

CARLOS VALDER DO NASCIMENTO

04

SÉRIE

Estudos de
Direito Público



Direito público:

— ◆ —
questões polêmicas



Editora da UESC



Direito público:



questões polêmicas



Universidade Estadual de Santa Cruz

GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA

JAQUES WAGNER - GOVERNADOR

SECRETARIA DE EDUCAÇÃO

OSVALDO BARRETO FILHO - SECRETÁRIO

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE SANTA CRUZ

ADÉLIA MARIA CARVALHO DE MELO PINHEIRO - REITORA

EVANDRO SENA FREIRE - VICE-REITOR

DIRETORA DA EDITUS

RITA VIRGINIA ALVES SANTOS ARGOLLO

Conselho Editorial:

Rita Virginia Alves Santos Argollo – Presidente

Andréa de Azevedo Morégula

André Luiz Rosa Ribeiro

Adriana dos Santos Reis Lemos

Dorival de Freitas

Evandro Sena Freire

Francisco Mendes Costa

José Montival Alencar Júnior

Lurdes Bertol Rocha

Maria Laura de Oliveira Gomes

Marileide dos Santos de Oliveira

Raimunda Alves Moreira de Assis

Roseanne Montargil Rocha

Sílvia Maria Santos Carvalho

CARLOS VALDER DO NASCIMENTO

04

SÉRIE
Estudos de
Direito Público



Direito público:

—◆—
questões polêmicas

Ilhéus-Bahia

**ed
it's**
Editora da UESC

2014

Copyright ©2014 by CARLOS VALDER DO NASCIMENTO

Direitos desta edição reservados à
EDITUS - EDITORA DA UESC

A reprodução não autorizada desta publicação, por qualquer meio,
seja total ou parcial, constitui violação da Lei nº 9.610/98.

Depósito legal na Biblioteca Nacional,
conforme Lei nº 10.994, de 14 de dezembro de 2004.

PROJETO GRÁFICO E CAPA
Alencar Júnior

DIAGRAMAÇÃO
Deise Francis krause

REVISÃO
Genebaldo Pinto Ribeiro
Paulo Roberto Alves dos Santos
Roberto Santos de Carvalho

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N244 Nascimento, Carlos Valder do.
Direito público : questões polêmicas / Carlos Valder
do Nascimento. – Ilhéus, BA : Editus, 2014.
101 p. – (Série Estudos de Direito Público ; v. 4).

Inclui referências.
ISBN: 978-85-7455-329-0

1. Direito Público – Brasil – Miscelânea. 2. Improbi-
dade administrativa. 3. Responsabilidade administra-
tiva. I. Título. II. Série.

CDD 342.81

EDITUS - EDITORA DA UESC
Universidade Estadual de Santa Cruz
Rodovia Jorge Amado, km 16 - 45662-900 - Ilhéus, Bahia, Brasil
Tel.: (73) 3680-5028
www.uesc.br/editora
editus@uesc.br

EDITORA FILIADA À



Associação Brasileira
das Editoras Universitárias

Sumário

Apresentação da série	7
Apresentação do volume	11
CAPÍTULO I - A QUESTÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA PARLAMENTAR: LEGITIMIDADE E MORALIDADE	13
1.1 Introdução	15
1.2 Natureza da verba indenizatória do exercício parlamentar ...	17
1.3 Alegação de interferência do judiciário no legislativo	23
1.3.1 <i>Controle do ato legislativo</i>	23
1.3.2 <i>Imagem negativa do parlamento brasileiro</i>	25
1.3.3 <i>Suspensão judicial do pagamento e efeito suspensivo da liminar</i>	27
1.4 Grave violação ao princípio constitucional da moralidade ..	31
1.5 Democracia não é produto exclusivo do sistema eleitoral ...	38
1.6 Excesso de leis e sua inutilidade	42
CAPÍTULO II - ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	46
2.1 Contextualização do tema	47
2.2 Enquadramento normativo da matéria	48
2.2.1 <i>Atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário</i>	50
2.2.2 <i>Atos de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) que atentam contra os princípios da administração pública</i>	51
2.2.3 <i>Penalidades atribuídas aos atos considerados improbos (Lei 8.429/92)</i>	52
2.3 Noção conceitual de improbidade administrativa	53
2.4 Breves comentários sobre as regras postas na CF e na Lei de Improbidade Administrativa	55
2.4.1 <i>Na Constituição Federal</i>	55
2.4.2 <i>Na Lei de Improbidade Administrativa</i>	57
2.5 Irregularidades determinadas por meras formalidades	61
2.6 Judicialização por fatos banais não comprovados	62
2.7 A regra é o dolo ou a culpa com prejuízo ao erário	65
CAPÍTULO III - ADVOGADOS PÚBLICOS E A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS	69
3.1 Preliminares	71
3.2 Perfil constitucional e infraconstitucional	72
3.3 Parecer acerca de minutas de editais como ato enunciativo	74

3.3.1	<i>Minutas de atos preparatórios do processo de licitação</i>	74
3.4	Considerações em torno da definição do parecer administrativo	76
3.4.1	<i>Conceito de parecer administrativo</i>	76
3.4.2	<i>Caracterização do parecer sobre o aspecto formal</i> ...	77
3.5	Órgão de assessoramento jurídico e esfera de autonomia do procurador.....	80
3.6	Caráter não vinculativo e impossibilidade de desconstituição de ato enunciativo	81
3.6.1	<i>Caráter não vinculativo</i>	81
3.6.2	<i>Impossibilidade de desconstituição</i>	84
3.7	Responsabilidade solidária.....	87
3.7.1	<i>Noção de responsabilidade</i>	87
3.7.2	<i>Solidariedade não é presuntiva</i>	88
3.8	Ilação com o sistema adotado pelo código civil.....	89
3.8.1	<i>Exercício regular de um direito reconhecido</i>	89
3.8.2	<i>A interpretação não constitui crime de hermenêutica</i>	92
3.9	Inexequibilidade da pretensão do Tribunal de Contas da União.....	94
3.10	Conclusões	99

Apresentação da série

A Universidade Estadual de Santa Cruz movida pelo desejo de sistematizar e colocar à disposição do público acadêmico a obra do Professor Carlos Valder do Nascimento, um dos docentes da Casa na área jurídica com maior produção publicada, decidiu fazer uma coletânea de seus trabalhos fartamente conhecidos no País, mas pouco explorados pela comunidade acadêmica interna.

Os estudos constantes do presente livro formam a obra intitulada Série ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO desvelados pela essencialidade de sua doutrina. Referem-se a diversos trabalhos escritos pelo referenciado no campo da pesquisa e do magistério a partir de 1983 e, portanto, correspondente a sua trajetória de mais de três décadas no Departamento de Ciências Jurídicas desta Universidade.

O quarto volume da série, sob o título de **Direito público: questões polêmicas**, é composto dos seguintes artigos: A questão da verba indenizatória parlamentar: legitimidade e moralidade; Aspectos constitucionais e legais da improbidade administrativa; Advogados públicos e a responsabilidade solidária nos processos administrativos.

Identificado plenamente com a pesquisa que o levou a um patamar elevado, em face da natural repercussão dos pontos de vista esposados, e pela diversificação de sua obra, que permitiu seu livre trânsito por diversos ramos do conhecimento jurídico. Assim, pôde, ao longo do tempo, participar diretamente das discussões dos mais variados temas polêmicos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal, sendo por este várias vezes citado em seus julgados, credenciando-o como um jurista acatado no cenário jurídico brasileiro.

Daí, a observação do jurista Ives Gandra da Silva Martins¹:

Conheço Carlos Valder há mais de trinta anos. Jurista de prestígio nacional e autor de sólida obra no campo do Direito Tributário – alguns em co-autoria comigo –, granjeou como advogado, professor e jurista, desde o início de sua carreira, conhecimento de seus pares e admiração e pela objetividade e segurança com que sempre tratou dos temas a que se dedicou e sobre os quais escreveu. É um professor de Direito com a preocupação de preservação do direito de defesa dos valores democráticos e um idealista, que vê na cátedra forma de colaborar com o desenvolvimento do País.

Não bastasse isso, a doutrina que desvela na formulação de suas teses jurídicas bem construídas, como foi o caso da coisa julgada inconstitucional, lhe valeu a devida notoriedade. Além disso, tantas foram as contribuições, visando à formação do convencimento dos magistrados, reveladas no número da expressiva jurisprudência que tem dado primazia as suas manifestações doutrinárias, seja pelos tribunais superiores, seja pela justiça de primeiro grau. Tem sido igualmente citado em várias obras de conceituados juristas pátrios.

Cabe ressaltar que ao longo da sua profícua carreira acadêmica, finalizada, grande foi a sua participação no debate oral e escrito de temas polêmicos e relevantes do cenário jurídico brasileiro.

Como consequência desse esforço acadêmico empreendedor é que se pode colher, contemporaneamente,

¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Emenda dos precatórios**: fundamentos de sua inconstitucionalidade. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 9. Prefácio.

o fruto do seu labor forjado no amadurecimento profissional e, em verdade, dessa vontade persistente nasce uma coletânea reveladora do fôlego produtivo desse ex-docente, em razão do seu conteúdo substantivo.

Apresentação do volume

Este volume aborda três temas polêmicos, sob o título **Direito Público: questões polêmicas**, que mereceram a devida apreciação sob a perspectiva da legalidade. O primeiro fere a questão da chamada verba indenizatória parlamentar que desafia o princípio da moralidade e coloca em risco a eticidade do Estado.

O segundo evidencia a inadequação do foro privilegiado à ordem republicana, na medida em que prestigia os corruptos graduados do serviço público e os políticos do “baixo clero”. Desse modo, vulnera, frontalmente, o princípio da igualdade e estimula a cultura da impunidade na alta hierarquia da administração pública.

O terceiro versa sobre os advogados públicos e a responsabilidade solidária nos processos administrativos em face do posicionamento do Tribunal de Contas da União, no sentido de penalizar o parecerista. Tema já tratado, anteriormente, na Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública, ano 6, número 61, páginas 7 a 18, publicada em janeiro de 2007. Revisto, agora, pontua a posição contrária do autor a esse entendimento, tendo em vista o caráter enunciativo do parecer emitido pelo advogado público.

CAPÍTULO I

A QUESTÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA PARLAMENTAR: LEGITIMIDADE E MORALIDADE

Sumário

- 1.1 Introdução
- 1.2 Natureza da verba indenizatória do exercício parlamentar
- 1.3 Alegação de interferência do judiciário no legislativo
 - 1.3.1 *Controle do ato legislativo*
 - 1.3.2 *Imagem negativa do parlamento brasileiro*
 - 1.3.3 *Suspensão judicial do pagamento e efeito suspensivo da liminar*
- 1.4 Grave violação ao princípio constitucional da moralidade
- 1.5 Democracia não é produto exclusivo do sistema eleitoral
- 1.6 Excesso de leis e sua inutilidade

1.1 Introdução

Este estudo tem por escopo examinar a natureza jurídica da *verba indenizatória do exercício parlamentar* instituída pelo Congresso Nacional que, segundo Ato da Mesa da Câmara dos Deputados n.º 62/2001¹, destina-se ao

ressarcimento de despesas com aluguel, manutenção de escritórios, locomoção, dentre outras relacionadas ao exercício do mandato parlamentar (art. 1º).

Os valores equivalentes ao subsídio fixo, ao subsídio variável e ao adicional fixados pelos membros do Parlamento também serão objeto de análise, à vista da regra estatuída no art. 39, §4º da Constituição da República. Examinar-se-á se tal estipulação se coaduna com o conceito de *parcela única* atribuído ao *subsídio* estabelecido como remuneração para os servidores dos poderes republicanos.

As incursões que se pretende fazer ensejam buscar suporte na legitimação normativa, à luz da racionalidade procedimental do discurso jurídico fomentado por Jürgen Habermas. O debate se circunscreverá ao âmbito do direito público, na pressuposição de que o legal deve constituir-se de um conteúdo ético, já que a legalidade para consolidar sua base depende de um fundamento moral.

¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Ato da Mesa n.º 62, de 5 de abril de 2001. Institui verba indenizatória do exercício parlamentar. **Câmara dos Deputados**, Centro de Documentação e Informação, Brasília, DF, 2001. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/int/atomes/2001/atodamesa-62-5-abril-2001-319648-nor-maualizada-cd.html>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

Pela mesma forma, dentro dos padrões de conduta exigíveis para os administradores públicos, importa perscrutar se a majoração de salários, pelos próprios beneficiários, não afasta o teor de legitimidade da regra autorizativa do seu pagamento. Se assim não for, pouco importa qualquer esforço de compreensão no sentido de captar a realidade fático-jurídica que conforma a matéria.

Cumpre verificar, ademais, se o poder de legislar pode ser acionado em causa própria, isto é, voltado para satisfazer as demandas individuais dos deputados e senadores da República. E se postura dessa natureza não caracteriza vulneração ao princípio da moralidade pública esculpido no pórtico do texto constitucional², como transcrito, a saber:

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... (grifo nosso).

Nisso é que reside o fundamento maior que motivou a realização do presente estudo com o olhar atento à manifestação jurisprudencial e ao fazer legislativo. Com esta participação acadêmica, espera-se, sinceramente, ter contribuído para denunciar os que se utilizam de recursos públicos para a satisfação de interesses privados, sob o silêncio complacente dos pusilânimes. Se mesmo assim não conseguir demover os espíritos desarmados, consciente fica-se de ter cumprido a cidadania sem a peja da omissão consentida.

² CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Título III, Capítulo VII, Seção I, Art. 37.

1.2 Natureza da verba indenizatória do exercício parlamentar

O sentido do vocábulo *verba* ganha relevo no plano financeiro e é empregado para qualificar determinada soma em dinheiro. Poderá, ainda, ser entendido como parcela de certo número de despesas, “ou que se consumiu na execução de um serviço ou de um trabalho”³. Então, presume-se que a verba indenizatória do exercício parlamentar já se acha incorporada ao *subsídio* que os parlamentares resolveram desdobrar em fixo e variável, acrescido de uma parte adicional.

Cuida de uma *exceção* à regra que, embora veiculada pelo Decreto Legislativo n.º 444/02⁴, carece de amparo legal. Com efeito, trata a espécie de verba remuneratória e, portanto, de natureza salarial. Ademais, não se tem notícia de que membros dos poderes Executivo e Judiciário gozem da mesma regalia, na medida em que são obrigados a cumprir o teto de remuneração estabelecido por diploma normativo que rege a matéria.

A instituição do *subsídio*, em *parcela única*, objetivou, exatamente, coibir o abuso de se legislar em proveito próprio. No regime anterior, calcado no chamado salário-base, permitia-se que os mais “espertos” dessem tratos à imaginação, criando adicionais sob os mais variados pretextos. Daí, a Constituição estabelecer a

³ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 861.

⁴ BRASIL. Senado Federal. Decreto Legislativo n.º 444, de 19 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a remuneração dos membros do Congresso Nacional durante a 52ª Legislatura. **Senado Federal**, Secretaria de Informações, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/DetalhaDocumento.action?id=236231>>. Acesso em: 14 nov. 2012.

vedação do acréscimo de “qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória”⁵.

Não é sem razão que

levantamento do Estado revelou em abril que os deputados federais pediram ressarcimento de R\$ 11,2 milhões nos dois primeiros meses da atual legislatura — R\$ 2,5 milhões só de combustível, suficientes para dar 255 voltas ao redor do planeta⁶.

Nesse caso, o pagamento excedeu em muito o valor do combustível (gasolina/álcool/diesel) efetivamente consumido, o que configura acréscimo patrimonial, sujeito, portanto, à incidência de Imposto de Renda. Há outros adicionais acrescidos ao salário, pagos aos congressistas a título de remuneração pelo exercício da atividade parlamentar, que desqualificam o conceito de *parcela única*.

Veja-se a elasticidade dada ao termo subsídio, em termos conceituais, com a inserção exaustiva de verbas inventadas pelo Parlamento, chegando ao inexplicável montante de quase R\$100 mil reais por mês, assim discriminadas:

a) *13º salário*, remuneração no início da Sessão Legislativa e ajuda de custo, correspondente ao *14º salário*, destinada a pagar despesas de transporte e outras imprescindíveis ao comparecimento de sessão ordinária ou extraordinária⁷;

⁵ CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Título III, Capítulo VII, Seção II, Art. 30, § 4º.

⁶ CELESTINO, Samuel. Mimeo oficial. **A Tarde**, Salvador, p. 4, 6 jun. 2007.

⁷ BRASIL. Senado Federal. Câmara dos Deputados. Ato Conjunto

- b) cota mensal para transporte aéreo, reajustada semestralmente de forma automática^{8a,b};
- c) reembolso ou pagamento de despesas médico-hospitalares⁹;
- d) verba para confecção de trabalhos gráficos¹⁰;

de 30 de janeiro de 2003. Regula a aplicação dos dispositivos sobre a remuneração dos membros do Congresso Nacional. **Câmara dos Deputados**, Atividade Legislativa, Brasília, DF, 2003. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/atocon_sn/2003/atoconjunto-1-30-janeiro-2003-489437-publicacaooriginal-1-cd_sf.html>. Acesso em: 22 maio 2013.

⁸ (a) BRASIL. Câmara dos Deputados. Ato da Mesa n.º 42, de 21 de junho de 2000. Disciplina a concessão de transporte aéreo a deputados e dá outras providências. **Câmara dos Deputados**, Centro de Documentação e Informação, Brasília, DF, 2000. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/int/atomes/2000/atodamesa-42-21-junho-2000-321260-normaatualizada-cd.html>>. Acesso em: 22 maio 2013.

(b) BRASIL. Câmara dos Deputados. Ato da Mesa n.º 90, de 31 de outubro de 2006. Altera o art. 1º do Ato da Mesa n.º 42, de 2000. **Câmara dos Deputados**, Centro de Documentação e Informação, Brasília, DF, 2000. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/int/atomes/2006/atodamesa-90-31-outubro-2006-546362-publicacaooriginal-60351-cd.html>>. Acesso em: 22 maio 2013.

⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Ato da Mesa n.º 24, de 2 de dezembro de 1983. Dispõe sobre o reembolso ou pagamento de despesas médico-hospitalares. **Câmara dos Deputados**, Centro de Documentação e Informação, Brasília, DF, [20--?]. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/int/atomes/1980-1987/atodamesa-24-2-dezembro-1983-319089-normaatualizada-cd.html>>. Acesso em: 22 maio 2013.

¹⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Ato da Mesa n.º 65, de 5 de junho de 1997. Dispõe sobre a confecção de trabalhos gráficos relativos à atividade parlamentar e dá outras providências. **Câmara dos Deputados**, Atividade Legislativa, Brasília, DF, [20--]. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/int/atomes/1997/atodamesa-65-5-junho-1997-321026-norma-cd.html>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

- e) verba de gabinete¹¹;
- f) verba indenizatória parlamentar^{12a,b,c};
- g) verba para gastos de telefonia e correspondência, já previstos na verba indenizatória parlamentar¹³;
- h) auxílio-moradia¹⁴.

¹¹BRASIL. Câmara dos Deputados. Ato da Mesa n.º 3, de 27 de fevereiro de 2003. Altera os Atos da Mesa n.ºs. 72, de 1997, e 63, de 2001, e dá outras providências. **Câmara dos Deputados**, Atividade Legislativa, Brasília, DF, 2003. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/int/atomes/2003/atodamesa-3-27-fevereiro-2003-321486-publicacaooriginal-1-cd.html>>. Acesso em: 4 mar. 2013.

¹²(a) BRASIL. Câmara dos Deputados. Ato da Mesa n.º 62, de 5 de abril de 2001. Institui verba indenizatória do exercício parlamentar. **Câmara dos Deputados**, Atividade Legislativa, Brasília, DF, 2001. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/int/atomes/2001/atodamesa-62-5-abril-2001-319648-norma-cd.html>>. Acesso em: 4 mar. 2013.

(b) BRASIL. Câmara dos Deputados. Ato da Mesa n.º 148, de 29 de janeiro de 2003. Altera o valor mensal da verba indenizatória do exercício parlamentar, criada pelo Ato da Mesa n.º 62 de 2001. **Câmara dos Deputados**, Atividade Legislativa, Brasília, DF, 2003. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/int/atomes/2003/atodamesa-148-29-janeiro-2003-321948-publicacaooriginal-1-cd.html>>. Acesso em: 4 maio 2013.

(c) BRASIL. Câmara dos Deputados. Ato da Mesa n.º 54, de 30 de dezembro de 2004. Altera o valor mensal da verba indenizatória do exercício parlamentar criada pelo Ato da Mesa n.º 62, de 2001. **Câmara dos Deputados**, Atividade Legislativa, Brasília, DF, 2005. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/int/atomes/2004/atodamesa-54-30-dezembro-2004-535340-norma-cd.html>>. Acesso em: 4 maio 2013.

¹³BRASIL. Câmara dos Deputados. Ato da Mesa n.º 72, de 14 de dezembro de 2005. Disciplina a cota postal-telefônica dos Deputados. **Câmara dos Deputados**, Atividade Legislativa, Brasília, DF, 2005. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/int/atomes/2005/atodamesa-72-14-dezembro-2005-540319-norma-cd.html>>. Acesso em: 2013.

¹⁴BRASIL. Câmara dos Deputados. Ato da Mesa n.º 15, de 25 de

Positivamente, a verba em questão não passa de um aumento salarial disfarçado em face dos elementos constitutivos de sua natureza intrínseca, posto revelar em sua gênese nítido caráter remuneratório. Deveras, não se consegue vislumbrar qualquer traço que a distinga das verbas consignadas no Decreto Legislativo n.º 444/2002, sob comento.

Para Lucas Rocha Furtado¹⁵, ilustre membro do Tribunal de Contas da União, ela

é uma espécie de *faz-de-conta* e serve para elevar o salário dos deputados, fugindo do desgaste que ocorreria com a elevação dos salários [. Sem possibilidade de evitar notas fiscais frias, vaticina:] os valores não vão para atuação parlamentar nos Estados.

Com essa estratégia, acredita que foi engendrada uma sistemática impossível de fiscalização.

A expressão *verba indenizatória do exercício parlamentar*, porém, não muda ou altera sua natureza substantiva. Trata-se de incremento da parcela única decorrente do subsídio previsto no art. 39, § 4º da Constituição Federal¹⁶, acrescentado pela Emenda n.º 18/98¹⁷, *in verbis*:

abril de 1979. Concede auxílio-moradia nas condições que especifica. **Câmara dos Deputados**, Atividade Legislativa, Brasília, DF, [20--]. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/int/atomes/1970-1979/atodamesa-15-25-abril-1979-319059-norma-cd.html>>. Acesso em: Maio 2013.

¹⁵FURTADO, Lucas Rocha. Contabilidade de deputados sugere conta de chegada. **A Tarde**, Salvador, p. 5, 7 maio 2007.

¹⁶CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Título III, Capítulo VII, Seção II, Art. 39, § 4º.

¹⁷BRASIL. Câmara dos Deputados, Senado Federal. Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe

O membro do Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no artigo 37, X e XI.

Descompor o subsídio, com todas as vantagens salariais aqui descritas nele já incorporadas, implica burla do comando constitucional que não permite que seja somado com outras verbas, sob pena de desfigurar a sistemática adotada. Então, a verba indenizatória está contida na estrutura salarial vigente, o que, uma vez repetida, vem caracterizar um acréscimo patrimonial proibido expressamente.

Verdade é que a expansão indevida do subsídio contrasta com a remuneração da mesma etiologia, também prevista para os outros poderes. Quebra o equilíbrio da isonomia salarial com a criação de adicionais que com ele se identificam. O *nomen iuris* dado à verba questionada não tem o condão de emprestar-lhe um caráter diferenciado, autônomo, pois da mesma substância de outras que já vêm sendo ressarcidas.

sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Presidência da República**. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 10 maio 2013.

1.3 Alegação de interferência do judiciário no legislativo

1.3.1 Controle do ato legislativo

A alegação de alguns políticos de que, na espécie, há interferência indébita em outro poder é destituída de qualquer fundamento. O instituto da sanção desmistifica essa tese na medida em que a lei depende do assentimento do chefe do Poder Executivo para sua confirmação depois de votada pelo Legislativo. Com efeito, se seu conteúdo não consulte o interesse público ou for considerado inconstitucional a ela poderá se opor pelo veto, sem que isso constitua desafio ao pacto federativo.

O veto tem caráter negativo em homenagem à competência sancionatória da chefia do Executivo, tendo em vista traduzir-se em uma proibição. Expressa, a teor do Art. 66, §1º da CF, uma faculdade atribuída, em nível federal, ao Presidente da República de não sancionar a deliberação parlamentar visando impedir sua execução. Implica dizer que o preceito normativo configura insubsistente.

Conceder benesses em causa própria se afigura ato explícito de corrupção, desmerecendo ser inquinada como legal, mesmo aprovada pelo Parlamento, qualquer lei que não possa coexistir com o postulado da moralidade pública. Em verdade, o poder decisório não é ilimitado e todos os atos administrativos, jurisdicionais e legislativos submetem-se ao controle do Poder Judiciário, mesmo à sombra do desculpável argumento de que gozam de presunção de legitimidade.

É preciso desmistificar essa ideia assaz difundida de que o Judiciário não pode se imiscuir no Legislativo, sob pretexto de malferir a festejada separação dos

poderes¹⁸. O simples fato de o Judiciário determinar o corte de verbas de deputados não configura ingerência em outro poder. Nesse ponto cumpre apenas a missão que lhe foi outorgada pela Constituição da República, a defesa do cidadão usurpado.

Cabe, sem dúvida, ao Poder Judiciário proceder ao controle do ato legislativo pelo ângulo da legitimidade¹⁹ e da moralidade pública. Em razão disso, pode concluir pela anulação ou não do ato considerado afrontoso ao sistema jurídico, a fim de restabelecer o equilíbrio jurídico-institucional. Nenhum órgão goza de privilégios e todos os membros a eles vinculados têm que se ater aos primados da constitucionalidade:

Se todo ato do legislador submete-se à Constituição, de maneira alguma pode estar imune à apreciação jurisdicional. Dentro do quadro orgânico-funcional do Estado, ao Poder do Judiciário — e só a ele — compete, de forma definitiva e irrecorrível, garantir a supremacia constitucional e defender os direitos fundamentais²⁰.

¹⁸"A separação dos poderes implica dividir as funções do Estado em órgãos especializados. Isto, todavia, não se opera de forma a escaloná-los, numa relação de hierarquia urdida a partir da primazia do legislador". Cf. SILVA FILHO, Derly Barreto e. **Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, [21--]. p. 125.

¹⁹"Ao controlar a constitucionalidade, a legalidade, a legitimidade, a juridicidade ou a regimentalidade dos atos parlamentares, o Poder Judiciário não tem o condão de substituir-se ao legislador para, em seu lugar, proceder à correção do comportamento viciado. Do escrutínio judicial resulta, no máximo, a possibilidade de anulação do ato parlamentar infringente do Direito; nunca uma decisão sobre sua convivência ou oportunidade, substitutiva da opção ou da deliberação legislativa". *Ibidem*, p. 186.

²⁰*Ibidem*, p. 184.

1.3.2 Imagem negativa do parlamento brasileiro

Registra-se que em pesquisa *Ibope Opinião*, feita a pedido da Revista *Veja*²¹, chegou-se à conclusão de que os deputados e senadores não têm qualquer compromisso com os interesses e desejos da sociedade. E pasmem, lá, no Congresso, só estão a serviço de grupos políticos (31%) e de seus próprios interesses (63%) juntando as duas coisas chega-se ao expressivo percentual de (94%).

Os dados são contundentes e evidenciam o verdadeiro sentimento da sociedade, a quem o Estado deve servir, por meio dos diversos poderes constituídos, cada um com o seu papel. A pesquisa, segundo o periódico, revela que os entrevistados classificaram seus representantes como desonestos, insensíveis aos interesses da sociedade e mentirosos²². Daí concluir que:

A seqüência de escândalos protagonizados por parlamentares ajudou a aprofundar o abismo entre eles e a sociedade, mas, para especialistas, esse fosso começou a se formar bem antes, de as malas pretas chegarem ao Congresso: ele teve início ainda na boca de urna²³.

Por outro lado, 76% dos entrevistados não se lembram de qualquer medida de um deputado que tenha sido importante para sua cidade ou sua região. A

²¹CARNEIRO, Marcelo; PEREIRA, Camila. Desonestos, insensíveis e mentirosos. **Revista Veja**, São Paulo, ano 40, n. 4, ed. 1.993, p. 48-54, 31 jan. 2007.

²²Ibidem.

²³Ibidem, p. 51.

mesma pergunta foi feita com relação aos senadores, obtendo o expressivo percentual de 83%.

Isso confirma, de modo inquestionável, que eles são intocáveis, pois

não prestam contas à sociedade. Gastam dinheiro público como se fosse deles. [E ainda,] eles só se mobilizam mesmo para aumentar o próprio salário. Ganham mais do que a imensa maioria de seus pares de países muito mais ricos que o Brasil²⁴.

Ora, se os deputados e senadores nada de produtivo constroem em proveito da sociedade, como demonstrado na pesquisa do Ibope, a desculpa de que precisam visitar suas bases cai no vazio. Pode-se pressupor ainda em face disso que, em certa medida, a ganância de dinheiro público pelos parlamentares, decorrente da chamada verba indenizatória, destina-se apenas ao financiamento de escritórios políticos, para tratar de assuntos de interesses privados²⁵.

²⁴Ibidem, p. 54.

²⁵Parece mais uma corporação que cuida primeiro de seus interesses. Baseado no princípio da proporcionalidade representativa cresce na medida do aumento da população e, desta, tende a se distinguir, cada vez mais, por formar uma casta assentada em privilégios (N. do A.). "Como a única real preocupação dos senadores, com meia dúzia, se tanto, de exceções, é com o corporativismo mais declarado, oferecem-se ao público já farto de trambiques mais uma cena explícita de defesa de privilégios, mais uma prova que o mundo político é um planeta à parte, que gira em torno dos próprios interesses, e que o bem público é para eles motivo de piada". In: ROSSI, Clóvis. *A peculiar ética dos Senadores. Folha de São Paulo*, São Paulo, p. 42, 16 jun. 2007.

1.3.3 Suspensão judicial do pagamento e efeito suspensivo da liminar

No bojo da ação popular (proc. 2007.34.00.017910-8), deferiu-se provimento liminar ao argumento de que:

O ressarcimento de despesas com aluguel já está previsto na concessão do auxílio-moradia. Para a manutenção de escritórios, existe a previsão de verba de gabinete. Para a locomoção o parlamentar conta com o auxílio de cotas de transporte aéreos, semestralmente reajustáveis. Sem mencionar as verbas, correspondência ou confecções de trabalhos gráficos²⁶.

Ao conceder provimento liminar, em jurisdição provisória, portanto, lastreada no pressuposto acima deduzido, em análise aligeirada, a eminente prolatora concluiu que a verba indenizatória parlamentar, além de violar a regra esculpida no art. 39, § 4º da Constituição Federal, vulnera frontalmente o postulado maior da moralidade administrativa.

Ressalte-se que a matéria está assim disciplinada:

Fica instituída a Verba Indenizatória do Exercício Parlamentar, até o limite mensal de 7.000,00 (sete mil reais), destinada exclusivamente ao ressarcimento de despesas com aluguel, manutenção de escritórios, locomoção,

²⁶BRASIL. Poder Judiciário. Tribunal Regional Federal 1ª Região. Suspensão de Segurança n.º 2007.01.00.022313-2/DF. União Federal. Juízo Federal da 3ª Vara-DF; João Orando Duarte da Cunha. Relatora: Desembargadora Federal Presidente Assusete Magalhães. 12 de junho de 2007. **Associação Nacional do Ministério Público Militar**, Brasília, DF, 2007. Disponível em: <<http://www.anmpm.org.br/anexos/anmpm/arq799003328752.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2013.

dentre outros diretamente relacionados ao exercício do mandato parlamentar²⁷.

Em sua razão de decidir, com supedâneo em precedente do Supremo Tribunal Federal, a douta magistrada Mônica Sifuentes fez valer a supremacia da Constituição. Nessa linha de raciocínio, tomou como ponto de partida o código binário de que falou Álvaro Ricardo de Souza Cruz²⁸, que assim se expressa:

É preciso compreender que a supremacia da constituição não é um princípio e que tampouco pode ser ponderado, visto ser elemento essencial à constituição do código de funcionamento do Direito: um código binário que separa o lícito/constitucional do ilícito/inconstitucional. Se ele deixa de ser considerado, o que se afastará é o próprio Direito. A Corte assume uma decisão de caráter estritamente político.

Há, aqui, uma relação direta de natureza organicista (Ott von Gierke, 1841-1921, e Georg Jellinek, 1851-1911), em razão do enlace entre o Estado e seus agentes (parlamentares). Pouco importa, nessa hipótese, a forma e o conteúdo de que se revestem tais atos, pois, mesmo sendo legislativos, guardam submissão ao ordenamento jurídico. Nenhuma das funções do Estado, inclusive as executivas e jurisdicionais, escapa a esse controle, por força dos ditames cogentes da Carta Política.

²⁷BRASIL. Câmara dos Deputados. Ato da Mesa n.º 62, de 5 de abril de 2001. Institui verba indenizatória do exercício parlamentar. **Câmara dos Deputados**, Centro de Documentação e Informação, Brasília, DF, 2000. Art. 1º. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/int/atomes/2001/atodamesa-62-5-abril-2001-319648-norma-Atualizada-cd.html>>. Acesso em: 2013.

²⁸CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 146.

Por conseguinte, a manifestação emanada da pena firme da titular da 3ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal se ajusta à situação fático-jurídica sob análise. É uma resposta contundente que, interpretando o sentimento de milhões de cidadãos, permite dar um basta na corrupção escancarada, endêmica, que grassa no coração do parlamento brasileiro de todos os níveis, hoje, de repercussão universal.

Vale, aqui, rememorar, e isso se fará tantas vezes quantas forem necessárias, o triste espetáculo da *dança da pizza* e os protagonizados pelos membros do Legislativo. Nesse ponto urge registrar os termos bizarros propiciados pela crônica diária do noticiário político a engendrar uma trama novelesco-policia de cotidiano, tais como: *mensaleiros, sanguessugas, propineiros, caixa-dois, dólar na cueca, emendas orçamentárias, nepotismo, fraude em licitação, supersalário* e muitos outros da mesma natureza delituosa.

Não bastasse isso, tentam desengavetar projetos, sem qualquer consulta aos que vão bancar a orgia de gastos públicos — no caso o cidadão que paga impostos — de criação de 700 municípios e de milhares de cargos de vereadores. Buscam, isto sim, recrudescer a cultura da malversação do dinheiro público, agindo na contra-mão da história, porque a sociedade pensa exatamente o contrário.

Diante desse quadro sombrio, que transparece irreversível pela ausência de uma atitude mais efetiva de todos os segmentos sociais, o mesmo não se pode dizer da decisão que cassou o provimento liminar questionado em sede de 2º grau de jurisdição²⁹. Isso reforça a tese

²⁹"O mais lamentável nesta questão, sobre a qual os juízes não ousam fixar jurisprudência, tal poder de pressão dos beneficiários e

de que, ressalvada a magistratura comprometida com o real combate dessa prática nefasta, a corrosão do pilar da moralidade pública vai continuar.

Da decisão, *a quem* deve se dizer que não importa o tempo e o modo da verba senão a fonte de onde brotou. Nem a justificativa de sua supressão abala a ordem pública. Nem o princípio da precaução, nem a presunção de legitimidade. Tais argumentos não restaram convincentes aos olhos dos atores jurídicos do aparato judicial. Entretanto, são incapazes de descaracterizar o provimento liminar, que encontrou ressonância na legítima expectativa do povo brasileiro de reagir contra a expropriação do seu patrimônio.

O repertório fraseológico acionado não socorre a tese invocada no plano, quer da interpretação, quer da aplicabilidade, pela sua inadequação fático-institucional. O desencadeamento do arsenal argumentativo, embora impressione à primeira vista, revela-se desconexo com a realidade dos fatos. Certo é que o subsídio fincado na Lei Maior, portanto, em terreno sedimentado, exclui por si só qualquer outra forma de remuneração distinta daquela ali estabelecida, seja a que título for.

Somente a sociedade organizada poderá promover as transformações qualitativas das relações sociais. Justamente por isso a indignação de Pedro Simon, senador da República, figura fora de qualquer suspeita, que, desencantado com a omissão dos poderes republicanos,

o peso da instituição que representam esta na criação, mesmo que efêmera, de expectativas justas. Uma semana depois de julgada ação em primeira instância, a liminar contra a verba indenizatória é restabelecida por outro juiz". In: JUSTIÇA efêmera. **A Tarde**, Salvador, p. 2, 17 jun. 2007. Editorial.

exorta o povo brasileiro a reagir contra o apossamento de sua dignidade:

É hora de a sociedade organizada reagir. A partir dos movimentos das igrejas, das escolas, das famílias, dos sindicatos, das organizações de classe. Reagir, em todos os sentidos da palavra e da ação: de demonstrar reação, de protestar, de se opor, de lutar, de resistir. De agir, de novo. A decência vai até onde o povo está³⁰.

Enquanto isso não acontecer, o cidadão sempre ficará a reboque de decisões contraditórias, mas, como se sabe, o Judiciário tem quadros que professam o mesmo ideal de fazer justiça como o que repeliu a tentativa de escorcha dos cofres públicos. Ainda assim permanece latente um fio de esperança de que um dia essa sangria, se não possa ser estancada, pelo menos seja minimizada. É o que sinceramente se espera apesar da equivocada decisão do TRF 1ª Região conferindo efeito suspensivo a liminar impugnada junto àquela Corte.

1.4 Grave violação ao princípio constitucional da moralidade

A norma de instituição da verba indenizatória parlamentar peca pela inconstitucionalidade em face dos nefastos efeitos que vem causando ao patrimônio público. De fato, trata-se da Justiça efêmera. Trata-se de legislação de legitimidade no mínimo duvidosa, porque contaminada por vício de origem, posto fruto de processo legislativo desencadeado sem observância dos cânones da *moralidade*.

³⁰SIMON, Pedro. Reage, Brasil! **Folha de São Paulo**, São Paulo, p. 3, 17 jun. 2007. Opinião.

Em razão de desvio de conduta, o comportamento dos membros do Congresso Nacional vem sendo censurado pela sociedade e, por consequência, ganha foros de reprovação pública, porquanto a eles não se outorgou o mandato para exercê-lo em causa própria. Com a manipulação de resultados, inclusive para a concessão de benefícios em favor de seus pares, vêm transformando-o em um balcão de negócios ilícitos a impedir o livre desembaraço dos trabalhos legislativos.

O cidadão não pode compactuar com esse estilo exótico de dispor sobre leis à mercê de medidas de ocasião, obrigado a atender aos caprichos dos que legislam em seu próprio proveito. É necessária lisura e seriedade a fim de que o processo legislativo reflita a vontade do povo, expressada mais ou menos livre nas urnas.

A complexidade da sociedade contemporânea põe em destaque o pensamento em voga de que as leis, isoladamente, já não atendem aos grandes desafios da pós-modernidade. Assim, o direito positivado carece sempre de legitimação a fim de cancelar sua legalidade. Max Weber, citado por Habermas³¹, não acolhe essa tese, pois, para ele, o direito é aquilo que o legislador estabelece, mesmo se para tanto não esteja legitimado.

Habermas³² chama a atenção para a necessidade

³¹HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

³²Habermas, por sua vez, associa a legitimidade com a existência de boas razões para que um ordenamento político seja digno de ser reconhecido, isto é, aceito como justo e equânime. Os fundamentos de legalidade, por conseguinte, ligam-se à capacidade do poder político de ser objeto de valorizações sociais”. Cf. DINIZ, Antonio Carlos. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos: Renovar, 2006.

de se levar o formalismo a sério, tendo presente que a Lei na sua formulação clássica, geral e abstrata, não legitima um poder exercido em tais condições. Isto por não preencher determinadas exigências funcionais, na persecução autônoma, privada e racional, de interesses próprios. Os princípios, desvelados pelos postulados constitucionais, apresentam duas facetas: a legal e a moral, como em suas palavras:

Finalmente é preciso considerar que os discursos jurídicos não podem mover-se num universo fechado de regras jurídicas univocamente fixadas. Isso é uma consequência da própria estratificação do direito moderno em regras e princípios. O direito constitucional revela que muitos desses princípios possuem uma dupla natureza: moral e jurídica. Os princípios morais do direito natural transformaram-se em direito positivo nos modernos Estados constitucionais. Por isso, a lógica da argumentação permite ver que os caminhos de fundamentação, institucionalizados através de processos jurídicos, continuam abertos aos discursos morais. A legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental³³.

E acrescenta o ilustre filósofo alemão³⁴:

Pois princípios morais, procedentes do direito racional, compõem hoje em dia o direito positivo. Por isso, a interpretação da constituição assume cada vez mais a figura de uma filosofia do direito. Nesse contexto, W.

³³Ibidem, p. 206.

³⁴Ibidem, p. 206, 214.

Naucke alude ironicamente à 'administração jurídica do direito natural'.

Um poder exercido nas formas do direito positivo deve ser sua legitimidade a um conteúdo moral implícito nas qualidades formais do direito. [...]

Ao formular tais considerações, eu tenho em mente a idéia de um Estado de direito que separa os poderes e que apóia sua legitimidade na racionalidade de processos de legislação e de jurisdição, capazes de garantir a imparcialidade (grifo do autor).

Nessa perspectiva, tem-se que o direito não se deduz apenas pela forma e pela matéria, mas pela racionalidade jurídica procedimental incorporada por um novo ingrediente receptivo, tendo como paradigma valores morais. Desse modo, o discurso jurídico, pelo seu caráter plural, envolve o processo de interação entre regras e princípios que povoam o ordenamento positivo. Como se vê, a questão moral permeia a racionalidade procedimental, como anota Luiz Moreira³⁵:

Assim, só tem sentido falar legitimidade da legalidade à medida que juridicidade se abre e incorpora a dimensão da moralidade, estabelecendo assim uma relação com o direito que, ao mesmo tempo, é interna e normativa. Em síntese, só é legítima a legalidade circunscrita em uma racionalidade cujo procedimento se situa entre processos jurídicos e argumentos morais.

E acrescenta o referido autor³⁶:

O poder exercido conforme o Direito positivo deve sua legitimidade, em última instância, ao conteúdo moral das

³⁵ MOREIRA, Luiz. **Fundamentos do Direito Positivo em Habermas**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 74.

³⁶ *Ibidem*, p. 76-77.

qualidades formais do Direito. Isso porque essa legitimidade decorre da institucionalização de processos que contêm um conteúdo moral implícito, que possibilita o resgate discursivo de suas pretensões de validade.

Patrícia Castro Mattos³⁷ realça a importância do indivíduo como protagonista do processo legislativo, mesmo de modo indireto, bem assim lembra o fato de que a legitimidade encerra um conteúdo preñado de eticidade. Eis como engendra seu ponto de vista:

Mas também porque lê se fundamenta num processo legislativo, no qual os indivíduos não se sentem apenas destinatários das normas jurídicas, como também seus atores.

É aqui que se estabelece a ligação entre direito, democracia e moral. As normas jurídicas são resultado de um processo legislativo no qual cada indivíduo pode exercer seu papel de cidadão, participando do processo de formação de opinião e da vontade, mesmo que indiretamente³⁸.

Em linhas gerais, a legitimidade propriamente dita está longamente associada com os fundamentos de validade das ordens de domínio, ou seja, a legitimidade é um problema de natureza eminentemente ética, relativo à justificação normativa do sistema jurídico-político³⁹.

³⁷ MATTOS, Patrícia Castro. **As visões de Weber e Habermas sobre Direito e Política**. Porto Alegre: [s.n.], 2002. Observo que "em linhas gerais, a legitimidade propriamente dita está longamente associada com os fundamentos de validade das ordens de domínio, ou seja, a legitimidade é um problema de natureza eminentemente ética, relativo à justificação normativa do sistema jurídico-político", conf. DINIZ, op. cit, p. 517.

³⁸ Ibidem, p. 70-71.

³⁹ DINIZ, op. cit.

O princípio da moralidade tem natureza institucional, “na medida em que se apresenta como estruturante de toda e qualquer instituição”, daí não se enquadrar no plano, mas ao Direito, na lição de Sérgio Sérvulo da Cunha, acrescentando:

Em direito, o princípio da moralidade significa que as normas morais representam padrões de comportamento juridicamente exigíveis das autoridades e de todos os membros da Administração, e assim se enuncia: é juridicamente exigível das autoridades e dos membros da Administração a observância das regras morais⁴⁰.

Essa prática reiterada de parlamentares, sem a devida transparência, no exercício de suas funções, compromete de modo crucial a legitimidade de sua atuação. Há excesso de leis e isso estimula a corrupção porque, enquanto penaliza os menos influentes economicamente, protege a elite dominante que a elas se apega para afastar seus rigores, utilizando-se de mecanismos como imunidade parlamentar, verdadeiro monumento à impunidade. O desconhecimento da lei também contribuiu para isso, conforme assevera José Lois Estévez⁴¹:

*Otra causa de incumplimiento generalizado es la hipertrofia legislativa. Cuando se legisla en exceso, como sucede a menudo en las organizaciones políticas contemporáneas, no hay nadie capaz de conocer la inmensa mayoría de los textos legales. ¿Cómo entonces garantizar su observancia?
Las normas desconocidas por la mayoría de sus destinatarios son de acatamiento imposible. Y en la práctica,*

⁴⁰ Ibidem, p. 149.

⁴¹ ESTÉVEZ, José Lois. **Fraude contra Direito**. Madrid: Civitas, 2001. p. 198-199.

la ignorancia masiva equivale a universal repudio, como si se dibiese a un acuerdo multitudinario para boicotear una disposición odiosa.

O agir dos agentes políticos nessas condições, por incompatibilidade com o decoro, não satisfaz aos ditames da ordem jurídica, sobretudo por inadequação aos meios utilizados para alcançar os fins colimados. Neste ponto, fere o princípio da impessoalidade, o que os coloca sob suspeição, visto tal comportamento vir desvirtuando a finalidade pública a que se destina o processo legislativo.

Por outro lado, segundo Sérgio Sérvulo da Cunha⁴², embora transparente e participativo, é difícil caracterizar o desvio de poder legislativo

em alguns casos concretos é possível identificá-lo, como ocorreu na edição da Lei n.º 9.985, de 7 de fevereiro de 1995 (Lei Humberto Lucena): ali, sob a aparência de uma norma geral anistiando crimes eleitorais, buscou-se afastar a imposição de condenação a um senador.

Não se pode desconsiderar o exercício soberano do poder de legislar, nem tampouco o modo genérico de incidir a lei, porque, aqui, o que se sustenta é a inconstitucionalidade da norma concessiva do benefício hostilizado, pois:

O direito compensa, de certa forma, as fraquezas funcionais de uma moral que, encarada na perspectiva do observador, proporciona muitas vezes resultados indeterminados do ponto de vista cognitivo e inseguro do ponto de vista motivacional. A relação complementar,

⁴² CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 154.

no entanto, não significa uma neutralidade moral do direito. Pois o processo legislativo permite que razões morais fluam para o direito. E a política e o direito têm que estar afinados com a moral – numa base comum de fundamentação pós-metafísica –, mesmo que os pontos de vista morais não sejam suficientemente seletivos para a legitimação de programas de direito⁴³.

1.5 Democracia não é produto exclusivo do sistema eleitoral

Os que argumentam acerca do estado democrático possivelmente não têm se dado conta de que estão falando sobre o sistema eleitoral e confundem conceitos básicos sobre *elite*, *sociedade* e *povo*.

No Brasil, a distância entre as elites e a sociedade civil é pequena, enquanto é grande a da sociedade civil em relação ao povo⁴⁴.

Então, embora o poder emane do povo, mediante o voto de cada cidadão, não é por ele exercido e sim pela sociedade civil, onde prevalecem outras variáveis insuscetíveis de serem mensuradas em razão do uso das urnas. Isso leva à distinção entre democracia e elite, conforme pondera Luiz Carlos Bresser-Pereira⁴⁵:

Uma sociedade civil é elitista quando as diferenças de poder derivadas do dinheiro, do conhecimento e da organização entre os cidadãos são muito grandes; é

⁴³MATTOS, P. C., op. cit., p. 93.

⁴⁴BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O paradoxo da esquerda. Folha de São Paulo, São Paulo, p. 1, 8 jan. 2006. Coluna Opinião. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0801200609.htm>>. Acesso em: 3 mar. 2013.

⁴⁵Ibidem.

democrática quando conhecimento, riqueza, renda e organização se distribuem mais igualmente e a sociedade civil se aproxima do povo.

Assim uma sociedade civil como a da Suécia é democrática, enquanto a do Brasil é elitista.

Sendo a nossa sociedade, marcadamente, desigual torna-se necessário que a lei desempenhe seu papel de reduzir o fosso entre a sociedade civil e o povo. E o judiciário, fazendo prevalecer o espaço da liberdade do cidadão, esculpida no princípio do mínimo existencial, estaria contribuindo para amenizar esse conceito de sociedade civil mais ou menos "democrática" de que falou Bresser-Pereira (2006)⁴⁶.

Decerto a

democracia não é um simples sistema eleitoral, uma técnica de atribuição ou mesmo uma partilha de poderes. [Deveras,] a democracia é uma ética, feita essencialmente de respeito ao ser humano⁴⁷.

Esse quadro desprestigia a pretensão legítima de proteção do direito invocado, como anota I. Claeys Bouunaert⁴⁸:

A pesquisa de valores que devem ou deveriam impor-se, acima da onipotência do legislador, acima da criação arbitrária de regras formais do direito positivo, conduz, portanto, necessariamente, à elaboração de uma ética do legislador.

⁴⁶Idem.

⁴⁷Idem.

⁴⁸BOUNAERT, I. Claeys. Reflexões sobre as bases de uma política fiscal. In: TAVOLARO, Agostinho Toffoli; MACHADO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Princípios tributários no direito brasileiro e comparado**. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 376-377.

Qualquer que seja a política, esta é sempre representada por uma minoria de pessoas, que Gaetano Mosca denomina de classe política, aquela que detém o poder efetivo. Então, as formas de governo deitam raízes na democracia. Por isso,

em toda a sociedade, de todos os tempos em todos os níveis de civilização, o poder está na mão de uma minoria, não existe outra forma de governo senão a oligarquia⁴⁹.

A livre expressão do voto, o controle das decisões pelos eleitores e a prevalência das deliberações legislativas são fundamentais. Portanto configura o escopo ideal para o fortalecimento do Estado na realização dos fins para os quais foi concebido. Para isso, ninguém melhor do que o Judiciário para coibir os abusos e os possíveis desvios cometidos em nome dessa mesma democracia.

Quanto ao sistema eleitoral cujas decisões políticas buscam guarida no voto, o elemento decisivo para sua formação encontra óbice na classe política esvaziada pela ausência de compromisso com a problemática social. Daí o obsolescência dessa fórmula na minimização do fenômeno da injustiça, o que tem contribuído para o fortalecimento de uma cultura de insatisfação quase generalizada.

O que não é possível é se contentar com a pobreza e os discursos vazios de políticos ou de candidatos⁵⁰.

⁴⁹BOBBIO, Norberto. Democracia. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília, DF: Editora UnB, 1986. p. 325.

⁵⁰"Como os discursos vazios, foi se revelando oca, apesar de ter livre trânsito nas estratégias de comunicação de crise. Mais de duas décadas depois do ocaso do regime militar, o desafio continua sendo a construção de uma democracia moderna, regida pela solidez do

Daí a observação, sob forma de reprimenda, feita, com relação aos políticos profissionais, por Fernando Rios do Nascimento⁵¹:

Não é mais passível continuar tolerando a omissão de homens públicos que, eleitos para encaminhar soluções de interesse geral, terminam fazendo o contrário, em função de projetos pessoais, desconstruindo esforços desenvolvidos há décadas, e se empenhando apenas naquilo que lhes possa beneficiar.

Ao revés, o sistema eleitoral fisiológico não instrumentaliza as relações emancipatórias necessárias ao aprimoramento do convívio social. Nessas condições, padece de vício contaminador de sua validade e por isso sua constitucionalidade pode ser questionada. Nessa linha, misto de deslealdade e má-fé, transparece razoável que o cidadão se oponha a essa simulação tão ao gosto dos que não honram o mandato.

direito e das leis, acima de privilégios, de um lado, e a construção de um Estado, do outro, que esteja a serviço da sociedade e não de grupos de interesses". In: VIANA, Francisco. *Contra fatos não existe blindagem. A Tarde*, Salvador.

Parece mais uma corporação que cuida primeiro de seus interesses. Baseado no princípio da proporcionalidade representativa, cresce na medida do aumento da população e, desta, tende a se distinguir, cada vez mais, por formar uma casta assentada em privilégios (N. A.).

"Como a única real preocupação dos senadores, com meia dúzia, se tanto, de exceções, é com o corporativismo mais declarado, oferecem-se ao público já farto de trambiques mais uma cena explícita de defesa de privilégios, mais uma prova que o mundo político é um planeta à parte, que gira em torno dos próprios interesses, e que o bem público é para eles motivo de piada" In: ROSSI, Clóvis. *A peculiar ética dos Senadores. Folha de São Paulo*, São Paulo, p. 42, 16 jun. 2007.

⁵¹ NASCIMENTO, Fernando Rios do. *Olhando para um lado. Jornal Agora*, Itabuna, p. 5, 7-9 jan. 2006.

Vive-se sob a égide de uma *democracia revestida de conteúdo essencialmente formalista*, tendo o famigerado *mensalão* como ponto de referência, responsável pela corrosão dos pilares morais de sustentação da atividade pública, o que contamina e torna ilegítima a produção legislativa. De fato, o suborno de parlamentares é fato incomum, caracterizando comportamento viciado, apto, assim, a revestir um conteúdo negativo sobre afrontar os postulados republicanos do regime político.

1.6 Excesso de leis e sua inutilidade

De há muito, o Parlamento, no Brasil, transformou-se numa gigantesca máquina burocrática, em face da produção desordenada e desnecessária de normativos. Inúmeras emendas, hoje, atingindo a marca de quase sessenta, descaracterizando, assim, o texto constitucional, evidenciam a veracidade dessa assertiva. Além disso, são incontáveis as leis editadas, inclusive instruções normativas, a "infernizar" a vida de todos, pela impossibilidade de apreensão satisfatória do seu conteúdo.

Ninguém contesta esses números que atingem a cifra astronômica de quase dois milhões, uma vez computados os atos de todos os entes federativos: União, Estado, Distrito Federal e Municípios. De logo, verifica-se que esse poder normativo revela o caos a que se submeteu o ordenamento positivo. Daí, as dificuldades dos que atuam no mundo jurídico para interpretar, aplicar e estudar esse cipoal de leis, a comprometer sua boa execução.

Sobressai-se desse panorama que a lei, nessas circunstâncias, não atende nem ao interesse geral, nem ao do Estado, em decorrência do casuísmo com que é manipulada. De um lado, para beneficiar uma parte. De

outro, para atender demandas em causa própria, bem como a recente renda mensal que os parlamentares federais incorporaram ao seu contracheque, custeada com o escasso dinheiro público.

Num caso ou noutro, a prática é condenável por todos os títulos. Isso demonstra, de modo cabal, que a legislação carece de legitimidade, não se podendo acolher, como determinante e correta, toda a regulação posta. Daí a necessidade de examinar qualquer manifestação jurídica do Estado com certa reserva, porquanto a lei somente pode prosperar quando internalizada pela sociedade, destinatária última dos efeitos que irradia.

Simboliza isso uma atitude pouco convencional a demonstrar que, não obstante a enxurrada de leis a cada dia, elas não são capazes de conter os avanços do enriquecimento ilícito que grassa nos quatro cantos do País, contaminando os Poderes da República. Daí a constatação unânime da impropriedade da fórmula adotada. Assim, as casas legislativas prestariam um grande serviço se, ao invés de fabricar leis aos borbotões, refreassem esse ímpeto legiferante, adequando-o à realidade do País.

Os mentores da ordem normativa cumprem seu papel parindo leis diariamente e contribuindo, com isso, para estabelecer o caos no universo jurídico, povoando-o de regras desconexas, fruto, às vezes, de interesses subalternos, sem proveito para o cidadão - contribuinte. Se assim se delinea a situação, cabe ao Poder Legislativo promover sua reversão, racionalizando o processo legislativo, bem como melhorar sua imagem e, sobretudo, justificar o alto custo de sua manutenção.

Torna-se imperiosa uma reflexão sobre a missão que ao mesmo cabe desempenhar no plano da simplificação e do aprimoramento do processo legislativo. A perdurar esse quadro, ninguém conseguirá saber ao

certo as leis que foram revogadas e as que permanecem em vigor. Essas leis em excesso, além da constatação de que não conseguem paralisar a marcha da corrupção em suas mais variadas formas, solapando as bases do orçamento público, revelam, inexoravelmente, a procedência da tese de sua inutilidade.

C A P Í T U L O I I

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Sumário

- 2.1 Contextualização do tema
- 2.2 Enquadramento normativo da matéria
- 2.3 Noção conceitual de improbidade administrativa
- 2.4 Breves comentários sobre as regras postas na CF e na Lei de Improbidade Administrativa
 - 2.4.1 *Na Constituição Federal*
 - 2.4.2 *Na Lei de Improbidade Administrativa*
- 2.5 Irregularidades determinadas por meras formalidades
- 2.6 Judicialização por fatos banais não comprovados
- 2.7 A regra é o dolo ou a culpa com prejuízo ao erário

2.1 Contextualização do tema

Este estudo objetiva examinar a questão da improbidade administrativa, matéria, aliás, que tem amplo lastro na Constituição Federal, diante de sua importância para o desfecho das ações imprescindíveis à preservação da ordem moral na administração pública. Neste particular, serão examinados os artigos 10, 11 e 12 da Lei 8.429, no tocante aos aspectos relacionados com o texto propriamente dito e, principalmente, a elasticidade do conteúdo que timbra sua normatividade.

Mereceu destaque, ainda, o fato de que, apesar de vinte anos de urgência da LIA (Lei de Improbidade Administrativa), ainda não vem cumprindo o desiderato para o qual foi promulgada pelo Congresso Nacional. Peca pelo excesso de hipóteses que podem figurar o ato ímprobo; inclusive, permite o manejo indevido para forçar situações que não justificam seu acionamento, visando, não poucas vezes, a tutela de meras irregularidades incapazes de causar dano aos cofres públicos.

Analisa pontos relevantes vinculados às regras de natureza casuística que nela estão contidas, pois têm levado o Ministério Público a fazer o elastério de sua interpretação e aplicação. Prova disso é seu art.10, sempre invocado no plano processual, que tem a devida qualificação dos fatos indispensáveis ao seu enquadramento. A improbidade administrativa circunscreve ao âmbito da gradação. De fato, o dolo e a culpa, embora categorias distintas, têm o mesmo tratamento.

O art.11 constitui uma vaga tentativa de resolver todos os malfeitos da administração pública, na medida em que tem sido importante para enfrentar a corrupção que grassa nos três níveis de governo. Possibilita uma extensa rede de comunicação de penas severas, inclusive para atos comissivos e omissivos decorrentes de simples

irregulares emitidas em intuito doloso e, portanto, perfeitamente sanáveis.

O art. 12, por sua vez, é uma demonstração cabal de que a regra em si não tem o cordão de equacionar os problemas de subtração do patrimônio público e, portanto, modificou esse quadro de degradação. Trata-se de uma cultura sedimentada e, assim, imodificável de uma realidade que resiste a qualquer alteração proposta pela lei. Com efeito, somente caracteriza o ato de improbidade quando este é capaz de lesar o Erário.

2.2 Enquadramento normativo da matéria

A matéria em questão, além de sua disciplina na lei, encontra também ressonância na Constituição Federal. Trata dela os dispositivos consubstanciados nas regras dos arts. 14, § 9º, 15, V, 37 §§ 4º e 5º e 85, V⁵². Nesse particular aspecto, cumpre transcrever tais dispositivos e em seguida tecer os comentários em torno de cada um deles, visando melhor delimitar a noção de improbidade administrativa, mediante a interpretação lógico-sistemática das referidas normativas que cuidam do assunto:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do

⁵² CONSTITUIÇÃO FEDERAL, capítulo IV, arts. 15, § 9º, e 15, V; capítulo VII, seção I, art. 37, §§ 4º e 5º, e capítulo II, seção III, art. 85, V.

candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 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.

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

V - a probidade na administração (grifo do autor).

A Lei n.º 8.429⁵³, de 2 de junho de 1992, dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos

⁵³BRASIL. Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Presidência da República**. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF, [20--]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

2.2.1 Atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário

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:

I – facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II – permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III – doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V – permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI – realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

- VII – conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;
- VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;
- IX – ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;
- X – agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;
- XI – liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;
- XII – permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;
- XIII – permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.
- XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;
- XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

2.2.2 Atos de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) que atentam contra os princípios da administração pública

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:

- I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

- II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
- III – revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
- IV – negar publicidade aos atos oficiais;
- V – frustrar a licitude de concurso público;
- VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
- VII – revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço (BRASIL, [200--], p. 1).

2.2.3 Penalidades atribuídas aos atos considerados ímprobos (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:

I – na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II – na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por

intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente (BRASIL, [200--], p. 1).

2.3 Noção conceitual de improbidade administrativa

Há mais de vinte anos em vigência, a chamada Lei de Improbidade Administrativa não vem surtindo os efeitos desejados, tendo em vista que não foi capaz de estancar a corrupção que grassa nos quatro cantos do País. Os seus contornos são difíceis de serem delimitados, em face do ato por ela tutelado e pela ausência dos elementos conceituais do seu conteúdo substantivo. Daí, o seu manejo inadequado no plano da processualística, de modo a comprometer a eficácia dos resultados dela esperados.

O discurso jurídico normativo se estende em considerações fragmentárias formando, em seu derredor, verdadeira colcha de retalhos. O emaranhado de hipóteses que podem configurar o tipo do ato ímprobo vem desafiando os atores da cena jurídica, especialmente o Ministério Público que dela tem se valido para acionar, indevidamente, várias pessoas sem a menor possibilidade de êxito em sua iniciativa.

Essa multiplicidade de regrinhas retiradas de uma imaginação fecunda, mas vazia, mostra que o

legislador está preocupado apenas em transformar o Legislativo numa máquina de fabricar normas sem qualquer preocupação de técnica legislativa. Assim, é patente o esforço do legislador ordinário para não possibilitar sua interpretação e aplicação pelos órgãos jurisdicionais. Com tanta fraseologia torna-se improvável o perfeito enquadramento dos fatos ao regramento por ele tipificado e, conseqüente, o cumprimento do seu texto.

A tipicidade de determinados atos consubstanciados no elemento subjetivo do tipo envolve convergência de plausibilidade. De sorte que não se pode acionar a esse título por mero capricho, dando a uma situação fática os contornos de um comportamento doloso que ela não comporta no campo da objetividade jurídica, como, por exemplo, no procedimento licitatório, mediante convite, onde qualquer falha é considerada dolosa.

Nessa linha, para reparar uma prática que ao menos pode ser considerada como uma simples tomada de decisão do gestor na esfera de sua competência, que tal ocorrência singela possa ser suscetível de precipitar uma ação penal embora, para tanto, não haja nenhum fundamento legítimo. Mesmo assim, se acolhida em sede jurisdicional sem a procedibilidade, ausente a devida apuração dos fatos que possam ensejar sua aceitação pelo Poder Judiciário.

Na verdade, o Ministério Público (MP) não detém legitimidade para instaurar processo investigatório penal, muito menos administrativo, fora do âmbito de sua atuação, sob pena de usurpação de competência. Indubitavelmente, essa prerrogativa é, constitucionalmente, competência, respectivamente, da polícia judiciária e das autoridades administrativas, o que não se confunde com a simples requisição dos procedimentos em questão pela referida instituição.

Para o acionamento judicial do evento narrado, o MP se vale de vários dispositivos, visando realizar seu enquadramento normativo à míngua de doutrina ou jurisprudência que justifique providência dessa natureza. Assim, invoca, às vezes, os arts. 10, 11 e 12 combinados com o art. 3º, na esperança de que se possa operar um milagre de subsunção interpretativa, instituto ultrapassado da hermenêutica constitucional.

Diante desse quadro persecutório exacerbado, configurado pela ausência de procedibilidade necessária ao seu acolhimento, cabe ao Poder Judiciário mostrar a sua altivez e não se acovardar, declinando de plano do processamento regular da matéria. Nestas circunstâncias, faria justiça aos pretensos réus guindados a essa condição pelo absoluto despreparo dos encarregados de atuar na cena jurídica de defesa do interesse público.

2.4 Breves comentários sobre as regras postas na CF e na Lei de Improbidade Administrativa

2.4.1 Na Constituição Federal

Cumprе aduzir, inicialmente, que o art. 14 tem sua inserção no capítulo IV da CF, que regula os direitos políticos determinantes da soberania popular como um dos fundamentos do Estado. Afinal, o povo é quem, de forma legítima, é o detentor do poder constituído, assim, o alicerce fundamental da República Federativa do Brasil. Nessa perspectiva, são valores dignos de realce: a soberania, a cidadania e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana.

O seu parágrafo 9º foi incorporado à CF em 1994, pela Emenda Constitucional de Revisão n.º 4, de 7 de junho de 1994. Reserva à Lei Complementar a competência para estabelecer novos casos de inelegibilidade. O objetivo a ser tutelado diz respeito à proteção da probidade

administrativa, bem como à preservação da moralidade para o exercício do mandato popular que, inclusive, proporcionou a chamada Lei da Ficha Limpa.

Por sua vez, a regra do art. 15 circunscreve ao âmbito da cassação dos direitos políticos e, mais precisamente, sobre sua perda ou suspensão, de acordo com as hipóteses por ele fixadas. Uma delas, constante do seu inciso V, diz respeito à improbidade administrativa nos termos do art. 37, § 4º da CF, no capítulo VII – Da Administração Pública.

O art. 37 da CF determina que a administração pública direta e indireta, deva obedecer, dentre outros, os princípios de legalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Desse modo, encarece que seja preservada a rigidez das práticas e dos processos administrativos, sob pena de seus transgressores serem devidamente punidos, de acordo com a legislação de regência.

O seu parágrafo 4º aduz que os atos de improbidade administrativa importam a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, de conformidade com a graduação e forma prescritas em lei, sem juízo da ação cabível na espécie, sobre isso os arts. 312 e s. do Código Penal dispõem sobre os crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral.

Nessa linha, a aplicação da pena de demissão de funcionário público encontra guarida na Lei n.º 8.026, de 12 de abril de 1990. Já a Lei n.º 8.027, de 12 de abril de 1990, dispõe sobre normas de conduta dos servidores públicos civis da União, autarquias e fundações. E a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1962, dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública. E o Decreto n.º 4.410/02 promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção.

Por seu turno, o § 5º remete a lei aqui referida à necessidade de estabelecer os prazos prescricionais para ilícitos praticados em detrimento do erário. Nessa linha se incluem qualquer agente, servidor ou não, que cause prejuízo aos cofres públicos. Por conseguinte, devem ser ressaltadas as respectivas ações de ressarcimento.

Finalmente, os atos do Presidente da República atentatórios à probidade administrativa têm sua disciplina no art. 85, inciso V, da CF. Nesta hipótese não se aplica ao Presidente da República, tendo em vista que o mesmo responde apenas por crime de responsabilidade. Nesse sentido, a Lei n.º 1.079, de abril de 1950, define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.

2.4.2 Na Lei de Improbidade Administrativa

A Lei de Improbidade Administrativa constitui apenas um amontoado de regrinhas casuísticas incapazes, pela sua natureza, de combater com veemência a corrupção instalada nos três níveis de governo. Com efeito, ela se soma ao cipoal produzido pelo Legislativo que, em matéria de normas editadas, já chega à astronômica cifra de mais de quatro milhões de regras a povoar o ordenamento jurídico que já funde a memória dos computadores.

A regra do art. 10 é descomedida e, portanto, exige para a sua aplicação a perfeita delimitação dos fatos no sentido de verificação se o agente ou um terceiro agiu com dolo ou culpa. Isso implica saber se se trata de um comportamento pautado na boa-fé, ou se caracterizado pela má-fé, no domínio do campo da juridicidade. Se não houve essa preocupação lógica na busca dos elementos que configuram a espécie, por certo há risco iminente do cometimento de injustiça com a sua aplicação.

Ademais, a mesma gradação atribuída a duas figuras distintas, dolo e culpa, não se coaduna com a lógica do sistema jurídico. Este estabelece um tratamento diferenciado para ambas, não podendo, assim, ser aplicado o mesmo critério sancionatório. Deveras, o ser ímprobo é ser desonesto, devasso, que age com má-fé, com objetivo deliberado de lesar os cofres públicos. A conduta, se não se enquadra nessa linha, deve, pois, ser excluída.

Veja-se a perfeita colocação feita nesse sentido pelo ilustre jurista Mauro Roberto Gomes de Mattos⁵⁴:

E não que falar em lei justa (art.10 da Lei n°. 8.429/92) se ela se equipara à conduta do agente público culposa, sem a intenção de fraudar do inábil administrador com aquela conduta dolosa, em que a desonestidade e a vontade de lesar o erário são verificadas no ato administrativo.

É inegável que a norma em questão macula, de modo frontal, o postulado da razoabilidade, que é pontificado como da maior importância na atividade administrativa. Se assim é, dúvida não prospera que cuida de uma norma arbitrária, que se impõe de maneira desarrazoada às pessoas e, assim, deve ser combatida, e não estimulada por quem quer que seja. Sem razão, pois, o Ministério Público a quem não se nega o seu direito subjetivo de ação, mas tão somente dentro da baliza legal, mas não do abuso do exercício do direito⁵⁵.

O art. 11, por sua vez, constitui uma panaceia para todos os males da administração pública e, ao mesmo

⁵⁴MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa**: o direito dentro da Lei n ° 8.429/92 4. ed. Niterói: Impetus, 2009. p. 284.

⁵⁵Ibidem.

tempo, não tem inibido a ação dos corruptos no serviço público em conluio, às vezes, com terceiros. Trata-se de constatação cabal de que a lei tem sido acionada com mais frequência contra pequenos deslizes.

Por conseguinte, é deveras preocupante o “caráter aberto do caput do art. 11 da LIA”⁵⁶, cuja severidade não se compraz com atos que não erigem a categorização daqueles praticados dolosamente. Desse modo,

não podem ser enquadrados como ímprobos os atos omissivos ou comissivos que vulneram a legalidade ou a imparcialidade, caracterizando-se em meras ilegalidades⁵⁷,

conforme adverte, ainda, Roberto Mauro Roberto Gomes de Mattos em sua alentada obra *O limite da improbidade administrativa*.

O art. 12 revela, pela estrutura, a elasticidade dada à Lei de Improbidade Administrativa e evidencia, de modo cadente, o conteúdo arbitrário nela veiculado. Tal é o abuso de poder de legislar em face de atitude que leva, invariavelmente, a um resultado não querido pelo ordenamento jurídico. O excesso de incisos incorporados aos vários artigos da LIA contribuiu, de maneira direta, para ornar as petições do MP na busca de criminalização de qualquer fato banal.

A hermenêutica fundada na literalidade da lei e no formalismo exacerbado, pelos órgãos de controle e fiscalização, não se adequa à dinâmica da atividade pública. O que interessa é saber se os recursos financeiros foram aplicados de forma a atender às demandas sociais e, sobretudo, verificar se, efetivamente, a ação

⁵⁶Ibidem, p. 38.

⁵⁷Ibidem, p. 389.

administrativa foi eficiente e eficaz em benefício do cidadão-contribuinte.

Todo o esforço deve ser direcionado no sentido de combater a corrupção nos três níveis de governo e os gastos para a manutenção de benefícios, privilégios e vantagens indevidas, especialmente, da classe política, os exemplos dessa malversação do dinheiro público são inumeráveis e significativos de como não se deve aplicá-lo. Essa é a missão de todos os órgãos incumbidos de fazer prevalecer a moralidade no serviço público.

Por conseguinte, a lei serve apenas de baliza, de orientação aos gastos da coisa pública; assim, podem os agentes públicos desempenhar seu papel de acordo com a sua competência e conhecimento técnico da tarefa que lhes foi cometida. São eles, presume-se, os mais capacitados para desenvolver sistemas e programas de modernização do aparelho estatal no âmbito administrativo.

Em razão disso, importa detectar, às vezes, imprecisões nos atos licitatórios, não seus aspectos formais, que redundam em equívocos ou simples irregularidades. Isso, bem se sabe, não autoriza a sua nulidade desde que não se caracterizem como lesivas ao Estado. Do contrário, não se vislumbrando qualquer vestígio de má-fé em tais atos, ou mesmo nos processos administrativos, podem ser mantidos sua incolumidade ou rigidez, pois essa é a regra assente no diretório público.

É factível o entendimento de que os atos da LIA somente podem ser considerados aqueles passíveis de causar prejuízo ao erário, nos termos do art.10 da Lei n.º 8.429/92. A lesão constitui o elemento subjetivo de conduta do agente na modalidade culposa. Fora disso, é a interpretação míope da regra que, na sua configuração contextual, não permite tamanho elastério. É preciso restabelecer o uso do elemento axiológico no

processo hermenêutico, a fim de conter os abusos de sua aplicação a qualquer preço.

2.5 Irregularidades determinadas por meras formalidades

As irregularidades ocorridas em razão de meras formalidades, não se revelando um caráter de substancialidade, não têm o condão de tornar o ato, nestas circunstâncias, inválido. Nesta hipótese, realizado como dependente de boa-fé, não pode ser guindado à condição da improbidade administrativa, mesmo considerando o conceito elástico ou a abertura dada às normas que o disciplinam. Tal poderia se admitir, se presente o seu ilaqueamento.

A inobservância de fórmulas burocráticas prescritas por lei não autoriza extrair dela, sempre, o *probus* em face da adoção de procedimento assimilável no contexto do direito público. A figura do ímprobo encarna predicados muito fortes, de sorte a contemplar o mau, o perverso, o corrupto, o devasso, o desonesto, o falso, o enganador. É atributivo de toda pessoa que busca arquear visando tirar proveito do seu próprio ardil.

Do termo ímprobo é que deriva improbidade, originário do latim *improbitas*, que se aplica, segundo De Plácido e Silva⁵⁸, para designar a má qualidade, a imoralidade, a malícia. Configura, pois, o cidadão não dotado de idoneidade moral, pelo modo corrente de proceder, envergando uma conduta desonesta e, portanto, de índole e caráter duvidosos, sendo assim um pária da sociedade.

Nessa linha de intelecção, a improbidade, segundo De Plácido e Silva⁵⁹, evidencia a

⁵⁸SILVA, De Plácido e, op. cit.

⁵⁹Idem, p. 716.

qualidade do homem que não procede bem por não ser honesto, que age indignamente, por não ter bom caráter, que não atua com decência, por ser amoral. Improbidade é a qualidade do ímprobo. E ímprobo é o mau moralmente, é o incorreto, o transgressor das regras da lei e da moral.

Trata-se de uma norma desalinhavada, descomedida, que pode enquadrar nas suas penas um criminoso contumaz tanto quanto a pessoa que comete um simples deslize. É por isso que, ao longo do tempo, tem mostrado a sua inutilidade. Até porque sempre que se criam leis tão rigorosas, sempre se valem dos mecanismos de proteção para transformar suas falcatruas num mar pleno de legalidade, como os conhecidíssimos assaltantes dos cofres públicos humanizados no seio da classe política.

Para que o comportamento considerado culposos possa ter repercussão na Lei de Improbidade Administrativa, é necessário que o mesmo cause lesão ao erário. Isto porque as possíveis ilegalidades podem ser saneadas ou mesmo convalidadas pela administração, já que não são determinantes para a invalidação dos atos praticados de boa-fé pelo gestor público na sua ausência de equacionar as atribuições que lhe estão afetadas.

2.6 Judicialização por fatos banais não comprovados

A Lei de Improbidade Administrativa transita soberanamente pelo campo da abstratividade, sem qualquer preocupação conceitual, ao confundir a legalidade meramente formal com o ato de improbidade, uma verdadeira deturpação do sentido metodológico que deve se impor no campo valorativo. O ato ilegal do ponto de vista axiológico pode, perfeitamente, ser tido como legítimo, se objetivado no sentido de afastar a fraude legal

concebida pelo legislador, por exemplo, aquela perpetrada pelos “mensaleiros”.

Os atos violadores dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (art. 11) da Lei de Improbidade Administrativa não se compreendem com o sentido prático de caracterização da tipologia imposta. A terminologia, além de vaga, se perde no vácuo do sistema jurídico, onde se dilui por falta de consistência que lhe possa dar conformação.

Meras descrições fáticas brotadas da imaginação não podem servir de lastro ao acionamento judicial, embora com indicações dos dispositivos violados. Somente a má-fé que possa redundar em locupletamento do erário, tangenciado pelo contrato administrativo, pode ser suscetível de merecer a tutela jurisdicional sem a preocupação de adentrar ao campo da injustiça, em face de displicência de seus autores.

Desse modo, a iniciativa, visando a alcançar um terceiro na relação processual, deve se cercar dos devidos cuidados, a fim de não se cometer a insensatez de molestar a quem nada deve. Decerto, o polo negativo da ação de improbidade administrativa não comporta imposição de flagrante apressado. No centro da questão há de agitar o comportamento doloso que justifique a tomada das providências nesse sentido.

O vínculo de promiscuidade faz parte desse quadro, na medida em que concorre para fim não contemplado pelo Direito. Nessa hipótese, a pessoa persevera na persecução de um resultado que possa redundar em proveito próprio. É claro que tal comportamento não se coaduna com o postulado ético em que se funda a administração pública. Daí, o autor da ação deve precaver-se contra o seu açoitamento e detrimento do suspeito passivo.

Singela justificativa de ilegalidade do ato não autoriza procedimento dessa natureza em face de seu

caráter aleatório e arbitrário. Exige prova inequívoca do resultado ilícito obtido em sentimento do interesse público, sem o que não se caracteriza nos termos da lei aqui posta em questionamento, devido ao seu caráter de hilaridade. Deve concorrer, para tanto, o concurso causal, que fixe desenganadamente o nexos de causa dada entre o fato e o ato ímprobo.

Como se vê, os conceitos veiculados na Lei de Improbidade Administrativa são vagos, imprecisos e imprestáveis, tendo em vista que não se prestam a uma conceituação segura em termos de enquadramento da matéria.

A improbidade administrativa traduz, em razão de sua natureza, um comportamento comissivo ou omissivo e encerra um fato jurídico, que produz efeitos, compreendido na categoria dos atos considerados ilícitos. De fato,

o ilícito não é um fato que esteja fora do direito e contra o direito, mas um fato que está dentro do direito, e que é por ele determinado⁶⁰.

Promover sua tipificação, todavia, significa não poder dissociá-lo do conteúdo infracional e da gravidade dele decorrente. Dessa forma, a frustração determinada por qualquer evento no âmbito da administração pública deve estar interligada à desonestidade, à ilegalidade ou à deslealdade do administrador (agente público). De Plácido e Silva⁶¹ assim a conceitua:

⁶⁰KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1976. p. 169-170.

⁶¹SILVA, 2006, p. 640.

Frustração – Do latim *frustatio*, de *frustari* (enganar, iludir, lograr), entende-se, na técnica jurídica, a ação de iludir a lei, revelada na escusa, escapatória, no pretexto ou na tergiversação.

2.7 A regra é o dolo ou a culpa com prejuízo ao erário

Justo por isso, se qualquer que seja o certame (concurso público ou licitação pública e outros) se processar dentro de um quadro de normalidade institucional, não há porque inquirir sobre proveito de terceiro, se este não agiu com o objetivo precípua de lesar os cofres públicos. Se do edital resultar ampla publicidade e se nele contiver todos os requisitos e condições imprescindíveis ao fim visado, não há que considerar simples deslizamentos linguísticos ou mesmo eventuais modos de operacionalização para anular o processo de licitação, a não ser que cause prejuízo irreparável às partes.

Ao titular do direito subjetivo de ação, portanto, é defeso a prática censurável de pinçar ao seu alvedrio palavras soltas, baseado em meras conjecturas, desconectadas com a realidade fática, alinhando-as de forma intencional na vã tentativa de atribuir ao terceiro comportamento antijurídico. Assim, a linguagem, em si, não impregna a força da objetividade da ilicitude, porque os termos devem expressar de maneira contundente os relevantes aspectos de forma e de fundo.

A narração fática não comporta, pela sua própria natureza de compromisso com a verdade, a manipulação do discurso linguístico. Mesmo que se admitisse, em qualquer caso material, a representação subjetiva do elemento fático vinculado a modelo abstrato do presumido delito, nele há necessidade de identificação com um ilícito. Com efeito, quem age consciente da juridicidade de sua conduta, atuando alinhado ao exercício de

prerrogativa de cidadão probo, não faz o tipo da culpabilidade, porque aqui não convergem vontade e consciência de antijuridicidade.

Por conseguinte, o procedimento adotado pelo requerente, utilizando-se seus dotes esotéricos, revela-se insubsistente ao fim colimado. Ademais, embora exercitando o seu imaginário, em momento algum conseguiu demonstrar onde e quando o requerido afrontou os princípios da administração pública, na forma alegada na petição inicial. A argumentação não logrou determinar os fatos que pudessem implicar improbidade.

Como se observa, qualquer ação instruída unilateralmente, afora a expressão quantitativa que exterioriza seu conteúdo meramente protocolar, não passa de um procedimento inconsistente, desprovido de conteúdo substantivo, porquanto nada apurou. Até porque esse meio sumário é abominável, a desafiar a ampla defesa e o devido processo legal. Daí com razão, o STF tem repellido tais investidas pela falta de consistência jurídica.

Daí, a severa advertência de Sérgio Monteiro Medeiros⁶²:

É que a ação de improbidade administrativa é ação grave, eventualmente estrepitosa e marcante na vida de uma pessoa, assemelhando-se, sob esse prisma, à ação penal, pelo que deve ser manejada com desassombro, sobre modo no que se refere aos membros do Ministério Público [...].

Outro não é o entendimento de Mauro Roberto Gomes de Mattos⁶³, no que toca a sua tipificação:

⁶²MEDEIROS, Sérgio Monteiro. **Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003. p. 101.

⁶³Ibidem, p. 445-577.

A tipificação do ato de improbidade administrativa não pode ser dissociada da natureza da infração e de sua gravidade. Assim a frustração de certame público deve estar interligada à desonestidade, à ilegalidade ou à deslealdade do administrador (agente público), sob pena de desnaturação do ato de improbidade administrativa. Manter em trâmite perante o Poder Judiciário uma insubsistente ação viola os princípios da segurança jurídica e dignidade humana, em decorrência de que o referido Poder somente deverá ser acionado para apurar e decidir questões de relevante interesse público ou privado sendo que, ao se permitir a tramitação de uma ação temerária e incerta acarreta-se um desserviço à sociedade.

Pelo mesmo caminho trilha a copiosa jurisprudência dos Tribunais, como se depreende das decisões abaixo:

Processo civil. Ação de improbidade administrativa. Arts. 17, §§ 6º e 8º da Lei nº 8.249/92. Rejeição. I. A ação deve ser instruída com documentos ou justificção que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da improbidade de apresentação de qualquer dessas provas. II. O magistrado poderá, por decisão fundamentada, rejeitar a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. III. Apelação conhecida e improvida⁶⁴.

Administrativo. Improbidade administrativa. Indícios. 1. A ação de improbidade administrativa exige prova certa, determinada e concreta dos atos ilícitos, para

⁶⁴BRASIL. Tribunal de Justiça, Distrito Federal. Quarta Turma Cível. Apelação Cível TJ-DF-20030110946577/DF. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e Guilhermina Silva Barros. Relatora: Desembargadora Vera Andrughi. 11 de abril de 2005. p. 112. DJ, [S.l.], p. 1, 21 jun 2005.

ensejar condenação. Não se contenta com simples indícios, nem com a verdade formal. 2. Acórdão que reconheceu existir, apenas, indícios da prática de improbidade administrativa. Improcedência do pedido que se impõe. 3. Não cabe imposição de ônus de sucumbência ao Ministério Público, em ação de improbidade administrativa cujo pedido foi improcedente, salvo comprovada má-fé. 4. Recursos improvidos⁶⁵.

⁶⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial: REsp. nº 976555/RS 2007/0188791-0. Jairo Renato de Mattos Severo. Relator: Ministro José Delgado. DJ, [S.l.], p.1, 5 maio 2008.

C A P Í T U L O I I I

ADVOGADOS PÚBLICOS E A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

Sumário

- 3.1 Preliminares
- 3.2 Perfil constitucional e infraconstitucional
- 3.3 Parecer acerca de minutas de editais como ato enunciativo
 - 3.3.1 *Minutas de atos preparatórios do processo de licitação*
- 3.4 Considerações em torno da definição do parecer administrativo
 - 3.4.1 *Conceito de parecer administrativo*
 - 3.4.2 *Caracterização do parecer sobre o aspecto formal*
- 3.5 Órgão de assessoramento jurídico e esfera de autonomia do procurador
- 3.6 Caráter não vinculativo e impossibilidade de desconstituição de ato enunciativo
 - 3.6.1 *Caráter não vinculativo*
 - 3.6.2 *Impossibilidade de desconstituição*
- 3.7 Responsabilidade solidária
 - 3.7.1 *Noção de responsabilidade*
 - 3.7.2 *Solidariedade não é presuntiva*
- 3.8 Ilação com o sistema adotado pelo código civil
 - 3.8.1 *Exercício regular de um direito reconhecido*
 - 3.8.2 *A interpretação não constitui crime de hermenêutica*
- 3.9 Inexequibilidade da pretensão do Tribunal de Contas da União
- 3.10 Conclusões

3.1 Preliminares

Discute-se no plano legislativo, doutrinário e judicial sobre a plausibilidade ou não de imputar-se ao advogado público responsabilidade solidária em sede de procedimento licitatório, especialmente aos exercentes de cargo de procurador estatal. Trata-se de matéria atual, de palpitante interesse no seio da comunidade jurídica, tendo em vista a repercussão que vem alcançando, após manifestação do Tribunal de Contas da União, no sentido dessa responsabilização, a partir de regra inscrita nas normas gerais de licitação.

O debate travado não é destituído de certo fundamento, tanto mais porque toca de perto aos que se vinculam ao desfecho da controvérsia. Dele depende, sem dúvida, a solução que se busca colher a respeito da indagação sobre se é crível ou não essa imputação pelo fato de formular parecer objetivando instrumentalizar o procedimento questionado.

Sugere este estudo análise prévia da concepção do ato administrativo, no que tange a produção de efeitos jurídicos. Nesse ponto, há de se distinguir entre atos normativos e atos enunciativos, sem o que se torna tarefa ingente, já que esses últimos abrigariam os pareceres e relatórios. Assim, a verificação é no sentido de examinar se tais instrumentos podem abrigar conteúdos que expressem a vontade do Estado.

Propõe, ademais, estabelecer os contornos dos vocábulos responsabilidade e solidariedade e se os mesmos se prestam a preencher o figurino legal em termos do conceito ali posto. Isso é o que justifica o esforço empreendido na expectativa de oferecer uma contribuição ao equacionamento da problemática suscitada.

Outro aspecto diz respeito à necessidade de se proceder a interpretação do comando que dispõe sobre

a matéria, com vistas a afastar ou não o caráter de pessoalidade que se quer atribuir à iniciativa por ele determinada. Tais elementos, devidamente sistematizados, servirão por certo para oferecer subsídios indispensáveis à indagação aqui formulada, o que constitui o objetivo do presente trabalho.

3.2 Perfil constitucional e infraconstitucional

No capítulo em que estatui as regras sobre a administração pública, a Constituição Federal remete à lei a necessidade de regulamentar seu art. 37, inciso XXI, no que toca à instituição de normas para licitação e contratos administrativos, assim dispondo:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, internas da lei, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia de cumprimento das obrigações⁶⁶.

Dando cumprimento ao texto constitucional, antes reproduzido, foi editada a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que estabeleceu normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do seu art. 1º.

⁶⁶Constituição Federal, Art. 37, XXI.

A regra anterior fazia menção, apenas, à Administração Federal, deixando a critério dos outros entes federativos a iniciativa de disciplinamento do assunto, nestes termos:

As minutas dos editais de licitação, bem como dos contratos, acordos, convênios ou ajustes, devem ser previamente examinados pelo órgão competente da Advocacia Consultiva da União⁶⁷.

Hoje, entretanto, alargou-se esse controle passando a dispor de modo geral e assim englobando todas as pessoas políticas, como se vê:

As minutas dos editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios e ajustes devem ser previamente examinados e aprovados por assessoria jurídica da Administração⁶⁸.

Ainda nessa mesma linha, a lei sobre licitações dispõe:

O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

(I - V) omissis

VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre licitação, dispensa ou inexigibilidade⁶⁹.

⁶⁷Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, Art. 11, V, “a”.

⁶⁸Lei n.º 8.666/93, Art. 38, Parágrafo único.

⁶⁹Lei n.º 8.666/93, Art. 38, VI.

3.3 Parecer acerca de minutas de editais como ato enunciativo

3.3.1 Minutas de atos preparatórios do processo de licitação

Parecer é a manifestação de servidor público acerca de questão relevante que necessite de melhor esclarecimento. Ora, no caso vertente, a consulta versa a respeito de matéria a ser expressa em uma singela minuta, ou seja, a primeira redação, portanto, não definitiva de um texto. Vale dizer que se trata tão somente de um rascunho, a partir do qual poderá ganhar forma de documento definitivo, uma vez chancelado pela autoridade detentora de competência administrativa para essa finalidade.

Para De Plácido e Silva⁷⁰

minuta significa, portanto, o rascunho ou os apontamentos tomados para que, por eles, uma vez aprovados pelas partes, se lavre a escritura ou o contrato.

Nesta acepção, pois, a minuta é ato preliminar à feitura da escritura ou do contrato, que se fará, a seguir, declarada no rascunho ou nos apontamentos que a concretizam.

E significa, tecnicamente, o que escreve ou o que se esboça, para servir de base à escritura ou para ser copiado na materialização do ato jurídico, que se vai praticar.

Nesse diapasão, a minuta tem o mesmo sentido de atos preparatórios do procedimento de licitação e, portanto, não se constitui documento pronto e acabado,

⁷⁰SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

mas esboço preliminar, provisório e justo, por isso ser desprovido de caráter de definitividade, assim ajuda a formação do ato que somente ao administrador se reserva o direito de praticá-lo. Este sim, natural porta voz do pronunciamento do Estado visto veicular e difundir sua vontade cujos efeitos têm repercussão no mundo jurídico.

Se os advogados públicos examinam previamente minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios ou ajustes, exercem atribuição adstrita exclusivamente a sua esfera de autonomia funcional. De maneira que a aprovação de tais minutas não se confunde com o ato formal de decisão acolhedor dos referidos instrumentos. Este, sim, de responsabilidade imediata da Administração, a quem se faz intérprete da vontade do Estado.

Sendo certo que o parecer tem sua inserção na categoria dos atos enunciativos, não menos verdade é que estes não são substitutivos daqueles, cuja função de disciplina normativa lhe cabe. Ademais, essa iniciativa se circunscreve ao âmbito da análise objetiva de uma simples minuta de texto, dependente de formalização caso reste aprovado por quem decida a respeito do processo licitatório.

Veja-se nesse sentido o posicionamento de Hely Lopes Meirelles⁷¹:

Atos administrativos enunciativos são todos aqueles em que a Administração se limita a cientificar ou a atestar um fato, ou emitir uma opinião sobre determinado assunto, sem se vincular ao seu enunciado. Dentre os atos mais comuns desta espécie merecem menção as certidões, os atestados e os pareceres administrativos.

⁷¹MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 192.

O parecer, de certa forma, contribui para o esclarecimento a propósito do processo de licitação. Isto porque, além de integrar uma das fases que conforma a sua estrutura orgânica, atende ao formalismo derivado de sua natureza complexa. Não cuida, pois, de uma declaração de vontade do Estado e, como tal, encerra apenas um *enunciado* fruto do pensamento ou do juízo de conhecimento concebido em razão do entendimento do parecerista, daí sua classificação como ato enunciativo.

3.4 Considerações em torno da definição do parecer administrativo

3.4.1 Conceito de parecer administrativo

O parecer, segundo Meirelles⁷², para vincular-se à Administração ou aos particulares, relativamente a sua motivação ou conclusão, há de ser aprovado por ato subsequente. Nessa hipótese, o ato de aprovar, como resultado de acolhimento da autoridade competente, é que caracteriza o ato administrativo, na sua feição normativa, negocial ou punitiva, de acordo com o conteúdo em que esteja vazado.

Nele não há de se perscrutar força dispositiva, valendo-se como repositório da argumentação deduzida, visando a fixar os contornos basilares de um direito. Como veículo expositivo “quer significar tudo que expõe, narra ou relata, sem que contenha qualquer força dispositiva ou determinativa”⁷³. Não tem de *per si* o condão de impor-se perante a administração, posto traduzir razões explicativas a respeito de determinado ato ou fato

⁷²Ibidem.

⁷³Ibidem, p. 193.

exteriorizado pela manifestação individual do procurador emitente.

Traduz conceito expendido ao derredor de determinado assunto, sobre configurar a opinião emitida por um especialista, de modo fundamentado, *in casu*, advogado público. Tanto que tangencia matéria de substância legal analisada à luz do conjunto de elementos que dá consistência a licitação realizada por entidade pública. De maneira que objetiva fornecer subsídios ao processo decisório, orientando o administrador quanto às questões relevantes instrumentalizadoras do procedimento de compras e alienações e contratos administrativos.

Não seria demais salientar, dentro da linha de raciocínio desenvolvida, que do parecer não emanam efeitos jurídicos, porquanto a vontade da administração pública se expressa por meio de atos administrativos. Desse modo, não tem o condão de ordenar a atividade pública nem de estabelecer vínculo negocial com os particulares. Insere-se, pois, no contexto do processo administrativo, em razão de exigência legal, com o objetivo de atestar sua regularidade.

3.4.2 Caracterização do parecer sobre o aspecto formal

Parecer reconstitui a ideia que serve para enunciar, isto é, veicular por escrito exposição sumária de um determinado conteúdo a ser desvendado à luz da análise procedida. Nessa tarefa, o advogado público se resguarda pela imunidade material emanada do texto constitucional. Não é do feito dessa atividade a ordenança de recursos públicos, porquanto os gastos são autorizados por quem administra.

Há impropriedade no termo parecer vinculado, mesmo se acolhida a ideia de sua obrigatoriedade fornecida

em certos procedimentos como manda a lei. É que esse caráter obrigatório diz tão somente respeito à necessidade de sua emissão pelo órgão consultivo, unicamente com penalidade de esclarecimento de natureza complementar. A exigência legal não lhe empresta efeito vinculante, tanto mais porque pode ser, como se disse, acatado ou rejeitado pela Administração.

O parecer, pela sua própria natureza, não tem o condão de instaurar uma relação de caráter obrigacional, tampouco condicionar a Administração na edição de atos administrativos. Tanto que pode ser dispensado se não oferecido no prazo fixado, sem qualquer obstáculo ao andamento do processo. É o que a respeito dispõe a lei reguladora do processo no âmbito da administração pública federal⁷⁴.

Fosse o parecer vinculativo, como pretende certa doutrina, esgotaria o ato administrativo por se sobrepor a este; neutralizando, dessa forma, a ação do gestor público, ou mesmo, lhe substituindo. Seria admitir que todas as etapas percorridas pelo processo licitatório não seriam válidas, por inúteis, diante da manifestação eloquente de assessor jurídico no pressuposto de que o poder decisório, nesse passo, estaria sendo transferido para sua esfera de competência.

Não há "parecer vinculante", muito menos obrigatório, tanto que a lei o dispensa, em determinadas situações, sem prejuízo do andamento do processo administrativo, conforme Rodolfo de Camargo Mancuso⁷⁵:

⁷⁴LEI n.º 9.784 de 29 de janeiro de 1999, Art. 42, 2º.

⁷⁵MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Advocacia do setor público**: riscos e obstáculos no limiar do novo milênio. São Paulo: OAB, 2002. Disponível em: <<http://www2.oabsp.org.br>>. Acesso em: 22 jan. 2013. p. 1.

Mesmo que por vezes se diga (impropriamente) que o parecer é obrigatório, é preciso sentir esse qualificativo com um grão de sal, explicando Maria Silvia Zanella Di Pietro que ele assim se considera quando a lei o exige como pressuposto para a prática do ato final. A obrigatoriedade diz respeito à solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). Por exemplo, uma lei que exija parecer jurídico sobre todos os recursos encaminhados ao chefe do Executivo; embora haja obrigatoriedade de ser emitido o parecer sob pena de ilegalidade do ato final, ele não perde o seu caráter opinativo. Mas a autoridade que não o acolher deverá motivar a sua decisão.

As expressões "direção" e "assessoramento" giram em torno de conceitos distintos no domínio das atividades da Administração Pública. Dirigir encerra poder decisório, envolvendo planejamento, controle, coordenação e delegação de competência, princípios imanentes ao poder de mando. Assessorar constitui apenas iniciativa de centro auxiliar, acessório de procedimento administrativo.

Recorrendo ao Dicionário Aurélio⁷⁶ pode-se estabelecer a noção conceitual dos termos em debate: "direção" figura o ato de dirigir, exercendo autoridade. Governo, comando, administração, superintendência. Dirigir significa, pois, dar direção a; administrar; gerir; governar. Já "assessoramento" é designativo de órgão, ou conjunto de pessoas que assessoram um chefe, atuando em linha auxiliar, de cunho técnico, graças a conhecimentos especializados em dado assunto.

⁷⁶DIREÇÃO; ASSESSORAMENTO. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão 7.0**. 5. ed. do Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Curitiba: Gráfica Posigraf S.A., 2010.1 CD-ROM. p. 1.

3.5 Órgão de assessoramento jurídico e esfera de autonomia do procurador

Há nítida confusão entre órgãos, sob a perspectiva das funções exercidas, o que possivelmente tem levado a uma compreensão distorcida de sua finalidade. Obviamente, os órgãos de assessoramento jurídico, de que fala a lei de licitação, são aqueles de consultoria e, portanto, meros coadjuvantes dos denominados órgãos ativos, nos termos da definição proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁷, que assim os descreve:

Consultivos, que são os de aconselhamento e elucidação (pareceres) para que sejam tomadas as pendências pertinentes pelos órgãos ativos. Ativos, que são os que expressam decisões estatais para o cumprimento dos fins da pessoa jurídica.

Tais pareceres, quanto ao conteúdo, são de mérito, se lhes compete apreciar a conveniência e oportunidade da medida a ser tomada, ou de legalidade, se devem examiná-los sob o ponto de vista da conformidade ao Direto.

Não revestindo a qualidade de administrador ao advogado público não se pode imputar determinada conduta, inexigível em face da sua posição no contexto diretivo em que atua. O ato enunciativo em forma de parecer reflete apenas sua forma de pensar, de opinar no sentido de contribuir para o aperfeiçoamento do processo de decisão. Este, sim, configura atributo dos exercentes de funções de mando, no âmbito de chefias e direção.

Salvo ato vinculado, direta ou indiretamente, com conduta tida como ímproba ou que revele *animus* de

⁷⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 123.

lesar o erário, o advogado público, no pleno exercício de suas atribuições, não é alcançado pela responsabilidade solidária. Isto porque a autonomia funcional deve ser preservada, em consonância com o ordenamento constitucional de que o advogado é inviolável pelos atos, inclusive, como corolário da sua imunidade profissional.

Carlos Mário da Silva Veloso citado por Marçal Justen Filho⁷⁸, em sede de mandado de segurança impetrado no Supremo Tribunal Federal, relatou decisão sintetizada pela ementa, a saber:

Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta sem licitação, mediante interpretação da lei de licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa... O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo.

3.6 Caráter não vinculativo e impossibilidade de desconstituição de ato enunciativo

3.6.1 Caráter não vinculativo

O parecerista não se vincula aos fatos determinantes do procedimento licitatório, pois seus protagonistas

⁷⁸JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 373.

são os que, dando-lhes conteúdo e existência concreta, concorreram para a unificação das etapas necessárias a sua conformação fático-jurídica. Assim, a opinião dele emanada é, por excelência, uma visão pelo ângulo da formalidade, no sentido de verificar sua adequação às regras que totalizam ou orientam sua feitura e realização, com vistas ao contexto da legalidade, preconizado pela legislação de regência.

Definir algo pleno é tarefa das mais complexas, exigindo incursões diretas ou mesmo participação ativa em todos os degraus de sua formulação pragmática. O parecer reproduz um aspecto da realidade fundada na subjetividade, na interpretação do real por um sujeito fora do foco que retrata os elementos constitutivos do processo como um todo. É uma visão panorâmica, sem aprofundamento da intencionalidade do administrador quanto a oportunidade de contratar e se esta atende aos interesses do momento.

O aspecto intrínseco, a valoração do conteúdo embutido em sua estrutura orgânica e as falsetas que nele podem estar contidas não são de fácil mensuração no plano da objetividade jurídica. Não é sem razão que essa perspectiva de conjunto deve nortear qualquer esforço hermenêutico, em razão de sua natureza dialética, como toque de fundo de sua fundamentação. Daí, o termo opinião exprimir um “compromisso frágil e sujeito a revisão, tendo na ausência da garantia de validade uma de suas características”⁷⁹.

Não é divergente do pensamento professado pelos antigos, acerca dessa questão, conservando o mesmo sentido ao longo do tempo. Vale notar que essa temática

⁷⁹OPINIÃO. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 730.

esteve sempre nas cogitações da filosofia grega, tendo como ponto de convergência a persecução da verdade (episteme) sem se importar com a opinião (doxa). Assim se comportava pela percepção de que somente o todo seria capaz de oferecer um panorama consentâneo com a realidade buscada.

Opinar revela apenas uma faceta de concepção da realidade, sem ser e nem pretender alcance de universalidade, na linha de raciocínio de Hegel:

Uma opinião é uma representação subjetiva, um pensamento casual, uma imaginação que crio desta ou daquela maneira e que outro pode criar diferente; a opinião é um pensamento meu, não pensamento em si universal, que seja em si e por si⁸⁰.

O raio de ação do "ato administrativo enunciativo" contempla apenas a "realidade jurídica", uma das vertentes da "realidade totalizante". Essa representação subjetiva é que quebra o rigor exegético capaz de atuar em desfavor do parecerista que o emitiu, diante da assertiva de que não há uma única forma de interpretar o direito. Eis que aqui se retrata uma visão normativa sobre o procedimento licitatório, como resultado consequente de um empreendimento intelectual levado a efeito no campo da hermenêutica.

Mesmo diante da inexistência de previsão legal, não há como negar que o despacho exarado no corpo de um parecer de órgãos consultivos pode dele discordar. Essa oposição impõe contrariedade estribada no dever de fundamentar, ainda que o parecer seja obrigatório. Não exige, portanto,

⁸⁰Ibidem, p. 730.

a crítica das soluções propostas, mas apenas e só a enunciação das razões que determinaram o agente a atuar daquela maneira e não de outra⁸¹.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, o parecer de caráter obrigatório

consiste em opinião emitida, com solicitação de órgão ativo ou de controle, em virtude de preceito normativo que prescreve sua solicitação, como preliminar à emanação do ato que lhe é próprio. Constituem a consulta e o parecer fases necessárias do procedimento administrativo⁸².

Por conseguinte, o parecer, por retratar declaração destituída de efeito jurídico, determinante da sua estrutura opinativa, encerra conteúdo enunciativo. Serve, pois, para expor, exprimir “manifestação opinativa de um órgão consultivo expendendo sua apreciação técnica sobre o que lhe é submetido”⁸³.

3.6.2 Impossibilidade de desconstituição

Nessa linha, pode-se falar em "ato administrativo" de substância decisória (declaração de vontade do Estado) e em "ato administrativo" *enunciativo* não decisório (parecer, relatório e outros que não produzem efeitos jurídicos). O primeiro suscetível de ser desconstituído em sede jurisdicional e o segundo não. A distinção é

⁸¹GOMES, José Oswaldo. **Fundamentação do ato administrativo**. 2. ed. Lisboa: Coimbra, 1981. p. 98.

⁸²MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v.1. p. 513.

⁸³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 391.

importante para a compreensão do assunto e torna-se funcional em razão das consequências práticas decorrentes dos efeitos produzidos, porque somente a um deles pode se imputar a condição capaz de afetar relações importantes para o direito.

O ato administrativo no plano funcional diz respeito a direitos substanciais, enquanto legitimado pela sua natureza constitutiva, fadada, portanto, a criar, modificar ou extinguir situações jurídicas subjetivas. Nessa linha, a manifestação expressa em parecer, mesmo advindo de órgãos administrativos, não é

por si mesma criadora ou modificadora de situações jurídicas, isto é, careça de efeitos imperativos ou decisórios. Assim, não pode o parecer ser erigido a condição de atos impugnáveis⁸⁴.

O parecer, portanto, configura uma formalidade prévia, no caso da licitação, como consequência da atividade do órgão consultivo, que não detém o poder decisório,

*sino que se limitan a dictaminar, aconsejar, asesorar, etc., formulando una declaración de juicio u opinión que forma parte del procedimiento administrativo en marcha*⁸⁵.

Decorrente disso, os chamados atos de administração “*no producen efectos jurídicos inmediatos y directos; por ende, no son actos administrativos en sentido estricto*”⁸⁶.

⁸⁴GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 469.

⁸⁵Ibidem, p. 235.

⁸⁶DROMI, José Roberto. **El Acto Administrativo**. Madrid: Histitato de Estudios de Administración Local, 1985. p. 292.

Entretanto, o parecer constitui um ato reflexo, veicula tão somente juízos técnico-jurídicos capazes de contribuir para o aperfeiçoamento do processo decisório. Em consequência disso, segundo José Roberto Dromi⁸⁷:

No obliga, en principio, al órgano ejecutivo, ni extingue o modifica una relación de desecho con efecto respecto de terceros, sino que se trata de una declaración interna, de juicio opinión que forma parte del procedimiento administrativo en marcha.

Os atos enunciativos, como simples atos de administração, são destituídos de eficácia. Por esse motivo não se mantêm constantes, de modo a preservar a estabilidade de que usufruem os atos *stricto sensu* e, por isso, não podem ser impugnados na esfera jurisdicional. Dotados de contornos próprios, integram-se como forma de expressão aos órgãos de assessoramento, na qualidade de ato auxiliar, portanto, de instrumento de comunicação que pode ser inacolhido, se o administrador dele divergir; indispensável, nessa hipótese, é declinar sua discordância de modo fundamentado.

Louvando-se da conjugação do critério formal com o da eficácia, proposto por Hely Lopes Meirelles, Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁸⁸ adota a classificação dos pareceres como atos enunciativos, asseverando que

não veiculam qualquer manifestação da vontade original da Administração, contendo, apenas, declaração de atos, fatos ou opiniões, constantes de registros, processos, e arquivos públicos, sendo sempre, por isso, vinculados quanto ao motivo e ao objeto.

⁸⁷Ibidem, p. 225.

⁸⁸MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 154.

3.7 Responsabilidade solidária

3.7.1 Noção de responsabilidade

Sob a perspectiva da estática jurídica, Hans Kelsen⁸⁹ toma a expressão responsabilidade como vinculada ao dever legal, cuja inobservância autoriza uma reação gerativa de sanção desse comportamento atentatório à prescrição normativa. Decorre disso seu comando sancionatório:

Um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta quando uma oposta conduta sua é tornada pressuposto de um acto coercitivo (como sanção)⁹⁰.

Consoante interpretação de Pablo Larranaga, responsabilidade jurídica, na visão de Hans Kelsen⁹¹, refere-se à situação normativa em virtude da qual um sujeito pode ser sancionado. Sua definição de responsabilidade alude às condições normativas para imputar uma sanção em decorrência de uma conduta ilícita: ser responsável equivale a ser sancionado.

O termo, como se vê, contempla a área administrativa e funcional, esta em razão do desempenho das funções e aquela derivada da delegação, fundada na delegação ou mandato. Assim, a responsabilidade, na ótica de De Plácido e Silva⁹², é formada do vocábulo responsável, “de responder, do latim *respondere*, formado na significação de responsabilizar-se, vir garantido, assegurar”, assumir o ato praticado.

⁸⁹KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1976.

⁹⁰Ibidem, p. 177.

⁹¹Ibidem.

⁹²SILVA. op. cit., p. 124.

3.7.2 *Solidariedade não é presuntiva*

Não é da natureza da solidariedade a presunção, porquanto, no plano da objetividade jurídica, há de nascer das entranhas da lei ou do contrato. E a regra que aqui se analisa não estabelece qualquer provimento sancionatório em face do parecer que encarece o órgão de assessoramento jurídico para instrumentalizar o processo licitatório. A simples emissão de parecer por si só não enseja, na espécie, responsabilidade solidária tal como concebida por regra de direito privado.

É matéria que se espria ao largo do direito obrigacional, como anota Orlando Gomes⁹³:

Levando em conta o fim para que se constitui a solidariedade a lei declara que não se presume. Para que uma obrigação seja solidária, é preciso que as partes, ou a lei, assim a definam, de modo expreso.

No mesmo sentido Carvalho Santos⁹⁴:

Não há solidariedade, por conseguinte, sem texto de lei que a estabeleça, por motivo sério e de equidade, ou sem vontade claramente manifesta pelas partes.

Somente é plausível a responsabilidade solidária no direito civil se haurida de uma fonte expressa, seja legal, convencional ou derivada do negócio jurídico. Isso afasta a manifestação tácita, a qual não atua no sentido de fazer cessar a questão preservativa, de

⁹³GOMES, Orlando. **Obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 75.

⁹⁴SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil brasileiro anotado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979. v. 11. p. 179.

modo que regras ou cláusulas explícitas são imprescindíveis à consecução daquele desiderato.

Por qualquer que seja o ângulo examinado, não há possibilidade de se imputar, objetivamente, ao advogado público tal responsabilidade, especialmente pela forma solidária. Primeiro porque não há previsão legal no sentido sancionatório que pretende o Tribunal de Contas da União. Segundo, em face de que o ato por ele praticado não reproduz a vontade do Estado. Por último, porque o parecer configura apenas um ato enunciativo e, como tal, não tem valor de ato administrativo.

3.8 Ilação com o sistema adotado pelo código civil

3.8.1 Exercício regular de um direito reconhecido

Se a atenção dirige-se ao plano de atuação, na espécie, deve ser da responsabilidade solidária do prolator do parecer, então faz-se urgente estabelecer uma ilação com o sistema adotado pelo Código Civil Brasileiro no que tange à questão da absoluta legitimidade de sua posição quando praticar ato “no exercício regular de um direito reconhecido”⁹⁵. Sem dúvida tal postura serve para determinar a não compatibilidade entre este e aquela, tendo presente que o que a lei pretende coibir é o exercício imoderado do direito.

Nesse ponto, o advogado público realiza um direito timbrado pelo seu caráter de regularidade, pois em consonância com suas atribuições funcionais, exercitando-o dentro dos justos limites de normalidade institucional. Ora, para determinar qualquer comportamento abusivo, há necessidade de se pesquisar de

⁹⁵CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, Art. 188, I.

modo objetivo a intenção, cercando-se dos elementos imprescindíveis à consecução desse desiderato.

No caso vertente, o que se sustenta é a legitimidade do direito exercitado pelo procurador na esfera de sua competência, o que retira a possibilidade de qualquer responsabilização, como ensina João Manoel de Carvalho Santos⁹⁶:

O interesse legítimo é sempre excludente de qualquer responsabilidade. De sorte que deve ser permitido a quem exerce um direito provar que teve interesse legítimo em proceder pela forma que procedem. E se isso conseguir provar desaparece qualquer idéia de abuso do exercício de direito ainda que a pessoa que o exerceu tivesse a consciência de que ia prejudicar os interesses de outrem.

Na hipótese do parecer inexistir procedimento contra direito, por constituir apenas a visão resultante do esforço decorrente do conhecimento técnico desenvolvido pelo seu signatário. Estar-se-ia, ao prevalecer essa tese, diante de uma situação esdrúxula, conforme adverte Jorge Giorgio⁹⁷:

En verdad, no hay derecho contra derecho; y es absurdo que el ejercicio del derecho propio pueda conducir a la violación del derecho ajeno, no pudiendo proteger la ley contemporáneamente el interés del perjudicado y el contrario del que causa el perjuicio.

A ideia da imputabilidade tem sua origem na teoria geral do ato ilícito, encontrando ressonância na fronteira

⁹⁶SANTOS, 1979, p. 356-357.

⁹⁷GIORGIO, Jorge. **Teoría de las Obligaciones**. Madrid: Réus, 1929. v. 5. p. 264.

do abuso de direito. Com efeito, a regra codificada, nos termos em que estatui, assegura que o ato praticado pelo advogado público, assim revelado no conteúdo do parecer, ganha relevo pela sua licitude, embora possa variar de forma e duração. Isto porque, consoante Carvalho Santos, “esse conteúdo não é idêntico em todos os direitos, nem quantitativa nem qualitativamente”⁹⁸.

Verifica-se, pois, que o exame da questão perpassa pelo fio condutor da subjetividade jurídica, o que de logo afasta o critério finalístico. Implica dizer que o CC não agasalha a tese do objetivismo. Afinal, assevera Carlos Pinto Coelho Motta⁹⁹ que:

Não cabe ao intérprete julgar a motivação do parecer, tarefa extremamente subjetiva, mas apenas verificar a ocorrência de imprudência, imperícia ou negligência.

Somente assim, cumpre assinalar, estariam satisfeitos os princípios da ampla defesa e, sobretudo, do contraditório, amparados pelo direito positivo. É que a responsabilidade do parecerista depende da infringência das regras prescritas em diversos dispositivos, valendo realçar dentre eles: arts. 133 e 5º LIII da Constituição Federal, os arts. do Código de Processo Civil e o 32 da Lei n.º 8.906/94.

Havendo coerência técnica, conjugada com outros elementos substantivos que emprestem consistência ao articulado, a manifestação inserta no parecer,

⁹⁸SANTOS, 1979, p. 340.

⁹⁹MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos:** estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão, parcerias público-privadas. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 324-336.

ainda que seja no futuro contestada, não poderá ser censurada, tanto pelos controles internos da Administração, como pelo controle externo administrativo via Tribunal de Contas, ou ainda, pelo controle judicial¹⁰⁰.

3.8.2 A interpretação não constitui crime de hermenêutica

Não se concebe, mesmo com certa cautela, que, a partir de expressão textual de um parecer, possa-se criar o delito da hermenêutica com forte apelo na questão da subjetividade. Com efeito, o campo interpretativo é um campo aberto, é um espaço de liberdade de expressão, deitando raízes no plano normativo, que não deve ser restringido à luz de critérios de responsabilização.

Carlos Pinto Coelho Motta¹⁰¹ perfilha esse entendimento:

Nestas circunstâncias, no que tange à não-responsabilização do advogado, a avaliação do parecer não poderia ater-se a aspectos de cunho nitidamente subjetivo, como o de motivação da tese ou seu mérito intrínseco. Essa avaliação será feita estritamente sob o aspecto da ocorrência de culpa ou dolo.

No sistema brasileiro, as práticas consideradas abusivas são passíveis de responsabilização, mas isso não constitui fator inibitivo da livre manifestação do pensamento em qualquer instância; de modo que a análise que se empreende a respeito de fatos ou instrumentos de comunicação administrativa há de sempre

¹⁰⁰CITADINI, Antonio Roque. **Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas**. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 236.

¹⁰¹MOTTA, op. cit., p. 336.

resguardar a eficácia do preceito constitucional relativo à sua condição de indispensabilidade à administração da justiça, bem como inviolabilidade dos seus atos e manifestações no exercício profissional¹⁰².

Nem se reserva ao advogado público o monopólio da interpretação jurídica, embora, para tanto, esteja qualificado, em razão do seu conhecimento técnico. Isto é o que lhe basta, porque, conforme Sérgio Sérulo da Cunha, “intérprete não é o designado pela norma, segundo a utilidade de sua interpretação: a autoridade do intérprete decorre de seu saber”¹⁰³.

É unânime no plano doutrinário que o advogado público aproveita a garantia de livre opinar, como de sua independência funcional. Não pode, por isso mesmo, alimentar a expectativa ou ter fundado receio de contrariar interesses obscuros, às vezes, professados por administradores corruptos. Daí a necessidade de fortalecer os laços de liberdade que devem balizar sua missão de se conduzir dentro de parâmetros que consultem o interesse público e não o da corporação governamental, quando a ela se contraponha.

Defende-se a tese que aos procuradores públicos, em termos de suas relevantes atribuições, devem ser deferidas algumas das prerrogativas inerentes às do Ministério Público, a fim de que melhor possam se desincumbir do seu mister. Não podem, em certas situações, ficar atrelados a um esquema administrativo que comprometa o serviço público, em razão, principalmente, da inobservância dos postulados da moralidade, da impessoalidade e da legalidade.

¹⁰²CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 133.

¹⁰³CUNHA. Sérgio Sérulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 273.

A regra de direito público mediante edição de parecer jurídico, que exige o exame prévio dos editais, ainda minutados, é regra de controle das licitações. Sua ausência, entretanto, não tem o condão de tornar inválido o procedimento. Com efeito, assim assegura a lei¹⁰⁴, mesmo nessa hipótese de omissão de seu atendimento em tempo hábil, o processo de licitação deverá ter curso normal até a conclusão, com a subsequente decisão a ser tomada pelo agente administrativo.

3.9 Inexequibilidade da pretensão do Tribunal de Contas da União

A pretensão do TCU em responsabilizar o advogado solidariamente como o administrador não tem fundamento. O instrumento de comunicação administrativa manejado pelo parecerista não para direitos, tampouco gera qualquer relação de natureza obrigacional. Daí, ser de fácil dedução que o insucesso do poder público, em determinados casos, deve ser debitado a gestões ímprobas.

Veja-se, nesse sentido, a precisa colocação de Mauro Roberto Gomes de Mattos¹⁰⁵:

A função do Consultor Jurídico ou do Procurador de determinado órgão jurídico da Administração é de,

¹⁰⁴BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n.º 9784/99, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Presidência da República**, Brasília, DF 1999. Art. 42. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 24 mar. 2013.

¹⁰⁵MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa**: o direito dos administrados dentro da Lei n.º 8.429/92. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 70-82.

quando consultado, emitir uma peça (parecer) técnico-jurídica proporcional à realidade dos fatos, respaldada por embasamento legais.

Se for a melhor orientação ou não, não está sob censura este ponto, pois compete ao advogado com vínculo público emitir um juízo de valor autêntico, lastreado em fundamentos jurídicos compatíveis com raciocínio desenvolvido, sem aberrações ou atrocidades.

Pois bem, o mérito do ato enunciativo é resultado de operação mental, que evidencia o pensamento comprometido com a adequação dos fatos ao direito. Trata-se, pois, de simples controle da legalidade dos atos administrativos praticados pelas autoridades competentes, sem intenção substitutiva. É um despropósito, em sede de interpretação, querer que o convencimento do parecerista coincida como externado pelo TCU.

A competência está, como sempre esteve, ao lado do gestor que tem, por lei, o dever de emitir decisões nos processos. Por isso que é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, nos termos da legislação de urgência¹⁰⁶. Então, cinge-se ao campo da autoridade, que é o servidor ou agente público investido do poder de decidir.

Os pressupostos, de fato e de direito, determinantes da decisão em processo administrativo de licitação constituem matéria que revoga a competência do advogado público. Seu raio se circunscreve ao âmbito de verificação, se foi observado o critério de atuação conforme a lei e o direito.

O parecer não se presta à fundamentação do ato administrativo, que ordena a despesa, conforme posição sustentável pelo Tribunal de Contas da União. Na

¹⁰⁶Idem, art. 11.

espécie, a causa ou motivação dele é a situação fático-jurídica que autoriza sua concretização. Então, não é nele que há de ser buscada, mas no fato ou no direito, como elementos fundantes da necessidade de contratar. Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁰⁷ dá contornos reais a essa assertiva:

Porém, *est modus in rebus*, há de se ter presente que o interesse ou direito controvertidos na espécie (v. g., a discussão sobre a economicidade do critério construtivo empregado na obra pública, ou o acerto/desacerto na opção por metrô subterrâneo ou de superfície) não são tópicos imputáveis ao operador do Direito que tenha oficiado nos respectivos procedimentos – até por cuidarem de matéria estranha à ciência jurídica –, mas remanescem na responsabilidade dos que deram causa substancial ao evento sindicado (deliberaram, obtiveram financiamento, contrataram, pagaram, fiscalizaram), vale dizer: a responsabilidade que surge da realização de atos materiais pelas partes (em sentido substancial), sendo que o advogado, nem em sentido figurado, pode ser equiparado à parte. Em boa lógica, não se pode confundir o ato-condição (v. g., que a comissão de licitação venha presidida por procurador) com a causa eficiente (a deliberação da autoridade em autorizar a contratação do serviço ou o produto, disponibilizando o recurso orçamentário).

E acrescenta o ilustre jurista¹⁰⁸:

Resulta claro que são impuníveis aos operadores do Direito os questionamentos concernentes à etiologia ou à substância do ato ou fato sindicado: os motivos que levaram a Administração a adquirir o bem ou contratar o serviço; a economicidade (v. g., as escolhas ou opções quanto às alternativas técnicas disponíveis, como

¹⁰⁷MANCUSO, op. cit., p. 1.

¹⁰⁸Ibidem, p. 1.

a deliberação entre construir forno incinerador de lixo ou aterro sanitário); ainda, a finalidade, isto é, o desiderato almejado pelo Administrador com a conduta implementada, inclusive o quesito... Também não concernem ao operador do Direito, enquanto interveniente técnico, possíveis questionamentos de desvio de finalidade ou de excesso de poder, que, se existentes, hão de ser opostos aos dirigentes do órgão deliberativo ou executório, isto é, a quem esteja na causa substancial do ato ou da conduta.

Decerto, o advogado público

não exerce suas funções enquanto titular de uma parcela do Poder, e sim enquanto representante técnico jurídico da Administração, seja postulando judicialmente, seja assessorando administrativamente. [A responsabilidade] está na causa substancial dos atos, condutas e programas¹⁰⁹,

e não no ato enunciativo editado pela área jurídica, por assessores, procurador, consultor ou outro qualquer advogado público.

Como bem discerniu o Ministro Carlos Veloso¹¹⁰, o fulcro da questão circunscreve ao âmbito da interpretação, nenhuma razão assiste ao TCU. De fato, a alegação é de que os pareceristas não examinaram detidamente o caso concreto, com supedâneo na doutrina e na jurisprudência, à luz da Lei de Licitação e Contratos. Trata-se, sem dúvida, de esforço interpretativo. Quem instruir acerca da conveniência ou não do ato de contratar é o administrador e tal prerrogativa foge da alçada dos pareceristas.

¹⁰⁹Ibidem, p. 1.

¹¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.073-3 DF. Relator: Min. Carlos Mário da Silva Veloso. j. 6 nov. 2002. DJ, 31 out. 2003. Ementário n.º 2130-2, TP.

Parece fora de dúvida que o advogado público na elaboração de seu parecer consultivo busca apenas a verificação dessas minutas sob o estrito ponto de vista da legalidade. Talvez o que o parecerista não seja capaz de detectar são os artifícios de espertalhões que se utilizam do sistema público de compras para lograr proveito pessoal, direcionando-o no sentido da eliminação de concorrentes, que se recusam a participar de falcatruas perpetradas contra o poder público, como agora o famoso caso das sanguessugas.

De sorte que esse instrumento de comunicação administrativa revela-se imprestável ao suprimento do processo decisório, que sempre esteve e está sob a competência do gestor público. A ele, portanto, não se vincula de modo a comprometer o conteúdo versado dentro de uma perspectiva normativa, pois não é fadado a produzir efeitos jurídicos como é inerente ao ato administrativo propriamente dito. Assim, não se enquadra no figurino de determinada relação jurídica capaz de afetar o comportamento da administração.

Nessas circunstâncias, e atendo-se a equação aqui engendrada, como pode o advogado público ser responsabilizado pelo esforço derivado da interpretação de determinado contexto normativo? Com efeito, essa análise sistemática de princípios, regras, manifestações doutrinárias e jurisprudenciais resulta do processo hermenêutico, onde o parecerista atua ao nível de seu convencimento quanto a conteúdo de assunto posto sob seu crivo.

Por outro lado, o procedimento não se resume, unicamente, ao parecer do órgão técnico de assessoramento jurídico. Deveras, para sua concretização, demanda a reunião de vários documentos, dentre eles: atos, relatórios, deliberações da Comissão Julgadora, pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade, o edital ou contratos, atos de adjudi-

cação, recursos e discussões, despacho de anulação ou de revogação. Então, todos eles examinados em conjunto é que vão permitir o julgamento e a decisão que se presume seja a mais correta, à luz do interesse público.

Todo parecer exige, nessa seara, antes de tudo, elementos fáticos que incumbe a Administração prestar a fim de permitir a análise do parecerista. São essas informações cotejadas com posições jurisprudenciais e doutrinárias, tendo a lei como referencial, que oferecem lastro para a abertura da opinião a ser expendida. Nessa linha, o ponto de vista sustentado não se vincula à Administração que, inclusive, pode, de modo justificado, desacolhê-lo, sem que isso importe menosprezo pela orientação sugerida.

Soa destoante eleger-se um documento isolado dentro de um conjunto de que faz parte, visando à concretização de ato finalístico, como instrumento de insucesso do processo de licitação. Então, o vício/defeito, ou qualquer outra fonte de irregularidade, se houver, há de ser buscado no procedimento em toda a sua integralidade, tendo em vista que este reflete ao ato de decidir. Razão porque o parecer como peça meramente informativa resulta do processo interpretativo.

3.10 Conclusões

Do exposto conclui-se que:

- a) não obstante a regra expressa no art. 38, parágrafo único, das normas gerais de licitação e contratos administrativos tenha nítido caráter de obrigatoriedade, o parecer não vincula a Administração. Na verdade, trata-se de um liame timbrado pelo seu conteúdo de *relatividade*, porquanto envolve o aspecto

- referente à motivação e, assim, pode ou não ser acolhido pela autoridade, uma vez declinadas as razões do não acatamento;
- b) ademais, o parecer não ordena a atividade nem mantém relação negocial com os particulares, revelando-se instrumental dentro do processo administrativo. Inquestionável, portanto, a sua feição preparatória, antecedente ao ato que constituirá o desfecho do procedimento a ser adotado, visando a consecução do ato substancial;
 - c) o parecer é destituído de força executória e de eficácia, enquadrando-se na categoria do chamado ato enunciativo. Por enunciar tão somente uma situação existente, não tem o condão de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas devidamente constituídas. Em razão disso, dele não se pode extrair efeitos jurídicos relevantes, em face de sua condição de mero repositório de informações, não se erigindo ao nível de ato administrativo propriamente dito;
 - d) não agindo com culpa ou dolo, torna-se imperioso afirmar que o advogado público não tem legitimidade passiva para figurar no polo negativo de relação processual. Nesse ponto, a iniciativa, mesmo do Tribunal de Contas da União, encontra óbice em sede jurisdicional pela ausência do direito de ação, diante da impossibilidade jurídica da pretensão;
 - e) não é só. A justificação engendrada na alínea anterior decorre do fato de que o ato enunciativo em que se enquadra o parecer não pode ser desconstituído em juízo. Certo é que, por não promanar o parecer de manifestação do Estado destinada a produzir efeitos jurídicos, somente pode ser atacado via administrativa.

- f) só o ato de licitar tem natureza complexa e exige para sua conformação um feixe de procedimentos desencadeados em fases diversas, tendo o parecer como pré-requisito no âmbito em que elas se desenvolvem. A possibilidade de revogá-lo, no curso dos atos praticados, antes da celebração dos contratos, bem revela que sua relevância não reside na sua condição de peça opinativa, mas na razão de decidir do administrador, que legitima a produção do ato administrativo.
- g) se a linguagem que timbra o parecer descortina o horizonte textual em torno dos elementos constitutivos do seu contorno, faz com que sua tessitura não enseje força vinculativa, mesmo diante da tentativa de atribuir-lhe cunho de obrigatoriedade. É um despropósito a inteligência que se recusa a dar esse entendimento ao desfecho do problema. A perspectiva conceitual no plano do Direito Administrativo transparece longe do sentido que se pretende conferir a esse instrumento de comunicação.
- h) colocar a questão nesses termos, é pôr obstáculo no caminho do espaço da elaboração criativa pela inibição da livre expressão do seu convencimento. É fomentar o justo receio de ser tomado pelo temor que possa dimanar de qualquer descuido em razão do ponto de vista expandido. É restringir a autonomia de voos tolhendo sua capacidade de produzir face à censura imposta ao pensamento aberto, contido por um espaço delimitado, capaz de abortar a expansão do raciocínio no campo da criatividade.



IMPrensa UNIVERSITÁRIA

IMPRESSO NA GRÁFICA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE SANTA CRUZ - ILHÉUS-BA

04

Este volume aborda três temas polêmicos que mereceram a devida apreciação sob a perspectiva da legalidade. O primeiro fere a questão da chamada verba indenizatória parlamentar que desafia o princípio da moralidade. O segundo evidencia a inadequação do foro privilegiado à ordem republicana, na medida em que prestigia os corruptos graduados do serviço público e os políticos do baixo clero. O terceiro versa sobre a improbidade administrativa manejada de forma exacerbada pelo Ministério Público. Há uma potencialização de ações em razão de fatos banais ou por meras irregularidades decorrentes de ritos formais sem consequências práticas.

ISBN 978-85-7455-329-0



9 788574 553290

