

**A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO ADVOGADO PÚBLICO PELO
FATO DO PARECER EMITIDO NA NOVA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

*THE ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY OF THE PUBLIC ATTORNEY FOR THE FACT OF THE
OPINION ISSUED IN THE NEW ADMINISTRATIVE IMPROBITY LAW*

DOI: XXXXXXX

Renato Herani

Renato Gugliano Herani. Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Coordenador Adjunto do Programa de Stricto Sensu (Doutorado e Mestrado) em Direito da FADISP (Brasil). Bolsista da Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior (Funadesp).

E-mail: renato@advgh.com.br

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8891-9684>

Grhegory Paiva Pires Moreira Maia

Doutorando e Mestre em função social do direito pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP. Professor da Escola do Poder Legislativo do Estado de Mato Grosso. Professor voluntário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado de Mato Grosso. Procurador de carreira da Assembleia Legislativa de Mato Grosso licenciado. Consultor -jurídico geral do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso. Advogado.

E-mail: grhegory.maia@al.mt.gov.br

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8891-9684>

RESUMO: A improbidade administrativa adquiriu significado e relevância, cada vez mais crescentes, entre as pautas de discussões político-jurídicas no país. Sua estreita relação com a moralidade pública e seus impactos políticos, administrativos, cíveis e penais revelam a dinamicidade e complexidade do tema abordado em legislação específica recentemente alterada. A presente pesquisa busca averiguar as alterações e impactos jurídicos da nova lei de improbidade administrativa (Lei n. 14.230/2021), sobretudo no que se refere à defesa do agente pela advocacia pública. Para o devido enfrentamento, a pesquisa bibliográfica e documental foi a metodologia amplamente utilizada, combinada com uma análise jurisprudencial pormenorizada da ADI 7.042 e ADI 7.043. Para construir uma estrutura sólida que permitisse a análise específica dos remédios constitucionais mencionados, em um primeiro momento foi criticamente abordado o conceito e relação entre probidade e moralidade administrativa. Em seguida, na segunda parte do trabalho foi especificamente analisado o funcionamento do sistema de responsabilização por atos de improbidade hoje no Brasil e, por fim, na terceira parte, foi possível elaborar conclusões sobre os reflexos e repercussões jurisprudenciais da nova lei, com destaque à defesa do agente pela Advocacia Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade administrativa. Advocacia Pública. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: Administrative impropriety acquired meaning and relevance, increasingly growing, among the agendas of political-legal discussions in the country. Its close relationship with public morality and its political, administrative, civil and criminal impacts reveal the dynamism and complexity of the topic addressed in specific legislation recently amended. The present research seeks to investigate the changes and legal impacts of the new law of administrative impropriety (Law n. 14.230/2021), especially with regard to the defense of the agent by public law. For due confrontation, bibliographical and documentary research was the widely used methodology, combined with a detailed jurisprudential analysis of ADI 7042 and ADI 7043. In order to build a solid structure that would allow the specific analysis of the aforementioned constitutional remedies, at first, the concept and relationship between probity and administrative morality was critically addressed. Then, in the second part of the work, the functioning of the system of accountability for acts of improbity today in Brazil was specifically analyzed and, finally, in the third part, it was possible to draw conclusions about the reflexes and jurisprudential repercussions of the new law, with emphasis on the defense of the agent by the Public Advocacy.

KEY-WORDS: Administrative dishonesty. Public Advocacy. Federal Court of Justice.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. PROIBIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS: O SERVIDOR ENQUANTO HOMEM PÚBLICO. 3. NOVO SISTEMA DE PROIBIDADE ADMINISTRATIVA. 4. AS REPERCUSSÕES JURISPRUDENCIAIS E REFLEXOS PRÁTICO-JURÍDICOS DA NOVA REDAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 5. ENTRE O CONHECIMENTO JURÍDICO QUALIFICADO E O DEVER DE DEFESA DO AGENTE PELO ADVOGADO PÚBLICO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A lei n. 14.230/2021 alterou de forma robusta aspectos que são formais, materiais e subjetivos da anterior legislação de improbidade administrativa (lei n. 8.429/92). Seu propósito foi aperfeiçoar e mesmo introduzir pontos essenciais, desde o referencial jurisprudencial estabelecido durante os quase trinta anos de vigência da lei até então vigente, de 1992.

Dessa forma, o sistema de responsabilização de improbidades administrativas foi alterado em pontos estratégicos, o que, no conjunto, traz uma contribuição para a maior segurança jurídica e a definição de parâmetros de julgamentos mais sólidos.

Com muito pouco tempo de vigência, a lei 8.492/92 já é alvo de questionamentos quanto a sua constitucionalidade (ADI 7.042 e 7043), especialmente em relação a um ponto, dentre as alterações introduzidas, sobre o qual recai este estudo. A referência é ao novo dever de defesa do agente público a ser promovida pela assessoria jurídica que emite o parecer prévio de legalidade (art. 17, §20, da lei n. 8.429/92).

Este estudo ocupa-se da discussão jurídica sobre a legitimidade constitucional dessa inovação legislativa. E assim o faz tomando-a por seus aspectos materiais, na medida em que a atenção do estudo se volta para o problema da responsabilidade do consultor e advogado público pelos pareceres elaborados no exercício de seu ofício de respaldar juridicamente os atos do gestor público, como por seus aspectos formais e subjetivos, decorrentes de outra dimensão desta mesma problemática, que é a da autonomia de organização no que diz respeito aos deveres dos advogados públicos. O objetivo essencial do estudo está, sob esse propósito, em contribuir para a elucidação das bases constitucionais dos limites e alcances possíveis dessa extensão promovida pelo novo marco legal da responsabilização dos agentes públicos.

Sendo essa a base propositiva de um estudo que enfrenta as dúvidas constitucionais e ousa projetar os reais impactos jurisdicionais acerca de uma novidade legislativa, como é a que se mostra ser o dever da advocacia pública pelo fato do parecer emitido, seu desenvolvimento se vale, sobretudo, de uma metodologia voltada para uma pesquisa bibliográfica e documental suficientemente relevante e direcionada para embasar uma análise qualitativa e exploratória dos aspectos da nova legislação, devidamente contextualizada numa ordem em que impera os princípios constitucionais da moralidade pública e improbidade administrativa, orientadores de toda a legislação atinente à responsabilidade do agente público por seus atos e resultados e, desde sua reivindicação social, de importância crescente no cenário jurídico-político brasileiro.

Assim, o estudo aborda, em primeiro plano, a relação entre probidade e moralidade administrativa do servidor enquanto homem público, em vista de fundamentos a partir dos quais, num segundo plano, o estudo caminha para uma análise mais direcional da problemática aqui enfrentada, e, nesse passo, será imprescindível avançar com a análise específica da decisão monocrática proferida pelo Supremo Tribunal Federal nas referidas ADI 7.042 e 7.043, em que, como dito, o enfoque central está na discussão da inconstitucionalidade da responsabilidade do advogado público pelo fato do parecer emitido, desde a nova legislação em comento.

2. PROIBIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS: O SERVIDOR ENQUANTO HOMEM PÚBLICO

A Constituição de 1988 foi a que positivou, pioneiramente, a moralidade administrativa como princípio da Administração Pública. Desde então, esse valor inerente a todo Estado republicano ganhou notória relevância no ordenamento jurídico brasileiro, como foi incorporado, de vez, no cotidiano brasileiro.

O conceito de moralidade não é de fácil dedução, considerando que é passível de análises em variados campos do conhecimento (como filosófico, jurídico) e mesmo em seu contexto social de apreço e aplicação. O olhar aqui está atento à moralidade por sua relação de *proximidade* intrínseca com a proibidade. Ambos os conceitos, moralidade e improbidade, etimologicamente falando, relacionem-se à ideia de honestidade, retidão e integridade de caráter¹. Seus opostos, imoralidade e improbidade, por sua vez, estão ligados à “inobservância dos próprios deveres e responsabilidades com falta de retidão de conduta”², de forma a caracterizar como aquilo ligado, sobretudo, à desonestidade.

Quando acompanhadas pela terminologia “administrativa”, estes conceitos têm seu sentido modificado, pois esse qualitativo os direciona ao juízo que se faz da atuação dos agentes públicos (de conduta honesta a desonesta) no âmbito específico da Administração Pública. Daí dizer que expressões como proibidade e moralidade administrativas exprimem um sentido muito próprio de um maior rigor tecnicista³, considerando sua inserção no universo da Administração Pública. Nesse contexto, considerando sua expressão semântica essencial, acabam por representar o que se pode reconhecer por uma expansão da noção de legalidade formal, pois conjugam a necessidade de concomitante dever de “observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.”⁴

As implicações dessa expansão são profundas no modo como a sociedade admite o funcionamento do Estado. Não mais subsiste apenas um dever legal, em seu sentido mais estrito de dever positivado, de conduta pública, de modo que ao agente base seguir

¹ Michaelis. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>. Acesso em: 15 de março de 2022.

² CUCINELLI, Otavio Henrique Simão. Da aplicação do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa. **Dissertação**. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 59.

³ Idem.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1825.

o que está regido pelas disposições institucionais e em lei. Para além dos parâmetros formais, o que se espera do agente público adentra-se à esfera do dever ético e moral do comportamento humano, enquanto no desempenho da condição de pessoa pública.

Desse ponto de vista, o princípio da moralidade administrativa constitui, então, pressuposto orientativo, no sentido mesmo de um imperativo público categórico, o qual deve ser perseguido pela Administração Pública, de modo que atue de forma “livre de corrupção e condutas omissivas ou comissivas de agentes públicos, destituídas de probidade ou honradez”⁵.

Assim, é sob essa base valorativa, traduzida em deveres normativos, que se busca a *boa administração*, como tal, aquela que possui a “garantia de administração proba, que acarreta a vedação de condutas éticas não universalizáveis, sem incorrer na confusão entre o legal e o moral, dado que as esferas se interpenetram, mas são distintas”⁶. A esse respeito, é de se lembrar das lições de Hely Lopes Meirelles:

Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição.⁷

A moralidade administrativa desponta, portanto, como pressuposto e assim condição mesmo de validade de todo ato, contrato e procedimento administrativo. Certo ainda de que o conteúdo normativo deste que é um princípio inerente à ação administrativa não se perde ou se confunde com o conteúdo de outros princípios (como o da eficiência, legalidade, boa-fé), embora tenha seu campo de incidência estabelecido a partir da correlação com esses outros axiomas da Administração Pública.

De igual forma, a autonomia e diferenciação entre moralidade e probidade não se dá pela desvinculação entre esses conceitos, mas, sim, pela complementaridade de sentido estabelecida entre eles. Nesse sentido é a lição de Zanella Di Pietro:

Comparando moralidade e probidade, pode-se afirmar que, como princípios, significam praticamente a mesma coisa, embora algumas

⁵FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 87.

⁶ FREITAS, Juarez. Políticas Públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**. v. 36. n. 70, Florianópolis: 2015. pp. 116-133. Doi: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n70p115>.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. BURLE FILHO, José Emmanuel. BURLE, Carla Rosado. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.p. 94.

leis façam referência às duas separadamente, do mesmo modo que há referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como princípios diversos, quando este último é apenas um aspecto do primeiro. No entanto, quando se fala em improbidade como **ato ilícito**, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões *improbidade* e *imoralidade*, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais. Na lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 2-6-92), a lesão à moralidade administrativa é apenas uma das inúmeras hipóteses de atos de improbidade previsto em lei⁸.

Isso significa que há uma diferenciação prática entre o juízo da moralidade, considerando sua força como princípio constitucional que pode invalidar um ato administrativo realizado e a apreciação da improbidade, cuja consideração toma em conta a conduta ímproba, tendo como resultado é consequências mais amplas, que alcançam os âmbitos jurídico, administrativo e penal. O que se pretende sinalizar, portanto, é que o texto constitucional quando menciona o princípio da moralidade assim o faz conectando-o aos demais princípios da Administração Pública, e sob esse amálgama principiológico, toma a lesão à moralidade como improbidade⁹.

Tem-se, assim, uma base mais clara para a delimitação e especificação do sentido e natureza jurídica da lesão à probidade administrativa. A improbidade é prevista, constitucionalmente como: (i) crime de responsabilidade (art. 85, inciso V); (ii) uma das causas e exceções de suspensão de direitos políticos (art. 15, inciso V) e (iii) motivo para possível perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário (art. 37, §4º).

Há ainda outro aspecto importante a considerar. Bem distingue Simchen Trevisan a moralidade administrativa em seu plano objetivo e subjetivo:

Em apertada síntese, pode-se dizer que, no plano objetivo, a moralidade administrativa implica a necessidade de uma relação pautada pela boa-fé entre a Administração Pública e o cidadão, na qual não sejam frustradas expectativas legítimas desse último; no plano subjetivo, significa que o agente público deve atuar de forma proba, honesta, livre de má-fé. O desrespeito a esse comando pode significar, para ele, a responsabilização nos termos da Lei de Improbidade Administrativa.¹⁰

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Op. cit., p. 901.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Op. cit., p. 1825.

¹⁰ SIMCHEN TREVISAN, Leonardo. Moralidade Administrativa, um conceito obscuro. **Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, v. 16, n. 34, p. 30-64, 24 maio 2021, p. 61.

Dá dimensionar o princípio da moralidade administrativa, em ambos os planos, como conduta (materialmente considerada) íntegra do servidor (enquanto homem público), e assim transforma-se a improbidade em conteúdo normativo, cuja expressão normativa deriva, portanto, da moralidade da Administração Pública.

É nesse cenário de supervalorização e preocupação com a conduta íntegra, honesta e proba do agente público que a Lei n. 8.429/92 emerge como o instrumento de máxima densidade normativa da moralidade e probidade no âmbito administrativo. E, como tal, este marco legal concebeu um sistema próprio e particular de tutela da probidade administrativa, que perdurou por quase trinta anos até ser reformulado substancialmente pela recente Lei n. 14.230/2021. Avançamos com o estudo dos principais pontos das alterações trazidas pelo recente diploma legislativo.

3. NOVO SISTEMA DE PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Desde a Constituição de 1891 havia previsão legislativa acerca do crime de responsabilidade dos agentes políticos. Todavia, como mencionado, a Constituição Federal de 1988 é que consagrou a moralidade administrativa como princípio e, desde então, a improbidade passou a ser causa determinante para consequências político-administrativas, nos termos do art. 37, §4º, do texto constitucional¹¹.

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) consolidou, por sua vez, um sistema jurídico-processual acerca das “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”¹². Como tal, representou um inquestionável avanço legislativo na tentativa de aperfeiçoamento de um sistema de responsabilização por atos de improbidade, por dispor e definir quem é o agente público, os sujeitos ativos e passivos das ações de improbidade administrativa, qual é o patrimônio jurídico protegido, estabelecendo, ainda, as penalidades previstas

¹¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

¹² BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.429**, de 2 de junho de 1992. Redação original: Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública, indireta ou fundacional e dá outras providências.

especificamente para estas ações e organizando o funcionamento do procedimento administrativo e do processo judicial, além de estabelecer prazos prescricionais.

Esse que é um verdadeiro microsistema legislativo, ao longo de aproximadamente trinta anos, serviu para a tutela da integridade do patrimônio público e social, combatendo os atos de improbidade, ou seja, aqueles que “por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro”¹³, dão ensejo ao dever do ressarcimento integral da lesão ao patrimônio público gerada.

Uma observação indispensável sobre a responsabilização por atos de improbidade administrativa é que a natureza da ação de improbidade é civil, “objetivando apurar a ocorrência de um ilícito administrativo”¹⁴, não se confundindo com uma ação de ordem penal. Essa que só reforça o poder do Estado de proteção do bem público, pois estabelece um marco legal próprio para toda as dimensões do ato de improbidade administrativa. Tendo repercussão na esfera criminal, a consequência jurídica da sua prática se dá por um marco legal apartado ao funcionamento do sistema de responsabilização civil e política da Lei n. 8.429/92, que prevê a configuração de um ilícito civil e político com efeitos na também na esfera administrativa.

É de se lembrar, outrossim, que os atos de improbidade administrativa previstos originalmente na Lei n. 8.429/92 estavam tipificados no capítulo II do documento legal e se referem, em linhas gerais: (i) aos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (seção I); (ii) aos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (seção II) e (iii) aos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública (seção III).

Para Zanella Di Pietro, os atos de improbidades previstos na Lei n. 8.429/92 “são de amplitude muito maior do que as hipóteses de enriquecimento ilícito previstas nas Constituições anteriores e disciplinadas pelas referidas leis”¹⁵. Essa evidência demonstra que houve uma evolução e aperfeiçoamento legislativo quanto a definição do ato de improbidade administrativa, sendo um dos principais destaques reconhecidos neste diploma. Isso porque não apenas o desenvolveu com um conteúdo semântico-jurídico mais ampliado para sua caracterização, como também, assim destaca Di Pietro,

¹³ Redação original do art. 5º, da **Lei 8.429/92** revogado pela **Lei nº 14.230/2021**.

¹⁴ SIMCHEN TREVISAN, L. Moralidade Administrativa, um conceito obscuro. **Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, v. 16, n. 34, p. 30-64, 24 maio 2021, p. 50.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Op. cit., p. 1834.

com uma espacialidade total, no sentido de que a lei que o caracteriza “é de âmbito nacional e, portanto, obrigatório para todas as esferas de governo”¹⁶.

A Lei 14.230/2021 promoveu substanciais alterações na Lei 8.429/92 de conteúdo processual e material. Construiu-se, sob estas alterações, um contexto jurídico em que a preocupação é fazer da nova lei de improbidade administrativa um marco legal da garantia de maior segurança jurídica, fortalecimento dos direitos processuais e prevenção contra vícios de arbitrariedade e subjetividade exacerbada em matérias jurídico-políticas no procedimento de responsabilização de atos de improbidade administrativos.

Sob esse último aspecto, em especial, conforme se observará das principais alterações a seguir discorridas, é evidente a tentativa de o Legislador impedir a vulgarização e contaminação das ações de improbidade administrativas por questões políticas e sociais que devem ser consideradas, mas nunca sobrepostas às questões jurídicas existentes.

Nesse sentido, uma das alterações de maior destaque foi o estabelecimento da exclusividade do Ministério Público para propor ações de improbidade administrativa (art. 17)¹⁷, retirando da pessoa jurídica a legitimidade para atuar como autora da denúncia.

Outra está, como já dito, no §20 do referido artigo, ao prever a obrigatoriedade da defesa do agente público pela “assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos”. As repercussões e controvérsias jurídicas dessa alteração são o tema central deste estudo, e por isso serão melhor abordadas no tópico seguinte.

Porém, antes de avançarmos nessa direção, é preciso enfatizar as principais alterações legislativas. É uma importante modificação, além das que já foram mencionadas, foi a atribuição da necessidade de comprovação de conduta dolosa específica para que seja configurado ato passível de sanção pela lei (art. 1º, §1º e 2º)¹⁸. Dessa forma, não há mais possibilidade de responsabilização por atos de improbidade

¹⁶ Ibid., p. 1838.

¹⁷ Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

¹⁸ Art. 1º (...) § 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) § 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

administrativa na modalidade culposa, sem a “vontade livre e consciente” de lesar o patrimônio público.

Essa iniciativa e delimitação das condutas a serem sancionadas pelas disposições da nova lei também podem ser observadas no art. 3º que novamente restringe a aplicação das sanções ao agente público por extensão que “induza ou concorra *dolosamente* na prática do ato de improbidade”¹⁹.

Ainda nessa esteira de maior especificação e delimitação jurídico-formal e material do sistema de responsabilização por improbidade administrativa, a lei também inovou ao incluir artigo específico para dispor sobre a dosimetria a ser empregada para aplicação das sanções (art. 17-C). Essa alteração pode ser observada como um avanço positivo na redução da discricionariedade e consequente aperfeiçoamento dos parâmetros de julgamento, com maior segurança jurídica nas decisões.

Semelhante proposta também está no art. 17, §6º, incisos I e II²⁰, que estabelece critérios para o recebimento da petição inicial, novamente criando parâmetros fixos para a apreciação da ação de improbidade administrativa.

Outras reformas importantes se referem ao chamado princípio *non bis in idem*, tal qual expressamente previsto no art. 12, §7º, com ele, alterou-se a completa independência das instâncias civil, penal e administrativas no que se refere aos atos de improbidade de agente público, como também à configuração de um novo regime de prescrição e criação de novos marcos interruptivos da prescrição (art. 23, *caput* e §4º ao 8º).

Todo esse cenário de modificações de ordem jurídico-processuais claramente revela que, embora o tratamento dado ao poder sancionador administrativo contra atos de improbidade pública tenha sido de maior delineamento, as modificações substanciais a ele imprimidas, contudo, certamente geraram discussões e debates importantes sobre sua aplicação na doutrina e mesmo na jurisprudência.

¹⁹ Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

²⁰ § 6º A petição inicial observará o seguinte: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021) I - deverá individualizar a conduta do réu e apontar os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) II - será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições constantes dos arts. 77 e 80 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

4. AS REPERCUSSÕES JURISPRUDENCIAIS E REFLEXOS PRÁTICO-JURÍDICOS DA NOVA REDAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Optamos por uma abordagem sobre todas as alterações da lei de improbidade administrativa, dentre as previamente delineadas, mais centrada nas que demonstram uma disposição do Legislador à criação de parâmetros que, por sua configuração, indicam seu propósito de maior segurança jurídica e de não banalização das ações de improbidade.

Não obstante, por mais nobre e elevado que seja a vontade legislativa, sua manifestação deve estar em conformidade com os princípios que norteiam o funcionamento democrático, quer por sua percepção formal, quer ainda substancial. De tal modo que, se a lei não resultar na concretização dos parâmetros constitucionais, sua inconstitucionalidade é certa. E cabe, sabemos, ao Poder Judiciário a tarefa de controlar as eventuais inconstitucionalidades e incompatibilidades dos atos promovidos pelos outros poderes, respeitando, é claro, os parâmetros da hermenêutica constitucional aplicáveis ao caso concreto.

No fundo, a provocação aqui pretendida é no sentido de que é imprescindível que haja, com efeito, equilíbrio e complementaridade ou ainda, em termos mais alinhados com as teorias constitucionais democráticas mais contemporâneas, diálogo e deliberação entre as instituições democráticas. Nesse sentido de um ideal democrático dialógico e deliberativo, vale transcrever o pensamento de Conrado Hübner Mendes:

I seek to imagine separation of powers as a deliberative device. That is to say, apart from a physicalist tool for countervailing power with power and for distributing functions across diverse bodies, the separation of powers may also be a deliberative apparatus, a mechanism for sparkling inter-institutional exchange of reasons. This potential third virtue, despite the predictable tensions it may prompt with the other two, does not exclude them. It simply stresses the fact that the branches often take each other's reasons into account in the course of making decisions. This adds value to the logic of checks and balances and to the functional division of labour.²¹

²¹ MENDES, Conrado Hübner. **Neither Dialogue nor Last word**. *Legisprudence*, vol. 5, n. 1, p. 1-40, 2011. Tradução livre: Procuo imaginar a separação de poderes como um dispositivo deliberativo. Isto é, além de uma ferramenta fiscalizadora para compençar o poder com o poder e para distribuir funções por diversos órgãos, a separação de poderes também pode ser um aparato deliberativo, um mecanismo para uma brilhante troca de raciocínios interinstitucionais. Esse potencial terceira virtude, apesar das tensões previsíveis que pode provocar com as outras duas, não as exclui. Simplesmente enfatiza o fato de que os ramos geralmente levam em consideração os motivos um do outro.

A se considerar esse ideal teórico-constitucional, percebe-se as fragilidades entre as leis, tal como são produzidas, e as decisões do Supremo Tribunal Federal a seu respeito, considerando o modo como suas decisões influenciam e impactam a realização das legislações, especialmente aquelas cuja relação é muito estrita entre a sociedade e a política.

Nesse contexto, a função do Supremo Tribunal Federal, considerando o seu poder jurisdicional constitucional, é a de promover a máxima guarda da Constituição Federal, para tanto, suas decisões devem representar uma força “catalizadora deliberativa”²², no sentido de que devem potencializar a dinâmica da relação entre as instituições, sem inviabilizar, por um exercício exagerado da invalidação legislativa, o exercício da autonomia e atuação dos demais poderes.

É sob essa lógica do controle de inconstitucionalidades que se deve avaliar os rumos da decisão do STF sobre as reformulações substanciais promovidas pela nova lei de improbidade administrativa a ser proferida nas ADI’s 7.042 e 7.043. Muitos dos questionamentos tratados nestas ações, como a adoção do dolo como condição prevalente e indispensável para configuração da improbidade administrativa e a exclusão da pessoa jurídica interessada para atuar como parte legítima nas ações de improbidade, são centrais nesse amplo escrutínio constitucional do novo marco legislativo da improbidade administrativa. Porém, o recorte fático-jurídico anunciado neste estudo, já sabemos, é a análise específica do novo dever de defesa do agente pelo advogado público, para compreender melhor sua extensão e reflexos práticos e mesmo institucionais, além é claro, do exame da sua constitucionalidade. E esses tópicos foram enfrentados na decisão monocrática proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes nas ADI’s 7.042 e 7.043 e, por isso, essa decisão será, aqui, objeto de uma análise mais cuidadosa no tópico seguinte.

5. ENTRE O CONHECIMENTO JURÍDICO QUALIFICADO E O DEVER DE DEFESA DO AGENTE PELO ADVOGADO PÚBLICO

Aliada à vontade legislativa inicialmente identificada de busca por uma maior segurança, metodologia e parâmetros para o sistema de responsabilização por atos de

²² MENDES, Conrado Hübner. Op. cit., p. 31.

improbidade administrativa, a alteração promovida pelo §20, do art. 17²³, da nova lei representa uma modificação significativa e de efeitos práticos imediatos e mediatos.

Este dispositivo institui, como temos indicado, o dever de a assessoria jurídica que emitir parecer favorável à legalidade do ato administrativo previamente à ação do agente a este prestar a defesa jurídica, diante dos questionamentos acerca da regularidade do ato praticado. Criou-se, assim, entre o agente e o assessor jurídico uma sorte de cumplicidade, ou melhor, de vínculo jurídico mesmo, em que este presta àquele auxílio, para sua defesa processual e mesmo de mérito nas ações de improbidade, com seu conhecimento jurídico especializado.

Uma modificação com esse alcance e com toda a implicação prática que dela certamente decorre, não é para menos, gerou descontentamento da Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais - ANAFE e da Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal - ANAPE. E uma dimensão concreta deste inconformismo aparece na ação direta de inconstitucionalidade (ADI 7.042)²⁴, sob o argumento de inconstitucionalidade formal do referido art. 17, §20 deduzido pela ANAPE.

Já dissemos que, na ADI 7.042 os questionamentos alcançam outros pontos da nova lei, que tocam ao problema de inconstitucionalidades materiais, por violação do princípio da vedação ao retrocesso social, ao direito fundamental da probidade administrativa, aos princípios da administração pública e do pacto federativo e à autonomia dos estados (dentre os quais está a questão da exclusividade do Ministério Público para ajuizar ações de improbidade e celebrar acordos de não persecução civil). O trecho abaixo destacado da petição inicial bem indica a amplitude dos questionamentos principiológicos estabelecidos nesta ação direta:

Estas medidas, como se vê, alteram e revogam dispositivos da Lei n. 8.429/92, que dispõem sobre improbidade administrativa, retirando a legitimidade dos entes públicos lesados para ajuizar ações de improbidade, dificultando, assim, o combate a atos ímprobos dos agentes públicos responsáveis por zelar e proteger a coisa pública.

²³ § 20. A assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público ficará obrigada a defendê-lo judicialmente, caso este venha a responder ação por improbidade administrativa, até que a decisão transite em julgado.

²⁴ BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7.042**. MC. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 17/02/2022. Publicação: 21/02/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>. Acesso em 24 de março de 2022.

Ademais, impõem obrigação aos Procuradores de Estado, ferindo o pacto federativo e a autonomia dos Estados.²⁵

Já na ADI 7.043, a ANAFE igualmente demonstrou sua irresignação com a exclusividade do Ministério Público para atuar como única parte autora legítima em ações de improbidade, bem como únicos responsáveis por acordos de não persecução civil²⁶:

A Lei federal no 14.230/2021, a um só tempo, subtraiu a legitimidade ativa dos entes públicos afetados pelo ato de improbidade, a competência dos respectivos órgãos de Advocacia Pública assentadas constitucionalmente nos artigos 131 e 132 da CRFB e conseqüentemente as atribuições constitucionais dos membros das carreiras jurídicas a eles vinculados fincadas no dever-poder constitucional previsto no artigo 37, § 4o, da CRFB de levar a juízo a pretensão de aplicação das penas de suspensão dos direitos políticos, de perda da função pública, de indisponibilidade dos bens e de ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas na Lei no 8.429/1992, sem prejuízo da ação penal cabível (esta sim de competência privativa do Ministério Público – CRFB, art. 129, I).²⁷

Nota-se que ambas as ações constitucionais compartilham parcialmente do mesmo objeto de discussão, em comum questionam, por exemplo, a legitimidade exclusiva do Ministério Público para atuar como autor da denúncia nas ações de improbidade administrativas e para realizar acordos de não persecução civil. Em razão disso, as ações tramitam em conexão, e por isso foram decididas em conjunto pelo ministro Alexandre de Moraes. E dentre os aspectos abordados na decisão do ministro Alexandre de Moraes está a suspensão cautelar do dever de defesa do agente público pela assessoria jurídica especializada (art. 17, §20)²⁸.

Para bem compreende o alcance desta suspensão, é preciso atentar ao que se dispõe regular com o art. 17, §20. E para tanto merece destaque a explicação de Marçal

²⁵ Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal. Ação Direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar, p. 6. In: **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7.042**. MC. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>. Acesso em 24 de março de 2022.

²⁶ BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7.043**. MC. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 17/02/2022. Publicação: 21/02/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>. Acesso em 24 de março de 2022.

²⁷ Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais. Ação Direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar, p. 6. In: **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7.043** MC. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>. Acesso em 24 de março de 2022.

²⁸ “(B) SUSPENDER OS EFEITOS do § 20, do artigo 17 da Lei no 8.429/92, com a redação dada pela Lei no 14.230/2021, em relação a ambas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (7042 e 7043)”.

Justem Filho sobre esse, também por ele reconhecido, “dever de defesa do réu pela assessoria jurídica estatal”:

Se a imputação de improbidade envolver conduta praticada pelo agente público com fundamento em parecer oferecido por órgão de assessoria jurídica estatal, caberá a defesa do(s) réu(s) pelo corpo jurídico da mesma entidade. Evidentemente, essa regra não incide nos casos em que a conduta imputada ao(s) réu(s) não tiver sido respaldada por parecer jurídico emitido pelo órgão de assessoramento jurídico competente.²⁹

Estas considerações bem suscitam o alcance de aplicação deste dispositivo legal, e a atenção que se deve ter com todas as suas dimensões ao analisar em definitivo sua inconstitucionalidade. Embora a decisão cautelar tenha suspenso o dispositivo em sua integralidade textual e normativa, a decisão de mérito não deve se limitar apenas à confirmação ou não do juízo provisório. É preciso ampliar o debate, e tomar o dever de defesa do réu pela assessoria jurídica estatal em, ao menos, três dimensões: (i) a primeira liga-se à forma, ou seja, aos requisitos, hipóteses e natureza do parecer elaborado por assessoria jurídica especializada, ou seja, a sua conformação formal; (ii) a segunda, ao subjetivo, porque toma em conta a responsabilização do parecerista e (iii) a última ao objetivo, no sentido de que trata da validade da vinculação de defesa pelo parecer elaborado.

E ainda não se pode perder de vista ao analisar essas dimensões que as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo têm assento constitucional. A análise dos artigos 131 e 132³⁰ confirmam que estas atividades compreendem funções que são constitucionalmente consideradas essenciais à justiça. E são mesmos.

Com a atribuição do consultivo e assessoramento jurídico do Poder Executivo, estabelece-se o imprescindível para todo Estado Constitucional diálogo entre o político e o jurídico, no sentido de que conectam o “interesse público decorrente da vontade dos

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230**, de 25 de outubro de 2021. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

³⁰ BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

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

representantes eleitos do povo, com o interesse público advindo dos limites e possibilidades do ordenamento jurídico”³¹. E essa conexão materializa-se, sobretudo, por um dos atos de maior relevância para no desempenho dos órgãos consultivos do Poder Executivo, que são precisamente os pareceres. É por meio deles que se emite a “opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência”³².

Agora, bem lembra Maria Sylvia Zanella, que o parecer, como um instituto próprio da consultoria e assessoria jurídico-administrativas, comporta variadas modalidades. Há pareceres que são meramente facultativos e outros, contudo, são obrigatórios ou mesmo vinculantes³³.

Na análise da inconstitucionalidade do dever de defesa do agente público não se pode desprezar estas variações dos pareceres, uma vez que suscitam, diante da proporcionalidade, graus distintos de responsabilização por eventual assentimento com a decisão ou ato administrativo ilegal. Não é constitucionalmente crível atribuir o mesmo peso jurídico a modalidades distintas de pareceres. Em outros dizeres, a coerência constitucional acerca do dever de defesa do advogado público se estabelece atribuindo efeitos distintos entre as distintas modalidades de pareceres. A responsabilidade pelo parecer meramente opinativo não deve ser na mesma intensidade do parecer que, ao contrário, é vinculante, embora ambos sejam a opinião externada pelo membro da Advocacia Pública.

Outro aspecto relevante a ser considerado é que o dever de defesa do agente que atuou administrativamente pelo respaldado por parecer de consultoria técnica especializada (hipótese criada pela nova lei) não representa, de modo algum, a responsabilização direta do advogado público em esfera cível, criminal ou administrativa. Sua configuração liga-se, na verdade, à atuação em conformidade com as atividades previamente designadas, por meio das quais se espera do assessoramento jurídico a coordenação e o alicerce jurídico, de modo que a legalidade seja bem observada na prática do ato, contrato e procedimento administrativos pelo agente público.

Por certo, ainda que a assessoria e consultoria jurídica exercida pela Advocacia Pública não possa ser confundida com atos de gestão, isso não a isenta de

³¹ CYRINO, André Rodrigues. Advocacia Pública. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/25/edicao-1/advocacia-publica>. Acesso em: 25 de março de 2022.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Op. cit., p. 520.

³³ Idem.

responsabilização e do reconhecimento de sua força, influência e papel no desempenho da atividade administrativa praticada pelo gestor. Porém, insiste-se, ainda assim não se trata propriamente de ato de gestão. A responsabilidade existe até os limites e propósitos da atividade jurídica.

Daí Marçal Justem Filho asseverar que há uma responsabilidade do órgão de assessoria jurídica em relação ao exercício administrativo realizado no sentido de apontar sobre as nulidades e defeitos jurídicos, o que é próprio de um profissional do Direito:

Há dever de ofício de manifestar-se pela nulidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo. A afirmativa se mantém inclusive em face de questões duvidosas ou controvertidas. Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial acerca de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas decisões. Mas se há duas teses jurídicas igualmente defensáveis, a opção por uma delas não pode acarretar punição.³⁴

A partir de uma linha de pensamento assim, que bem promove uma reconstrução e maior criticidade na forma como subsiste a relação entre a assessoria jurídica (que emitiu parecer e eventual ato de improbidade praticado) e o que é próprio do gestor público, não se vislumbra, *prima facie*, a inconstitucionalidade do novo instituto do dever de defesa do agente público ora analisado. Pois, tendo a devida clareza quanto ao que é da responsabilidade de um e de outro, não se sustenta a alegação de que há “em inegável ofensa ao poder de auto-organização e autonomia dos Estados, notadamente no que se refere à disposição da estrutura organizacional e das atribuições dos órgãos da advocacia pública”³⁵.

O §20 do art. 17 não pretende a inversão de papéis entre agente público e advogado público, tanto é verdade que não traz qualquer menção sobre a responsabilidade e vinculação do advogado público ao seu parecer técnico elaborado.

³⁴ JUSTEM FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 379.

³⁵ Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal. Ação Direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar, p. 6. In: **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7.042 MC**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>. Acesso em 24 de março de 2022.

Estes aspectos, sim, se abordados tocariam ao problema da autonomia legislativa de cada Estado para legislar sobre a matéria.

Com efeito, desde uma perspectiva formal, não há qualquer contestação expressa acerca da validade de vinculação do advogado público ao seu parecer elaborado para respaldar atividade do agente público.

Por outro lado, ao se considerar o apontamento de inconstitucionalidade formal subjetiva, que está fundamentado na ofensa ao Pacto Federativo e à autonomia dos Estados, não encontra suporte fático-jurídico quando observada a vigência nacional da Lei n. 8.429/92, alterada pela Lei n. 14.230/2021. Isso porque, nos dizeres das informações prestadas pela Câmara dos Deputados acerca dos pedidos da ADI 7.042

A Lei n. 8.429, de 1992, foi editada para regulamentar o referido dispositivo constitucional e, depois de quase 30 anos de vigência, foi atualizada pela Lei n. 14.230, de 2021. Trata-se de norma nacional, editada pela União e aplicada a todas as esferas federativas, e que, conforme caput do seu art. 1º, cria verdadeiro sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa que “tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social”

(...)

O ponto central da controvérsia é o caráter nacional da Lei n. 8.429, de 1992, e, por consequência, da lei que a alterou (Lei n. 14.230, de 2021). Justamente por ser aplicada ao Estado brasileiro em todos os níveis (federal, estadual, distrital e municipal), a Lei n. 8.429, de 1992, contém regras de cumprimento obrigatório por todos os entes federados. Tal entendimento corrobora com a uniformidade do sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa ao submeter a Administração Pública como um todo às mesmas regras, sanções e procedimentos administrativos e judiciais. Percebe-se que essa foi a intenção do legislador constituinte pela própria localização do dispositivo no texto constitucional.

Não é apenas isso. É legítima a competência privativa da União para legislar em normas de direito processual, uma vez que se refere à disposição sobre representação em Juízo, inexistindo qualquer supressão de competência legislativa por parte dos Entes Federados.

Como já assinalado, as motivações de uma decisão jurisdicional para suspender, mesmo que provisoriamente, os efeitos de uma legislação que foi aprovada pelo Poder Executivo devem ser estritamente jurídico-constitucionais, no sentido de que não deve apoiar-se em ideologias e prognoses políticas do direito criado (ao modo de

um puro e estrito consequencialismo político). Uma inversão desta natureza implica o tão propalado fenômeno da judicialização das questões políticas.

Parece estar aí as fragilidades argumentativas da decisão monocrática que suspendeu o §20, do artigo 17 incluído pela Lei n. 14/230/2021, em meio a possíveis vícios formais.

Sobre este específico aspecto da decisão, é de se observar que a alegação de inconstitucionalidade do dispositivo em comento ocorreu apenas na ADI 7.042, nada a esse respeito, nem mesmo qualquer pedido cautelar de suspensão, está deduzido na ADI 7.043. Essa omissão parece indicar um erro material da petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade do ANAPE, se refere à ausência de pedido expresso para suspensão dos efeitos do §20, do artigo 17³⁶.

A par desse nuance mais processual, o que chama mesmo a atenção da decisão cautelar é a falta de um efetivo enfrentamento da constitucionalidade do dever de defesa do agente público pelo advogado que prestou assessoria e consultoria jurídica. Todos os argumentos utilizados são apenas referências à legalidade da exclusividade do Ministério Público em atuar como parte autora legítima nas ações de improbidade. Há uma verdadeira omissão argumentativa.

Porém, essa ausência de fundamentos constitucionais para justificar de forma específica e direta a suspensão do §20 do art. 17 parece não se fazer sentir, em meio à estratégia argumentativa de se justificar a suspensão em bloco de dispositivos com o discurso político da reiteração da necessária inserção de todos as instituições e poderes constitucionais na luta contra a corrupção e ilegalidade:

Nesse contexto, portanto, o combate à corrupção, à ilegalidade e à imoralidade no seio do Poder Público, com graves reflexos na carência de recursos para a implementação de políticas públicas de qualidade, deve ser prioridade absoluta no âmbito de todos os órgãos constitucionalmente institucionalizados (RE 976.566, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe 26/09/2019), o

³⁶ Apesar de constar no tópico “V - Da tutela de urgência de caráter liminar”, o pedido liminar se deu da seguinte forma: “102.1. A concessão da tutela de urgência de caráter liminar, ad referendum, a fim de suspender os efeitos do art. 2o - nos pontos em que altera/insere o art. 17, caput e § 14 e art. 17-B na Lei n. 8.429/92 - e do art. 3o e do art. 4o, inciso X, todos da Lei n. 14.230/21, fazendo retornar a norma autorizadora de os entes públicos para ajuizar ações de improbidade administrativa e para firmar acordos de não persecução cível, ante sua inconstitucionalidade material até o julgamento definitivo desta Ação Direta de Inconstitucionalidade, com fundamento na alínea “p” do inciso I do art. 102 da CF/88, e do §3o do art. 10 da Lei no 9.868/99” (Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal. Ação Direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar, p. 6. In: Ação **Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7.042** MC. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>. Acesso em 24 de março de 2022).

que sugere a inserção dos órgãos e entes diretamente atingidos pela conduta desviante do padrão constitucional de moralidade e, por consequência, dos agentes constitucionalmente incumbidos da sua representação (...)³⁷

É inequívoco que a luta contra a corrupção e os anseios sociais e políticos inerentes a ela são verdadeiros objetivos fundamentais do Estado brasileiro (art. 3º da CF), porém, ao invés de serem concretizados, acabam por perderem consistência e legitimidade, exprimindo uma mera invocação, quando são fundamentos de decisões que se sobrepõem às questões materiais e formais de cunho essencialmente jurídicas que norteiam a caracterização e solução dos problemas atinentes aos vícios de inconstitucionalidade, sobretudo, envolvendo dispositivos legais regularmente editados pelo processo legislativo constitucional.

A ausência de fundamentação expressa e direta sobre a inconstitucionalidade do dever de defesa do agente público pela assessoria jurídica que encaminhou parecer prévio de legalidade é causa suficiente para a reversão da ordem que o suspendeu. Não há nenhum meta-argumento político, por mais sedutor que seja, que substitua o fundamento jurídico no afastamento de uma lei. Justificam-se, portanto, todos os questionamentos e inquietações de ordem jurídico-políticas sobre a temática aqui tratada, com desdobramentos inevitáveis até o julgamento definitivo da ADI 7042.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo procurou, um primeiro plano, contextualizar o ambiente de criação da nova lei da improbidade administrativa. A cronologia dos fatos nos conduziu, necessariamente, ao momento do questionamento da constitucionalidade de muitas das inovações implementadas por esse novo marco legal e, nesse contexto, à decisão monocrática do ministro Alexandre de Moraes que suspendeu de grande parte destas inovações legislativas.

Considerando todas as controvérsias existentes, por sua criação e suspensão, de muitos dos institutos e aspectos normativos da nova lei, o debate a seu respeito permite uma discussão mais ampla sobre os rumos da atuação da sociedade contra a improbidade administrativa. Entretanto, para os fins deste estudo, o objeto de análise foi o dever de defesa do agente público pela assessoria jurídica especializada (art. 17, §20).

³⁷ BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7.042 MC**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 17/02/2022. Publicação: 21/02/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>. Acesso em 24 de março de 2022.

Essa inédita disposição legal tem gerado séria discussão, liderada por entidades de classe como a ANAPE, o que justifica, para seu aprofundamento, uma abordagem mais primária dos seus aspectos constitucionais ligados à decisão do ministro Alexandre de Moraes que apreciou o pedido de concessão de medida cautelar para suspender os efeitos dos artigos indicados como inconstitucionais, incluindo o mencionado art. 17, §20. Foi o que este estudo procurou estabelecer.

A relação dicotômica entre o princípio da moralidade administrativa e a repressão à lesão à probidade administrativa revelam um espaço jurídico-normativo que ainda permite inúmeras discussões em busca do aperfeiçoamento do sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa dentro do âmbito da Administração Pública no Brasil.

A forma como a tutela jurídica da probidade administrativa se desenvolveu no contexto brasileiro comprovou que a Lei n. 8.249/92 representou um microssistema legislativo essencial para o avanço e identificação de lacunas necessárias a serem preenchidas no decorrer de sua aplicação.

Dessa forma, embora controvérsias sobre as alterações pela Lei n. 14.230/2021 sejam pertinentes e façam parte da própria natureza democrática de possibilidade de questionamentos e não submissão a todo e qualquer comando legislativo, observa-se que, no que tange ao dispositivo do §20, do artigo 17, da nova lei, não há, por ora, inconstitucionalidade que autorize sua suspensão ou revogação.

A decisão monocrática aqui analisada, no bojo das ações diretas de inconstitucionalidade 7.042 e 7.043 apresenta, portanto, alguns pontos passíveis de questionamentos e inquietações. Procuramos então enfrentá-los, e a conclusão que chegamos é que o dever de defesa pela assessoria ou consultoria jurídica que emitiu parecer prévio de legalidade para autorizar, embasar ou orientar ato administrativo não afronta, subjetivamente, formalmente ou materialmente os dispositivos constitucionais.

Pelo contrário, este novel instituto reforça a ideia de que o agente público não detém conhecimento jurídico técnico especializado como o fornecido pela assessoria técnica de um órgão, onde há consultoria especializada para fornecer suporte e alicerce à atuação do agente enquanto homem público.

O respaldo jurídico necessário para fundamentar a atuação administrativa dispensada é crédito à assessoria jurídica, sob pena de se formar um cenário de insegurança jurídica. Isso porque, conclui-se que o Gestor Público, responsável pelos

atos e procedimentos administrativos realizados, deve poder balizar seu exercício em parecer jurídico de órgão especializado.

A função constitucional da consultoria e assessoria jurídica deve ser garantida à ambas as partes, seja à autorização e proteção da atuação do Advogado Público, quanto à validade, aceitação, e vinculação dos atos administrativos de gestor alinhado às avaliações dessa consultoria especializada.

A nova lei possui curto tempo de vigência e terá sua validade e contornos jurisprudenciais de aplicação desenhados ao longo dos próximos anos, sendo necessária, entretanto, a constante revisitação e reanálise crítica da forma como é interpretada e aplicada, de forma a efetivamente subsidiar o aperfeiçoamento legislativo esperado na proteção do patrimônio público contra atos de improbidade.

REFERÊNCIAS

Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais. Ação Direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar, p. 6. In: **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7.043** MC. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>. Acesso em 24 de março de 2022.

Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal. Ação Direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar, p. 6. In: **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7.042** MC. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>. Acesso em 24 de março de 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.429**, de 2 de junho de 1992. Redação original: Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública, indireta ou fundacional e dá outras providências.

_____. Presidência da República. **Lei nº 14.230**, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7.042** MC. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 17/02/2022. Publicação: 21/02/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>. Acesso em 24 de março de 2022.

_____. BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7.043** MC. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 17/02/2022. Publicação: 21/02/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>. Acesso em 24 de março de 2022.

CUCINELLI, Otavio Henrique Simão. Da aplicação do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa. **Dissertação**. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

CYRINO, André Rodrigues. Advocacia Pública. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/25/edicao-1/advocacia-publica>. Acesso em: 25 de março de 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Políticas Públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**. v. 36. n. 70, Florianópolis: 2015. pp. 116-133. Doi: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n70p115>.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230**, de 25 de outubro de 2021. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. BURLE FILHO, José Emmanuel. BURLE, Carla Rosado. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Conrado Hübner. **Neither Dialogue nor Last word**. *Legisprudence*, vol. 5, n. 1, p. 1-40, 2011.

Michaelis. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>. Acesso em: 15 de março de 2022.

SIMCHEN TREVISAN, Leonardo. Moralidade Administrativa, um conceito obscuro. **Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, v. 16, n. 34, p. 30-64, 24 maio 2021.

Como citar:

HERANI, Renato. PAIVA, Grhegory Pires Moreira Maia. A responsabilidade administrativa do advogado público pelo fato do parecer emitido na nova lei de improbidade administrativa . **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**. Salvador-ba, (v.32/2022). (p.1-23), Data de publicação.06/02/2023 DOI: (endereço do DOI desse artigo). Disponível em: endereço eletrônico. Acesso em: xx mês abreviado. xxxx.

Originais recebido em: 08/12/2022.

Texto aprovado em: 09/01/2023.