKIN E ALEXY

As inúmeras teorias acerca de sua natureza jurídica impuseram uma sensível distinção estrutural, entre o que se definiu como sendo regras e princípios, o que possibilitou a formação de um novo sustentáculo da dogmática constitucional atual, e que se mostrou de grande relevância para a transposição do intitulado positivismo legalista.

Devotando referência às concepções de Dworkin, bem como ao equilibrado desenvolvimento proporcionado por de Robert Alexy, o sistema constitucional passou a admitir a interferência direta de princípios como valores jurídicos supra positivos, pautados pela aplicação e valorização dos denominados direitos de 3ª dimensão, fazendo referência às

⁹ GROSSMANN, op cit.

formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa, e que, nas palavras de Ingo Wolfgang Scarlet¹⁰:

(...) cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.

Parte-se, então, para a concepção de que a carga valorativa atribuída pelos princípios se insere na conduta ordinária do administrador público, necessariamente e independentemente da existência de positivação de sua essência.

1.2 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Inúmeros são os autores que buscaram estabelecer a definição sobre Moralidade.

Em termos simples, Moralidade pode ser conceituada como o conjunto de características da moral do indivíduo, bem como sua lealdade, boa-fé, disciplina e honestidade. Dentro da administração pública, seria espécie derivada do que identificamos por moral comum atuando, também, como característica dos conceitos de legitimidade política e de finalidade pública, características esperadas e inerentes ao bom servidor e à boa administração *latu sensu*.

Cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A Administração deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais¹¹.

Todavia, a configuração do conceito, em termo teóricos implica, necessariamente, a abordagem da análise contextual fática em que a decisão foi amparada, para que seja adequadamente retratada a figura da imoralidade administrativa, sempre asseverando a possibilidade de defrontarem-se situações de imoralidade, independentemente de tratar-se de ato com base legal.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p.58.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 85.

Para Maria Silvia Zanela de Pietro, “licitude e honestidade seriam os traços distintivos entre direito e moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual *non omne quod licet honestum est* (nem tudo o que é legal é honesto)”¹².

Ainda, Moreira Neto¹³ afirma ser “preciso considerar que o dever de seus agentes não é apenas o da mera gestão dos interesses públicos a eles confiados, mas, além dele, o de bem administrá-los”.

1.3 PREVISÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 05 de Outubro de 1988 trouxe, explicitamente, o dever do agente público, no exercício de suas atividades, de observância a certos princípios norteadores da boa conduta administrativa, para que toda e qualquer atividade administrativa, seguisse um patamar mínimo de legitimidade sendo, dentre eles, o princípio da Moralidade, de observância obrigatória para toda administração, seja ela direta ou não, de todos os Poderes:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

Mais que isso, em seu art. 5º, LXXIII, nossa Carta Maior apontou ser, todo cidadão, “parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

1.4 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

As primeiras menções feitas à definição sobre a ideia de moralidade administrativa surgiram no âmbito do direito privado, ao ser analisada os estudos sobre o abuso do direito, objetivando evitar desvios morais, tanto no exercício dos direitos, como na tentativa de sua

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2011. p. 77.

¹³ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 94.

efetivação, tendo sido apresentada, na lição de Antonio José Brandão, como sendo a “primeira intromissão da regra moral na esfera do jurídico”¹⁴.

Surgem, então, novas definições sobre conceitos e princípios imbuídos da essência de sentido moral, tais como o locupletamento ilícito e a obrigação moral, ou ainda, pela identificação e definição sobre as condutas de bom pai de família ou mulher honesta.

Todavia, a discussão acerca do sentido moral sobre os institutos de direito público apareceu somente nos primórdios do século XX, dentro do Conselho de Estado Francês, verdadeiro tribunal do contencioso administrativo, com o aperfeiçoamento do instituto do desvio de poder, como forma de se estabelecer o adequado cumprimento da atividade administrativa, e fins definidos pela lei e pelo interesse público.

Neste sentido, foi a partir do caso Gommel Sirey,¹⁵ de 1917, onde o precursor dos estudos acerca da moralidade administrativa, Maurice Hauriou, então membro integrante do Conselho de Estado Francês utilizou-se, pela primeira vez, da expressão “moralidade administrativa”.

Citando Maurice Hauriou em sua obra, Antônio José Abraão aponta¹⁶:

(...) a legalidade dos atos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei; mas a conformidade desses atos aos princípios basilares da “boa administração”, determinante necessária de qualquer decisão administrativa, é fiscalizada por outro recurso fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da “moralidade administrativa”.

Maurice Hauriou, ao definir moralidade preconizava como sendo:

(...) o conjunto de regras de conduta advindas da disciplina interior da Administração, apontava que “os agentes públicos não só precisam agir de acordo com as leis jurídicas vigentes, mas igualmente, respeitar a ordem interna da instituição pública”, conceituando-se, assim, moralidade pública¹⁷.

Moralidade administrativa, segundo o jurista Francês, começa a ser concebida iniciando pelo conceito de boa administração, caracterizada pelo adequado alcance aos objetivos tutelados pela ordem jurídica, assim como pelo interesse público.

¹⁴ BRANDÃO, Antônio José. *Moralidade Administrativa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 25, jul./set. 1951. p. 457.

¹⁵ Caso Gommel, Sirey, 1917, II, 25.

¹⁶ Idem. p. 464.

¹⁷ SILVEIRA MARTINS, Ana Sabrina. *Moralidade Administrativa no Estado Democrático de Direito*. Revista do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 19, nº 34, 1º sem. 2001. p.171.

Desta feita, a fiscalização do administrador não se restringiria à legalidade, mas deveria alcançar a análise dos motivos e fins a que se presta. Buscando amparar o controle da moralidade administrativa com a utilização da Teoria do Desvio do Poder¹⁸.

Historicamente, partiu-se da concepção do ato em desvio de poder, ligando-o diretamente à hipótese de moralidade administrativa, o que era entendido, regra geral, como sendo ato de ilegalidade.

No início do século XX, era prevalente a ideia positivista do Direito, havendo óbices ao controle judicial dos atos administrativos quando analisados aquém dos limites da legalidade, afastando qualquer embasamento normativo para que se aplicassem, como delimitados pelo ordenamento jurídico atual, princípios norteadores de conduta.

Acreditou-se, assim, na ilegalidade por desvio de finalidade, como componente inarredável da concepção e definição do ato administrativo, transformando a moralidade, como norma princípio de conteúdo eminentemente moral, em regra jurídica.

1.4.1 A MORALIDADE ADMINISTRATIVA ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Mantendo-se as lições de Maurice Hauriou e buscando-se garantir a ideia de independência à expressão moralidade administrativa, partiu-se para a defesa de diferenciação entre as concepções de moralidade e legalidade com a inclusão do erro de fato, além de enfatizar o controle dos motivos do ato como sendo intrinsecamente ligados à moralidade administrativa, não podendo sê-la identificada com a ideia de moralidade comum: “...ela é composta por regras da boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa.”¹⁹.

De outro lado, Lacharrière²⁰ apontava, diferenciando as regras da moral comum, pois são regras de boa administração, como sendo a moralidade administrativa: “o conjunto de regras que, para disciplinar o exercício do poder discricionário da Administração, o superior hierárquico impõe aos seus subordinados”.

Todavia, as ideias e concepções de Maurice Hauriou, bem como de seus seguidores, não foram mantidas na forma em que preconizavam, na medida em que, tanto a doutrina francesa, como seu tribunal de contencioso administrativo, firmaram entendimento de que o

¹⁸ SILVEIRA MARTINS, op.cit.

¹⁹ BRANDÃO, 1951. Op cit., p. 459.

²⁰ LACHARRIERE, René Ladreit de. *Le contrôle hiérarchique de l'administration dans la forme juridictionnelle*. Paris, Librairie du "Recueil Sirey", 1937.

controle da moralidade administrativa, tanto quanto da análise de situações de ilegalidade interna do ato (conteúdo ou objeto), quanto da análise de situações de ilegalidade interna oriunda dos seus motivos determinantes, aproximam-se sua análise, à da legalidade do ato administrativo.

... desafio está precisamente nisto: em permitir que os analistas do ato administrativo passem a distinguir claramente nos componentes do ato os requisitos que nascem das exigências legais, e destaca a importância de constar, a formação da vontade da Administração de um “a) ...um processo ordenado de formalidade; processo marcante da fronteira entre as garantias do administrado e da legalidade administrativa; processo cujo fim é o de assegurar o respeito dos interesses postos em causa; b) ... a obrigação, por assim dizer necessária, de fundamentar-se a decisão ou o ato; as razões motivantes do ato onde o objeto apareça certo e legal, conveniente e oportuno”²¹.

Assim, a análise do desvio de poder (entenda-se, do ato administrativo), frente à normatividade jurídica, deve ser feita com apoio no intuito moral do agente na escolha do fim concreto a que se destina, qual seja, a identificação do dever geral de boa administração.

Abstraindo-se o elemento moral dos demais constituintes do ato volitivo e motivador, o ato administrativo será incapaz de alcançar sua eficácia, comprometendo a própria essência do ato e seu conteúdo efetivamente de direito.

Ao se compreender a necessidade de externar o caráter volitivo e motivador do ato administrativo, sua competência, objeto possível, fim lícito e forma, para que o mesmo possa ser considerado como existente, identificamos no quesito objeto possível, a sua estreita correlação à moral.

1.4.1.1 CONSTITUIÇÃO DE 1946

No Brasil, a primeira referência à moralidade administrativa surge com a edição do Decreto nº 19.398/1930, que instituiu o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, e estabelecia a continuidade do ordenamento jurídico vigente até então, com ressalva expressa àqueles que não estivessem conforme o interesse público ou, ainda, que contrariasse a moralidade administrativa.

Com o advento da Constituição Federal de 1946, mais do que simplesmente prever a observância da moralidade por parte a administração pública, estabeleceu-se a possibilidade de se questionar a legalidade de atos que eventualmente implicasse em lesão ao patrimônio da

²¹ BRANDÃO, op. cit. p.107.

União, Estados e dos Municípios, seja da administração direta, seja da indireta, tendo como parte legítima ao pleito, qualquer cidadão, mostrando-se verdadeiro precursor da lei dos crimes de Responsabilidade, também do Presidente da República, Lei nº 1.079/1950, a lei nº 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto), dispondo sobre o perdimento de bens nas hipóteses de enriquecimento ilícito do agente público, por influência ou abuso do cargo ou função, antecessora da Lei nº 8429/92, bem como da ação popular, que viria a ser editada em 1965.

Em seu artigo 141, § 37 e 38, restava assegurado “a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos Poderes Públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas”, bem como que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista”²².

Na mesma esteira, também estabeleceu a Carta de 1946, os casos em que seria possibilitado o sequestro e perdimento de bens, bem como daqueles que incorressem em casos de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica²³.

1.4.1.2 CONSTITUIÇÃO DE 1967

Com o advento da Constituição Federal de 1967 houve uma manutenção das previsões acerca dos crimes de responsabilidade, assim como se previa a possibilidade de regulação dos procedimentos para perdimento de bens por lesão ao patrimônio público, além da possibilidade de perda de mandato parlamentar, nos casos de violação do decoro.

Percebe-se em seu texto, a ínsita intenção de dar guarida à proteção da coisa pública, coibindo-se a prática dos atos tidos como ilegais, assim como os imorais, recepcionando, novamente, a Moralidade como supedâneo de seus mecanismos de controle. *In verbis*:

art. 35: Perderá o mandato o deputado ou senador:

²² BRASIL, Constituição Federal de 1946 art. 141: (...)

§ 37: É assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos Poderes Públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas;

§ 38: Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

²³ Idem, art. 89: São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição federal e, especialmente, contra: ...; V - A probidade na administração.

art. 141, § 31, in fine: ... A lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.

...

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar ou atentatório das instituições vigentes.

Art. 82. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra a Constituição Federal e, especialmente:

...

V - a probidade na administração;

(...)

art. 153, § 11, *in fine*: ...Esta disporá, também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta²⁴.

art. 154: O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.

Independentemente da análise acerca da democracia vigente à época, a carta de 67, e sua sucessora emenda de 1969, estabelecia a possibilidade de perda da função pública, ou a inelegibilidade do candidato por ato de corrupção.

Art. 151. Lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos nos quais cessará esta, com vistas a preservar, considerada a vida pregressa do candidato: (Redação da pela Emenda Constitucional nº 8, de 1977)

I - o regime democrático;

II - a probidade administrativa;

III - a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico; e.

IV - a moralidade para o exercício do mandato. (Redação da pela Emenda Constitucional nº 8, de 1977)²⁵.

A partir de então, verificou-se uma grande formação de legislação com objetivo claro de combate aos desvios de conduta no exercício da atividade administrativa, em especial dos agentes políticos – Decreto-lei nº 201/1967 (crimes de responsabilidade de prefeitos) – além da Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/1985 – recepcionados e vigentes pelo ordenamento constitucional de 1988.

Nos dizeres do professor Hely Lopes Meirelles²⁶:

Impõe-se ao administrador público a obrigação de cumprir fielmente os preceitos do direito e da moral administrativa que regem a sua atuação, eis que o agente do poder “assume” para com a coletividade o compromisso de bem servi-la, porque outro não é o desejo do povo, como legítimo destinatário dos bens, serviços e interesses administrados pelo Estado.

²⁴ BRASIL, Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1 de 1969.

²⁵ idem

²⁶ MEIRELLES. op. cit. p. 89.

Verifica-se, assim, um forte movimento direcionado para a adequação das condutas dos agentes políticos e gestores públicos, instrumentalizando a coibição de práticas já consideradas como ilícitas ou, no mínimo, imorais.

1.4.2 A MORALIDADE APÓS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A ABORDAGEM DA LEI Nº 4.717/65

Com a promulgação da Constituição Federal de 05 de Outubro de 1988, foi dado imenso destaque à conceituação e definição da moralidade administrativa que, como já destacado, foi erigido à categoria de Princípio Constitucional, além de subsídio garantidor do direito de ação popular, frente à sua eventual infringência.

Por previsão inclusa em seu texto, a Constituição Federal de 1988 impôs ao administrador o dever de atuação restrita aos termos da lei, vinculados à moralidade administrativa, sob pena de serem considerados imorais e inválidos para todos os fins de direito.

Ao tratar do princípio da moralidade administrativa, os doutrinadores brasileiros partem da ideia de Maurice Hauriou, acerca da boa administração sem, contudo, lançar à questão uma visão mais objetiva sobre a moderação da atuação do agente público²⁷.

Para este autor, a moralidade administrativa era conceituada como sendo “Conjunto de regras de conduta advindas da disciplina interior da Administração”, considerando-se, ainda, que o que norteia a moralidade administrativa é seu fim (público).

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, tal disciplina referida por Hauriou, dentro do referencial de que a moralidade está inserida na finalidade pública, poderia ser compreendida como:

(...) um sistema de moral fechada [moral social, referida a um grupo determinado, em contraposição à moral aberta, individual e ligada à consciência que cada indivíduo tem sobre o bem e o mal], próprio da Administração Pública, que exige de seus agentes absoluta fidelidade à produção de resultados que sejam adequados à satisfação dos interesses públicos, assim por lei caracterizados e a ela cometidos [a Administração como uma instituição finalisticamente orientada – visando o interesse público]²⁸.

²⁷ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 190, out./dez. 1992. p. 2-3.

²⁸ Idem. p. 7-8.

Assim, o ato administrativo que violar os princípios inseridos na Constituição, bem como o bem comum, justiça ou a equidade poderá ser invalidado pela Administração emissora, ou ainda, pelo Poder Judiciário.

Nesta mesma linha, Maria Sylvia Zanella di Pietro²⁹ pontifica:

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

Também, Hely Lopes Meirelles³⁰, partindo das lições doutrinárias de Maurice Hauriou e outros, aborda a ideia do “bom administrador” e conceitua: o certo é que a *moralidade* do ato administrativo juntamente a sua *legalidade* e *finalidade*, além da sua adequação aos *demais princípios* constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima.

Nesta linha de raciocínio, os principais juristas que abordam o presente tema, destacam tratar do mesmo tipo de exame utilizado para a detecção dos vícios da discricionariedade, estabelecendo, ainda, que ocorrerá vício de moralidade administrativa, não concorrendo o ato para a identificação da adequada administração, quando praticado ato fundado em motivo inexistente, insuficiente, inadequado, incompatível ou desproporcional, ou ainda quando o objeto a ser alcançado pelo ato administrativo buscar algo impossível, desconforme – incompatibilidade lógica entre discricionariedade e interesse público, ou ineficiente.

Inobstante e independentemente dos mais variados posicionamentos apresentados, relacionando a moralidade administrativa com a teoria do desvio do poder ou com a da moral interna da Administração, com o dever de boa administração, ou outra que se apresente, imperioso se mostra destacar que permanecem dúvidas quanto ao conteúdo e à efetiva autonomia do princípio da moralidade administrativa, uma vez que a concepção trazida pela legislação de regência acerca da proibição administrativa acaba, em seu conteúdo, relacionando-a com o desvio de poder, ou mesmo às nulidades apontadas pela Lei da Ação Popular.

No contexto Constitucional, em um primeiro momento é apontada verdadeira causa de pedir da Ação Popular, que possui seu regramento na Lei 4.717/65, devidamente recepcionada

²⁹ Op. cit. p. 79.

³⁰ Op. cit. P. 90.

pelo novo ordenamento em 1988, inserida no inciso LXXIII de seu art. 5º e, de outra borda, eleva a moralidade administrativa a Princípio Constitucional.

Naquele, é concedida legitimidade a todo e qualquer cidadão brasileiro de ser parte em ação que busque “a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio”³¹, assim considerados os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

Imperioso destacar a necessidade de adequada caracterização de tais causas de pedir, na medida em que passam a identificar a lide posta, com a possibilidade de reconhecimento da conexão ou continência, da litispendência ou mesmo da coisa julgada.

Em seu artigo 2º, a Lei nº 4.717/65 estabelece, ainda, serem nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades indicadas no artigo 1º em casos de incompetência do agente, vício na forma de exarar o ato, ilegalidade do objeto, ausência de motivos ou, ainda, o desvirtuamento da sua finalidade.

Mais do que simplesmente elencar as possibilidades de reconhecimento de nulidade dos atos administrativos, a lei de regência da Ação Popular enumera, ainda, normas para o adequado reconhecimento destes vícios.

No parágrafo único de seu artigo 2º, alíneas ‘c’, ‘d’ e ‘e’, fica estabelecido que para a conceituação dos casos de nulidade, deverão ser observadas se a “ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo”, ou se a “a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido” ou, ainda, se “o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”³².

³¹ Lei 4.717/1965. Art. 1º Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

³² Art. 2º (...)

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

(...)

c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

De outro turno, a mesma Constituição Federal de 05 de outubro de 1998, em seu artigo 37, firmou, dentre os princípios elencados, o dever de atuação do agente público, servidor ou agente político, de atuar seguindo as regras estabelecidas fundantes do ordenamento jurídico, com ênfase ao Princípio da Moralidade, que repercute em todo o seu texto.

Certo o legislador originário ao estabelecer como princípio aplicável à Administração Pública o da Moralidade, e não sua subespécie, Princípio da Moralidade Administrativa, posto que de maior abrangência que este último, na medida em que estabelece deveres de conduto não somente atrelado à administração propriamente dita, relacionado à boa-fé do agente em sua atuação, mas também relacionado com o dever de probidade do administrador público.

Caracteriza a boa-fé um modelo de conduta social alinhado às ideias, regras e ideais de conduta baseada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses de terceiros, entendido como relativos aos indivíduos pertencentes a um conjunto juridicamente tutelado.

Por fim, a improbidade administrativa recebeu destaque ao ser contemplada com instrumento legal específico – Lei nº 8.429/92 – elencando suas hipóteses de ocorrência, imputando-lhe sanções.

Na mesma esteira, a Lei de Responsabilidade Fiscal também trouxe sanções para os administradores que atuarem com atos de violação à moralidade e probidade e, com relação à gestão financeira.

1.5 A MORALIDADE E O ESTADO

Pode-se dizer que um Estado sem controle navega contra a ideia de democracia, porquanto não há transparência para a aferição de sua atuação, vigorando completa submissão de seus governados.

Nesse sentir, a atuação da Administração Pública se dá através de um sistema normativo baseado na ideia de poder. Assim, à evidência de que desfruta desse “atributo”, não poderia ela atuar de forma limitada, sem observância da soberania da das leis.

Portanto, se exerce o poder para o povo e a vontade do povo é expressa em leis, está ela condicionada e caracterizada pelo *Estado democrático de direito*.

Nos dizeres de Montesquieu: “Todo aquele que tem poder, tende a abusar dele. Para evitar que os governos se transformem em tiranias, cumpre que o poder detenha o poder, porque o poder vai até onde encontra limites”³³.

O controle da administração nada mais é que a fiscalização exercida pelo poder público ou pelo cidadão quanto à atuação dos diversos órgãos da administração direta ou indireta, de qualquer esfera federativa ou de qualquer poder.

Por essa definição, deve-se entender que a fiscalização levada a efeito, tanto pelo poder público, quanto pelo cidadão, não tem somente o condão de aferição, mas principalmente de monitoração e de correção dos atos praticados pela Administração Pública.

Com o advento da nova ordem constitucional, o controle da administração foi destinado ao próprio Estado, que a pratica de forma interna ou externa. O primeiro realizado pela administração e seus órgãos. O segundo, por outros entes do Estado que não fazem parte da Administração (legislativo e judiciário).

Dentro do atual cenário estatal, onde a administração pública busca a harmonia entre os diversos setores da sociedade, toda ato deve ser manifestado, dentro de cada ente público, e por cada um de seus agentes, lastreando sua conduta em características inerentes ao princípio da moralidade, os quais podem ser equiparados à honestidade, boa-fé, retidão, lealdade, bem como na garantia ao atendimento do interesse público, aqui entendido como sendo o interesse de cada integrante desta sociedade, configurando o texto estabelecido no artigo 37 da atual Carta Constitucional.

Essa é a moralidade que deve supedanear a formação dos atos administrativos estatal, de natureza eminentemente objetiva, devendo ser esta a finalidade buscada pelo agente público.

Mais do que simplesmente embasar a formação do ato administrativo, a boa-fé objetiva da Administração deve, também, buscar a garantia de segurança à confiança que cada um dos eleitores coloca em seus gestores públicos, em suas instituições e demais agentes, bem como relacionado a outras medidas adotadas pela Administração Pública.

Nesse sentir, a lição da eminente Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha:

(...) no Estado Moderno, especialmente com o modelo intervencionista que passou a predominar no presente século, a exigência de moralidade administrativa firmou-se como um dos baluartes da confiança do povo no próprio Estado, cujas funções são desempenhadas pelos agentes. A moralidade administrativa tornou-se não apenas

³³ Apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. 2ª edição, 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2012. p.11.

Direito, mas *direito público subjetivo do cidadão: todo cidadão tem direito ao governo honesto* (itálico no original).³⁴

De outra borda, e não de somenos importância, o aspecto subjetivo do princípio da moralidade está direcionado ao dever de probidade administrativa, imputando a todo e qualquer agente público, independentemente da esfera de atuação, a determinar sua conduta de acordo com as atribuições a honestidade, a retidão de caráter e a justiça, em franca contraposição ao entendimento de ato de corrupção.

Para José Afonso da Silva:³⁵ “A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”.

Estabelecer a correlação da moralidade administrativa com o ato de corrupção ou com a desonestidade do agente deve ser natural e diretamente relacionado à ideia de senso comum de moralidade.

Diante de tais referências, acreditamos que a Carta Constitucional estabeleceu em seu corpo a moralidade administrativa através de institutos jurídicos distintos:

Primeiramente, como causa de pedir da ação popular (art. 5º, LXXIII), a qual restou recepcionada a regulamentação posta através da Lei nº 4.717/65 e, de outro lado, como princípio subjacente à Administração Pública (art. 37, *caput*), que vem estabelecer parâmetros mínimos para a formação e aplicação dos atos de direito junto à Administração Pública, além de pretender estabelecer a boa-fé objetiva para a Administração e a necessidade de condução com probidade por parte de todos os agentes públicos.

1.6. MORALIDADE COMUM E MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Conforme os princípios basilares que determinam a boa administração, a moralidade administrativa trata da conduta interna e adequada a uma moral específica orientada pelo respeito à legalidade, à justiça, à conveniência social, à honestidade, à probidade administrativa etc.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁶ leciona que o princípio da moralidade consagra a antiga distinção entre Moral e Direito como sendo “círculos concêntricos, sendo o maior correspondente à moral e, o menor, ao direito”.

³⁴ ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 190.

³⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p.669.

³⁶ DI PIETRO, 2011. p.96.

A Moral pode ser estabelecida como sendo o que a sociedade considera como sendo adequado para o comportamento de um indivíduo, em determinada cultura e espaço temporal, utilizando-se de conceitos abstratos que limitam a interpretação e extensão dos demais princípios e regras durante a pesquisa e solução de problemas práticos.

Não deve ser confundida com as regras normativas impostas pelo estado, e que possuem carga impositiva de atendimento obrigatório, bem como, por sua característica, não possuir conteúdo ético. A Norma positivada deve ser relativamente neutra acerca de conceitos subjetivos, sob pena de ausência de equidade.

Em verdade, há diversas formas de considerá-la. A filosofia da moral busca estabelecer regras estáveis e universalmente válidas para a boa conduta da vida em sociedade. O ideal do melhor agir ou do melhor ser. Tende a ter caráter normativo naturalístico.

Em contrapartida, a ciência da moral constata o relativismo cultural e o adota como pressuposto, qualificando o bem e o mal, assim como a virtude e o vício com base em seus fundamentos social e histórico, tendendo a ter caráter explicativo e de análise, concentrando sua atenção no conhecimento da diversidade cultural e de seus pressupostos normativos.

O princípio da moralidade tem o condão de estabelecer ao agente público, o respeito às regras morais de conduta, mesmo contra expressa vontade da lei. Trata-se de verdadeira regra de direito natural intencionalmente atribuída à atuação da administração.

No âmbito privado, o indivíduo deve conduzir-se de acordo com o que não se encontra vedado em lei, mesmo que diante aos olhos da sociedade seja uma conduta moralmente inaceitável.

Já no âmbito da Administração, aquele que se encontra imbuído da função pública, não só deve atuar de acordo com as prescrições legais mas, também, adequando-se ao regramento moral, sob pena de ter considerado invalidado o ato produzido.

Trata-se de princípio que preside um conjunto de regras próprio da administração pública, que exige dos seus agentes responsabilidade para com os resultados dos atos executados em ocasião da administração da coisa pública sendo, portanto, reconhecida como objetivando fins sociais.

Neste sentido, importa asseverar que a diferenciação entre o que seria considerado como ato moralmente adequado, e aquele que violaria tal conceito, jamais foi de fácil compreensão.

Com o advento da Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa restou identificada uma classificação, *numerus apertus*, acerca do que deveria ser compreendido

como atos viciados em seu conteúdo moral, em face do dano provocado, ou do benefício proporcionado ao agente.

Em seu texto normativo, a Lei de Improbidade estabeleceu três seções distintas, atribuindo a cada uma delas, seu conteúdo de abrangência, como sendo, os atos de improbidade que importarem em enriquecimento ilícito³⁷, atos que causem prejuízo ao erário³⁸, além dos atos de improbidade que atentem contra os princípios da administração pública³⁹.

Além da Lei de Improbidade, outros instrumentos legais foram editados, especificamente para maior alcance e efetividade do princípio constitucional da moralidade administrativa. Entre eles, podemos destacar o Decreto 1.711/94 – Código de Ética para o executivo federal e a Lei 9.784/99, que versa sobre o processo administrativo em âmbito federal, e que determina a “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”⁴⁰.

Para Tácito⁴¹:

O princípio da moralidade administrativa pressupõe exame dos motivos do ato administrativo em conexão com o vínculo legal à finalidade legítima da competência. Se o administrador coloca seus poderes a serviço de interesses pessoais exclusivos ou de conceitos que discrepam de valores morais respeitáveis, o ato administrativo, ainda que aparentemente válido, se torna viciado e passível de anulação por desvio de finalidade.

Verifica-se, então, que a moralidade administrativa, passando expressamente à categoria de Princípio Constitucional, adotado por nossa Carta Maior de 1988, deixa de apresentar-se, exclusivamente, como preceito ético, com caráter teleológico, passando a adotar valor deontológico, não devendo ser adotado limites à sua extensão.

³⁷ Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:(...)

³⁸ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:(...)

³⁹ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:(...)

⁴⁰ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

...

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

⁴¹ TÁCITO, C. *Moralidade Administrativa*. In: Revista do Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 218, out./dez. 1999. p. 9.

Imoral será o ato emanado de autoridade e que não respeite as formalidades exigidas à sua espécie, quando não respeite a oportunidade e conveniência, quando transcender seus objetivos legais, alcançando a esfera privada da autoridade expediente, ou ainda, quando a sua formação estiver eivada de má-fé.

1.7 MORALIDADE E PROBIDADE

A Constituição Federal, em seu artigo 37 *caput*, combinado com o seu parágrafo 4º, estabelece a identidade dos atos de improbidade administrativa como sendo aquele violador do ordenamento vigente, em seu sentido de moralidade administrativa.

Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, quer dizer que não basta a legalidade formal e estrita da atuação do agente público, com observância da lei. É preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e da disciplina interna da administração Pública ⁴².

No entanto, probidade administrativa não se confunde com moralidade administrativa. A probidade parece ser a especificação da moralidade quando observado que determinada prática de conduta desonesta ou desleal agride a Administração Pública.

Analisando-se o texto constitucional, mais especificamente o artigo 37 *caput* e seu §4º, temos que o legislador constituinte não adentrou na diferenciação acerca de eventual distinção entre a denominação “moralidade” e a “probidade”.

Em seu entender, foi identificado como sendo a probidade, os atos exarados com observância da “moralidade administrativa”, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 4º - Os **atos de improbidade administrativa** importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.⁴³

A improbidade administrativa parece ser uma forma de agressão ao subprincípio – probidade administrativa, e acarreta o estabelecimento de sanções jurídicas de repressão do desvio de comportamento do titular do *múnus publico*, e que viola o princípio constitucional

⁴² DI PIETRO, 2011. p.82

⁴³ BRASIL, Constituição Federal de 05 de Outubro de 1998.

geral da moralidade administrativa visto como mais amplo e hierarquicamente superior, o que provoca a incompatibilidade jurídica entre o ato imoral e o regime jurídico administrativo.

Fala-se, então, do dever de probidade que encontra fundamento na lei nº 8.429/92, que bem delimitou as hipóteses de ocorrência de ato de improbidade administrativa, atribuindo-lhe sanções, conforme preconizado pelo texto constitucional⁴⁴.

Para Odete Medauar⁴⁵ a improbidade “Tem um sentido forte de conduta que lese o erário público, que importe em enriquecimento ilícito ou proveito próprio ou de outrem no exercício de mandato, cargo, função, emprego público”.

Tem-se, desta forma, que o ato de improbidade administrativa é identificado pelo descumprimento do ordenamento jurídico constitucional por parte dos agentes públicos, todavia, vinculado ao preenchimento de requisitos subjetivos de comprovação de culpa, quais sejam, o dolo e a culpa *strictu sensu*, sendo que, em alguns casos, somente haverá a configuração do ato de improbidade no caso de ação ou omissão dolosa, não podendo se falar, na espécie, de responsabilização objetiva do agente.

De outro lado, a despeito da possibilidade de estabelecer a sanção pelo ato de improbidade, não haverá, necessariamente, a nulidade do ato praticado dentro das modalidades elencadas, quando se possa verificar que, a despeito do vício na conduta do agente, o ato tenha sido validamente praticado, como no caso do agente público receber vantagem financeira de particular, para ser praticado ato legalmente previsto.

1.8 A MORALIDADE NA LEI 8.429/92

Nos termos preconizados pela nossa Carta Maior, em seu artigo 2º, a atribuição do Poder do Estado, aderindo aos ensinamentos de Montesquieu, é estabelecida a três personalidades distintas em conteúdo e atividade, independentes entre si, mas com dever de observância à ideia de convivência harmônica, tendo cada um destes poderes a atribuição de função primordial ao bom funcionamento do Estado.

Ao presente trabalho, enfatizamos as atribuições concernentes ao Poder executivo, que, nos dizeres de Lucia Valle Figueiredo⁴⁶:

⁴⁴ Constituição Federal de 1988, art. 37, § 4º: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

⁴⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Brasileiro*. 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 140.

⁴⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8ªed. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 34.

(...) a função administrativa consiste no dever do Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos sob o regime prevalecente de direito público, por meios de atos e comportamentos controláveis internamente bem como externamente pelo Legislativo (com auxílio do Tribunal de Contas), atos, estes revisíveis pelo Judiciário.

O artigo 37 da Constituição Federal, *caput*, previu uma série de princípios norteadores da atividade administrativa, qual seja, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além de outros esparsos no texto constitucional, e legislação extravagante, mas não de somenos importância para a Administração Pública.

Dentre os elencados, o princípio da moralidade apresenta-se de suma importância ao exame do presente trabalho. Valendo-se da doutrina de Maurice Hauriou, Hely Lopes Meirelles⁴⁷ pontifica:

(...) o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: 'nom omne quod licet honestum est'. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para a sua conduta interna, segundo exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, § 4.º preconiza que "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível". Ainda, aponta em seu artigo 5º, LXXIII o direito fundamental do cidadão de buscar, através da ação popular, a anulação de ato lesivo à moralidade administrativa.

A moralidade administrativa nasce como antecedente lógico de toda e qualquer atuação do agente público, político ou efetivo, que deve ser baseada na honestidade, na boa-fé, na lealdade e com o objetivo primeiro de boa administração, vale dizer, sem desvio de poder.

O ato administrativo, por força da legalidade, deve pautar-se nos ditames prescritos em lei. Mas por outro lado, além de ser pautado em norma jurídica, não se pode dar a tal ato

⁴⁷ MEIRELLES, Op cit. p.89.

finalidade outra que não aquela inserida na órbita de atribuições de quem o praticou. Vale dizer, o administrador, na prática do ato administrativo, deve primar pela honestidade e pelo bem comum.

O agente público deve exercer a função pública investida, orientado por padrões de comportamento que se baseiam na imparcialidade, na honestidade, na probidade, abstendo-se de utilizar a Administração Pública para auferir vantagens indevidas ou até mesmo para facilitar interesses familiares, pessoais ou de estranhos, atingindo finalidades não queridas pela lei.

Nesse sentido, o STF, no julgamento do RE 579951, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, entendeu que, v.g., a prática de nepotismo viola sobremaneira, não só o princípio da moralidade administrativa, como o da impessoalidade, assim afirmou:

A Constituição de 1988, em seu art. 37, caput, preceitua que a Administração Pública rege-se por princípios destinados a resguardar o interesse público na tutela dos bens da coletividade. Esses princípios, dentre os quais destaco o da moralidade e o da impessoalidade, exigem que o agente público pautar sua conduta por padrões éticos que têm como fim último lograr a consecução do bem comum, seja qual for a esfera de poder ou o nível político - administrativo da Federação em que atue. Nesse contexto, verifica-se que o legislador constituinte originário, bem assim o derivado, especialmente a partir do advento da Emenda Constitucional 19/1998, que levou a cabo a chamada "Reforma Administrativa", instituiu balizas de natureza cogente para coibir quaisquer práticas, por parte dos administradores públicos que, de alguma forma pudessem buscar finalidade diversa do interesse público. Uma dessas práticas, não é demais repisar, consiste na nomeação de parentes para cargos em comissão ou de confiança, segundo uma interpretação equivocada ou, até mesmo, abusiva dos incisos II e V, do artigo 37 da Constituição (...)⁴⁸.

A probidade administrativa, como esclarece Wallace Paiva Martins Júnior⁴⁹:

(...) atua no aspecto repressivo jurisdicional (sem prejuízo do poder disciplinar e do controle administrativo específico, impondo apuração e punição dos atos de improbidade administrativa) pela censura aos atos que revelem a inabilitação moral e o desvio ético (independentemente de prejuízo ao erário) no exercício de função pública, ou seja, o vício de improbidade administrativa (servir-se o agente público de função pública para angariar ou distribuir, para si ou terceiros, vantagem imoral ou ilegal, decorrente do exercício da função, de qualquer natureza e por qualquer modo, com violação aos princípios, regras e deveres, causando prejuízo moral ou material), que gera a nulidade do ato e é concebido em três espécies: enriquecimento ilícito no exercício de função pública, prejuízo patrimonial ao erário e atentado aos princípios da Administração Pública.

A Lei n. 8.429/92 foi idealizada em um momento em que a sociedade brasileira vivenciava momentos de grave tensão de valores éticos na Administração Pública, vindo a

⁴⁸ Brasil, STF - RE 579951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 20.08.08.

⁴⁹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 498.

disciplinar matéria de indeclinável importância para a sociedade, tornando-se instrumento indispensável na busca por coibir e punir práticas lesivas não só ao erário público mas, também, à própria sociedade, dispondo sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos, nos casos em que restar configurada a prática de ato de improbidade administrativa.

Referida legislação contempla graves penas ao responsável que age contra a probidade da Administração Pública, se beneficiando e enriquecendo ilicitamente em detrimento da coletividade. Tais condutas, elencadas pela lei apenas de forma exemplificativa, tratam do ato de improbidade do agente público nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, lesão ao erário e atos contrários aos princípios da Administração Pública.

Ademais, também existe a possibilidade da aplicação do crime de responsabilidade àquele agente político que ocupa altos cargos públicos, estando incurso no artigo 85, da Constituição Federal de 1988, além da lei nº 1.079/50, alterada pela lei nº 10.028/00 e no Decreto-lei nº 201/67.

Há quem sustente que o agente incurso no crime de responsabilidade não responderá pelas sanções da lei de improbidade administrativa, o que sensivelmente contraria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além de ser contrário também ao próprio Estado Democrático de Direito e, por consequência, à moralidade administrativa, privilegiando a corrupção em larga escala. A lei de improbidade administrativa não exclui a aplicação de sanções penais, civis e administrativas, podendo o agente político ímprobo responder também pelo crime de responsabilidade, conforme tipificado em legislação própria abordada anteriormente⁵⁰.

Percebe-se, pela leitura de seu texto, que a Lei de Improbidade Administrativa, não teve a intenção de responsabilizar o agente público, servidor ou não, pelo simples resultado danoso, considerando, tão-somente o fato e não o autor.

Vale dizer, não basta a comprovação do dano e do nexo de causalidade entre o dano e o agente causador da conduta ilícita. A lei de improbidade adotou a teoria subjetiva para responsabilizar o agente por ato de improbidade.

Pela leitura dos artigos 9º 10º e 11º, percebe-se que o legislador utilizou-se de dois mecanismos de integração da norma jurídica, consubstanciadas na utilização de conceitos ou fórmulas jurídicas abertas, possibilitando identificar condutas de violação à probidade administrativa diversas das expressamente previstas, mas que resultem em enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e violação aos princípios regentes da Administração Pública, bem como na formulação dos incisos meramente exemplificativos, buscando facilitar a interpretação de condutas possíveis a serem praticadas pelos agentes públicos, servidores ou não, caracterizadoras de improbidade.

⁵⁰ SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; DUZ, Clausner. *Disciplinaridade da Improbidade Administrativa no Atual Cenário Brasileiro*. Diritto & Diritti, v. 281010, 2010. p. 81.

2. ADVOCACIA PÚBLICA

A Advocacia de Estado é atividade diretamente vinculada ao Estado Democrático de Direito, e visa o resguardo do Estado em juízo, assim como ao assessoramento aos desenvolvimentos das rotinas públicas.

A advocacia é uma profissão, mas não é apenas uma profissão, é também um *munus* e “uma árdua fátiga posta a serviço da justiça”, como disse Couture. É especialmente, um dos elementos da administração democrática da Justiça. É a única habilitação profissional que constitui pressuposto essencial à formação de um dos Poderes do Estado: o Poder Judiciário⁵¹.

A Constituição Federal de 05 de Outubro de 1998 trouxe grande inovação na estrutura político-administrativa de República Federativa, ao outorgar aos municípios brasileiros a condição de Membros da Federação, projetando, ainda, um sistema que alicerça a atuação das três esferas federativas, e garantindo a atuação pautada nos princípios da administração, na legalidade e na legitimidade do Poder Público.

Assim, a Advocacia Pública assume fundamental importância no controle dos princípios encartados em nossa Constituição, na defesa da instituição administrativa, do interesse público e dos direitos constitucionais, exercendo função orgânica de Estado e essencial à justiça, com atribuição de defesa institucional da Administração Pública, fundamentada pelo soberano interesse público e pelos princípios constitucionais.

A estruturação adequada da Administração Pública, voltada para a aplicação das políticas públicas de Estado, pressupõe Advogados Públicos que possam garantir continuidade aos projetos. Ou seja, o corpo funcional que compõe a estrutura efetiva do serviço público é importantíssimo para a Administração e, como consequência lógica, para a sociedade brasileira.

Da mesma forma e sob os mesmos fundamentos, as atribuições da função da Advocacia Pública decorrem de uma competência constitucional, e tem mais uma garantia agregada às prerrogativas funcionais que a lei assegura aos seus servidores: a sua atuação é a expressão do Estado Democrático de Direito.

E é com eficiência, lealdade, profissionalismo e especialização que os advogados públicos inseridos na organização administrativa devem responder com sua atuação, porque existe uma sociedade que deve ser atendida, muito além de um governo político.

⁵¹ SILVA, José Afonso. *A Advocacia Pública e Estado Democrático de Direito*. Revista de Direito Administrativo – FGV. Rio de Janeiro. Vol. 230. Out./Dez 2002. pag. 281.

O advogado é instrumento de garantia ao acesso à justiça, à implementação dos direitos, das políticas públicas e sociais, de defesa e o devido processo legal. Ou seja, defende a ordem jurídica instituída. Ele também incorpora a essas funções o compromisso com o interesse público, o que é uma garantia do cidadão também na atuação judicial.

Daí a importância de termos instituições bem estruturadas e fortalecidas, e as atribuições e prerrogativas dos Advogados Públicos respeitadas, a fim de que o Estado Democrático de Direito seja efetivamente implementado e seus princípios e normas basilares observadas, em benefício do bem comum.

2.1 ORIGEM HISTÓRICA

Para que se possa estabelecer o histórico acerca da função do advogado público, necessário se faz a digressão até seu nascedouro, identificando o momento em que se apresentou a personificação do Procurador Público, imbuído não da defesa das cidades, mas também em relação ao patrocínio da defesa da lei estatuída pelos governantes da época.

O Procurador do Município do Rio de Janeiro, Dácio Augusto Chaves de Faria⁵², realizando belo trabalho acerca da história da advocacia pública no Brasil, aponta que:

A primeira notícia que se tem da função de Procurador Público vem da civilização helênica, berço da advocacia. Tratava-se do causídico – escolhido entre os melhores oradores – encarregado de promover a defesa da cidade nas lides com outras comunidades. Sua importância social era de especial relevo, em razão do interesse público que patrocinava.

O autor também descreve que, tida como uma das mais antigas profissões conhecidas, a advocacia mostra-se, no mais das vezes, atividade com grande carga de paradoxos, vez que, a despeito de estar vinculada à defesa de direitos, ela é necessariamente uma instituição parcial, já que, primordialmente, não visa efetivamente a buscar a verdade, mas sim a dos interesses de seu patrocinado.

Aqui, talvez, resida a maior das diferenças entre a advocacia pública da privada, posto que, como servidor público, o advogado público (procurador/advogado/defensor) está diretamente obrigado ao respeito e observância da lei.

Ao agente público somente está autorizado a fazer o que a lei determina.

⁵² FARIA, Dácio Augusto Chaves de. *A Ética Profissional dos Procuradores Públicos*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, nº 46. 1994. p. 82-84.

Na análise da história, temos Moises, no Êxodo⁵³, com o primeiro relato descritivo acerca da tentativa de defesa de direito, quando assumiu a liderança da defesa de seu povo invocando a Lei Mosaica, que é composta por um código de normas, com 613 disposições, ordens e proibições, mais conhecida como Torá, que pode significar lei como também instrução ou doutrina.

Todavia, nos moldes que mais se aproxima aos mecanismos de defesa que conhecemos, considera-se a Grécia como o berço da profissão, onde, através dos grandes mestres da oratória, tais como Temístocles, Isócrates, Péricles e outros, por sua persuasão e retórica, estabeleceram novos mecanismos de defesa de direitos.

Após a codificação imposta por Dracon, que mais traduzia a sua influência religiosa e estabeleciam benesses tão somente aos pertencentes à classe dos eupátridas, em contraposição das condições duríssimas, e que estabeleciam ofensa direta às divindades, Sólon protagonizou profundas modificações ao introduzir nova codificação, trazendo a patamares pagãos a regulação da vida da sociedade da época, tendo sido, ainda, o precursor na regulamentação da advocacia como profissão.

Encontra-se na história, ainda, que Tucídides, embora notável erudito e historiador, não possuía conhecimentos suficientes no ordenamento jurídico vigente, e, envolto em profunda e onerosa demanda, não admitindo ser representado por quem quer que fosse, confiante em sua oratória e conhecimento, quase viu esvaziado seu patrimônio⁵⁴.

A partir de então, uma nova corrente denominada de sofista, utilizando-se de sua retórica e conhecimento, tornaram-se prodigiosos em matéria de formar advogados, reconhecidos por sua capacidade oratória.

Paulo Luiz Netto Lobo⁵⁵ aponta que, em Roma, o exercício da advocacia estava restrito à aplicação das XII tábuas. Todavia, teria sido através do Imperador Justiniano – no então Império Bizantino, que teria sido constituída a primeira Ordem de Advogados no Império Romanos do Oriente.

Nos moldes em que delimitava o exercício da atividade advocatícia, esta primeira Ordem de Advogados exigia que todo aquele que desenvolvesse tal mister, deveria ter um registro no foro local, de gozar de boa reputação, além de aprovação em um exame de

⁵³ Bíblia Sagrada, Livro do Êxodo.

⁵⁴ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Ética Jurídica*, 1ª ed. São Paulo: Desafio Cultural 2002.

⁵⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Novo Estatuto da Advocacia e da OAB*, Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p.5.

conhecimento acerca da jurisprudência dominante e respeitar a atividade com o que hoje denominamos de ética, moral e boa-fé.

Inobstante todos os requisitos necessários ao exercício da advocacia, durante o período colonial, tal atuação se dava de certa maneira pouco restritiva, na medida em que as pessoas simplesmente aprendiam e então exerciam a advocacia.

2.2. SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO NO BRASIL

No Estado brasileiro, a advocacia inicia sua história através das Ordenações Filipinas, criada em Portugal e que obrigava o profissional que atuaria na advocacia, a necessidade de formação jurídica e, então, aprovação para atuar na Casa de Suplicação, além do atendimento às normas ético-profissionais, o que acabava por estabelecer severas restrições ao seu acesso.

Tal formação se dava através de longo curso junto à Universidade de Coimbra, onde optava-se pelas áreas de atuação – Direito Civil ou Canônico, ou ambas, colocando, assim, o título de bacharel ao alcance apenas da mais alta burguesia portuguesa.

Mostrando-se a designação de advogado como sendo, praticamente, um título de nobreza, o imperador português editou o Alvará Régio de 24 de julho de 1713, estabelecendo que as pessoas idôneas, mesmo que não pertencentes à Corte portuguesa, poderiam exercer a profissão advocatícia.

Relevância se denota de referido Alvará Régio, uma vez que o mesmo vigeu até que entrasse o atual Estatuto da Advocacia brasileira, instituído através da Lei nº 8.906/94.

Comentando a obra de Rui de Azevedo Sodré e Plínio Barreto a respeito do início da advocacia no Brasil, explica Pedro Luiz Netto Lobo⁵⁶ que:

Os historiadores da nossa profissão costumam apresentar como primeiro advogado, no Brasil, Duarte Peres, *o bacharel de Cananéia*, degredado deixado em Cananéia no ano de 1501. Durante a Colônia, o quadro geral do foro brasileiro era desolador: magistratura ignorante e corrompida de um lado e de outro, rabulice analfabeta e trapaceira.

Da rica História da advocacia pública sobressai uma mudança de sentido, que vem se construindo ao longo dos séculos.

Desde a Carta Imperial, até a Constituição de 1967, e Emenda nº1 de 1969, surge o que passou a ser reconhecido como Advocacia de Estado, partindo-se do mesmo modelo do direito português, como desmembramento do Ministério Público, o qual prevaleceu até a

⁵⁶ Idem p. 6.

promulgação da atual Carta Constitucional, de 05 de outubro de 1988, que acabou por transformá-las em instituições com características e atribuições diversas, colocando o advogado do Estado a serviço da cidadania e do interesse da coletividade.

O cargo, sobretudo com o concurso público, deixou de ser uma benesse fruto do favor estatal e patrimonialista, para fundar-se em um compromisso com o interesse do povo e com a defesa do Estado republicano.

Importante distinção a ser abordada diz respeito à persecução criminal e também à fiscalização da aplicação da lei, que eram marcantes sobre a função de defesa dos interesses fazendários, durante a fase imperial, sofrendo grande mudança quando do surgimento da República.

A tutela de interesses indisponíveis passa, então, a ser encargo dos Ministérios Públicos estaduais, em evidente descentralização de suas atividades, restando aos membros do Ministério Público federal a tutela de interesses da União.

Todavia, essas mudanças não se estagnaram.

Em trabalho da lavra de José Afonso da Silva⁵⁷ identifica-se a exata modificação e surgimento do que hoje conhecemos como atribuição da Advocacia de Estado, *strictu sensu*, antes sob domínio do Ministério Público Federal, e hoje, nas mãos da Advocacia Geral da União e, de acordo com o Princípio do Paralelismo das formas, das Procuradorias Estaduais e Municipais, além do papel primordial desenvolvido pela Defensoria Pública.

Com a criação de Justiças Federais Especiais, Eleitoral, do Trabalho, pela Constituição de 1946, surgiram ramos do Ministério Público da União junto dessas Justiças, mas o ramo chamado Ministério Público Federal continuou sendo tipicamente Advocacia Pública da União, embora acumulasse também atividades típicas de Ministério Público, especialmente depois da recriação da Justiça Federal de primeira instância.

Marcou-se, efetivamente, a distinção dos perfis e atuação dos membros do Ministério Público, daqueles inerentes aos membros das carreiras da denominada Advocacia Pública ou de Estado.

A própria Constituição Federal de 1988, mais do que qualquer outro instrumento normativo, estabeleceu em seu contexto, mas em seções diversas, o que seria compreendido

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito*. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, n. 230, out/dez 2002. p. 282-283.

como Função Essência à Justiça apontando, ainda, quais as áreas de abrangência de cada uma das instituições elencadas⁵⁸.

Dessa maneira, todos os interesses públicos que em essência necessitam de tutela, seja jurisdicional, seja administrativa, encontram-se abarcados por instituições distintas, mas permanentemente protegidos, inexistindo qualquer espécie de sobreposição entre instituições ou preferências em relação aos interesses protegidos e, eventualmente em conflitos.

Necessário se faz apontarmos os dizeres do Procurador⁵⁹ do Estado do Rio de Janeiro que, como profundo estudioso acerca da relevância das instituições da Advocacia Pública em atividade em nosso ordenamento jurídico, leciona:

Em suma: a distinção, historicamente desenvolvida, entre os três ramos públicos e atualmente em vigor – a advocacia da sociedade no sentido estrito, cometida aos Ministérios Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal; a advocacia de Estado, desses dois níveis políticos; e a advocacia dos necessitados, também nos dois níveis políticos superiores – apenas representa uma **evolução**, no sentido da melhor divisão de trabalho e nunca, como **equivocadamente se tem pretendido, o reflexo de uma “hierarquização”** de interesses.

Com a preocupação de desfazer equívocos, em trabalho anterior, preferi usar uma nova expressão – “procuraturas constitucionais” – para denominar essas carreiras, visando a distingui-las das demais procuradorias, de Municípios, de autarquias e de fundações, que não têm radical constitucional. A opção de separar as três carreiras completou um ciclo de aperfeiçoamento que só veio a amadurecer plenamente na Constituição de 1988, pois, até então, a Procuradoria-Geral da República cumulava duas procuraturas federais.

Também nos Estados prevaleceu a acumulação da Defensoria Pública, ora com o Ministério Público, ora com a Procuradoria-Geral do Estado; ainda hoje persistente, não obstante o claríssimo comando diferenciador do art. 134, da Constituição, que lhe dá *status* institucional no mesmo nível que as suas congêneres, essenciais à justiça. (grifos do autor).

Desta forma, pode-se definitivamente distinguir a tutela dos interesses da coletividade, aqui analisada em seu contexto total, de forma difusa, a ser promovida pelo órgão do Ministério Público e, de outro lado, aqueles interesses da coletividade entregues à administração pública em geral, os quais devem ser exercidos pelas advocacias públicas de cada um dos entes.

Extrai-se das presentes afirmativas a não vinculação das atividades inerentes à “Função Essencial à Justiça” ao poder judiciário, mas sim, ao dever de atuação de tais entidades para o prevalecimento do sentido posto nas normas, provida do sentido de justiça, diretamente relacionado à sustentação do Estado Democrático de Direito, nos exatos termos

⁵⁸ Constituição Federal de 1988, Artigos 127 a 130-A - Ministério Público – Artigos 131 e 132 - Advocacia Pública e, Artigo 134 – Defensoria Pública.

⁵⁹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *As Provedorias de Justiça no Estado Contemporâneo*. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 49, 1993. p.27.

colocado pelo artigo 3º, inciso I da Constituição Federal, que prevê como objetivo fundamental, a criação de uma sociedade livre e justa⁶⁰.

A Advocacia de estado possui uma configuração constitucional peculiar, encartada que foi em seu posicionamento entre as “funções essenciais à justiça”. No entanto, essa relevância nem sempre é compreendida por setores políticos ou por alguns órgãos de controle.

Por vezes, há equívocos sobre a real compreensão do conceito de Advocacia de Estado, confundindo-a com advocacia de Governo, vinculada aos interesses do grupo político eventualmente dominante. Esse raciocínio induz a uma enganosa redução da importância desse *mínus* para a consolidação do Estado Democrático de Direito, gerando precipitações que, de forma reflexa, prejudicam toda a sociedade, por desprezar que a Advocacia de Estado, como os demais ramos constitucionais das Funções Essenciais à Justiça, é instituição que a ela serve.

A Advocacia Pública é desenvolvida por órgãos com competências específicas, estabelecidas em decorrência dos interesses envolvidos e gerando funções de controle indispensáveis ao Estado Democrático de Direito.

A compreensão da Advocacia de Estado como parte da Advocacia Pública e como função essencial à justiça permite identificar seu papel na configuração disposta pelo constituinte para o Estado brasileiro.

É esse papel e seu *status* constitucional que deve orientar o jurista na tarefa de perceber as responsabilidades inerentes ao exercício das atribuições do Advogado de Estado, sob pena de comprometer-se o sistema construído pelo Constituinte, fragilizando instrumentos de resguardo da própria sociedade.

2.3 A ADVOCACIA PÚBLICA NO DIREITO COMPARADO

Desde seu surgimento, a advocacia pública passou por diversas modificações, sofrendo interferências diante dos regimes em que estavam abarcadas, ou ainda, pelas revoluções sociais que se apresentavam de tempos em tempos.

Com o decorrer dos tempos, sedimentou-se entendimento por três principais sistemas jurídicos, aos quais se basearam as atuações dos advogados públicos, identificados como Sistema Jurídico da *Common Law*, Sistema Jurídico Socialista e Sistema Romano-Germânico.

⁶⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

2.3.1 A ADVOCACIA PÚBLICA NO SISTEMA JURÍDICO DA COMMON LAW

O sistema jurídico da *common law* remonta sua origem à Inglaterra e é profundamente marcada pela história desse país⁶¹. Algumas vezes chamado de consuetudinário é, na verdade, jurisprudencial, uma vez que elaborado pelos Tribunais Reais de Westminster (*common law*) e pelo Tribunal da Chancelaria (*equity*), que se tratava de verdadeira instância recursal, onde, questões eram levadas à figura do monarca e que, não raras vezes, era representado pela figura do Chanceler.

A lei, chamada em inglês *statue*, desempenha função secundária e só pode ser aplicada pelo juiz se houver um precedente das cortes superiores que a tenham interpretado, sendo não menos abstratas que aquelas originadas no sistema romano-germânicos, na medida em que visam solucionar um processo específico, e não estabelecer uma mera hipótese de incidência.

Diferentemente do ordenamento vigente em nosso sistema, no direito inglês, em regra não se estabelece a dicotomia entre direito público e direito privado, estando o primeiro identificado como uma forma do Estado e sua Administração não se submeterem ao Direito.

Por muito tempo não se admitiu a existência de um direito administrativo. Acreditava-se que esse ramo seria um mecanismo de livrar o Estado das normas de direito comum e do controle jurisdicional do Poder Judiciário.

Tal incredulidade era lastreada na existência de um regime comum ou único para o Poder Público e os particulares, aos quais sujeitavam às mesmas normas e aos mesmos juízes, embora contemplasse algumas imunidades ao poder político, como a famosa irresponsabilidade civil do Estado – *the king can do no wrong* – só suplantada na metade do século XX.

Todavia, diante das inúmeras divergências e pluralidades existentes no mundo contemporâneo, a transposição de tais óbices se mostrou um fato. O grande número de regulamentos administrativos, bem como a infinidade de litígios em que figuraram Administração Pública em oposição aos cidadãos culminaram com a criação de tribunais administrativos, sujeitos à revisão judicial.

Nesse contexto, não existe propriamente um Ministério Público. Lá, suas atribuições são exercidas por juristas comuns (*lawyers*) empregados pela Coroa⁶².

⁶¹ GRANDE JÚNIOR, Cláudio. *Advocacia pública: Estudo classificatório de direito comparado*. RPGE, Porto Alegre, v. 30, n. 66, p. 183-207, jul./dez. 2007. p. 196/197.

⁶² GRANDE JÚNIOR, 2007, Op. cit. p. 197/198.

Os Conselheiros jurídicos da Coroa, conhecidos como *Law Officers of the Crown*, representam os governos do Reino Unido e dos Estados integrantes da Commonwealth, sendo chefiados pelos Attorneys General.

Restrito à Inglaterra e ao País de Gales, o Her Majesty's Attorney General for England and Wales assessora e aconselha juridicamente a Coroa e o Gabinete, representa-os perante os tribunais, supervisiona a persecução penal a cabo dos *prosecutors* e atua em processos judiciais de interesse público.

Com efeito, os *Attorneys General's Offices* absorvem atribuições que, no Brasil, são divididas entre Ministério Público e Advocacia Pública.

Convém distinguir a *common law* na Europa e fora da Europa, onde foi recebida em maior ou menor extensão, conforme as peculiaridades de cada país.

A *common law* foi aplicada com ressalvas nas treze colónias norte-americanas, até porque não apresentava respostas satisfatórias aos problemas novos com que se deparavam os colonos, tanto que estes viam com mais simpatia a edição de leis e códigos do que os habitantes da metrópole.

Com a independência, surgiu algo completamente novo: uma Constituição escrita. As boas relações com a França tornaram afável a via da codificação para a consolidação da autonomia do direito estadunidense perante o inglês.

Até meados do século XIX hesitou-se entre a codificação e a *common law*.

Em razão da hegemonia do idioma inglês e do maior nível de escolaridade dos descendentes britânicos, a *common law* triunfou, salvo no Estado da Louisiana. Mas a vitória não foi completa, pois certas particularidades do sistema estadunidense decorrem da influência da matriz romano-germânica.

Como na Inglaterra, as normas legais só integram o ordenamento jurídico quando seu alcance é determinado por decisões judiciais e são vistas como peças secundárias do sistema, que trazem certos aditivos ou retificações de pontos particulares a serem interpretados restritivamente.

Todavia, as regras estabelecidas para o sistema da *common law*, não se aplicam em relação à Constituição Americana, na medida em que esta não se trata de uma lei na acepção ordinária da palavra, mas esteio de todo um sistema, que utilizam métodos de aplicação e interpretação mais apurado.

Nos Estados Unidos, o que denominamos de direito administrativo corresponderia ao estudo das normas sobre funcionalismo, bem como acerca da organização e funcionamento de grandes comissões (agências administrativas) sem equivalente na Inglaterra. Identifica-se uma

distinção em relação às características básicas da *common law*, vez que suas fontes normativas são estabelecidas primordialmente no direito legislado, nas regras das agências públicas (reguladoras ou sociais).

Mas tão amplos poderes estão sujeitos a um controle. O poder normativo, por ser delegado pelo Poder Legislativo, pode ser por este retomado, e os julgamentos administrativos estão sujeitos à revisão judicial.

Ao contrário da Inglaterra, os Estados Unidos possuem Ministério Público, com atuação similar à que conhecemos, todavia, ligados aos Poderes Executivos (*Executive Branchs*) tanto na esfera federal quanto nas estaduais, tendo vastas atribuições, diversas em cada unidade federada, mas todas com um núcleo comum, a representação do Estado em juízo nas causas judiciais de todas as naturezas, desde as de persecução penal, passando pelas tributárias, até as cíveis nas quais o Estado é demandado.

Seus membros são nomeados pelo Presidente da República para mandato de quatro anos. Também assessoram e prestam consultoria jurídica aos órgãos e agências estatais, tanto que certos gastos públicos dependem de sua prévia aprovação, além de ser verdadeiro defensor da Constituição, das leis e dos interesses difusos e coletivos.

O *attorney general* dos Estados Unidos é na realidade um ministro da justiça e só tem em comum o nome com o *attorney general* inglês, que é um jurista empregado pelo governo. Ele está à frente de um verdadeiro ministério público; cada tribunal federal possui um *U.S. attorney* que intervém sobretudo como *amicus curiae* em todos os processos em que se discute a constitucionalidade de uma Lei federal⁶³.

Não menos políticos são os promotores estaduais, que podem se valer da atuação no cargo para projeção política.

Os países que integram o chamado grupo de integrantes do sistema da *common law* variam entre o modelo inglês e o norte americano de advocacia pública. Cada um com suas particularidades.

Destaca-se aqui a Índia onde se conciliaram costumes jurídicos milenares com as técnicas da *common law*, introduzidas durante a colonização britânica e, à semelhança ao modelo americano, está estabelecido dentro de um modelo de Estado federado, com constituição formal escrita, recorrendo-se constantemente ao direito legislado, tendo no próprio texto constitucional, determinação para a observância das jurisdições, aos precedentes da corte federal máxima.

⁶³ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 476.

Possui o Attorney General for Índia com qualificação suficiente para ser indicado a juiz da Suprema Corte, demonstrando verdadeiro distanciamento ao meio político que os Procuradores Gerais dos Estados Unidos. Assim, a estruturação da advocacia pública segue mais de perto o modelo inglês.

A *common law* conserva estrutura muito diferente dos direitos romano-germânicos, contudo o papel das normas legisladas foi aumentado e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se.

No ordenamento jurídico brasileiro, mostra-se indiscutível a influência do modelo americano de advocacia pública, em especial no período pós República, todavia, tal modelo vem perdendo espaço para outras concepções.

2.3.2 ADVOCACIA PÚBLICA NOS SISTEMAS JURÍDICOS SOCIALISTAS

Nos países socialistas, o Direito sofreu forte influência do constitucionalismo soviético que, para ser compreendido, requer digressão histórica.

No início do século XX, a Rússia tinha débil tradição jurídica. Ao contrário da Europa continental e das Ilhas Britânicas, não formara a idéia de Direito a partir de concepções morais de justiça. Muito pelo contrário, as leis eram vistas como obra arbitrária de um monarca autocrata e, desde antes do comunismo, já se preconizava o desaparecimento do Direito e o advento de uma sociedade fundada na caridade cristã e no amor.

Não obstante, os movimentos liberais da segunda metade do século XIX conseguiram abolir a servidão, reformar a organização judiciária, instituir um Código Penal e elaborar um projeto de Código Civil. A Rússia caminhava para integrar a família romano-germânica. Seguia muito de perto o padrão do Direito bizantino e os juristas russos não concebiam o Direito como produto jurisprudencial.

Em 1917, com o advento do constitucionalismo soviético, marcado inicialmente pela revolução e pela ampla adesão popular, pela primeira vez, uma Constituição adquiriu conteúdo não liberal, também produto de idéias de uma ideologia intitulada marxista-leninista, forte entre as massas, e assumindo três funções nos Estados socialistas: segurança nacional; desenvolvimento da ordem econômica; e, educação dos homens para o comunismo.

Tal sistema, chegou a alcançar grande representatividade populacional, ao integrar os sistemas jurídicos de países como Mongólia, Coréia do Norte, China, Vietnam, Cuba e Laos,

atingindo conceitualmente e em menores proporções outros países como Camboja, Etiópia, Iêmen do Sul, Angola e Moçambique⁶⁴.

Com certa identificação ao modelo romano-germânico, o modelo socialista possui característica de subordinação de toda a organização política, econômica e social aos objetivos de sedimentação do socialismo e de realização do comunismo, assim definidos pelo Partido Comunista, com amparo no princípio da unidade do poder estatal.

Neste sentir, impõe verdadeira redução do papel do juiz e da interpretação jurídica em geral. Doutra lado, a Procuradoria-Geral (com funções mais amplas que as de um Ministério Público) ganha importância, promovendo a aplicação uniforme da Lei e a fiscalização dos órgãos administrativos, por iniciativa própria ou a pedido dos cidadãos, tendo como função, ainda, o controle de legalidade dos atos da Administração e dos sovietes locais.

O Procurador Geral da União Soviética era nomeado pela autoridade suprema, que nomeava os Procuradores da República, que, por sua vez, nomeavam os Procuradores dos níveis inferiores.

A Prokuratura soviética era incumbida da acusação penal e de supervisionar todo e qualquer tipo de detenção ou prisão; tinha iniciativa para certas ações civis; exercia controle geral sobre toda a Administração, examinando sistematicamente todos os atos administrativos, alguns dos quais lhe deviam ser obrigatoriamente comunicados antes de serem aplicados.

Só pouco antes do desmantelamento da União Soviética foi instituído o controle de constitucionalidade. Na maior parte de sua história não existiu qualquer forma de controle. Logo, nem os tribunais nem a Prokuratura podiam exercê-lo.

O modelo da Prokuratura ainda tem forte reflexo na Rússia contemporânea. Aqui, inspirou o alargamento das funções do Ministério Público e sua autonomia, alcançada na Constituição de 1988. Igualmente, incentivou o desenvolvimento do controle jurídico interno desempenhado pela Advocacia Pública brasileira.

2.3.3 A ADVOCACIA PÚBLICA NOS SISTEMAS JURÍDICOS ROMANO-GERMÂNICOS

É a primazia da lei, como fonte do direito, que dá unidade à família jurídica romano-germânica. Através dela, reconhece-se a dicotomia Direito Privado e Direito Público.

⁶⁴ GRANDE JÚNIOR, 2007, Op. cit. p. 201/203

O conteúdo do primeiro é relativamente semelhante nos diversos países de tradição romano-germânica, porque resulta da positivação de princípios estudados durante séculos pela escola do direito natural, graças à qual se reconheceu, também, que o Direito deve estender-se às relações entre governantes e governados, entre Administração e particulares, surgindo o Direito Público.

Todavia, isso ocorreu de modos bem diferentes nas várias nações que compõem a família romano-germânica do Direito. Tanto que ela abriga Estados com sistemas constitucionais de matriz tanto francesa como norte-americana, além de outros não integrados em famílias constitucionais, como o suíço e o alemão-austríaco. Por isso, ocorrem muitas diferenças na organização e funcionamento da advocacia pública.

Ao mesmo tempo, considerável força centrípeta exerce o direito comparado, sempre utilizado pelo legislador na realização e aperfeiçoamento de sua obra. Não obstante as diferenças, observa-se, na família romano-germânica, a repetição de certos padrões, uma vez que ela se ergueu sobre os escombros do direito romano, concebendo as normas jurídicas como regras de conduta, estreitamente ligadas a preocupações de justiça e de moral.

Determinar quais devem ser essas regras é a tarefa essencial da ciência do Direito, que se formou graças aos esforços das universidades européias, em especial a dos países latinos e dos países germânicos, atendendo, portanto, à denominação "romano-germânica".

Devido à colonização, a família se expandiu por vastos territórios na América, África e Ásia. A recepção voluntária produziu o mesmo resultado em outros países, como os do Extremo Oriente, que pretendiam modernizar seus sistemas jurídicos rapidamente, algo incompatível com a sedimentação de uma *common law*.

Na França⁶⁵, a advocacia do Estado se organiza e se exerce no contexto da dualidade de jurisdição, devido à existência do Conselho de Estado. Vale destacar que o Conselho de Estado não tem função só jurisdicional. Ele é também o órgão de aconselhamento jurídico do governo em qualquer matéria. Os Ministros de Estado podem pedir seu parecer a respeito de qualquer questão referente a seu ministério.

Com relação ao Ministério Público, foi em território francês que ele surgiu nos moldes hoje conhecidos.

Em 1302, foi reconhecido formalmente como instituição, na figura dos Procuradores do Rei (*les gens du rol*), corpo de funcionários incumbidos da tutela dos interesses do Estado, que se confundiam com os do Rei. Eram delegados deste, incumbidos de denunciar e

⁶⁵ GRANDE JÚNIOR, 2007, Op. cit. p. 204.

perseguir os criminosos, bem como de fiscalizar o funcionamento dos tribunais, como *longa manus* do monarca. Para ganhar ares de autonomia e independência, moldou-se como uma magistratura paralela.

Dessa forma, os Procuradores sempre se dirigiam aos juízes do mesmo assoalho (*parquet*, em francês) onde estes se encontravam sentados. Contudo, sempre o faziam de pé. Daí originaram-se as expressões *Magistrature Debout* (Magistratura de Pé), até hoje utilizada para simbolizar o Ministério Público; em contraponto aos juízes, a *Magistratura Assissé* ou *du Siege* (Magistratura Sentada).

Na França, a expressão *magistrature* abrange os juízes e os membros do Ministério Público. Pode-se afirmar que o Ministério Público constitui uma magistratura especial, incumbida de defender o interesse público e determinados interesses específicos do governo perante os tribunais. Apesar da propalada independência funcional, há uma relação hierárquica com o Governo.

São, em princípio, nomeados, exonerados e punidos pelo Ministro da justiça. Quanto às suas atividades, mesmo judiciárias, seus membros são, em uma certa medida, submetidos aos seus superiores hierárquicos e, em última instância, ao Ministro da Justiça, de quem deverão executar ordens. Paradoxalmente, é uma instituição dotada de independência funcional, mas que se encontra inserida na estrutura do Poder Judiciário e que deve observar determinadas instruções do Governo.

Em alguns Estados de jurisdição única, como Portugal, o Ministério Público concentra as funções de advogado da sociedade e de advogado do Estado. Por um lado, promove a ação penal pública, defende os direitos sociais dos Trabalhadores e suas famílias, vigia a constitucionalidade e a legalidade da atuação dos tribunais, questiona a constitucionalidade dos atos normativos e fiscaliza os órgãos de polícia criminal. Por outro, representa o Estado em juízo e lhe presta consultoria jurídica.

O artigo 281º, 2, inclui o *Provedor de Justiça*, ente os órgãos e entidades que podem requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, no controle abstrato de constitucionalidade ou de legalidade; e o artigo 283º, 1, o coloca ao lado do Presidente da república no requerimento da inconstitucionalidade por omissão⁶⁶.

⁶⁶ FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito Constitucional Comparado*. Belo Horizonte. Del Rey, 2013. p. 272.

Já na Espanha, o Ministério Público não representa judicialmente o Estado nem é seu consultor jurídico. Para essas funções existem a *Abogacía del Estado*, cujo órgão central é a *Abogacía General del Estado*, que integra o Ministério da Justiça.

Estabelece o artigo 54 da Constituição Espanhola que uma lei orgânica regulará a instituição do Defensor do Povo, como alto comissionado do Parlamento, designado por este para a defesa dos direitos dos cidadãos, para tanto devendo supervisionar as atividades da Administração, prestando contas ao Parlamento. O professor Jaime Nicola Muñiz, do Centro de Estudos Constitucionais de Madri, em conferência pronunciada em Brasília, afirmou:

No podemos concluir esta referencia a los derechos fundamentales sin mencionar outro elemento protetor como el defensor del Pueblo, a quien la Constitución y sobre todo la ley orgánica que los desarrolla confieren unas atribuciones y delimitan unos campos de actuación mucho más importantes que los que ostentan los Ombudsmänner scandinavos y los Comisionados europeos. Piénsese, por exemplo, em la legitimación paa promover autónamwente recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (art. 162,a)⁶⁷.

O mesmo ocorre na Itália, onde tais misteres ficam a cargo da *Avvocatura dello Stato*, tendo cada Região e Província sua própria *Avvocatura*, cujos cargos são acessíveis mediante concurso público.

Neste país, por outro lado, a exemplo do que ocorre na França, os membros do Ministério Público também são considerados magistrados, não constituindo uma instituição dotada de individualidade própria, mas integrantes de uma função específica ínsita no Poder Judiciário.

O Poder Judiciário italiano congrega os magistrados que desempenham atividades essencialmente judicantes e aqueles que exercem atribuições inerentes às funções próprias do Ministério Público, estando todos sujeitos o poder disciplinar de um mesmo órgão, o Conselho Superior da Magistratura.

Na América Latina, o Ministério Público costuma concentrar a dupla representação do Estado e da sociedade.

No entanto, a Argentina evoluiu no sentido de a Constituição impedir o Ministério Público de prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Estado ou representá-lo judicialmente, todavia omitiu a cargo de quem ficariam essas importantes atribuições.

No Peru, a análise do perfil constitucional do Ministério Público possibilita alcançar a mesma conclusão, tanto que a lei orgânica da instituição proíbe seus membros de exercerem

⁶⁷ FIUZA, 2013. p. 279-280

advocacia, seja pública ou privada. Tal dicotomia era e ainda é igualmente observada na Venezuela.

Por fim, vale lembrar que, nos países escandinavos, existe também o instituto do *ombudsman*, que se difundiu por algumas partes do mundo, inclusive na América Latina, onde se observa a peculiar figura do Defensor do Povo em alguns Estados.

Mais do que um defensor público e aproximando-se da feição do Ministério Público brasileiro, costuma-se atribuir ao Defensor do Povo poderes para fiscalizar e, até mesmo, supervisionar a Administração Pública e os serviços públicos, sempre com o fim de velar pelo respeito aos direitos humanos e fundamentais.

Por muito tempo o Brasil seguiu o modelo unitário, mas foi, aos poucos, avançando turno ao dualista, até a Constituição Federal de 1988 consolidá-lo definitivamente. Entre nós, a advocacia pública encontra-se em estágio relativamente adiantado. Progrediu-se muito ao desincumbir o Ministério Público das funções de representação judicial e extrajudicial, consultoria, assessoramento e controle jurídico interno dos entes públicos, bem como ao atribuir-lhe autonomia funcional e administrativa.

Todavia, ainda falta dotar as instituições de advocacia de Estado de maiores garantias, a fim de se preservar a independência funcional dos advogados públicos, individualmente considerados, e o perfeito exercício de suas atribuições, imprescindíveis ao Estado Democrático, Social e Ambiental de Direito.

2.4. A ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

Antes do advento da Carta Constitucional de 1988, a **representação judicial** da União estava a cargo do **Ministério Público da União** e as atividades de **consultoria e assessoramento** à Advocacia Consultiva da União, até a edição da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Por força, também, da Constituição Federal, as causas de natureza fiscal passaram à antiga Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Em seu texto, a Constituição de 1988, insere a Advocacia Pública como pertencente às funções essenciais à Justiça⁶⁸, todavia, não estando vinculada a qualquer um dos três poderes da República, com o claro intuito de conceder independência funcional para o exercício das suas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos.

⁶⁸ Brasil, Constituição Federal, artigos 131 e 132.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), em seu artigo 29, previu que, até que fossem aprovadas as lei complementares relativas ao Ministério Público e à Advocacia Geral da União, o Ministério Público Federal, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, as consultorias Jurídicas dos Ministérios, as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria continuariam a exercer atividades na área das respectivas atribuições. *In verbis*:

Art. 29. Enquanto não aprovadas as leis complementares relativas ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União, o Ministério Público Federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria e os membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas continuarão a exercer suas atividades na área das respectivas atribuições.

§ 1º - O Presidente da República, no prazo de cento e vinte dias, encaminhará ao Congresso Nacional projeto de lei complementar dispendo sobre a organização e o funcionamento da Advocacia-Geral da União.

§ 2º - Aos atuais Procuradores da República, nos termos da lei complementar, será facultada a opção, de forma irretirável, entre as carreiras do Ministério Público Federal e da Advocacia-Geral da União.

§ 3º - Poderá optar pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens, o membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da Constituição, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta.

§ 4º - Os atuais integrantes do quadro suplementar dos Ministérios Públicos do Trabalho e Militar que tenham adquirido estabilidade nessas funções passam a integrar o quadro da respectiva carreira.

§ 5º - Cabe à atual Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, diretamente ou por delegação, que pode ser ao Ministério Público Estadual, representar judicialmente a União nas causas de natureza fiscal, na área da respectiva competência, até a promulgação das leis complementares previstas neste artigo.

A Advocacia-Geral da União surge, então, da premente necessidade de se estabelecer em uma Instituição única a representação judicial e extrajudicial da União, bem como as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo.

Assim, com o advento da Lei Complementar nº 73 de 10 de Fevereiro de 1993, restou instituída a representação judicial da União, exclusivamente através das carreiras constantes da indigitada norma, assim disposta:

Art. 1º - A Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente.

Parágrafo único. À Advocacia-Geral da União cabem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, nos termos desta Lei Complementar.

Art. 2º - A Advocacia-Geral da União compreende:

I - órgãos de direção superior:

- a) o Advogado-Geral da União;
- b) a Procuradoria-Geral da União e a da Fazenda Nacional;
- c) Consultoria-Geral da União;
- d) o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União; e

e) a Corregedoria-Geral da Advocacia da União;
(...)

Com tal criação, possibilitou-se ao Ministério Público o pleno exercício de sua função essencial de “defesa da ordem jurídica essencial à Justiça”, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis⁶⁹, desvincilhando-o da representação judicial da União, por vezes incompatível com os seus outros misteres.

2.5. AS PROCURADORIAS ESTADUAIS

Com a República, os Estados federados ganham relevância, quando recebem como atribuição constitucional, o dever de estruturar, por seus próprios meios, as necessidades de seu governo e administração.

Nos termos do artigo 5º da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de Fevereiro de 1891:

Art 5º - Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu Governo e administração; a União, porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar.

A par da previsão de autonomia administrativa, impondo o forte viés federalista do, então, novo texto constitucional, havia a disposição para que os Estados intuissem, com exclusividade, diversos tributos, o que impôs a necessidade de criar toda uma estrutura jurídica para viabilizar, tanto a instituição desses novos instrumentos de arrecadação, quanto os mecanismos de exigência.

Art 9º - É da competência exclusiva dos Estados decretar impostos:

- 1º) sobre a exportação de mercadorias de sua própria produção;
- 2º) sobre Imóveis rurais e urbanos;
- 3º) sobre transmissão de propriedade;
- 4º) sobre indústrias e profissões.

§ 1º - Também compete exclusivamente aos Estados decretar:

- 1º) taxas de selos quanto aos atos emanados de seus respectivos Governos e negócios de sua economia;
- 2º) contribuições concernentes aos seus telégrafos e correios.

§ 2º - É isenta de impostos, no Estado por onde se exportar, a produção dos outros Estados.

§ 3º - Só é lícito a um Estado tributar a importação de mercadorias estrangeiras, quando destinadas ao consumo no seu território, revertendo, porém, o produto do imposto para o Tesouro federal.

⁶⁹ Brasil, Constituição Federal, artigo 127.

§ 4º - Fica salvo aos Estados o direito de estabelecerem linhas telegráficas entre os diversos pontos de seus territórios, entre estes e os de outros Estados, que se não acharem servidos por linhas federais, podendo a União desapropriá-las quando for de interesse geral.

Paralelamente, no Estado de São Paulo, a Advocacia do Estado vai se formando, de forma complexa e diversificada. Através de Lei do ano de 1892, resta autorizado ao presidente do Estado, contratar juristas para a elaboração de leis processuais.

Já a lei estadual nº 175, de 12 de agosto de 1893, declara o Procurador fiscal e seus auxiliares como representantes legais da Fazenda do Estado, junto aos órgãos judiciais de 1ª instância. Todavia, a primeira vez que a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo passou a figurar expressamente no texto de sua Constituição, foi com a Carta Estadual de 13 de maio de 1967.

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1998, em seu Capítulo IV, seção II, atribuiu às procuradorias estaduais, bem como à pertencente ao Distrito Federal, por seus procuradores devidamente organizados em carreira, a representação judicial e consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A previsão constitucional, em verdade, nada mais fez do que recepcionar a previsão legal existente no Código de Processo Civil brasileiro, Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973, que já estabelecia em seu artigo 12:

Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

I - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores;

Todavia, mais do que simplesmente a representação judicial do ente federado, a advocacia pública estadual, através de seus procuradores, com a promulgação da Constituição Federal de 05 de Outubro de 1988, assumem o papel efetivo do exercício do controle interno da legalidade estatal – aqui entendida como análise anterior ao ato, concomitante ou, ainda posterior, através da realização de consultoria jurídica.

Neste sentido, a visão que se pretende emprestar à atividade das advocacias estaduais, faz referência à maior aderência e atendimento aos preceitos constitucionais e das demais normas demonstrando-se, assim, fazer parte integrante de todo um sistema do arcabouço jurídico que visa atender ao principal objetivo, que é o atendimento ao interesse público, aqui entendido como sendo o alcance máximo do bem comum.

2.6. AS PROCURADORIAS MUNICIPAIS

As Procuradorias-Gerais Municipais são Instituições com função essencial à Justiça, na medida em que desenvolvem atividade específica da advocacia, prevista no artigo 133 da Constituição Federal⁷⁰, todavia, mantendo *status* de Secretaria, subordinadas diretamente ao Prefeito Municipal, sendo que, em alguns casos, tratam-se de Secretarias propriamente ditas, sem as designações de Procuradorias ou qualquer menção às questões de Advocacia Pública.

Compete a Procuradoria-Geral Municipal representar o Município, judicial e extrajudicialmente, prestar assessoramento e consultoria jurídica e supervisionar os serviços jurídicos da Administração direta, indireta e fundacional no âmbito do Poder Executivo Municipal.

Da mesma forma, as procuradorias municipais, assim como as de âmbito estadual, possuem previsão legal para representação judicial do ente federado, *in verbis*:

Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:
I - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores;
II - o Município, por seu Prefeito ou procurador...⁷¹.

Diversamente ao quanto previsto para as procuradorias estaduais, a advocacia municipal não recebeu a mesma atenção no texto constitucional, não se sabe se propositalmente, o que não retira, em hipótese alguma, a relevância dos serviços e atividades que exerce.

Tanto as procuradorias estaduais, quanto as municipais são, primordialmente, responsáveis pelo controle interno da legalidade dos atos produzidos pela Administração através da atividade consultiva, desenvolvida a partir da análise de uma situação concreta, opinando sobre a sua validade, ao apresentar ao gestor a direção a ser tomada, precavendo-se da formação de eventuais danos lesivos à sociedade.

⁷⁰ Brasil, Constituição Federal, Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

⁷¹ Brasil, código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973.

Com o advento da Carta Constitucional de 1988, a advocacia, seja na esfera pública ou privada passou a ser considerada como função constitucional de realização da Justiça.

Esabelececeu-se com isto, então, que o compromisso firmado pelo advogado público, como representante do ente federado tem sua atividade pautada pela observância dos princípios de legalidade e moralidade em sua maior essência, não como um fim em si mesmo, mas como caminho de realização constitucional.

Pode-se afirmar, sem receio, que a tarefa da Advocacia Pública do município, é a defesa do ente público, no sentido amplo, seja em juízo, através da atividade contenciosa, seja fora dela, nas tarefas de consultoria, assessoramento e aconselhamento jurídico da administração.

Considera-se como defesa “ativa”, as tarefas de consultoria ou assessoria, posto que, através delas, o Advogado Público do Município volta-se ao objetivo de fazer cumprir os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, bem como o princípio da indisponibilidade do interesse público, aquele como pressuposto da realização do bem comum, este, a concepção de que os interesses públicos, na qualidade de interesses pertencentes à coletividade, não se encontram à disposição de quem quer que seja, pois são inapropriáveis.

Como atuam na defesa do interesse público, os serviços jurídicos do Município devem estar no mesmo patamar que a Advocacia Pública da União e do Estado-membro, pois pela atribuição da orientação jurídica da Administração, encontram-se em condição especial, como órgãos do Poder Público, com a tarefa privativa de manifestar uma decisão técnico-jurídica, que nada mais é do que a expressão de uma vontade estatal.

É inegável, portanto, que, por realizarem a mesma função e serem portadores das mesmas atribuições, os Advogados Públicos do Município devem contar com uma carreira institucionalizada, devidamente estruturada e organizada, acessível mediante concurso público, de provas e títulos, revestida das garantias institucionais necessárias à eficácia de sua função e representação judicial, assessoramento e, notadamente, de controle prévio dos atos da Administração.

2.7. PRERROGATIVAS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DE SEUS MEMBROS

O artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República, expressando a soberania popular e o princípio democrático, é inequívoco ao dispor que *o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.*

A Carta de Outubro, portanto, estabeleceu como regime de governo a democracia, de modo que a maior fatia do poder político deve ser exercida por maiorias eventuais, alternantes através do sistema representativo, permitindo aos cidadãos elegerem periodicamente os integrantes do Poder Legislativo e o Chefe do Poder Executivo.

Uma menor parcela do poder político, entretanto, é conferida a agentes recrutados por critérios técnicos – concurso público: membros do Poder Judiciário e das chamadas Funções Essenciais à Justiça (Ministério Público, Advocacia de Estado e Defensoria Pública).

O ideal de governo da maioria, dessarte, realiza-se na atuação dos primeiros citados, Executivo e Legislativo, a quem compete elaborar as leis e prestar os serviços públicos, suprimindo as carências sociais (saúde, educação, segurança, lazer, etc.).

No caso da Advocacia Pública, a Constituição Federal a colocou, em seu Capítulo IV, como sendo “função essencial à justiça” e estabelecendo, características mínimas de atuação, na representação judicial e extrajudicial dos entes federados, além das atividades de assessoramento e consultoria jurídica⁷².

À Advocacia Pública, como espécie do gênero Advocacia, é aplicável, também, a garantia da inviolabilidade, por atos e manifestações no exercício da função, assegurada ao conjunto da Advocacia, como elemento essencial à administração da justiça, garantindo-se, assim, em especial, a independência técnico-funcional dos integrantes das carreiras da Advocacia Pública.

Da independência técnico-funcional preconizada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto e tantos outros decorre ainda que “o Advogado ou Procurador de Estado, como qualquer outro servidor público, está desobrigado de obedecer a ordens de superior hierárquico quando *manifestamente ilegais*, em sentido amplo (ilegais, ilegítimas e

⁷² Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

ilícitas), incluindo-se entre essas as de agir contra sua própria ciência e consciência, enquanto órgão funcionalmente autônomo⁷³.

Embora esse controle de juridicidade dos atos dos agentes públicos ocorra, na generalidade das hipóteses, no exercício da atividade de consultoria, este controle pode muito bem se manifestar quando o advogado de Estado atua em juízo. E é exatamente aí que o eventual caráter do exercício da advocacia pública torna-se polêmico, na medida em que se discute a possibilidade de um Procurador do Estado, por exemplo, reconhecer o direito discutido em face ao ente federado, considerando legítimo seu pleito, ainda que contrário à política governamental.

De certa forma, a Advocacia de Estado ocupa local privilegiado para efetivação do controle jurídico sobre políticas públicas. É que, em que pese autônoma, porque Função Essencial à Justiça, a Advocacia de Estado encontra-se ligada intimamente ao Poder Executivo, porquanto responsável pelo exame interno de juridicidade e “presentante” do Estado-Administração em juízo.

Paradoxalmente, pois, o que pode ser um facilitador para a realização desse controle, pelo contato direto com os responsáveis por elaborar e realizar determinada política pública, também pode representar uma dificuldade a mais na fixação dos limites desse atuar contrário a uma ação governamental, considerando as pressões de toda ordem a que os agentes dessa instituição se acham submetidos.

A independência do advogado público é mitigada pela controlabilidade social de seu agir, o qual, por isso mesmo, deve ser muito bem fundamentado, mormente quando entender pela inconstitucionalidade de uma política pública.

Certamente o que se busca é uma releitura, um novo olhar sobre os dispositivos constitucionais que conformam a instituição Advocacia de Estado, de maneira a enxergá-la mais republicana e comprometida com as promessas da modernidade, consubstanciadas no artigo 3º da Constituição da República, na forma de objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito:

(...) construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos⁷⁴.

⁷³ GUEDES, Jefferson Carnús, e SOUZA, Luciane Moessa de. *A advocacia de Estado: Questões Institucionais para a Construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte. Fórum. 2009. p. 114-115.

⁷⁴ Constituição Federal, Brasil.

Trata-se, sem dúvida, de uma interpretação ousada e emancipatória. Parece bom, entretanto, que seja assim, posto que a interpretação constitucional deve ser progressista, lastreada na busca do bem comum.

2.8. FUNÇÕES INSTITUCIONAIS

A advocacia pública, no Brasil, muitas vezes é confundida com advocacia dos governantes. Conhece-se, de forma equivocada, o advogado público como o advogado do governo, o profissional que defende em juízo o prefeito, o governador ou o presidente da república.

A realidade, no entanto, não é essa. Ou não pode continuar a ser essa. Advogar para o público é defender seus interesses, é lutar em juízo e fora dele pelo interesse público, da população, da comunidade, sempre com base na Constituição Federal e nas leis. O Estado é permanente e os governos são transitórios.

O advogado público deve obediência aos princípios e regras estampados na Carta Magna e na legislação, com o escopo de proteger um patrimônio que não pertence a um ou a alguns, mas a todo o povo brasileiro.

Seguindo o quanto determinado e garantido pelo texto constitucional, a Ordem do Advogados do Brasil, através de sua Comissão de Advogados Públicos, estabeleceu, por força da Lei Federal nº 8.906/94 - Estatuto do Advogado, um rol de súmulas, diretrizes para a atuação junto aos órgãos da advocacia pública municipal, estadual e federal, tratando, entre outros temas, da independência funcional, prerrogativas profissionais, inviolabilidade no exercício da profissão entre outros, *in verbis*:

Súmula 1 - O exercício das funções da Advocacia Pública, na União, nos Estados, nos Municípios e no Distrito Federal, constitui atividade exclusiva dos advogados públicos efetivos a teor dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988.

Súmula 2 - A independência técnica é prerrogativa inata à advocacia, seja ela pública ou privada. A tentativa de subordinação ou ingerência do Estado na liberdade funcional e independência no livre exercício da função do advogado público constitui violação aos preceitos Constitucionais e garantias insertas no Estatuto da OAB.

Súmula 3 - A Advocacia Pública somente se vincula, direta e exclusivamente, ao órgão jurídico que ela integra, sendo inconstitucional qualquer outro tipo de subordinação.

Súmula 4 - As matérias afetas às atividades funcionais, estruturais e orgânicas da Advocacia Pública devem ser submetidas ao Conselho Superior do respectivo órgão, o qual deve resguardar a representatividade das carreiras e o poder normativo e deliberativo.

Súmula 5 - Os Advogados Públicos são invioláveis no exercício da função. As remoções de ofício devem ser amparadas em requisitos objetivos e prévios, bem como garantir o devido processo legal, a ampla defesa e a motivação do ato.

Súmula 6 - Os Advogados Públicos são invioláveis no exercício da função, não sendo passíveis de responsabilização por suas opiniões técnicas, ressalvada a hipótese de dolo ou fraude.

Súmula 7 - Os Advogados Públicos, no exercício de suas atribuições, não podem ser presos ou responsabilizados pelo descumprimento de decisões judiciais. A responsabilização dos gestores não pode ser confundida com a atividade de representação judicial e extrajudicial do advogado público.

Súmula 8 - Os honorários constituem direito autônomo do advogado, seja ele público ou privado. A apropriação dos valores pagos a título de honorários sucumbenciais como se fosse verba pública pelos Entes Federados configura apropriação indevida.

Súmula 9 - O controle de ponto é incompatível com as atividades do Advogado Público, cuja atividade intelectual exige flexibilidade de horário.

Súmula 10 - Os Advogados Públicos têm os direitos e prerrogativas insertos no Estatuto da OAB.

Tem-se, assim, que a entidade de classe da Advocacia representa mais que os anseios da Advocacia Pública, passando a exercer, efetivamente, uma atividade que vai além dos limites das garantias ao exercício profissional, mas sim dando cumprimento ao ordenamento constitucional, ao exigir, na atuação de cada um de seus profissionais, o alcance máximo do auxílio ao que se deve compreender como sentido de justiça.

2.9. ADVOCACIA PÚBLICA E INTERESSE PÚBLICO

Não de somenos importância, relevante se faz a abordagem acerca da primazia do interesse público e a atuação da advocacia pública em sua própria essência.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁵ elucida profícua distinção feita pela doutrina italiana entre as acepções acerca do interesse público – primário e secundário, *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.

Neste sentido e de acordo com os ditames constitucionais⁷⁶ cabe, especificadamente ao advogado de Estado, a consultoria e a representação judicial do ente ao qual esteja vinculado.

⁷⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 55-57.

⁷⁶ Constituição Federal, 1988, Art. 132 Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos

Aquela, detendo caráter eminentemente preventivo, orientando a Administração Pública. Esta, realizando a defesa dos interesses do próprio ente, postos em discussão.

Nos dizeres de Derly Barreto e Silva Filho⁷⁷

Na ambiência de um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, cabe à Advocacia Pública a função social e o dever constitucional de viabilizar juridicamente as políticas públicas de interesse público não só sob aspectos formais (redacionais), mas, também, materiais. Compete-lhe escrutinar tecnicamente as proposições, a fim de possibilitar a produção de normas justas e, na medida do possível, harmonizar *juridicamente* as distintas pretensões e forças sociais e políticas que, a partir de suas próprias perspectivas, têm, cada qual, uma concreta ideia de justiça.

Cumprida à Advocacia Pública, igualmente, apontar e traduzir aos administradores públicos e aos governantes, *sob o ângulo estritamente jurídico*, as pretensões, as objeções, as observações, as sugestões, as dúvidas e as incompreensões de todos aqueles que, no processo pré-legislativo de ausculta e debate, manifestaram-se, também com vistas a compatibilizar interesses e expectativas diametralmente opostos e obter maior adesão e consenso.

Essa perspectiva afeta diretamente a atividade da Advocacia Pública. Vê-se, assim, a necessidade de uma atuação judicial eficiente, com foco no seu resultado, bem como uma atividade consultiva marcada pela participação ativa do advogado público, especialmente no que concerne às políticas públicas.

Ademais disso, não obstante a ausência de garantias funcionais expressas, evidencia-se a importância da atuação do advogado público no combate à corrupção, sendo ele importante elo entre agentes públicos que atuam nessa seara, velando pela constitucionalidade, legalidade, licitude e legitimidade da ação estatal.

Como nem sempre o desígnio político dos governantes encontra esteio jurídico, graves atritos e dissensões podem ocorrer entre os membros da Advocacia Pública e as autoridades político-administrativas na implementação ou salvaguarda do interesse público.

2.10 A ADVOCACIA PÚBLICA NO NOVO CPC

Temas que mereceram grande debate no âmbito da advocacia pública, culminando com inúmeras manifestações de classe frente à casa legislativa federal, foi o disciplinamento da atuação da Fazenda Pública em juízo e questões que envolvem a defesa da Administração

Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

⁷⁷A Advocacia Pública e o Aperfeiçoamento Normativo do Estado Democrático de Direito. Fórum Administrativo: Direito Público. v. 14, n. 164, Belo Horizonte. 2014. p. 25.

Pública, e que foram colocadas a prova quando da elaboração do anteprojeto do novo código de processo civil.

A atuação da Fazenda Pública, no processo civil, sempre foi atacada pelos mais diversos seguimentos, em decorrência de ser detentora de prerrogativas processuais não gozadas por toda a classe da advocacia. Em razão disso, não foram poucos os debates acerca da manutenção ou da extinção de algumas dessas prerrogativas.

Com a aprovação do Novo Código de Processo Civil, através da Lei nº 13.105/2015, de 16/03/2015, restou revigorada toda a atuação da Advocacia Pública, com a modificação de algumas situações antes tidas como privilégios, bem como a retirada e inserção de mecanismos diversos.

Em seu texto, restou estabelecido um título próprio dedicado à Advocacia pública, composta por apenas três artigos, mas com grande significação.

TÍTULO VI DA ADVOCACIA PÚBLICA

Art. 182. Incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta.

Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§ 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

§ 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público.

Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

Como principais modificações, pode-se apontar a redução do prazo de defesa, que anteriormente, pelo artigo 188 do Código de Processo Civil de 1973 era contado em quádruplo, e em dobro para apresentação de recursos. Com a vigência do Novo CPC, o prazo é unificado ao dobro.

Todavia, a mesma norma que impôs uma restrição, também ofereceu uma grande inovação, que permitirá uma maior organização e otimização do exercício da atividade advocatícia pública, qual seja, a necessidade de intimação pessoal do representante, nos moldes do § 1º do artigo 183 acima identificado, ressalvado os casos em que existem prazos próprios aos entes públicos.

De outro turno, não se esquivou o Novo CPC da responsabilização do advogado público quanto à sua atuação, nos casos de dolo ou fraude, onde deverá ser acionado regressivamente.

A importância da Advocacia pública nas relações processuais é inegável.

Presença constante nas demandas possui, no Código de 1973, uma série de prerrogativas, necessárias a diferenciar a atuação daquela que, longe de defender interesses singulares, está a zelar pelo Erário e pelo interesse público.

Por maiores que tenham sido e ainda sejam as críticas a essas prerrogativas, haverão elas de subsistir no novo CPC, com algumas alterações e acréscimos.

Para aqueles que defendem os interesses da Fazenda Pública em juízo, grande era o receio de que o legislador, no afã de promover a duração razoável do processo, sem sequer entender o que isso significa, viesse a suprimir garantias necessárias à defesa da coisa pública.

Felizmente, não foi isso que aconteceu. Soube o legislador ouvir, em inúmeras ocasiões, representantes dos entes componentes da Fazenda Pública e assimilar a ideia de que as prerrogativas são realmente vitais para a sua atuação em juízo.

É momento, portanto, de se esperar que o novo Código de Processo Civil venha a atender às expectativas da sociedade brasileira. Se já nascerá dotado de um espírito democrático, almeja-se que possa apresentar, com o tempo e a necessária maturidade, respostas mais céleres, garantindo segurança e efetividade nas decisões e gerando, por conseguinte, a satisfação do cidadão jurisdicionado⁷⁸.

Percebe-se, desta maneira, que a atualização processual civil, mais do que proporcionar à Advocacia Pública instrumento de melhoria ao desenvolvimento de suas atividades, preservando garantias legais, estabeleceu, de outro lado, verdadeiro mecanismo de desenvolvimento célere do processo, visando alcançar a solução da lide posta de forma eficiente e rápida.

Acaba por evidenciar, assim, no âmbito da principal legislação processual civil, quais as funções essenciais à Administração da justiça, o qual é o núcleo mínimo de seu *mínus*, em plena consonância com os princípios constitucionais.

⁷⁸ PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. *A fazenda pública no novo código de processo civil*. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco / Seção Judiciária de Pernambuco. nº 4 Recife, 2011. p. 270-296.

3. A TUTELA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA PELA ADVOCACIA PÚBLICA⁷⁹

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a moralidade administrativa como um dos princípios norteadores da Administração Pública.

Como bem aponta Hely Lopes Meirelles⁸⁰, “a moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito de bom administrador”.

Importante ressaltar que a edição da súmula vinculante nº 13 pelo Supremo Tribunal Federal, que trata do nepotismo simples e cruzado, representou um fortalecimento da eficácia do princípio da moralidade, uma vez que restou configurado que os princípios constitucionais não configuram meras recomendações de caráter moral ou ético, mas consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e positivamente vinculantes, sendo sempre dotados de eficácia, cuja materialização, se necessário, pode ser cobrada por via judicial.

A advocacia pública tem sua previsão constitucional nos arts. 131 e 132, sendo uma das carreiras integrantes do capítulo da Constituição Federal destinado às funções essenciais à Justiça. Para fins de compreensão do presente estudo, apesar de grande divergência doutrinária – fomentada principalmente pela necessidade ou não de inscrição dos integrantes junto à OAB - a Defensoria Pública não será considerada como expoente da advocacia pública⁸¹.

Configura atribuição da advocacia pública a representação judicial e extrajudicial, bem como a consultoria e o assessoramento jurídico dos respectivos entes federativos. A União é representada pela Advocacia Geral da União (art. 131 da Constituição Federal). Os Estados e o Distrito Federal são representados por suas respectivas Procuradorias (art. 132 da Constituição Federal).

Os Municípios, apesar de inexistência de previsão constitucional expressa do órgão encarregado da sua representação judicial, extrajudicial e consultoria, são representados por suas Procuradorias Municipais ou Secretarias dos Negócios Jurídicos.

⁷⁹ O presente capítulo deu origem ao artigo “A administração pública na tutela coletiva da moralidade administrativa e do patrimônio público: o papel da advocacia pública”, publicado no v. 49, n. 3 de 2015 da Revista de Administração Pública (RAP) da FGV.

⁸⁰ Op. Cit. p. 90

⁸¹ ARRUDA, Ígor Araújo. *Defensor Público não exerce Advocacia Pública*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3486, 16 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23468>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

O art. 12, inciso II do Código de Processo Civil, atribui legitimidade de representação do Município ao Prefeito ou Procurador.

Deve-se salientar por oportuno que existe a proposta de emenda constitucional nº 153/2003, de autoria do deputado federal Maurício Rands, cujo objetivo é incluir os Procuradores Municipais no rol do artigo 132, garantindo a organização da carreira, o ingresso por concurso público daqueles que respondem pela representação judicial e extrajudicial, bem como pelo controle da legalidade dos atos da Administração Pública Municipal.

**PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 153, DE 2003
(Do Sr. MAURÍCIO RANDS)**

Altera o art. 132 da Constituição Federal

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O artigo 132 da Constituição Federal abaixo enumerado passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 132. Os Procuradores dos Estados, Municípios e Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após 3 (três) anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias."

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entrar em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

O presente projeto de Emenda Constitucional nasce como pretensão da Associação Nacional dos Procuradores Municipais - ANPM, tendo por escopo regulamentar a questão da Advocacia Pública no âmbito dos Municípios.

Merece registro o fato de que o Brasil possui mais de 5.500 (cinco mil e quinhentos) municípios, sendo que princípios insculpidos no Texto Constitucional, de observância imperativa pela Administração Pública, em sentido amplo, demandam a valorização, como ocorreu em plano federal e estadual, da carreira de Procurador.

A previsão, em plano constitucional, da carreira de procurador municipal é medida que vai ao encontro do regime jurídico-administrativo e, por conseguinte, é indisponibilidade do interesse público, pela administração.

O Princípio da Legalidade também se efetiva no plano interno da Administração Pública, com o exercício do controle preventivo, feito pelos pareceres jurídicos e, no plano externo pela eficiente representação judicial, através de Procuradores concursados, e, portanto com independência funcional.

Nada mais justifica excluir os Municípios da exigência constitucional de organizarem suas carreiras de Procurador. Nada mais justifica a possibilidade de ausência de controle de legalidade, ou um controle deficiente, decorrente da falta de mão-de-obra especializada ou de entrega de tal controle a pessoas estranhas ao quadro efetivo da Administração Municipal.

A ausência de pareceres, proferidos por Procuradores concursados, leva à descredibilidade da Administração Pública frente aos órgãos externos de controle, Tribunais de Contas e Ministério Público.

Cabe esclarecer que os Municípios com menor potencial econômico instituirão a carreira de Procurador Municipal de forma proporcional as suas possibilidades.

Certo de poder contar com o apoio dos nobres pares, encaminho a presente Proposta de Emenda Constitucional.

Sala das Sessões, em de 2003.

**Deputado MAURÍCIO RANDS
PT-PE**

Conforme elucida Rodolfo de Camargo Mancuso, a atuação do advogado público, “se faz próxima aos centros de poder decisório do Estado, de tal sorte que atos, documentos e por vezes até mesmo programas governamentais passam a ter como condição de eficácia a intervenção técnico-formal desses agentes”⁸².

Como já apontado, a advocacia pública brasileira vem aos poucos alterando seu paradigma institucional de simples defensora do ente público para efetiva controladora de legalidade dos atos administrativos por ele emanados.

Note-se que poucos estudos até hoje foram realizados especificamente sobre a atuação da advocacia pública brasileira na defesa da moralidade administrativa. Isso se deve principalmente à pouca participação da advocacia estatal na defesa deste interesse difuso, apesar da União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuírem legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública para a defesa dos interesses difusos e coletivos (art. 5º, inciso III da Lei nº 7.347/85), inclusive para ressarcimento de dano ao erário público e imputação das sanções previstas na lei de improbidade administrativa (art. 17 da Lei nº 8.429/92). Essa ineficácia na utilização dos instrumentos processuais e extraprocessuais disponíveis à advocacia pública para defesa da moralidade administrativa decorre de diversos fatores, como a ausência de autonomia administrativa e financeira, a interferência política e a desídia no trato da coisa pública.

Infelizmente, no atual contexto histórico, percebe-se ainda a tentativa por parte de alguns integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo na utilização da advocacia pública como instrumento jurídico legitimador de atos administrativos ou políticas públicas implantadas sem uma prévia análise técnica-jurídica do órgão consultivo. Mais ainda, permanece a confusão para alguns administradores da utilização da advocacia pública para defesa de interesses privados quando efetuados no exercício do cargo público, mas que, na verdade, são dissociados do interesse público. Como aponta Fábio Medina Osório:

A Procuradoria Municipal, a Procuradoria do Estado e a Advocacia da União defendem os interesses dos respectivos Entes Públicos, não se confundindo os interesses da pessoa jurídica com os interesses de seus representantes legais enquanto pessoas físicas. Mais ainda, o sistema constitucional, uma vez calcado na distinção entre pessoas jurídicas de Direito Público e pessoas físicas representantes das primeiras, veda, logicamente, que os interesses pessoais dessas últimas se sobreponham aos interesses dos Entes Públicos⁸³.

⁸² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Advocacia do Setor Público: Riscos e obstáculos no limiar do novo milênio*. Revista dos Tribunais, v. 92. n. 807. 2003. p. 27

⁸³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Observações sobre a improbidade dos agentes públicos à luz da Lei nº 8.429/92*. Revista dos Tribunais, vol. 740. p. 96. Jun.1997. p. 96.

O Superior Tribunal de Justiça possui diversos julgados no sentido de que a defesa particular do agente por procurador público configura improbidade administrativa salvo se houver interesse convergente da Administração⁸⁴.

Exemplificando, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça configurar ato de improbidade administrativa a utilização por prefeito municipal da Procuradoria do Município para sua defesa em ação popular ajuizada para declarar a nulidade de atos considerados abusivos no exercício do mandato, como a promoção pessoal irregular em anúncios e obras públicas, mesmo estando também o Município no polo passivo da demanda, haja vista que a situação delineada implica benefício pessoal do gestor em detrimento do ente público, configurando conflito de interesses⁸⁵.

A pouca atuação da advocacia pública na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa encontra fundamento em diversos fatores, como a falta de autonomia funcional, administrativa e financeira, a interferência política no exercício técnico-formal da carreira e a permanência em alguns advogados públicos da antiga postura funcional baseada na submissão e inércia frente aos problemas postos à sua apreciação.

O antigo perfil atribuído à advocacia pública, contudo, vem aos poucos mudando, como se vê, por exemplo, pela formalização de acordo de cooperação técnica entre a Advocacia Geral da União (AGU) e o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) para que ocorra o repasse de informações entre os órgãos sobre os prefeitos que foram cassados por algum ato ilícito, como forma de possibilitar a AGU cobrar do ex-agente público os valores gastos com os custos de novas eleições.

Assim, após os prefeitos serem julgados definitivamente, os Tribunais Regionais Eleitorais vão acionar a AGU para que sejam tomadas as providências necessárias para cobrar, por meio das ações judiciais, as despesas geradas pela convocação de nova votação.

Fora isso, a AGU também pretende formular pedido condenatório a título de dano moral coletivo, haja vista que os delitos cometidos por quem foi cassado causam transtornos aos eleitores, que serão obrigados a votar mais de uma vez em uma única eleição, além de eventuais problemas de gestão ocorridos durante o processo de cassação.

⁸⁴ STJ, AgRg no REsp 798.100/RO, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 09/11/2009.

⁸⁵ STJ, REsp 1229779/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe 05/09/2011.

Também vale ressaltar que Advocacia Geral da União obteve a condenação por improbidade administrativa, em primeira instância, do ex-prefeito sergipano de Monte Alegre e de outros três membros da comissão de licitação do município em razão de danos causados aos cofres públicos pelo favorecimento em licitação de empresas denunciadas pela "Operação Sanguessuga", deflagrada pela Polícia Federal em 2006, que apurou esquema de fraudes na aquisição de ambulâncias⁸⁶.

Ciente das particularidades vivenciadas pela advocacia pública, existe a proposta de Emenda Constitucional (PEC nº 82/07), de autoria do deputado federal Flávio Dino, que visa acrescentar à Constituição Federal, dentre outros, o artigo 132-A, o qual assegura as autonomias funcional, administrativa e financeira, assim como o poder de iniciativa de suas políticas remuneratórias e das propostas orçamentárias anuais.

Em sua justificativa, o parlamentar afirma que a sistemática da Constituição da República prega o paralelismo de atributos entre as instituições públicas de Estado, sobretudo entre aquelas consideradas essenciais à realização do bem comum.

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 82 DE 2007.

(Do Sr. Flávio Dino e Outros)

Acresce os arts. 132-A e 135-A e altera o art. 168 da Constituição Federal de 1988.

Art. 1º Ficam acrescentados os seguintes Artigos 132-A e 135-A à Constituição Federal:

“Art. 132-A. O controle interno da licitude dos atos da administração pública, sem prejuízo da atuação dos demais órgãos competentes, será exercido, na administração direta, pela Advocacia-Geral da União, na administração indireta, pela Procuradoria-Geral Federal e procuradorias das autarquias, e pelas Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, as quais são asseguradas autonomias funcional, administrativa e financeira, bem como o poder de iniciativa de suas políticas remuneratórias e das propostas orçamentárias anuais, dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias.”(NR)

.....
Art. 135-A. Aos integrantes das carreiras da Defensoria Pública, bem como da Advocacia da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Procuradoria-Geral Federal, dos procuradores autárquicos e das procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão garantidas:

- a) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa;
- b) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;
- c) independência funcional.” (NR)

Art. 2º O art. 168 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias Gerais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como da Defensoria

⁸⁶ Ação Civil Pública n.º 0000274-15.2008.4.05.8501 - 6ª Vara Federal da Seção Judiciária de Itabaiana-SE

Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º da Constituição Federal.” (NR)

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

A Advocacia-Geral da União é a instituição constitucional que, no âmbito da administração direta federal, exerce a advocacia de Estado, função essencial à Justiça. No âmbito da administração indireta, a função é desempenhada pela Procuradoria-Geral Federal e pelos procuradores autárquicos.

Assim, a aprovação da nova redação à Seção II do Capítulo das Funções Essenciais à Justiça mostra-se um avanço para o controle prévio de regularidade dos atos administrativos. Por outro lado, a atribuição de autonomia às entidades das esferas estaduais e municipais deriva do Princípio da Simetria.

Sabe-se que a sistemática da Constituição da República preza pelo paralelismo entre as instituições públicas nele contidas. Com isso, o Ministério Público Federal possui as mesmas autonomias e prerrogativas que os Ministérios Públicos Estaduais (§ 2º do art. 127), o mesmo ocorrendo com a Defensoria Pública.

Dentro desse contexto, a autonomia funcional e as demais garantias previstas no texto da presente proposta de emenda à Constituição representam fator indispensável para que a função constitucional dos referidos órgãos seja alcançada pelos respectivos titulares.

Finalmente, ressaltamos que as autonomias propostas são razoáveis e submetidas ao controle parlamentar, visando garantir melhores condições institucionais para que os membros da Advocacia de Estado exerçam suas funções em favor da sociedade, motivo pelo qual solicito o apoio dos nobres Pares.

Sala das Sessões, de abril de 2007.

Deputado FLÁVIO DINO
PCdoB/MA

Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 217/PB⁸⁷, julgou inconstitucional o art. 135, inciso I da Constituição Estadual da Paraíba, que atribuía autonomia funcional, administrativa e financeira à Procuradoria do Estado, sob o fundamento de que desvirtuava a configuração jurídica fixada pelo texto constitucional à advocacia pública, desrespeitando o art. 132 da Carta Magna.

3.1 A LEGITIMIDADE DA DEFESA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA PELA ADVOCACIA PÚBLICA

Entre os diversos instrumentos processuais disponíveis à advocacia pública para promover a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, tem-se destaque para a legitimidade de ajuizamento de ação de improbidade administrativa, inclusive com pedido de indisponibilidade de bens dos envolvidos (art. 7º da Lei nº 8.429/92), além da faculdade da assunção do polo ativo na ação popular (art. 6º, § 3º da Lei nº 4.717/65).

⁸⁷ STF, ADI 217, Relator: Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2002, DJ 13-09-2002 PP-00062 Ementa Vol-02082-01 PP-00001

O art. 17 da Lei nº 8.429/1992 estabelece a legitimidade ativa do Ministério Público e da pessoa jurídica interessada para a propositura da ação de improbidade administrativa. Assim, o ente federativo lesado pelo ato de improbidade detém legitimidade para o ajuizamento da ação de improbidade através dos advogados públicos que lhe representam. Igualmente, o § 2º do mencionado artigo prevê que a Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.

Igualmente, o art. 19 da Lei nº 12.846/2013, que trata sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, estabelece a legitimidade da advocacia pública do ente prejudicado para propor ação judicial que seguirá o rito da ação civil pública (art. 21 da Lei nº 12.846/2013) para fins de aplicação das seguintes penalidades às pessoas jurídicas infratoras: perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito, direta ou indiretamente obtido da infração; suspensão ou interdição parcial das atividades da pessoa jurídica; dissolução compulsória da pessoa jurídica e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Em resposta ao pedido nº 5807, o serviço de atendimento ao cidadão da PGE/RS informou que a Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, através de sua Procuradoria Disciplinar e de Probidade Administrativa ajuizou 62 ações de improbidade administrativa no período de 2009 a 2012.

3.2 ALGUNS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS E EXTRAPROCESSUAIS

A indisponibilidade do erário público e o receio do protecionismo e da incúria dos membros do Poder Público fundamentaram o teor da redação do art. 7º, § 1º da Lei nº 8.429/92, que veda a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa.

O art. 7º da Lei nº 8.429/92 prevê a possibilidade do pedido de indisponibilidade de bens dos envolvidos nos atos de improbidade. Pela leitura apressada do artigo, pode-se surgir uma ideia equivocada de que somente o Ministério Público seria legitimado para o pedido de indisponibilidade.

A melhor exegese, contudo, é a de que qualquer legitimado para a propositura da ação de improbidade é legitimado para o pedido de indisponibilidade, justamente em razão de sua

natureza cautelar e preventiva, que objetiva assegurar o efeito prático relativo ao ressarcimento do erário público no caso de futura eventual condenação dos envolvidos, assumindo, assim, natureza parecida com o arresto de bens⁸⁸.

Igualmente, em virtude de sua natureza cautelar, o pedido de indisponibilidade pode ser feito em ação preparatória⁸⁹ ou incidentalmente na ação civil pública. É admissível a concessão de liminar sem a oitiva da parte contrária (*inaudita altera pars*) para a decretação de indisponibilidade ou sequestro de bens dos réus.

Deve-se ressaltar, pela importância, que o Superior Tribunal de Justiça possui recente julgado no sentido de admitir o pedido de indisponibilidade de bens feito em sede de ação popular, baseado, entretanto, no poder geral de cautela do magistrado e sem alusão explícita ao art. 7º da Lei de Improbidade.

No acórdão, ficou assentado que inexistindo qualquer impedimento ou incompatibilidade flagrante com a Lei nº 4.717/1965, é plenamente cabível, em tese, com base no art. 22 do referido diploma, a postulação de tutelas urgentes, de natureza cautelar nominada ou inominada, previstas nos artigos 798, 799 e seguintes do Código de Processo Civil, tal como a indisponibilidade de bens para garantir o ressarcimento do erário, um dos principais objetivos da ação popular (art. 11 da Lei nº 4.717/1965)⁹⁰.

O pedido de indisponibilidade de bens tem cabimento frente a quaisquer atos de improbidade administrativa, inclusive àqueles que impliquem violação dos princípios da administração pública, mormente para assegurar o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário e, ainda, a multa civil prevista no art. 12, inciso III da Lei nº 8.429/92 como sanção autônoma⁹¹.

Segundo decisões do Superior Tribunal de Justiça, a medida de indisponibilidade patrimonial aplicada aos réus não deve se restringir apenas a um eventual enriquecimento ilícito, mas devem garantir a reparação de todas as consequências financeiras decorrentes dos atos ímprobos⁹².

⁸⁸ DECOMANI, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 275.

⁸⁹ A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a decretação da indisponibilidade e do sequestro de bens em ação de improbidade administrativa é possível antes do recebimento da Ação Civil Pública. (STJ, AgRg no REsp 1317653/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/03/2013, DJe 13/03/2013).

⁹⁰ STJ, AgRg no REsp 957.878/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 11/12/2012, DJe 04/02/2013.

⁹¹ STJ, AgRg no REsp 1311013/RO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/12/2012, DJe 13/12/2012.

⁹² STJ, EDcl no REsp 1314092/PA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 13/06/2013.

Na petição inicial não é necessária a individualização dos bens que sofrerão os efeitos da indisponibilidade⁹³. A indisponibilidade de bens representa uma tutela de evidência, já que a sua decretação não está condicionada à comprovação de dilapidação efetiva ou iminente de patrimônio do réu, porquanto visa, justamente, a evitar dilapidação patrimonial⁹⁴.

A tutela diferenciada funda-se ora na urgência na entrega da prestação jurisdicional, ora na evidência de que o direito afirmado existe. Teríamos, pois, como espécies de tutela diferenciada, a tutela de urgência e a de evidência (...) A tutela diferenciada, portanto, pode estar vinculada ao valor urgência, ao valor evidência ou a ambos (...) Tendo em vista características da situação, fica dispensado o risco concreto de dano. Busca-se afastar o mal causado pela demora do processo, por si mesmo fator de risco para a utilidade do resultado⁹⁵.

O periculum in mora é presumido, já que está implícito no comando legal do pedido de indisponibilidade⁹⁶, uma vez que ele não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio, mas sim da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, que atinge toda a coletividade⁹⁷.

Como visto, segundo a posição majoritária do Superior Tribunal de Justiça, a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição Federal⁹⁸.

O pedido de indisponibilidade de bens nos casos de ação de improbidade administrativa poderá compreender o patrimônio de todos os réus, uma vez que a responsabilidade é solidária até a instrução final do feito, onde aí então se delimitará a quota de responsabilidade de cada agente para a dosimetria da pena⁹⁹. Todavia, há julgados que abordam a Lei nº 8.429/92, sustentando a sua não aplicabilidade retroativa para alcançar bens

⁹³ STJ, AgRg no REsp 1282253/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 26/02/2013, DJe 05/03/2013.

⁹⁴ STJ, REsp 1280826/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11/12/2012, DJe 19/12/2012.

⁹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 339-340.

⁹⁶ STJ, REsp 1319583/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13/08/2013, DJe 20/08/2013.

⁹⁷ STJ, REsp 1.319.515/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Min. Mauro Campbell Marques, DJe 21.9.2012.

⁹⁸ STJ, AgRg nos EREsp 1315092/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 22/05/2013, DJe 07/06/2013.

⁹⁹ STJ, AgRg no REsp 951.528/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 03/03/2009, DJe 31/03/2009.

adquiridos antes de sua vigência, devendo a indisponibilidade dos bens atingir somente os bens adquiridos após o ato tido como ímprobo¹⁰⁰.

O Superior Tribunal de Justiça possui atual entendimento no sentido de que os preceitos da Lei n. 8.429/92 podem ser aplicados a fatos ocorridos antes de sua vigência, podendo a indisponibilidade dos bens recair sobre tantos bens quantos forem necessários ao ressarcimento do dano, mesmo aqueles adquiridos antes ou depois do ato de improbidade administrativa¹⁰¹.

Por fim, note-se que o caráter de bem de família do imóvel do réu não tem a força de obstar a determinação de sua indisponibilidade nos autos de ação civil pública de improbidade administrativa, pois tal medida não implica em expropriação do bem¹⁰².

A utilização do pedido de indisponibilidade de bens pela advocacia pública para defesa do patrimônio público pode ser verificada em alguns exemplos existentes.

No processo nº 20103200000800-4, que tramita na 1ª Vara Federal de Manaus/AM, a Procuradoria Federal no Estado do Amazonas conseguiu liminar que determinou o bloqueio e a indisponibilidade de aproximadamente R\$ 155 mil em bens da prefeita Eliete da Cunha Beleza da cidade de Santa Isabel do Rio Negro, no Amazonas.

O valor corresponde à verba repassada ao município pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) e que não foi usado nos projetos aos quais se destinavam, durante a primeira gestão da prefeita¹⁰³.

A Procuradoria Federal no Estado do Tocantins (PF/TO) e a Procuradoria Federal junto ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (PF/FNDE) obtiveram decisão favorável na Ação Civil Pública nº 8115-26.2012.4.01.4300, em trâmite pela 2ª Vara da Seção Judiciária do Tocantins, como forma de assegurar a indisponibilidade de bens e valores do ex-prefeito do município de Rio Sono/TO, visando resguardar futuro ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa.

O ex-prefeito é acusado de receber em 2009 recursos do Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar sem a devida comprovação da boa aplicação dos recursos, com o descumprimento do dever legal de prestar contas, o que ocasionou perante o Tribunal de

¹⁰⁰ STJ, REsp 196.932/SP, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 18/03/1999, DJ 10/05/1999, p. 119.

¹⁰¹ STJ, REsp 401.437/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 16/10/2007, DJ 09/11/2007, p. 235.

¹⁰² STJ, REsp 1204794/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 16/05/2013, DJe 24/05/2013.

¹⁰³ Disponível em: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=152001&ordenacao=0&id_site=782. Acesso em 26 ago 2013.

Contas da União a instauração de uma tomada de contas especial, onde se apurou um prejuízo de mais de R\$ 48 mil aos cofres públicos.

Note-se, por oportuno, que a recente Lei nº 12.846/2013 também prevê a possibilidade do pedido de indisponibilidade de bens nas ações ajuizadas em face de pessoas jurídicas com base em sua responsabilização civil ou administrativa¹⁰⁴ (art. 19, § 4º).

Importante destacar, por oportuno, que o art. 17, § 3º da Lei nº 8.429/1992, com a redação dada pela Lei nº 9.366/96, determina que no caso de a ação principal tenha sido proposta pelo Ministério Público, o magistrado deverá agir conforme o disposto no art. 6º, § 3º da Lei da Ação Popular (4.717/1965).

Segundo esse parágrafo, a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação na ação popular, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

Note-se que a redação primitiva do § 3º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, antes de sua alteração pela Lei nº 9.366/96, previa nas hipóteses de a ação ter sido proposta pelo Ministério Público a intervenção da pessoa jurídica interessada na lide na qualidade de litisconsorte, como forma de possibilitar a correção de eventuais omissões e falhas da petição inicial, bem como para possibilitar a apresentação ou indicação de meios de prova que achar pertinente.

A leitura do art. 17, § 3º da Lei nº 8.429/1992 gerou em parte da doutrina a interpretação no sentido da obrigatoriedade da citação da pessoa jurídica interessada quando o ajuizamento da ação de improbidade administrativa tiver sido feito pelo Ministério Público.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg nos EREsp 329.735/RO, Min. Castro Meira, DJ de 1406/2004, assentou o entendimento de que a falta de citação da pessoa jurídica de direito público interessada não acarreta a nulidade do processo, por se tratar de litisconsorte facultativo.

A melhor exegese da norma, contudo, aponta no sentido da inexistência de nulidade pela ausência de citação da pessoa jurídica interessada, haja vista não se trata de litisconsórcio necessário (art. 47 do CPC), mas simples litisconsórcio facultativo, devendo, em qualquer caso, ser demonstrado o efetivo prejuízo para possível reconhecimento de nulidade.

¹⁰⁴ § 4º. O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

Desse modo, a norma não determina a citação obrigatória da pessoa jurídica de direito público interessada sob pena de nulidade absoluta, mas lhe faculta contestar o pedido (polo passivo), abster-se de contestar ou atuar junto ao autor no polo ativo da demanda¹⁰⁵.

Evidencia-se, assim, não se tratar de hipótese de litisconsórcio necessário, por ser facultativa, a critério da pessoa jurídica de direito público, sua intervenção no processo¹⁰⁶. Igualmente, a natureza da relação jurídica em questão não induz, obrigatoriamente, a um litisconsórcio necessário.

De se ver, ainda, que a ausência de citação da pessoa jurídica de direito público, suposta vítima da atuação funcional do agente público contra o qual o Ministério Público propõe ação civil de improbidade administrativa, não implica em nulidade processual, pois, na espécie, trata-se de litisconsórcio facultativo.¹⁰⁷

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento sedimentado no sentido de que na ação civil pública por ato de improbidade, quando o autor é o Ministério Público, a pessoa jurídica de direito público interessada sustenta a qualidade de litisconsorte facultativa e não litisconsorte necessário¹⁰⁸.

Com isso, não constitui nulidade processual constatável de plano a não intervenção do ente público interessado na ação de improbidade¹⁰⁹, já que incide, no caso, a regra oriunda do princípio da instrumentalidade das formas, no sentido de que não há nulidade sem demonstração do efetivo prejuízo pela parte (art. 244, do CPC).

Interessante destacar que o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de julgar um recurso que abordava a necessidade ou não de intimação da pessoa jurídica interessada quando a ação de improbidade tiver sido proposta por outro legitimado que não o Ministério Público¹¹⁰.

¹⁰⁵ Nesse sentido: TJSP – Apelação com revisão nº 0096248-63.2002.8.26.0000 - 10ª Câmara de Direito Público – rel. Des. Antonio Carlos Villen – DJ. 10.07.2006

¹⁰⁶ Trecho do voto do Ministro Teori Albino Zavaski no REsp 565.317/RO, Rel. Ministro Luiz Fux, primeira turma, julgado em 14/09/2004, DJ 05/12/2005, p. 223.

¹⁰⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 223.

¹⁰⁸ STJ, REsp 889.534/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 04/06/2009, DJe 23/06/2009 e REsp 526.982/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 06/12/2005, DJ 01/02/2006, p. 433.

¹⁰⁹ STJ, REsp 565.317/RO, Rel. Ministro Luiz Fux, primeira turma, julgado em 14/09/2004, DJ 05/12/2005, p. 223.

¹¹⁰ STJ, REsp 1263538/BA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/02/2012, DJe 07/03/2012.

Tratava-se o caso de uma ação civil pública proposta pela União visando à apuração de fatos relativos a fraudes em processos licitatórios da Universidade Federal do Estado da Bahia (UFBA).

O STJ entendeu que a melhor exegese do art. 17, §3º da Lei 8.249/92 é a que admite a intimação da pessoa jurídica quando a ação for proposta por órgão diverso dela própria. Assim, deu provimento ao recurso interposto para que se realizasse a intimação da Universidade Federal da Bahia para lhe facultar as prerrogativas previstas no § 3º do art. 6º da Lei 4.717/1965.

3.2.1 AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei 8.429/92 trouxe, ao ordenamento jurídico vigente, a concretização dos anseios da sociedade, ao admitir a instrumentalização e, por que não dizer, a definição dos atos administrativos que importam em violação ao princípio da Moralidade, consubstanciados em improbidade administrativa.

Traz, desta forma, duas possibilidades de procedimentos, uma delas instaurada pela autoridade do órgão onde se deu a conduta desviante e, a outra, deflagrada no âmbito do Ministério Público.

Ambos os procedimentos visam à coleta de informações que comprovem a ocorrência de condutas desviantes no exercício da função pública, evidenciando-se seu caráter instrumental, que servirá como base para eventual aplicação de penalidade administrativa pela autoridade competente e, ainda, como substrato para o ajuizamento de ação de improbidade e outras que se mostrarem pertinentes à responsabilização civil e criminal, tal qual referenciado nos artigos 12¹¹¹ e 22¹¹² da Lei 8.429/92.

Diante desta conceituação entendeu por correto, o legislador pátrio, a adoção de legitimação concorrente¹¹³, mas independentes entre si, para a propositura das ações que buscassem a responsabilização dos agentes identificados como ímprobos.

¹¹¹ Lei 8.429/92. Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

¹¹² Art. 22. Para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.

¹¹³. Idem. Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

§ 2º A Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.

Em seu texto, a Lei de Improbidade Administrativa, traz a possibilidade de qualquer pessoa representar à autoridade administrativa, para que sejam averiguados fatos destinados à apuração de prática de ato de improbidade¹¹⁴.

Neste sentido, estabeleceu a indigitada lei o dever da Administração Pública em proceder à apuração dos atos possivelmente tidos como violadores dos princípios que norteiam a boa administração, colocando a advocacia pública como verdadeiro instrumento de atendimento aos preceitos constitucionais e legais.

Assim, identificado o ato eivado de vício de moralidade, bem como o seu respectivo emissor, competirá ao advogado público a propositura de demanda objetivando coibir a prática de novos atos, bem como a punição do agente incurso nos artigos 9º, 10º ou 11º da Lei nº 8.429/92, identificando a lesão ao erário, o enriquecimento ilícito ou, ainda, a violação de princípio que norteie a atividade administrativa pública.

Em seu artigo 16, a Lei de Improbidade Administrativa, aponta, como sendo função do advogado público do órgão administrativo ou ente federado, o dever de proceder requerimento ao órgão judiciário competente, objetivando a decretação de sequestro de bens e direitos do agente, ou mesmo de terceiro estranho à administração pública lesada, por suposta prática de ato que lhe tenha proporcionado enriquecimento ilícito, ou simplesmente causado dano ao erário. *In verbis*:

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de sequestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

Assim, a atuação do Advogado público não se dá exclusivamente na fase administrativa de apuração da autoria e identificação dos atos de improbidade, possuindo

¹¹⁴ Idem. Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

§ 1º A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterá a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

§ 2º A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas no § 1º deste artigo. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público, nos termos do art. 22 desta lei.

§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares.

legitimidade e dever de atuar na fase judicial com a propositura da competente de Ação de Improbidade.

Ainda, e não de menor importância, nos termos das normas inseridas nos incisos LIV e LV¹¹⁵ da Constituição Federal, deve ser garantido aos requerido, em processos judiciais ou administrativos, o respeito ao devido processo legal, a ampla defesa e ao contraditório, para que seja exarada decisão compatível com o Estado Democrático de Direito, sem violação de prerrogativas individuais.

Estabelece o Estatuto da Advocacia brasileira, estatuído pela Lei nº 8.906/93, em seu artigo 3º que o exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), e aponta em seu § 1º que:

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

Neste sentir, somente o advogado público pode lançar entendimento sobre questões jurídicas e sua legalidade, posto que detentor exclusivo da habilitação para tanto.

Assim, a função do controle interno de legalidade só pode ser exercida por servidor público, considerado como tal aquele que preenche os requisitos legais de habilitação para tal exercício, ou seja, o advogado público.

Não obstante as normas acima mencionadas serem suficientes para se chegar à conclusão já exposta, também, por imposição normativa, a atividade de consultoria jurídica ficou sob a responsabilidade da advocacia pública, posto que o artigo 129 da Constituição Federal, o qual elenca as atribuições institucionais do Ministério Público, no inciso IX assevera que cabe ao *parquet* "exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedadas a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas", ou seja, retira definitivamente tal função e a atribui à Advocacia Pública.

Estabelece o artigo 131 da Constituição Federal:

¹¹⁵ Art. 5º...

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

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

Da mesma forma, tal competência institucional foi atribuída na Constituição do Estado de São Paulo à Procuradoria Geral do Estado:

Artigo 98 - A Procuradoria Geral do Estado é instituição de natureza permanente, essencial à administração da justiça e à Administração Pública Estadual, vinculada diretamente ao Governador, responsável pela advocacia do Estado, sendo orientada pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

Artigo 99 - São funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado:

I - representar judicial e extrajudicialmente o Estado e suas autarquias, inclusive as de regime especial, exceto as universidades públicas estaduais;

II - exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo e das entidades autárquicas a que se refere o inciso anterior.

No âmbito do Município de Ribeirão Preto, coube à Procuradoria Geral do Município a competência de exercer a atividade de consultoria jurídica, de acordo com o artigo 87 da Lei Orgânica do Município:

Art. 81 - A Procuradoria Geral do Município é a instituição que o representa judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, ainda, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, propor ação civil pública, representando o Município, as atividades de consultoria e assessoramento do Poder Executivo, e, privativamente, a execução da dívida ativa de natureza tributária.

A despeito da modificação de nomenclatura, discutível por sua natureza, que modificou a Procuradoria do Município para Secretaria de Negócios Jurídicos, não restou alterada as atribuições concedidas ao corpo jurídico municipal, prevalecendo todas as regras anteriormente aduzidas.

Assim, não resta dúvida que cabe à Advocacia Pública exercer com exclusividade o controle interno de legalidade dos atos da administração pública, posto que somente o advogado público tem habilitação legal para o exercício de tal função pública, e, também, a obrigatoriedade na realização deste importante múnus, função essencial ao alcance da segurança jurídica da sociedade.

Tal controle de legalidade é uma obrigação institucional dos procuradores públicos, como um poder-dever que tem como objetivo a proteção do interesse público, ou o interesse de toda a sociedade.

Enuncia a procuradora do Estado Patrícia Helena Massa¹¹⁶, ao focar especificamente a Procuradoria do Estado:

O Procurador do Estado, como órgão público, cujas palavras emitidas são as palavras do próprio Estado, está investido do poder-dever de amplo exame da legalidade, não devendo lhe escapar a verificação dos critérios que legitimam a ação da Administração.

Como representantes da sociedade, o Advogado Público, assim como o administrador público, deve atuar sempre com a finalidade de atingir o bem comum, os interesses públicos, sempre seguindo aquilo que a lei lhe impõe, agindo *secundum legem*.

Enquanto no campo das relações entre particulares é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, no campo da Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei delimita a atuação de forma lícita do administrador, sem o cometimento de ilegalidades e evitando abusos.

Caberá, portanto, ao integrante da Advocacia pública, efetivar o controle da legalidade e dos demais princípios norteadores da atividade pública, dentro dos procedimentos que busquem a apuração do ilícito de improbidade administrativa, assim como pleitear, na esfera judicial, através da Ação de Improbidade Administrativa, a reparação do dano ao patrimônio público, ou simplesmente a retificação do ato lesivo à moralidade administrativa, como forma de implementar os ditames constitucionais.

3.2.1.1 A PRESCRIÇÃO NA LEI DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A lei 8.429/92, mais especificamente em seu artigo 23, aponta:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Em se tratando de agente político, detentor de mandato eletivo, firmou-se entendimento em nossa jurisprudência de que o termo inicial para contagem do prazo

¹¹⁶ MASSA, Patrícia Helena. *O Papel do Advogado Público na Administração Democrática e no Controle de Legalidade*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, jan./dez.1997. p. 115.

prescricional seria estabelecido com o término do mandato (lei posta) e, em caso de reeleição, ao encerrar-se o último período consecutivo em que ocorreu o ato eivado de vício¹¹⁷.

Tal entendimento se consubstanciou no fato de que a plausibilidade de conhecimento dos atos de improbidade se amplia, em regra, com a modificação das administrações, substituindo-se grande parte dos agentes comissionados, possibilitando a descoberta de eventuais atos e agentes ímprobos, estando de acordo com a sistemática de proteção aos direitos difusos e coletivos¹¹⁸.

De outro turno restou estabelecido, tanto na doutrina como na jurisprudência¹¹⁹, que o particular que incidir na prática de ato de improbidade administrativa, também, estará sujeito ao mesmo prazo prescricional previsto para os agentes públicos.

Questão ainda a ser ventilada faz referência à prescrição da pretensão ao ressarcimento de danos ao erário.

A jurisprudência (STJ. AgRg no AREsp 79.268/MS. Segunda Turma, Brasília, DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 19/11/2013, DJe 29/11/2013), baseada no § 5º, do art. 37, da CF/88, considera a ação de ressarcimento de danos imprescritível, pensamento com o qual aderimos.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal reconheceu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 669069, ementada da seguinte forma, cujo julgamento encontra-se suspenso a pedido do Ministro Dias Toffoli, desde novembro de 2014:

ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA RESSALVA FINAL PREVISTA NO ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário no qual se discute o alcance da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal. (STF. RE 669069 RG, Rel.: Min. Teori Zavascki, julgado em 02/08/2013, DJe-166 Divulgação 23-08-2013. Publicação 26-08-2013).

Ao comentar sobre a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário, em seu voto no Agravo de Instrumento nº 848.482, o Min. Luiz Fux esclarece que “muito embora isso possa até vir a violar a isonomia, a finalidade do constituinte originário foi de superproteger o

¹¹⁷ STJ. REsp 1290824/MG. Segunda Turma, Brasília, DF, Relator Ministra Eliana Calmon, julgado em 19/11/2013, DJe 29/11/2013

¹¹⁸ Há outros motivos favoráveis ao início do prazo prescricional a partir do término do último mandato outorgado ao agente. (GARCIA; ALVES, 2004, p. 552).

¹¹⁹ STJ. AgRg no REsp 1159035/MG. Segunda Turma, Brasília, DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 21/11/2013, DJe 29/11/2013.

patrimônio público, porque veio, no artigo da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, veio com esse endereço”.

Assim, e em compasso com o quanto determinado pela Lei 8.429/92, deverá o representante da Administração Pública utilizar de todos os meios possíveis para a recuperação do dano causado ao erário, sob pena deste incorrer no quanto previsto pelo Artigo 10, inciso X da mesma lei¹²⁰.

3.2.2 ASSUNÇÃO DO POLO ATIVO NA AÇÃO POPULAR (Art. 6º, §3º da Lei 4.717/65)

Também é possível à Fazenda Pública a assunção do pólo ativo em ação popular quando isso se afigure útil ao interesse público (art. 6º, § 3º da Lei nº 4.717/65).

Essa faculdade, contudo, não é muito utilizada, especialmente no âmbito estadual e municipal. Isso ocorre porque na maioria dos casos o ato impugnado foi feito na gestão do atual representante político.

Por pressões políticas, a análise do interesse público fica relegada a segundo plano, o que dá azo sempre a defesa do ato impugnado. O fato político também pode estar presente no sentido inverso.

A assunção do pólo ativo pela Fazenda Pública lesada pode ser motivada por um viés eleitoreiro, em especial nas situações em que o ato impugnado possa afetar de algum modo aos adversários políticos do atual administrador do ente federativo.

Para melhor visualização da problemática, segundo informações fornecidas através do pedido administrativo nº 02.2012.028652-8, a Procuradoria Geral do Município de Ribeirão Preto-SP, no período de 2005 a 2012 não assumiu, como lhe faculta o art. 6º, § 3º da Lei nº 4.717/65, o polo ativo nas ações populares ajuizadas em face da Prefeitura, sempre optando pela defesa do ato impugnado, promovendo 58 defesas no período mencionado.

Tal situação somente passou a esboçar ligeira modificação, com a modificação de gestão da Procuradoria Geral do Município, onde se passou a admitir, como regra de autonomia do Procurador responsável pelo processo judicial respectivo, a adoção de medidas necessárias ao ingresso no pólo ativo da lide que assim o requisitar.

Em se tratando de ação popular, é permitido ao ente público migrar do pólo passivo para o ativo a qualquer tempo, mesmo após a apresentação de contestação, ocorrendo a

¹²⁰ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa (...), e notadamente:

...

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

migração a juízo de seu representante legal com a finalidade de defender o interesse público¹²¹.

Não há que se falar assim em preclusão lógica pela apresentação da contestação, pois, além de a mencionada lei não trazer limitação quanto ao momento em que deve ser realizada a migração, o seu art. 17 preceitua que a entidade pode, ainda que tenha contestado a ação, proceder à execução da sentença na parte que lhe caiba, ficando evidente a viabilidade de composição do pólo ativo a qualquer tempo¹²².

Como visto, é aceita majoritariamente pelo Superior Tribunal de Justiça a tese da retratabilidade do ente público, quando este, apesar de ter oferecido contestação ao pedido da ação popular, convence-se da ilegalidade e lesividade do ato, inexistindo óbice para que o ente público assuma o pólo ativo da demanda em nome do interesse público¹²³. Igualmente, o fato de o ente público ter pedido prazo em dobro para responder à ação não quer dizer que ele praticou ato incompatível com a faculdade de requerer o ingresso no pólo ativo da relação processual¹²⁴.

3.2.3 CONSULTORIA JURÍDICA

Quanto aos instrumentos extraprocessuais disponíveis à advocacia pública para defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, podemos destacar a função consultiva como de extrema relevância para o controle prévio dos atos administrativos.

De grande relevo para fins de controle da legalidade dos atos administrativos, o exercício da consultoria jurídica interna por parte dos advogados públicos, inclusive com a possibilidade da criação de súmulas administrativas com o escopo de pacificar entendimentos da Administração Pública, acaba por desburocratizar, assim, procedimentos que rotineiramente demandam tempo desnecessariamente prolongados.

Igualmente, mostra-se importante a presença dos advogados públicos na qualidade de técnicos no que pertine à elaboração de minutas de leis e na expedição de recomendações de condutas aos demais servidores públicos. A participação consultiva no processo administrativo disciplinar também resulta importante, principalmente no que tange ao controle

¹²¹ STJ, REsp 1185928/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 15/06/2010, DJe 28/06/2010.

¹²² STJ, REsp 945238/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 09/12/2008, DJe 20/04/2009.

¹²³ STJ, AgRg no REsp 439854/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 08/04/2003, DJ 18/08/2003, p. 194.

¹²⁴ STJ, AgRg no REsp 973905/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/06/2009, DJe 25/06/2009.

da legalidade dos atos apuratórios, mormente para assegurar a garantia da concessão da ampla defesa e contraditório ao investigado.

Derly Barreto e Silva Filho¹²⁵ explicita a atividade exercida pela advocacia pública como sendo expressão de garantia constitucional:

Considerando que o regime jurídico-administrativo, no Estado Democrático de Direito, tem como pilares a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração, o Poder Público, seus órgãos e seus agente têm o dever indeclinável de perseguir e tutelar tais interesses. Para isso, a ordem jurídica confere à Administração o poder de **autotutela**, possibilitando sejam revogados atos inconvenientes ou inoportunos e anulados atos ilegais.

No bojo desse poder-dever, está o controle **interno de legalidade**, tarefa para a qual os advogados públicos foram constitucionalmente convocados (cf. arts. 131 e 132 da Constituição Federal).

Destarte, na medida em que a Carta Política reservou, em caráter privativo, à Advocacia Pública, a atividade de consultoria jurídica, é porque quis que órgão diverso daquele que emite a vontade político-estatal verificasse e garantisse a existência de sintonia formal e material do ato (ou do projeto de ato) aos cânones da **justiça**, síntese da legalidade, legitimidade e licitude, acautelando, promovendo e defendendo o interesse público.

...

Vale notar, para concluir este tópico que, muito embora o advogado público, na atividade contenciosa, tenha o dever de defender a **tese estatal** – e não propriamente a sua convicção –, isto não implica dizer que ele não exerça uma forma de controle de legalidade dos atos administrativos. Isso se evidencia quando, deparando-se com um ato ilegal, ele procede a representações às instâncias competentes, sugerindo providências de correção, de anulação e, até mesmo, de responsabilização da autoridade pública, tudo visando defender, eficientemente, o interesse público (e, também, proteger-se contra eventuais acusações).

A importância da função consultiva da advocacia pública para o controle da legalidade dos atos do ente público correspondente é reconhecida no art. 6º, § 2º da Lei nº 12.846/2013, que prevê a obrigatoriedade da elaboração de manifestação jurídica prévia pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica do ente público para fins de aplicação das sanções administrativas previstas na lei.

Importante destacar que o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de decidir sobre a extensão da responsabilidade do advogado público na elaboração de pareceres técnicos no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.631/DF¹²⁶, onde ficou assentado que

¹²⁵ SILVA FILHO, Derly Barreto. *O Controle da legalidade diante da remoção e da inamovibilidade dos advogados públicos*. REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. Jan.-Dez. 2002. p. 216.

¹²⁶ Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o

salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.

Isso ocorre “porque quem pratica o ato é o administrador, e não o advogado que apenas dá sua opinião acerca da melhor conduta a ser tomada naquele caso”¹²⁷, possuindo o parecer, então, natureza de opinião técnica-jurídica e não de ato administrativo propriamente dito. O ato administrativo em si, no caso, consubstancia-se no ato de acolhimento ou rejeição do parecer pela autoridade administrativa competente.

3.2.3.1 ANÁLISE DE EDITAIS DE LICITAÇÃO

A função consultiva na análise de editais de licitação também se mostra de extrema relevância para a verificação de eventuais irregularidades que ocasionem prejuízos ao patrimônio público ou que, de qualquer forma, represente desvio da finalidade pública que caracterize ofensa à moralidade administrativa.

Em artigo científico sobre o tema, Angélica Moreira Dresch da Silveira aborda as formas mais rotineiras de burla pelos agentes públicos das rígidas normas prevista na Lei nº 8.666/93, como o direcionamento da licitação, superfaturamento de preços e o fracionamento de despesa, demonstrando ao longo do estudo a importância da atividade consultiva da Advocacia Geral da União desenvolvida pelos Núcleos de Assessoramento Jurídico nos Estados na prevenção da corrupção, que fomentam a preservação da probidade dentro dos procedimentos licitatórios e de contratações diretas:

O assessoramento jurídico aos órgãos da Administração Pública, no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por eles praticados ou já efetivados, e em especial, o exame das regras que disciplinarão o procedimento licitatório, bem como daquelas que deverão regular a execução contratual, e dos atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade ou decidir a dispensa de licitação, constituem funções específicas dos Núcleos de Assessoramento Jurídico (NAJs), unidades da Consultoria-Geral da União (CGU), órgão de direção superior d Advocacia-Geral da União (AGU).
(...)

administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. (...) Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. (STF, MS 24631, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007. No mesmo sentido: MS 24073, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002).

¹²⁷ PINHEIRO DE AMORIM, Gustavo Henrique. *O advogado público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrente*. In: *Leituras Complementares de Direito Administrativo: Advocacia Pública*. Coord. Fernanda Marinela e Fabrício Bolzan. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 261.

A análise preventiva, realizada pelos núcleos de assessoramento da AGU, comporta ainda a advertência de que, mesmo após publicado o edital ou expedido o convite, sendo constatado que o valor estimado atribuído ao objeto da licitação não condiz com os preços praticados no mercado (porque possivelmente superfaturados), deve o ordenador de despesas declarar a nulidade parcial do procedimento licitatório, alcançando todos os atos praticados desde a aprovação da estimativa de custos baseada em pesquisa de preços superfaturada ou deficientemente instruída, determinando prazo para que outra pesquisa de preços seja elaborada; sob pena de responder solidariamente pela recomposição dos prejuízos advindos da contratação efetivada com preços abusivos.¹²⁸

Inobstante ao seu arquivamento sem desfecho, importa relembrar o trâmite de projeto de lei, PLS 218/2010, que ocorreu nas comissões do Senado Federal, que modificava as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Tal regramento objetivava disciplinar a necessidade de manifestação dos órgãos consultivos da Advocacia Pública, bem como os efeitos de sua participação em processos administrativos.

3.2.4 SÚMULAS ADMINISTRATIVAS

No âmbito federal, a Lei Complementar nº 73 de 10 de fevereiro de 1993, que instituiu a Lei orgânica da Advocacia Geral da União, estabeleceu em seu art. 4º, XII ser atribuição do Advogado Geral da União, a expedição de súmulas administrativas, com objetivo de adequadamente orientar a execução das atividades do poder executivo, estabelecida de acordo com as reiteradas decisões jurisprudenciais, e também, possuindo caráter vinculativo aos pareceres emitidos por aquele órgão consultivo. *In verbis*:

Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:

...

XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal;

XII - editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais;

No ano de 2004, foi instituído Grupo de Trabalho temático dentro do corpo da Advocacia Geral da Unia, com o intuito de proceder uma revisão das denominadas “súmulas

¹²⁸ DRESCH DA SILVEIRA, Angélica Moreira. *A função consultiva da Advocacia-Geral da União na prevenção da corrupção nas licitações e contratações públicas*. Revista Virtual da AGU nº 88, maio de 2009. Ano IX. Disponível em: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=83039&id_site=111&ordenacao=1. Acesso: 17 out. 2013.

administrativas” da AGU, o qual apresentou Relatório de 250 páginas ao Advogado-Geral da União, com propostas de revisão de textos, de revogação e de substituição de algumas delas por instruções normativas.

Tal procedimento levou em consideração a mudança de postura da Instituição em relação aos mais diversos temas de relevância da atuação da Administração Pública, consubstanciados em:

Côncio da relevância do tema que lhe foi confiado, o Grupo de Trabalho procurou orientar seus estudos por **critérios** definidos no seu âmbito, para que houvesse uniformidade no exame de cada uma das súmulas atuais.

Assim, acordou-se, relativamente à Súmula da Advocacia-Geral da União, que:

I - a postura da Administração Federal na esfera administrativa não pode ser oposta àquela adotada em juízo. Ou seja, em respeito à ética, ao princípio constitucional da moralidade administrativa, ao Poder Judiciário e ao cidadão, não pode a Administração **aceitar** como definitiva tese reiteradamente afirmada no STF, STJ e TST e deixar de interpor recursos e, na via administrativa, **negar** deferimento a postulação idêntica à da tese judicialmente acolhida;

II - a **Súmula da Advocacia-Geral da União** é composta de **enunciados** editados pelo Advogado-Geral da União, os quais devem receber numeração seqüencial;

III - à vista da necessidade de atuação coerente da Administração, os enunciados da Súmula da AGU devem orientar, em **caráter vinculativo**, a atuação dos órgãos jurídicos e dos integrantes da AGU, da PGF e da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil, no exercício de suas atividades de representação judicial e extrajudicial, de consultoria e assessoramento jurídicos;

IV - em consequência do item anterior, o **preâmbulo** da Súmula da AGU deve ser revisto, pois o seu caráter obrigatório não seria apenas para “os órgãos jurídicos da representação judicial da União, das autarquias e das fundações públicas”;

V - os enunciados da Súmula da AGU, **resultantes** que são de jurisprudência iterativa dos Tribunais (STF, STJ e TST), devem expressar as teses assentes no Judiciário, focalizando, objetivamente, a controvérsia posta em juízo e ali pacificada;

VI - embora de caráter vinculante para todos os órgãos jurídicos mencionados no item III, em **consequência** da edição de enunciado da Súmula e quando for o caso, deve ser expedida instrução normativa determinando que os órgãos detentores de representação judicial e seus integrantes não proponham ações judiciais, deixem de recorrer ou desistam de recursos já interpostos sobre a matéria sumulada pela AGU;

VII - não é necessária a edição de enunciado da Súmula da AGU quando a matéria objeto de decisão judicial proferida em caso concreto tiver os seus efeitos jurídicos estendidos para a via administrativa por lei ou decreto. Neste caso, ao Advogado-Geral da União caberia a expedição de instrução normativa determinando aos órgãos detentores de representação judicial e seus integrantes a não proposição de ações judiciais, a não interposição de recursos e a desistência dos já interpostos sobre a matéria;

VIII - o enunciado da Súmula que disser respeito a **matéria exclusivamente processual** e que não encerrar interpretação de norma legal, mas tão somente postura da AGU e de seus órgãos vinculados perante decisões judiciais, tal como o contido na atual Súmula Administrativa nº 5, pode ser substituído por instrução normativa determinando aos órgãos detentores de representação judicial e seus integrantes a não interposição de recursos e a desistência dos já interpostos sobre tema objeto de jurisprudência iterativa dos Tribunais (STF, STJ e TST);

Os critérios orientadores do exame das atuais súmulas administrativas, se acolhidos, podem orientar também o exame da propositura de novos enunciados, além dos outros já inscritos na legislação e normas pertinentes¹²⁹.

Tais estudos apresentados levaram o Advogado-Geral da União a expedir o Ato de 19 de julho de 2004 – “**SÚMULA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO**”, alterando a denominação de “súmula administrativa” para “enunciado” da Súmula da AGU e, ainda, expedidas diversas instruções normativas.

Em verdadeiro paralelismo de formas, no Estado de São Paulo, através da Lei Complementar nº 478 de 18 de Julho 1976 que instituiu a Lei orgânica da Procuradoria Geral do Estado, estabelece em seu artigo 6º inciso X, que:

Artigo 6º - Compete ao Procurador Geral, sem prejuízo de outras atribuições previstas em lei ou regulamento:

...

X - examinar as súmulas de jurisprudência administrativa e submetê-las à aprovação do Governador. (Redação dada pelo inciso V do artigo 1º da Lei Complementar n. 1.082, de 17.12.2008).

E mais, em seu artigo 21, inciso II e parágrafo 1º, estabelecem verdadeira vinculação da atividade administrativa desenvolvida pelos órgãos ligados ao poder executivo estadual, na medida em que determina:

Artigo 21 - São atribuições da Procuradoria Administrativa:

I - ...

II - propor súmulas para uniformização da jurisprudência administrativa do Estado;

III - ...

§ 1º - As súmulas a que se refere o inciso II, submetidas ao exame do Procurador Geral, passarão a vigorar, após homologação do Governador e publicação no Diário Oficial.

Já no âmbito do Município de Ribeirão Preto, a Lei Complementar Municipal nº826/1999, estabelece, em seu art. 28, inciso VII, ser competência da Procuradoria Geral do Município, a expedição de súmulas de uniformização administrativa.

Verifica-se, neste contexto, que muito mais do que simplesmente a elaboração de uma orientação à atividade desenvolvida aos gestores da administração, tais súmulas impõem um dever de adequação em todos os níveis do poder executivo local, ao estabelecer que, emitida

¹²⁹ HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, obtido junto ao sitio virtual da Advocacia Geral da União, endereço eletrônico, <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/17140013>, atualizado até 03/09/2013.

referida súmula, a condução da atividade acerca de determinado tema deverá, necessariamente seguir o seu intento. *In verbis*¹³⁰:

Art. 28 - À Procuradoria Geral do Município compete:
...
VII - editar súmulas de uniformização administrativa;

Assim, verifica-se que a existência de súmulas editadas pelas advocacias públicas se mostra verdadeiro instrumento de tutela dos princípios regentes da atividade administrativa.

3.2.5 ELABORAÇÃO DE MINUTAS DE LEI

Da mesma forma, a atividade desenvolvida pelas instituições da advocacia pública relativamente ao controle de constitucionalidade dos atos legislativos é efetivada em sua origem, qual seja, na elaboração de suas minutas a serem editadas, via decreto, ou mesmo serem encaminhadas ao Poder Legislativo do ente federativo respectivo.

Nesta seara, estabelece a Lei Complementar nº 478 de 18 de Julho 1976, que instituiu a Lei orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo:

Artigo 21 - São atribuições da Procuradoria Administrativa:
...
V - minutar escrituras, contratos, convênios e outros atos jurídicos não judiciais, representando o Governo do Estado nas respectivas assinaturas quando determinado, e minutar decretos, ressalvados, em qualquer hipótese, os casos de competência da Procuradoria para Assuntos Fundiários; (Redação dada pelo inciso II do artigo 1º da Lei Complementar n. 636, de 16.11.1989)

Artigo 22 - São atribuições da Procuradoria para Assuntos Fundiários:
...
V - minutar decretos autorizando o recebimento de doações sem encargo;
VI - minutar decretos de declaração de utilidade ou necessidade pública e de interesse social para fins de desapropriação ou instituição de servidões.

No que diz respeito ao Município de Ribeirão Preto, a Lei Complementar nº 710 de 12 de Dezembro de 1997, também estabelece a possibilidade de atuação do advogado público na formação do instrumento legislativo, em efetivo controle e eficácia dos princípios estabelecidos pela Carta Constitucional. *In verbis*:

Artigo 2º - A Procuradoria Geral do Município, criada pelo artigo 81 da Lei Orgânica do Município, é órgão autônomo da Administração Direta com as seguintes competências:

¹³⁰ Brasil, Ribeirão Preto-SP, Lei Complementar Municipal nº 826/1999.

...

VI - apreciar os atos técnico-legislativos elaborados pela administração municipal;

Artigo 10 - São atribuições da Procuradoria Fiscal:

...

V - propor minuta de ato de regulamentação aplicável à Administração Direta e Indireta, relativo à legislação tributária.

Artigo 11 - São atribuições específicas da Procuradoria Patrimonial:

...

VI - elaborar minutas de decreto de utilidade pública para fins de desapropriação amigável ou judicial e instituição de servidão, sempre que assim determinado pelo Prefeito Municipal;

VII - elaborar minuta de decreto de aprovação de loteamento;

Artigo 12 - São atribuições da Procuradoria Administrativa:

...

V - minutar contratos e convênios, ressalvados aqueles que disponham sobre matéria pertinente às Procuradorias Fiscal e Patrimonial, bem como às comissões específicas que se utilizem destes instrumentos.

Afigura-se, desta feita, primordial a prévia manifestação do órgão jurídico do ente que busca a inovação legislativa, sob pena de inundarmos o Poder Judiciário com demandas que poderiam ser evitadas com a análise formal e material dos projetos de norma.

3.2.6 CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC)

Os advogados públicos também poderão celebrar termos de ajustamento de conduta (TAC) em nome da pessoa jurídica de Direito Público representada, como forma de prevenir condutas de servidores ou particulares que de alguma forma vulnerem a moralidade administrativa ou impliquem em lesão ao patrimônio público.

Quanto aos legitimados para celebração de termo de ajustamento de conduta, Hugo Nigro Mazzilli¹³¹ aponta a legitimidade dos órgãos públicos, independentemente da personalidade jurídica¹³², como nos casos dos PROCONs na defesa dos interesses dos consumidores, mas desde que destinados para a proteção de interesses coletivos *lato sensu* e individuais homogêneos:

Segundo o sistema vigente, só podem tomar o compromisso de ajustamento de conduta os órgãos públicos legitimados à ação civil pública ou coletiva. (...) Examinando-se o rol dos legitimados ativos, constante do art. 5º da LACP e do art. 82 do CDC, podemos relacionar três categorias: a daqueles legitimados que, incontrovertidamente podem tomar compromisso de ajustamento: Ministério Público,

¹³¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses difusos em Juízo*, 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.418-419.

¹³² STJ, REsp 1194767/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14/12/2010, DJe 08/02/2011.

União, Estados, Municípios, Distrito Federal e órgãos públicos, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Note-se que o termo de ajustamento de conduta (TAC) é título executivo extrajudicial, que permite seu cumprimento judicialmente. Nele poderá ser imposta multa em descumprimento, bem como poderá constar outras sanções administrativas ou cíveis condizentes com a gravidade da conduta irregular a ser cessada.

O art. 4º da Lei nº 9.469/1997 prevê a legitimidade da Advocacia-Geral da União em firmar termo de ajustamento de conduta para prevenir ou terminar litígios, nas hipóteses que envolvam interesse público da União, suas autarquias e fundações.

A Advocacia-Geral da União poderá solicitar aos órgãos e entidades públicas federais manifestação sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas em termo de ajustamento de conduta, cabendo ao Advogado-Geral da União a decisão final quanto à sua celebração (parágrafo único do art. 4º da Lei nº 9.469/97).

3.2.7. ATUAÇÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A convicção sobre a prática de falta no âmbito da administração raramente decorre de uma visão instantânea da conduta do agente, salvo, é óbvio, na hipótese em que o autor da conduta é surpreendido em flagrante.

É claro que a presença de todos esses elementos e incidentes não pode permitir a imediata convicção da existência de falta, tornando-se indispensável que a apuração se concretize por meio de procedimentos próprios.

Na via administrativa, a apuração se faz por intermédio de processo conduzido por agentes da Administração, comuns ou especiais, dentre estes se incluem os membros da Advocacia Pública.

A ideia de processo gravita em torno de uma relação jurídica de cunho teleológico. Esse movimento direcionado para certo fim reclama à formação de relação jurídica entre todos os participantes, cabendo a esses a tarefa de produzir os atos e atividades necessários ao desenvolvimento e desfecho do processo.

Na esfera administrativa, a legitimidade para deflagrar o processo administrativo é a mais ampla possível.

Presentes os requisitos formais da representação, incumbe à autoridade administrativa determinar a instauração do processo de apuração da falta funcional, revelando-se indiscutível

a importância da necessidade de existir disciplina relativa à tramitação do processo administrativo.

É por meio do procedimento legal expresso que os interessados podem previamente conhecer os passos que compõem as etapas do processo e fiscalizar a observância por todos os partícipes da relação jurídica processual. A circunstância ainda mais se acentua no caso de ser investigado ilícito funcional.

Contudo, seja ou não disciplinado, o processo será legítimo na medida em que observar os standards fundamentais contidos na Constituição e, dentre eles, nenhum ostentará maior densidade do que o princípio que assegura o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF), inafastáveis também no âmbito administrativo.

Nesta seara se insere a figura do advogado público no acompanhamento do desenvolvimento de todo o procedimento apuratório do processo administrativo disciplinar.

Advogar para o público é defender seus interesses, é lutar em juízo e fora dele pelo interesse público, da população, da comunidade, sempre com base na Constituição Federal e nas leis. O Estado é permanente e os governos são transitórios.

O advogado público deve obediência aos princípios e regras estampados na Carta Magna e na legislação, com o escopo de proteger um patrimônio que não pertence a um ou a alguns, mas a todo o povo brasileiro.

3.2.8 ENVIO DE PROJETOS TÉCNICOS AO FUNDO DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS (art. 13 da Lei nº 7.347/85) PARA OBTENÇÃO DE RECURSOS FINANCEIROS PARA APLICAÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO NO ÂMBITO DO ENTE FEDERATIVO REPRESENTADO.

Por fim, outra atividade útil e possível de ser realizada pelos advogados públicos é o envio de projetos técnicos ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 13 da Lei nº 7.347/85) para obtenção de recursos financeiros para aplicação em políticas públicas educacionais de combate à corrupção no âmbito do ente federativo representado.

No Estado de São Paulo é permitido o envio de projetos por parte da Administração Pública de todas as esferas (federal, estadual e municipal), bem como por parte da sociedade civil (art. 8º da Lei Estadual nº 6.536/1989 com redação dada pela Lei Estadual nº 13.555/2009 e art. 8º do Decreto Estadual nº 27.070/1987).

O recebimento das propostas é feito através de edital de abertura específico publicado pelo Conselho Gestor do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (art. 1º, incisos III e VI do Regimento Interno do Conselho Gestor do FID).

3.3 O ATUAL PARADIGMA INSTITUCIONAL

O modelo do Estado do Federalismo Clássico, em que existia uma luta para salvaguardar competências e atribuições, bem como a descentralização tributária, tem avançado nas últimas décadas para uma nova concepção, na qual as mudanças têm exigido uma permanente evolução na sua estrutura administrativa e no processo legislativo.

Esta concepção é a do Estado do Federalismo Cooperativo, no qual os entes que compõem a Administração Pública devem atuar de forma integrada e com objetivos comuns, tudo a atender ao interesse da coletividade.

Se o modelo evolutivo do Federalismo já é desafiador, outro ponto de relevância é a diversidade e complexidade de novos temas, a exigir da administração pública um controle da legalidade dos atos administrativos de forma mais efetiva.

Principalmente quando no âmbito do Município, verifica-se que as inspeções permanentes da Controladoria-Geral da União têm detectado inúmeros problemas na gestão pública.

As demandas da sociedade contemporânea se revestem de grande complexidade, a exigir uma maior participação do ente público em variadas situações como definição de recursos orçamentários; políticas públicas sociais como saúde, habitação e saneamento; receita de recursos de fontes específicas como a proveniente dos royalties de petróleo; gerenciamento da máquina pública, entre outras importantes questões.

Parece razoável supor que a advocacia pública deve assumir um papel significativo neste momento de ampliação da capacidade de atuação dos poderes públicos constituídos, bem como de maior demanda da sociedade pela ampliação destes serviços.

Com base nesta perspectiva, no âmbito federal, diversas propostas foram discutidas e aprovadas em reuniões e debates, em que ficou demonstrado o interesse dos advogados públicos em debater e deliberar importantes questões de natureza institucional.

Dentre estes temas, alguns tópicos poderiam ser destacados, tais como a indispensável autonomia financeira e administrativa, sob o ponto de vista institucional, e a autonomia funcional enquanto prerrogativa dos membros da advocacia pública, objetivando exercer suas atribuições sem pressões externas e/ou de qualquer natureza.

No que tange às prerrogativas institucionais, da mesma maneira que a Emenda Constitucional nº 45/2004 previu a autonomia administrativa e financeira para a Defensoria Pública, perdeu-se um momento importante para consagrar as mesmas garantias para a advocacia pública, consolidando-a enquanto princípio constitucional.

Estas propostas têm como justificativa a necessidade de fortalecimento das Advocacias Públicas dos entes federativos, as quais dariam maior segurança e estabilidade no exercício de suas respectivas competências, enquanto carreira típica de Estado.

Trata-se, de forma inequívoca, da formulação e do aprofundamento das atividades da Advocacia Pública, pertinente à defesa do Estado em questões múltiplas.

No que concerne aos direitos difusos, seria compatível com o papel e definição de uma Advocacia Pública e de Estado, que o funcionamento e aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito fosse um efetivo instrumento de consolidação da democracia brasileira.

Desta forma, promover o acompanhamento dos serviços e atividades públicas, concessões de serviços públicos a empresas privadas, parcerias público privadas, entre outras atividades, poderiam constituir-se em atividade de relevância para a Advocacia-Geral da União, assim como o correspondente na esfera estadual e municipal, evitando danos ao erário e ações de responsabilização do Estado, na forma objetiva.

Seria uma atividade preventiva e de forma a salvaguardar o interesse e o controle dos gastos públicos.

De outra borda, a Advocacia Pública, durante todo o seu processo de formação, sempre esteve de alguma forma vinculada à atividade administrativa dos entes públicos a que representa, sendo que, durante longo período foi utilizada como instrumento de apadrinhamentos políticos, como a nomeação de pessoas nem sempre portadoras das condições e conhecimento técnicos necessários à adequada prestação do *múnus* que está incumbido.

Estas nomeações espúrias acabaram por institucionalizar uma conduta inadmissível à função desempenhada, na medida em que não se privilegiava o interesse público, mas sim, tornava o que deveria ser função pública, em defesa de interesse privado, em especial pelos chefes dos Poderes Executivos municipais e estaduais.

Tratava-se de verdadeira advocacia privada bancada pelo poder público ou, melhor dizendo, pela sociedade a qual deveria representar os interesses.

De outro lado, das condutas dos advogados públicos em atividade, verifica-se a presença alguns integrantes com vícios e má formação, contribuindo de forma negativa para a

adequada evolução da carreira bem como, e principalmente, para a adequada prestação dos serviços a que estão incumbidos.

Tais profissionais, de regra, são oriundos do período em que se tratava da assessoria jurídica como meros cargos comissionados, sem vinculação ao ente ou órgão, o que gerava diversas distorções, seja na atividade pública exercida, seja pela defesa de interesses daqueles detentores dos cargos máximo a que estivesse subordinado.

O cargo, sobretudo com o concurso público, deixou de ser uma benesse fruto do favor estatal e patrimonialista, para fundar-se em um compromisso com o interesse do povo e com a defesa do Estado republicano.

Tem-se, a partir de então, uma nova configuração da Advocacia Pública, na medida em que o ingresso na carreira passa a ser feito por profissionais melhores qualificados, imbuídos do instinto de preservação da coisa pública, afastando-se o dirigismo de interesses privados, prevalente até pouco menos de uma geração atrás.

Não foi outra a intenção do legislador constituinte originário ao incluir a Advocacia Pública entre as Funções Essenciais à Justiça, se não o de instituir um órgão técnico capaz de prestar auxílio ao Governante e, ao mesmo tempo, fomentando o resguardo aos interesses sociais.

Neste sentido, imperioso se mostra que, para que sejam consolidadas tais atribuições de assessoria imparcial, bem como o resguardo do interesse público, necessário garantir aos integrantes da Advocacia Pública a possibilidade de uma atuação livre e independente, a par das opções de política a ser executada, feita pelo representante do povo, legitimamente eleito, o qual tem o direito de indicar sua equipe de governo.

Inobstante a isto, a atuação de um profissional técnico, imparcial e altamente qualificado, não sujeito às pressões políticas, traz um ganho de qualidade para a política pública escolhida. Verifica-se mais objetivamente o papel da Advocacia Pública, trazido pela Carta Magna, de preservação da coisa pública, do pacto federativo, sem se afastar do objetivo de defesa do cidadão entendido como membro da sociedade.

É inegável, portanto, que os Advogados Públicos devam contar com uma carreira institucionalizada, devidamente estruturada e organizada, acessível mediante concurso público, de provas e títulos, revestida das garantias institucionais necessárias à eficácia de sua função e representação judicial, assessoramento e, notadamente, de controle prévio dos atos da Administração.

O Estado de Direito impõe à Administração Pública que seus atos estejam vinculados à lei, e, para tanto, foram criados sistemas de controles desses atos. Assim, a execução de suas

obrigações constitucionais se dá por intermédio de entes de direito público de caráter permanente, cujos membros ingressaram na carreira mediante concurso.

Dentre eles, os procuradores públicos, que têm a obrigação legal e exclusiva de analisar atos administrativos à luz do princípio da legalidade cabendo, portanto, à Advocacia Pública o poder-dever de realizar, institucionalmente, o controle interno de legalidade da Administração Pública.

3.3.1 - AUTONOMIA DA ADVOCACIA PÚBLICA

Não poucos os setores que apontam pela incompatibilidade entre autonomia e o exercício da Advocacia Pública.

Todavia, o que se constata é que das funções dessa instituição decorre como sendo um importante instrumento para assegurar o adequado cumprimento da missão constitucional atribuída aos advogados públicos.

Para Emanuel Fonseca Lima¹³³:

A independência técnica e profissional consiste não só em dever ético do advogado (art. 31, §1º, do Estatuto da OAB e art. 2º, parágrafo único, II, do Código de Ética da OAB), mas também em condição para o exercício da advocacia, seja ela pública ou privada. A própria ideia de assessoramento jurídico perde seu sentido em uma situação em que o advogado atua sem independência e compromisso com a correção técnica, permitindo, por exemplo, que seu cliente ingresse em uma aventura judicial (art. 2º, parágrafo único, VII, do Código de Ética da OAB). Tanto é assim, que o artigo 18 do Estatuto da OAB prescreve que nem mesmo a relação de emprego é capaz de retirar a isenção técnica ou reduzir a independência profissional inerentes a tal atividade.

A advocacia pública é instituição encarregada da representação judicial do Estado, prestação de consultoria e assessoramento jurídicos para a Administração cabendo-lhe, ainda, a defesa do patrimônio público¹³⁴.

Neste sentido, leciona Márcia Maria Barreta Fernandes Semes:

A defesa jurídica do patrimônio e interesses do Estado, portanto, não é atribuição dos “poderes políticos-executivo, legislativo ou judiciário”, mas constitui competência específica e própria da advocacia pública, que, por consequência, da mesma forma que as demais funções essenciais à Justiça, não pode nem deve manter relação de submissão ou subordinação com os poderes clássicos.

¹³³ LIMA, Emanuel Fonseca. *A PEC 82 e seus mitos. Jornal do Procurador – APESP – Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo*. Edição nº 67. Maio/Junho 2014.

¹³⁴ Patrimônio público entendido como valores inscritos na Constituição e balizadores da ação ou omissão do Estado.

Não é a presidente da República, nem o governador de Estado, nem o prefeito, nem o presidente de qualquer tribunal ou casa legislativa que orientam a ação da Advocacia Pública. A Advocacia Pública age e deve agir independentemente da provocação de quaisquer dessas respeitáveis autoridades na defesa do patrimônio e interesse públicos, pois tem competência constitucional para isso, o que quer dizer que tem poder constitucionalmente conferido para fazer isso e, portanto, obrigação de assim atuar¹³⁵.

Sendo a Advocacia Pública instrumento voltado a garantir a defesa do ente federado e não de seu representante eleito, a autonomia do advogado se vê mais vulnerável aos desmandos do agente político mal intencionado que, pretendendo atingir fins ilegítimos, vislumbram neste exercício, um empecilho, estabelecendo situações de constrangimento ao procurador, no intuito de obter parecer aprovando ato viciado, ou mesmo que realize a defesa de ato de improbidade, em casos em que uma análise, ainda que perfunctória revele que a situação mais adequada seria o ingresso na demanda em posição ativa, tal como autorizado pelo artigo 17, §3º, da Lei de Improbidade (8.429/92).

Em tais situações, mais do que uma subordinação da atuação do advogado público, estar-se-ia estabelecendo verdadeira violação às prerrogativas do *múnus* de função essencial à justiça, com evidente fragilização da garantia de defesa do ente público.

De outro turno, mostra-se equivocado o entendimento exarado pelos defensores da não autonomia, de que esta estabeleceria um verdadeiro condicionante ao exercício da atividade gestora do agente político eleito.

Insta consignar que a manifestação do procurador não condiciona qualquer decisão do poder Judiciário e, tampouco, estabelece um dever ao gestor a necessidade de a ela submeter-se.

A função primordial de manifestação do advogado público impõe um respeito à legalidade por parte do administrador público, lhe sendo permitido seguir orientação diversa da manifestação da advocacia pública. Todavia, para tanto, deverá justificar-se adequadamente.

A manifestação do advogado público não tem o condão de transformar um ato ilícito em legal, todavia, a sua manifestação imprecisa acaba por induzir o administrador público a erro, podendo inclusive, ser responsabilizado pessoalmente por esta conduta desidiosa.

É importante, ainda, ponderar que o controle de legalidade pela Advocacia Pública difere daquele exercido pelo *Parquet*, por ter caráter predominantemente profilático,

¹³⁵ FERNANDES SEMER, Márcia Maria Barreta, *Advocacia pública autônoma beneficia a sociedade*. Visualização em 15/02/2015. <http://www.conjur.com.br/2013-out-04/marcia-semer-advocacia-publica-autonoma-beneficia-sociedade#author>.

o que revela que as atuações dos dois órgãos são complementares e não conflitantes. Assim, ao contrário do afirmado por seus opositores, a PEC 82/2007 não desvirtua a Advocacia Pública, nem pretende torná-la um “Ministério Público Genérico”, mas visa tão somente a aprimorá-la para que possa desempenhar adequadamente a missão que a ela foi atribuída pelo constituinte¹³⁶.

É o advogado público o profissional técnico a emitir o primeiro juízo de legalidade dos atos emanados pela autoridade administrativa e, notadamente em sua atuação de assessoramento e consultoria jurídica é hoje, a instituição que pode instrumentalizar o alcance das mudanças qualitativas das atividades a cargo da Administração pública.

Mas no que toca às aspirações coletivas de um Estado mais presente e menos corrupto, de um Estado ativo e reto, que pautar suas ações, seus atos e principalmente seus negócios pelos ditames da legalidade e pela moralidade, aí a tarefa primeira e maior está a cargo da advocacia pública, em razão de sua missão e posição estratégicas de prestar a advocacia consultiva à Administração e de fazer a defesa judicial do patrimônio e interesse públicos¹³⁷.

Passados quase três décadas da promulgação da Constituição Federal, e frente ao cenário político vigente, é de primordial relevância que seja estabelecida à advocacia pública dentro do modelo de repartição de atribuições e competências, a mesma autonomia conferida às demais funções essenciais à Justiça.

Trata-se de benefício direto a toda a sociedade, representando efetivo comprometimento com os valores maiores da Constituição.

3.4 FREQUENTES PROBLEMAS NA CONCRETIZAÇÃO DA DEFESA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Inobstante a todo o quanto exposto no presente trabalho, tem-se que na efetivação de sua função, o advogado público depara-se, diuturnamente, com inúmeras questões e entraves à manutenção da moralidade pública.

Verifica-se, com efeito, que a maior parte destes problemas está diretamente relacionada com as tentativas de ingerência ou mesmo direcionamento da atividade a fins não determinados em lei, ou ainda, vedados pelo ordenamento jurídico.

A exemplo do quanto narrado, tem-se que a regra de nomeação da autoridade máxima das Advocacias estejam enquadradas naqueles cargos passíveis de livre nomeação e exoneração, à mercê do chefe do poder executivo, impõe, num primeiro momento, a

¹³⁶ LIMA. Op. cit. pag. 13.

¹³⁷ FERNANDES SEMER. Op cit. pag. 5.

possibilidade de subserviência daquele em relação a este, na medida em que há questões das mais variadas origens que podem influir na conduta daquele que será o coordenador e orientador das atividades praticadas pelos integrantes da carreira da Advocacia Pública

A autonomia técnico-funcional é primordial ao bom desempenho do membro da advocacia pública, evitando-se com isto que este se torne instrumento de defesa do gestor público, e não do ente público. Conduta diversa não pode ser admitida.

Diversamente do que ocorre nos Estados de São Paulo, Acre, Alagoas, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso do Sul onde o Procurador Geral do Estado deve ser escolhido necessariamente entre os integrantes da carreira¹³⁸, no Município de Ribeirão Preto¹³⁹, assim como na União, relativamente ao Advogado Geral da União¹⁴⁰, a autoridade máxima da carreira da advocacia pública respectiva será nomeado entre qualquer cidadão, não necessariamente vinculado à carreira que representará, o que poderá ocasionar efetivo desvio em seu desiderato.

Ainda, outras medidas que surtiriam maior repercussão dentro da carreira podem ser traduzidas pelo anseio dos seus integrantes, pela autonomia funcional, administrativa e orçamentária, bem como a uma maior legitimação para a atuação em ações judiciais, muitas vezes tolhidas pela ingerência da autoridade executiva.

Há alguns anos, tramitou perante o Senado Federal, o projeto de lei PLS 218/2010, que buscava, entre outras coisas, a modificação de alguns instrumentos normativos, ente eles, as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, para disciplinar a obrigatoriedade de manifestação e os efeitos da participação dos órgãos consultivos da Advocacia Pública em processos administrativos no âmbito de cada esfera de Poder.

¹³⁸ Brasil, São Paulo, Constituição Estadual:

Art. 100,

Parágrafo único: O Procurador Geral do Estado será nomeado pelo Governador, em comissão, entre os Procuradores que integram a carreira e terá tratamento, prerrogativas e representação de Secretário de Estado, devendo apresentar declaração pública de bens, no ato da posse e de sua exoneração.

¹³⁹ Brasil, Ribeirão Preto-Sp, Lei Complementar nº 710/97 - Artigo 4º - O Procurador Geral do Município, subordinado diretamente ao Prefeito Municipal, sendo de sua livre nomeação e exoneração, será escolhido dentre profissionais de reconhecido saber jurídico, reputação ilibada e preferentemente com experiência em áreas diversas da Administração Municipal.

¹⁴⁰ Brasil, Constituição Federal - Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Seu texto inicial, de origem da Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Distrito Federal, trazia como principais pontos:

Altera a Lei nº 8.666, de 1993, nos seguintes pontos:

- a) modifica o parágrafo único do art. 38, para prever o exame obrigatório das minutas de editais de licitação, contratos e congêneres pelos núcleos consultivos da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral Federal,
- b) das Procuradorias-Gerais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme o caso, e não apenas pela “assessoria jurídica da Administração”, expressão genérica utilizada atualmente pela lei;
- c) inclui § 9º no art. 65, para condicionar as alterações em contratos ao exame prévio e aprovação pelo órgão de advocacia pública competente;
- d) acrescenta §§ 3º e 4º ao art. 113, com o objetivo de determinar que as decisões da autoridade administrativa, em matéria de licitações e contratos, em sentido contrário à orientação do órgão de advocacia pública: (1) sejam motivadas e fundamentadas, sob pena de nulidade; (2) sejam comunicadas imediatamente ao Tribunal de Contas e ao órgão de controle interno competentes;
- e) insere os arts. 93-A e 93-B na lei, tipificando como crime o descumprimento, pela autoridade administrativa, dos deveres indicados nas letras a e c.2, supra.

Quanto à Lei nº 9.784, de 1999 (Lei do Processo Administrativo Federal), a sugestão adiciona § 4º ao seu art. 50, para prever, relativamente aos processos administrativos federais em geral, o dever descrito na letra c.2, supra.

No que concerne à **Lei nº 8.429, de 1992** (Lei de Improbidade Administrativa), o texto acresce inciso VIII ao seu art. 11, para qualificar como ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a omissão em fundamentar ato administrativo praticado em desacordo com orientação de parecer jurídico de órgão da advocacia pública, bem como a omissão em comunicar tal fato ao Tribunal de Contas e aos órgãos de controle interno competentes.

Todavia, indigitado projeto de lei foi arquivado depois de dois anos de trâmite perante as comissões daquela casa legislativa, sem que se desse a resposta pretendida na avaliação de uma sugestão legislativa que buscava, nada menos, do que a moralização da atividade administrativa, tentando coibir o abuso onde mais se verifica casos de corrupção, os processos de aquisição de bens e serviços.

Em seu dispositivo, o voto que impediu o prosseguimento do indigitado projeto de lei, aduziu de maneira simplista que, o que a sociedade precisaria de um processo de licitação mais transparente, sob rigoroso controle social, “sem implicar, contudo, morosidade e ineficiência no seu procedimento”.

Visualiza-se que a definição dada, que o legislativo transformou em tábula rasa os anseios da sociedade, preconizando um ideal utópico de administração pública, muito aquém de nossa realidade, impedindo que o exercício efetivo da advocacia pública como órgão de controle interno da Administração Pública, em especial relativamente ao controle dos princípios, encartados em nos Constituição Federal – Artigo 37, *caput* – da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e da eficiência, fosse colocado a serviço da sociedade.

No quanto diz respeito à vinculação ao teor de suas manifestações, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Mandado de Segurança nº 24.584¹⁴¹, estabeleceu que a competência do órgão jurídico, prevista no art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993, gera responsabilidade solidária para o parecerista, por vícios eventualmente identificados no ato.

Neste mesmo sentido, também já decidiu este Colendo Tribunal Federal, que o advogado público pode ser responsabilizado quando verificado erro grave ou inescusável, no caso de pareceres meramente opinativo.

¹⁴¹ Brasil – STF - ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.
(MS 24584, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-02 PP-00362).

CONCLUSÕES

Como demonstrado no decorrer do presente estudo, no que tange à defesa da moralidade administrativa e do patrimônio público, o atual contexto da advocacia pública é de evolução.

A Advocacia Pública tem a função constitucional de defender o Estado, vale dizer, defender a consecução dos fins do Estado, incluindo-se, especialmente, a efetivação dos direitos fundamentais.

O Estado brasileiro propõe-se a construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹⁴².

A tomada de uma decisão a respeito de uma política pública consiste na escolha de uma entre as opções que se apresentam para bem atingir o objetivo público pretendido. O gestor deve ser prudente e equilibrado para encontrar a solução mais adequada dentro do direito, pois o processo de elaboração de uma política pública é dinâmico e complexo, envolvendo a avaliação de diversas questões relativas a um ou a diversos temas e deve atender ao interesse público.

Mas o interesse público não se confunde com o interesse particular do administrador ou do legislador, nem com a moral privada de cada juiz. O advogado público atuará previamente ou posteriormente à tomada de decisão, sempre para assegurar que esta atinja a realização do interesse público, com o respeito à vontade da maioria, ao espaço das minorias e aos direitos fundamentais.

A advocacia pública, ao defender o Estado, está a defender todos os objetivos fundamentais estatuídos pela Constituição Federal.

Apesar das inúmeras vicissitudes enfrentadas pelos advogados públicos para o desenvolvimento de uma rede de proteção do patrimônio público isenta de influências políticas, tem-se que a advocacia pública surge como mais uma instituição voltada para a defesa da moralidade administrativa.

Essa defesa é proporcionada pelo exercício dos instrumentos processuais e extraprocessuais disponíveis no ordenamento jurídico à advocacia pública para a efetiva proteção da moralidade administrativa e do patrimônio público.

¹⁴² Brasil, Constituição Federal, Art. 3º.

O fortalecimento da Advocacia Pública precisa ser compreendido como o fortalecimento da própria Justiça brasileira, ao lado da reforma e do aperfeiçoamento do sistema de justiça, do sistema processual e da democratização do acesso à justiça, notadamente pelo desempenho de importante função de controle preventivo de legalidade dos atos da administração pública.

Portanto políticas públicas que tenham por objetivo a democratização da justiça terão necessariamente que incorporar e fortalecer a atuação da Advocacia Pública – uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado e responsável pela orientação e defesa jurídicas do Estado em todos os graus de jurisdição e também extrajudicialmente, garantidora do interesse público, da justiça, da cidadania e da Constituição.

O significado da Instituição em um contexto democrático justificaria por si só o seu conhecimento e a proposição de iniciativas que tenham por objetivo o seu fortalecimento.

Verifica-se que o fortalecimento da Advocacia Pública e de suas carreiras tem sido objeto de preocupação de vários segmentos, incluindo-se nosso legislativo federal, com a propositura de diversas propostas de emenda à Constituição Federal, alterando-se, significativamente, suas instituições.

O fortalecimento da estrutura da Advocacia pública, não somente na esfera federal, mas também na estadual e municipal, incluindo-se no que diz respeito às prerrogativas de seus integrantes, deve ser proporcional à importância desta atividade típica de Estado.

Claro se mostra que, pela própria complexidade do Estado contemporâneo, o papel do Advogado Público deve ser inserido no caráter de defesa do interesse público e do Estado Democrático de Direito, devendo a advocacia pública, de todos os entes federados, constituir em instrumento para a defesa das estruturas públicas da administração direta e indireta, colocando-se, inclusive, a serviço dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, consolidadas no texto constitucional.

Dentre os instrumentos processuais pode-se destacar a legitimidade ativa para o ajuizamento de ação de improbidade administrativa, inclusive com pedido de indisponibilidade de bens dos envolvidos (art. 7º da Lei nº 8.429/92), bem como a possibilidade de usufruir da faculdade da assunção do pólo ativo na ação popular quando isso for benéfico ao interesse público (art. 6º, § 3º da Lei nº 4.717/65).

Quantos aos instrumentos extraprocessuais pode-se apontar a consultoria jurídica interna para controle da legalidade dos atos administrativos, a expedição de recomendações de condutas aos servidores públicos quanto ao exercício da função, a criação de súmulas administrativas para uniformização de procedimentos, a celebração de termos de ajustamento

de conduta, bem como a elaboração de projetos técnicos para encaminhamento ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 13 da Lei nº 7.347/85) com o intuito de obter recursos financeiros para aplicação em políticas públicas educacionais voltadas ao combate à corrupção e conservação do patrimônio público no âmbito do ente federativo representado.

A Advocacia Pública tem como principal atribuição o controle das ações da administração pública, através das atividades de consultoria e assessoramento jurídico, assim como na atividade contenciosa, sustentando e aperfeiçoando o Estado Democrático de Direito, pelo quanto, a necessidade de se estabelecer constitucionalmente suas garantias e prerrogativa é premente, oportunizando o esmerado desempenho das nobres missões da Advocacia Pública.

E não é demais buscarem-se tais exigências.

Na tradição firmada em nosso ordenamento jurídico administrativo, a Advocacia Pública sempre teve posição equivalente à do Ministério Público, tanto que ambas sempre foram desempenhadas, na União, por uma única instituição, pelos mesmos membros.

Assim, não há que se estranhar que a atual Constituição, a despeito de ter distinguido as atribuições de defesa da sociedade e do Estado em instituições distintas, não tinha por objetivo ou consequência, modificar a condição de equivalência entre os seus executores, justificando-se a busca pela presente correção.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, Nylson Paim de. **Constituição Federal, Código Civil e Código de Processo Civil**, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Ética Jurídica**, 1ª ed. São Paulo: Desafio Cultural 2002.

AGUIAR, Roberto A. R. de. **A Crise Da Advocacia No Brasil (Diagnósticos e Perspectivas)**, 2ª ed., São Paulo: Alfa-Omega 1994.

ANJOS NETO, Francisco Chaves dos. **Princípio da Probidade Administrativa: regime igualitário no julgamento dos agentes políticos**. Belo Horizonte. Del Rey. 2003

ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ARRUDA, Ígor Araújo. **Defensor Público não exerce Advocacia Pública**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3486, 16 jan. 2013 .Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23468>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História. A nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. *In: Revista do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, abr./jun. 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BITTAR, Eduardo C.B. **Curso de Ética Jurídica: Ética Geral e Profissional**, 2ª edição atualizada e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2004.

BRANDÃO, Antônio José. **Moralidade Administrativa**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 25, p.454-467, jul./set. 1951.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Advocacia Pública: mito ou realidade**. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.

CARTILHA elaborada pela 5ª CCR em conjunto com a SECOM/PGR, em comemoração aos 20 anos na Lei 8429/92. Lançada no XIII Encontro Nacional da 5ª CCR. http://5ccr.pgr.mpf.mp.br/publicacoes/manuais-e-cartilhas/Cartilha_Versao_online_Encontro_CC5_102.pdf

CASTRO, José Roberto de. **Manual de Assistência Judiciária: Teoria, Prática e Jurisprudência**, Rio de Janeiro, AIDE Ed. 1987.

COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. **Advogado Público e Princípios da Administração Pública: Limites à Responsabilização por Improbidade Administrativa**. Revista de Direito e Política, v. 20, 2011.

CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio**. Milão, 1952

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DECOMANI, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade Civil do Advogado na perda de uma chance**, São Paulo: LTr, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. **Direito Administrativo**. 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2011.

DRESCH DA SILVEIRA, Angélica Moreira. **A função consultiva da Advocacia-Geral da União na prevenção da corrupção nas licitações e contratações públicas**. *Revista Virtual da AGU* nº 88, maio de 2009. Ano IX. Disponível em: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=83039&id_site=111&ordenacao=1. Acesso: 17 out. 2013.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**, 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012.

FARIA, Dácio Augusto Chaves de. **A Ética Profissional dos Procuradores Públicos**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, nº 46. 1994

FERNANDES SEMER, Márcia Maria Barreta, Advocacia pública autônoma beneficia a sociedade. Visualização em 15/02/2015. <http://www.conjur.com.br/2013-out-04/marcia-semer-advocacia-publica-autonoma-beneficia-sociedade#author>

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8ªed. São Paulo: Malheiros. 2008

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito Constitucional Comparado**. Belo Horizonte. Del Rey, 2013.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O Controle da Moralidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 1974.

GARCIA, Emerson. **A Moralidade Administrativa e sua Densificação**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 43. Abr. 2003.

GERAIGE NETO, Zaiden; BENEVIDES, J. R.. **O Advogado Público e a Prática de Improbidade Administrativa na Contratação do Profissional do Direito por Dispensa ou Inexigibilidade de Licitação sem o Preenchimento dos Critérios Legais e suas Consequências**. XXIV Encontro Nacional do CONPEDI - Aracajú, Junho de 2015.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **A Questão do Controle Externo do Poder Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 1995.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. **Advocacia pública: Estudo classificatório de direito comparado**. RPGE, Porto Alegre, v. 30, n. 66, p. 183-207, jul./dez. 2007

GROSSMANN, E. Os Princípios Jurídicos em Robert Alexy. Tese de mestrado para o Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientador: Dr. Luís Fernando Barzotto. UNISINOS, São Leopoldo: agosto/2000

GUEDES, Jefferson Carnús, e SOUZA, Luciane Moessa de. **Aadvocacia de Estado : Questões Institucionais para a Construção de um Estado de Justiça**. Belo Horizonte. Fórum. 2009.

JIMÉNES SERRANO, Pablo. **Ética e Administração Pública**. Campinas. Alínea, 2010.

LACHARRIERE (René Ladreit de). **Le contrôle hiérarchique de l'administration dans la forme juridictionnelle**. Paris, Librairie du "Recueil Sirey", 1937.

LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LEHFELD, Lucas de Souza, FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo. **Monografia Jurídica**. São Paulo: Método, 2011.

LIMA, Emanuel Fonseca. **A PEC 82 e seus mitos**. Jornal do Procurador – APESP – Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo. Edição nº 67. Maio/Junho 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Novo Estatuto da Advocacia e da OAB**, Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil: Fonte contratuais das Obrigações: Responsabilidade Civil**, v 5 , 5ª ed ver. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Advocacia do Setor Público: Riscos e obstáculos no limiar do novo milênio**. Revista dos Tribunais, v. 92. n. 807. jan. 2003

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2000.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MASSA, Patrícia Helena. **O Papel do Advogado Público na Administração Democrática e no Controle de Legalidade**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, p. 115-123. jan./dez.1997.

MAZZEI, Marcelo Rodrigues; LORENZI, Marcelo Tarlá; PAZETO, Henrique Parisi; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; NETO, Zaiden Geraige. **A administração pública na tutela coletiva da moralidade administrativa e do patrimônio público: o papel da advocacia pública**. Revista de Administração Pública - FGV (Impresso), v. 49, p. 699-717, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos Interesses difusos em Juízo**, 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Brasileiro**. 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Tomo 53, Editora Revista dos Tribunais, 1984.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo. Martins Fontes, 2000.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 190, out./dez. 1992.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

_____. **As Provedorias de Justiça no Estado Contemporâneo**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, n. 49, 1993.

_____. **A advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito.** In: GUEDES, Jefferson Carús, MOESSA DE SOUZA, Luciane (coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

_____. **Cidadania e Administração de resultado: O Direito Administrativo e o Controle Prospectivo no Planejamento e nas Ações do Estado.** *Revista de Direito e Política*, Vol. 12. Letras Jurídicas. São Paulo. 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Observações sobre a improbidade dos agentes públicos à luz da Lei nº 8.429/92.** *Revista dos Tribunais*, vol. 740. Jun.1997.

_____. **Teoria da Improbidade Administrativa.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas,** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. **A fazenda pública no novo código de processo civil.** *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco / Seção Judiciária de Pernambuco.* nº 4 Recife, 2011. p. 270-296.

PINHEIRO DE AMORIM, Gustavo Henrique. **O advogado público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrente.** In: *Leituras Complementares de Direito Administrativo: Advocacia Pública.* Coord. Fernanda Marinela e Fabrício Bolzan. Salvador: Juspodivm, 2008.

QUIXADÁ, Valéria Oliveira. **Princípio da Moralidade Administrativa: autonomia, aplicabilidade e controle em face da Constituição de 1988.** *Revista do Tribunal de Contas da União.* Brasília, v. 28, n. 73, jul/set 1997.

ROCHA, César Asfor. **Breves reflexões críticas sobre a ação de improbidade administrativa.** Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SAVATIER, René. **Traité De La Responsabilité Civile en Droit Français**. t. II, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939. Obra traduzida 1953.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, n. 230, out/dez 2002.

SILVA FILHO, Derli Barreto. **O Controle da legalidade diante da remoção e da inamovibilidade dos advogados públicos**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. P. 209-234. São Paulo Jan.-Dez. 2002.

SILVEIRA MARTINS, Ana Sabrina. **Moralidade Administrativa no Estado Democrático de Direito**. Revista do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 19, nº 34, 1º sem. 2001.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; DUZ, Clausner. **Disciplinaridade da Improbidade Administrativa no Atual Cenário Brasileiro**. *Diritto & Diritti*, v. 281010, p. 50-87, 2010.

TÁCITO, C. **Moralidade Administrativa**. *In*: Revista do Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 218, out./dez. 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZANON, Artemio. **Assistência Judiciária Gratuita**, São Paulo: Editora Saraiva 1985.