

EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PRIVADA POR ADVOGADO PÚBLICO DA UNIÃO E CARACTERIZAÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

José Adolfo Novato da Silva[†]

Raphael de Azevedo Ferreira Reis[‡]

Resumo: É bem verdade que a Advocacia-Geral da União é o órgão jurídico mais importante do Poder Executivo Federal e, como tal, outorga diversas prerrogativas e proibições aos seus membros. Por conta da relevância da Instituição, as leis reguladoras das carreiras do órgão-vértice do sistema consultivo federal proíbem os seus membros de exercer advocacia fora das atribuições do cargo, o que enseja punição administrativa caso seja desrespeitado.

O presente estudo busca demonstrar, com base numa hermenêutica sistemática da Lei 8.429/1992 e da Lei 8.112/1990, que o exercício habitual de advocacia privada por membro da Advocacia-Geral da União enquadra-se nas hipóteses de improbidade administrativa, devendo ser apenado como tal.

Palavras-chave: Advocacia Privada. Proibição.
Habitualidade. Advogado Público. Improbidade
Administrativa.

EXERCISE OF PRIVATE ADVOCACY BY PUBLIC LAWYER OF UNION AND CHARACTERIZATION OF

[†] Advogado da União.

[‡] Graduando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe; Estagiário da Advocacia-Geral da União.

ADMINISTRATIVE IMPROBITY.

Keywords: Private Advocacy. Prohibition. Habituality. Public Lawyer. Administrative Improbability.



1 – DA VEDAÇÃO AO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PRIVADA PARA OS ADVOGADOS PÚBLICOS

1.1. A NORMA PROIBITIVA DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PRIVADA

Ao se observar o Direito, deve-se identificar uma estrutura tridimensional, de forma a serem visualizados, necessariamente, três elementos, quais sejam o normativo, o fático e o axiológico.

O elemento normativo existe porque não se pode compreender o Direito divorciado da lei e das orientações dos tribunais, conforme lição de Hely Lopes Meirelles¹; o aspecto fático deve ser identificado porque, com escora na máxima latina *ubi societas, ibi jus*, o Direito não pode escusar-se da necessária efetividade fática e histórica; por fim, no que se refere ao elemento valorativo, a ciência jurídica não pode se afastar do seu aspecto axiológico, que é a maximização da justiça.

Assim leciona Miguel Reale:

- a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um *fato*

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 9.

subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um *valor*, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma *regra* ou *norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor;

b) tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta;

c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo de tal modo que a vida do Direito resulta da integração dinâmica e dialética dos três elementos que a integram.²

Ergo, como toda norma de conduta, aquelas que consubstanciam o estatuto das carreiras que compõem o serviço jurídico da União (Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais e os integrantes do Quadro Suplementar da Advocacia-Geral da União) visa tutelar alguns valores determinantes, atingidos com a adequação dos fatos à norma.

Como se sabe, a Constituição Federal erigiu a Advocacia-Geral da União como função essencial à Justiça, o que torna razoável o entendimento de que os membros de suas carreiras estão submetidos a regime constitucional diverso, caracterizado por diversas prerrogativas e deveres especiais. Sendo assim, de modo a preservar o serviço jurídico indispensável à Justiça, os advogados públicos não estão sujeitos ao idêntico regramento ordinário dos servidores públicos.

² REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 65.

Neste sentido, não obstante as diversas prerrogativas decorrentes das carreiras jurídicas da União, algumas proibições e limitações são visíveis e necessárias, como a contida no art. 28, inc. I, da Lei Complementar 73/1993, que dispõe acerca dos cargos de Advogados da União e Procuradores da Fazenda Nacional, instituindo da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União:

Art. 28. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros da Advocacia-Geral da União é vedado:

I – exercer advocacia fora das atribuições institucionais.

Da mesma forma, o art. 38 da Medida Provisória 2.229-43/2001 restringe o exercício da advocacia privada por Procuradores Federais:

Art. 38. Os integrantes da Carreira de Procurador Federal têm os direitos e deveres que lhes prevê a Lei nº 8.112, de 1990, e sujeitam-se às proibições e aos impedimentos estabelecidos nesta Medida Provisória.

§ 1º Ao Procurador Federal é proibido:

I - exercer a advocacia fora das atribuições do respectivo cargo.

Doravante, o art. 1º e o art. 24, ambos da Lei 9.651/1998, traduzem a mesma proibição para os antigos Assistentes Jurídicos dos Ministérios:

Art. 1º É instituída a Gratificação de Desempenho de Função Essencial à Justiça - GFJ, que será concedida aos ocupantes dos seguintes cargos efetivos, quando no desempenho de atividades jurídicas:

III - de Assistente Jurídico, quando em exercício na Advocacia-Geral da União e nos seus órgãos vinculados;

Art. 24. É vedado aos servidores ocupantes das carreiras e cargos referidos nos arts. 1º e 14 exercer advocacia fora das atribuições institucionais.

Destarte, percebe-se que a proibição legal de advogar privadamente tem assumido, ao longo dos anos, valor essencial e indissociável ao exercício da advocacia pública e, objetivando destacar tal vedação, o legislador elaborou a Lei 11.890/2008, que no art. 6º dispõe serem as carreiras jurídicas da União sujeitas ao regime de dedicação exclusiva de trabalho³:

Art. 6º Aos titulares dos cargos de que tratam os *incisos I a V do caput* e o § 1º do art. 1º da Lei no 11.358, de 19 de outubro de 2006 [Procurador da Fazenda Nacional, Advogado da União, Procurador Federal, Defensor Público da União, Procurador do Banco Central do Brasil], aplica-se o regime de dedicação exclusiva, com o impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada, potencialmente causadora de conflito de interesses, ressalvado o exercício do magistério, havendo compatibilidade de horários.

Por conseguinte, os dispositivos impeditivos da advocacia privada foram ratificados pela AGU com a elaboração da Orientação Normativa 27/2009:

É vedado aos membros da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados o exercício da advocacia privada e figurar como sócio em sociedade de advogados, mesmo durante o período de gozo de licença para tratar de interesses

³ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Treinamento em processo administrativo disciplinar (PAD) - Formação de membros de comissões*, p. 371-5. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Apostila%20de%20Texto%20CGU.pdf>>. Acessado em: 24 de junho de 2012.

particulares, ou de licença incentivada sem remuneração, ou durante afastamento para o exercício da advocacia em causa própria e a advocacia *pro bono*.⁴

Assim, nota-se que o legislador infraconstitucional, ao conferir organicidade às carreiras jurídicas componentes da advocacia pública, buscou garantir a exclusividade da atividade profissional do advogado público, bem como a independência, a impessoalidade e a moralidade no exercício do serviço jurídico da União.

Nesse sentido, é de bom alvitre transcrever o Despacho do Advogado-Geral da União Interino, de 9 de abril de 2009:

Como bem lembrou o ilustre Consultor da União, Dr. Miguel Pró de Oliveira Furtado, o exercício da advocacia privada como meio de ganhos financeiros e captação de clientela pelo Advogado Público possibilitaria:

- a) o estabelecimento de vínculos entre este e seus clientes, mesmo observando a regra do inciso I do art. 30 da Lei nº 8.906/94;
- b) a associação com outros advogados privados, assinando ou não petições;
- c) a convivência com outros colegas de escritório que patrocinam causas contra a União, com debate ou não de teses contra esta.

Presente uma das pessoas elencadas nas situações acima em causas jurídicas perante a União estaria em questão a independência e a impessoalidade, assim como a ética do Advogado Público, mesmo que se declarasse impedido de

⁴ Vale ressaltar que o Despacho do Advogado-Geral da União, de 15 de abril de 2010, suspendeu, temporariamente, a parte final da ON AGU 27/2009, no que tange à vedação do exercício da advocacia privada durante o período de gozo de Licença para Tratar de Interesses Particulares, ou de Licença Incentivada sem Remuneração. Contudo, as demais vedações normativas permanecem em vigor.

atuar nos referidos processos.

Igualmente, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4036, aduziu o Advogado-Geral da União:

[...] a vedação da advocacia extrafuncional dignifica o princípio da moralidade administrativa, evitando que os advogados se coloquem em situação de assessoramento a particulares, em conflito com o interesse do Estado. Com efeito, o Direito não se compõe de compartimentos estanques e, assim, é muito tênue a linha divisória entre o interesse público e o meramente privado. A título de exemplo, num processo de família, é possível estar em causa um interesse da Administração Pública. No campo do Direito Penal, o Estado, em última instância, acaba sendo o grande lesado em virtude das condutas delitivas. Por esses e outros casos, a vedação da advocacia privada a Membros da Advocacia-Geral da União concorre, sem dúvida alguma, para assegurar a moralidade administrativa.

[...] como já se disse, o exercício da advocacia, além de demandar tempo, desgasta sobremaneira o profissional. Assim, ainda que seja *possível* ao advogado público exercer, concomitantemente, a advocacia “privada”, a repartição de seus esforços e tempo entre as duas atividades impediria que o desempenho de suas atribuições públicas fosse realizado *da melhor maneira possível*, como pretendem o legislador federal e a própria Constituição da República.⁵ (grifos originais)

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4036. Manifestação do Advogado-Geral da União

É constatável, portanto, que “não interessa à União garantir o retorno desses advogados a um cargo seguro e de remuneração garantida a quem se aventure a experimentar o gosto de voltar-se contra seu próprio empregador”⁶, já que, por conta do princípio da supremacia do interesse público, não se pode admitir o direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do interesse particular.

Posto isso, o seguinte questionamento cabe ser feito: o advogado público, mais precisamente aquele integrante do quadro funcional da Advocacia-Geral da União, estaria cometendo um ato de improbidade administrativa ao exercer advocacia privada?

2 – DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1. O CONCEITO ABERTO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Carta Republicana, como se pode ver em diversas passagens⁷, erigiu como vetores principiológicos da Administração Pública a moralidade e a probidade. Não obstante a aproximação axiológica que existe entre elas, as noções não se confundem, de modo que a extensão da primeira é muito maior que a da segunda, entendimento positivado, inclusive, na Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Assim, a imoralidade administrativa seria entendida como uma espécie do gênero improbidade administrativa. É como entende, também, Marcelo Caetano *apud* José Afonso da Silva:

A probidade administrativa é uma forma de
moralidade administrativa que mereceu

⁶ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. *Parecer 06/2009/MP/CGU/AGU*, da lavra do Consultor da União Miguel Pró de Oliveira Furtado, aprovado pelo Despacho do Consultor-Geral da União 524/2009 e pelo Despacho do Advogado-Geral da União Interino, de 9 de abril de 2009.

⁷Art. 14, §9º; Art. 15; Art. 37, §4º, art. 85, V, dentre outros.

consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão dos direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o ‘funcionário servir à (sic) Administração com honestidade, procedendo no exercício das funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrente em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer’. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada.⁸

Particularmente, a essência do ato de improbidade administrativa ainda não foi captada em sua completude, haja vista ser uma expressão indeterminada, com conteúdo jurídico aberto, e, portanto, fluído para os mais diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Por isso, tendo em consideração a obrigação do aplicador da lei de densificar o exato significado do instituto em comento para que possa realizar a subsunção do fato à norma, diversas são as teorias que buscam defini-lo e dar efetividade aos comandos constitucionais, como a substantiva, a legalista, a mista, a principiológica em sentido estrito e a da juridicidade (ou principiológica em sentido amplo).

É bem verdade que o uso dos conteúdos jurídicos abertos (*standards*) no Direito Administrativo Disciplinar tem sofrido diversas críticas: para alguns, somente podem ser utilizados em infrações leves, e não naquelas graves, puníveis com suspensão ou demissão⁹; para outros, a utilização é vedada por vigente afronta ao princípio da segurança jurídica e da justiça das

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p. 669.

⁹ CRETILLA JÚNIOR, José. *Prática de processo administrativo*. 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 87.

decisões disciplinares^{10,11}, porquanto tipos abertos podem ensejar mudanças de entendimentos, contrária ao princípio da proibição de comportamento contraditório ao Poder Público¹².

Como quer que seja, estão eles presentes em quase todos os tipos disciplinares, de forma que seu afastamento tornaria praticamente impossível a punição, por meio de Processo Administrativo Disciplinar, dos atos ímprobos e imorais, bem como dos seus deletérios efeitos.

Sendo assim, entende-se que o conceito de improbidade administrativa merece ser compreendido com esteio na Teoria Legalista, que procura preencher o conceito aberto de acordo com as fontes formais do próprio Direito, depurando-o com o auxílio de outros signos e significados jurídicos, retirados do próprio ordenamento (conjunto de princípios e regras), e não de elementos extrajurídicos, de modo a se resguardar a segurança jurídica e suprimir-se ou minorar os efeitos negativos da atipicidade dos tipos administrativos. Assim, na densificação do conceito não seria possível se valer, o intérprete, de outros conteúdos abertos, ainda que jurídicos, porque não se pode preencher um sentido vago com outro igualmente vago.

Amparado nessa noção, Marcelo Figueiredo salienta que “será ato de improbidade o que a lei determinar, desde que seu conteúdo seja preenchido pelo legislador ordinário, a partir de critérios objetivos”¹³. No mesmo sentido, Alexandre de Moraes leciona:

¹⁰ TÔRRES, Heleno Taveira. *Limites do Planejamento Tributário e a Norma Brasileira Anti-Simulação*. Grandes Questões Atuais do Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001, p. 133.

¹¹ DEZAN, Sandro Lúcio. *O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imputação subjetiva*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 556, 14.jan.2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6154>>. Acessado em 10 de abril de 2012.

¹² FACCI, Lucio Picanço. *A proibição de comportamento contraditório no âmbito da Administração Pública: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas*. In: Revista da AGU 118, novembro de 2011.

¹³ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 51.

Atos de improbidade administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificados em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da Administração Pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário.¹⁴

Por tudo isso, a aceção de tal conceito deve ser realizada sob um aspecto jurídico, determinado pela lei e cuja finalidade seja evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado. Destarte, não se pode aceitar que seu conteúdo possa ser explicado com base em qualquer noção vulgar de moralidade, de forma a não caracterizar uma situação de totalidade punitiva que, além de desnecessária, gera uma realidade de insegurança jurídica, situação que não pode, nem deve, ser tutelada pelo ordenamento jurídico, até porque a Ciência funda-se, de regra, por oposição ao senso comum.

Muito embora a Constituição tenha reputado valiosa a probidade administrativa, a ser protegida administrativa, civil e penalmente, a Lei 8.112/1990 não definiu tal conceito, de modo que se torna imprescindível um diálogo de complementaridade entre o Estatuto Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União e a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), o que é plenamente possível, haja vista que “interpretar uma norma é interpretar um sistema inteiro”¹⁵.

Essa interpretação legalista é reconhecida por órgãos da Advocacia-Geral da União, como a Procuradoria-Geral da União:

Assim, apresentamos a seguinte conceituação: *improbidade administrativa* é o ato desonesto praticado por qualquer agente público,

¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 339.

¹⁵ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 47.

servidor ou não, contra a administração pública, que enseje enriquecimento ilícito¹⁶, cause prejuízo ao Erário¹⁷ ou atente contra os princípios¹⁸ da administração pública.¹⁹

Assim, é perceptível que a adoção da Teoria Legalista permite afastar os inconvenientes do princípio da atipicidade em matéria de ilícitos administrativos, principalmente a insegurança jurídica dos administrados.

2.2. O ART. 11 DA LEI 8.429/1992

Doravante, para esclarecimento da conclusão a que se pretende chegar acerca do exercício da advocacia privada como ato de improbidade administrativa, torna-se oportuna a transcrição do art. 11, *caput*, da Lei 8.429/1992, o qual determina, de forma não exaustiva²⁰, alguns atos que devem ser considerados ímprobos:

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

É importante destacar que, apesar de a redação do dispositivo acima ser deveras ampla, a sua interpretação deverá

¹⁶ Art. 9º da Lei 8.429/1992.

¹⁷ Art. 10 da Lei 8.429/1992.

¹⁸ Art. 11 da Lei 8.429/1992.

¹⁹ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Escola da Advocacia-Geral da União. *Manual de Procedimentos de Iniciativas Administrativas e Judiciais para Atuação Pró-Ativa*. Coordenação: André Luiz de Almeida Mendonça Brasília: Escola da Advocacia-Geral da União, 2009, p. 33.

²⁰ Para Marçal Justen Filho, “a moralidade e a probidade administrativa são princípios de conteúdo inespecífico, que não podem ser explicados de modo exaustivo. A explicação, nesse ponto, será sempre aproximativa”. (FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 68-69.

ser feita com prudência, nos moldes da Teoria Legalista supramencionada. Tal cautela já foi recomendada pelo Superior Tribunal de Justiça, como se pode visualizar:

3. No caso específico do art. 11 é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente de má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa.²¹

Em que pese o art. 11 da lei indicar os deveres que, uma vez violados, encetariam a improbidade administrativa, as noções apresentadas demandam do aplicador do Direito a continuidade do trabalho hermenêutico para o fim de assentar o que constituiria “honestidade”, “legalidade”, “imparcialidade” e “lealdade às instituições”.

Por conseguinte, ao vislumbrar-se a ocorrência de violações legais eivadas de desonestidade, deslealdade, imparcialidade e ilegalidade, torna-se necessário aquilatar o fato, de modo a extrair dele a sua real natureza e gravidade, para conferir ao dispositivo maior eficácia à proteção da probidade administrativo, de sorte que não se pode perder de vista a finalidade da Lei 8.429/1992, a qual foi elucidada em recente manifestação da Consultoria-Geral da União, aprovada pelo Advogado-Geral da União:

42. Por fim, o combate à improbidade administrativa, como foi tratado pela Constituição Federal e pela Lei n. 8.429/92, deve ser analisado segundo sua finalidade de tutela da moralidade administrativa e proteção do interesse público. Como o seu próprio *nomen iuris* indica, a Lei n. 8.429/92 tem na moralidade administrativa o bem

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 48.037/SP*.

jurídico protegido por excelência, *devendo o intérprete fazer a leitura de seus dispositivos de forma a conferir maior eficácia a essa proteção.*²²
(Grifou-se)

Por conseguinte, se é “absolutamente certo e inegável que o incorruptível se antepõe ao corruptível”, como confessa Agostinho de Hipona²³, certo igualmente é que entre uma e outra noções antitéticas deve existir uma gradação, a qual é denominada, na Ciência Jurídica, princípio da proporcionalidade. Assim, é a verificação adequada, razoável e proporcional da conduta que irá determinar, em cada caso concreto, a existência ou não da infração, sua dimensão, gravidade e penalidade. Em relação à questão, incidente sobre a repercussão dispare de situações fáticas aproximadas (que gerem advertência ou demissão), a Controladoria-Geral da União adverte:

A lista de irregularidades que se pode imputar ao servidor encontra-se nos arts. 116, 117 e 132 da Lei n. 8.112, de 11/12/90. O art. 116 elenca deveres do servidor; o art. 117 elenca proibições do servidor; e o art. 132 elenca as graves infrações estatutárias.

A leitura atenta desses três artigos demonstra, em diversas passagens, que o legislador previu ser possível que determinadas condutas, dependendo de condicionantes (tais como o *animus* do servidor, a intensidade, a frequência, etc.), em rápida análise, tanto pode, em um extremo, nem sequer configurar infração disciplinar (por vezes, apenas mera crítica de índole ética ou moral); quanto pode ser

²² BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. *Parecer 113/2010/DECOR/CGU/AGU*, aprovado pelo Advogado-Geral da União em 24 de janeiro de 2011.

²³ DE HIPONA, Agostinho de. *Confissões*. In: Coleção Os Pensadores. Nova Cultural: São Paulo, 1996, p. 175.

enquadrada administrativamente como infração disciplinar leve (punível com advertência ou, no Maximo, suspensão, em regra, em atitudes culposas); como pode também ser enquadrada administrativamente como infração grave (punível com pena capital, em regra, em atitude dolosa); e, no outro extremo, no limite máximo, pode ser enquadrada como improbidade administrativa, que e infração gravíssima (punível administrativamente com pena capital e judicialmente com outras penas severas).

[...]

São diversos os exemplos que se podem listar de irregularidades encadeadas como que em degraus de crescente gravidade, apesar de a principio parecerem ter uma mesma conformação fática.

[...]

A diferenciação, em síntese, entre tais condutas extremadas reside basicamente na configuração do elemento subjetivo do infrator: se agiu com culpa (com negligência, imperícia ou imprudência) ou se agiu com dolo (com intenção e consciência do resultado ou assumindo o risco do resultado). Conforme melhor já se aduziu em **4.5.3**, a solução desses conflitos aparentes de normas passa por critérios de alternatividade, especialidade, subsidiariedade e consunção. E, também em apertadas palavras, sintetiza-se que, a menos da desídia (inciso XV do art. 117 da Lei n. 8.112, de 11/12/90), o regime administrativo disciplinar exige a existência de elementos indicadores do dolo para a aplicação das penas expulsivas, enquanto que, em regra, as atitudes

culposas ensejam penas brandas.

[...]

Uma vez que a configuração do elemento subjetivo importa relevantemente na configuração do ilícito e, mediante a vinculação prevista na Lei n. 8.112, de 11/12/90, na penalidade cabível, tem-se que a comissão deve ter sob atenção a grande responsabilidade do ato de enquadrar na Lei o fato irregular comprovado com a instrução probatória. E, para isso, deve dedicar especial atenção à configuração do ânimo subjetivo com que o servidor cometeu a conduta comprovada. Daí, para citar os enquadramentos gravosos mais comuns, não cabe à comissão enquadrar no art. 117, IX (valimento de cargo) e/ou no art. 132, IV (improbidade administrativa), ambos da Lei n. 8.112, de 11/12/90, e conseqüentemente, propor aplicação de pena expulsiva, se não coletou nos autos elementos minimamente indicadores da conduta dolosa do servidor.

É necessário atentar que o Estatuto tem (sobretudo para as infrações que importem em penas de advertência e de suspensão) enquadramentos atípicos de forma que, na situação hipotética prevista pelo legislador em um determinado inciso dos seus arts. 116, 117 ou 132, cabem inúmeras condutas práticas da vida concreta. Daí, enquadrar o fato apurado em algum desses incisos abrangentes (o que, em visão precipitada, parece ser fácil) revela-se tarefa difícil e de grande responsabilidade, devido às diferentes repercussões.

A comissão precisa levar em conta todas as condicionantes daquela conduta e do agente, à luz

da razoabilidade, da proporcionalidade, do bom senso, da equidade, do equilíbrio, do senso de justiça e da impessoalidade, para enquadrar no inciso mais adequado e justo. Até é verdade, como se verá em 4.10.4.1, que, diante de uma conclusão dissociada das provas dos autos, pode a autoridade julgadora corrigir o enquadramento proposto pela comissão. Mas há situações em que a proposta da comissão pode não ser a mais adequada mas não chega a ser flagrantemente contrária à prova dos autos, de forma que fica mais difícil a motivação para a autoridade julgadora alterar e aplicar o enquadramento ótimo.²⁴

Assim já assentou a Casa Correcional da AGU, notadamente sobre a advocacia privada:

82. A proibição contida no art. 28, inc. I da LC 73/1993 abrange desde o exercício episódico e eventual da advocacia fora das atribuições institucionais até a atuação regular, constante e massiva. É necessário, portanto, que a penalidade seja aplicada de forma proporcional ao modo e intensidade em que se desenvolveu a atuação privada.²⁵

Nota-se, portanto, que é necessária a verificação adequada, razoável e proporcional da conduta que irá determinar, em cada caso concreto, a existência ou não de infração, sua dimensão, gravidade e consequente penalidade, razão pela qual são a natureza e os contornos do exercício da advocacia privada que irão determinar a exata infração e a penalidade razoável e proporcionalmente aplicáveis, ainda que, abstratamente, a ele pudesse ser dado o mais variado enquadramento administrativo, desde o mais simples, punido

²⁴ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Op. cit.*, p. 410-15.

²⁵ BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Nota Técnica CGAU/AGU 331/2008*.

com advertência, até o mais grave, punido com demissão.

3 – DA ADVOCACIA PRIVADA COMO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Ao considerar-se que “nem toda ilegalidade deve ser havida como improbidade”²⁶, não resta dúvida de que a advocacia privada exercida episodicamente acarreta a pena de suspensão, por infringir o advogado público a proibição do exercício de atividade incompatível com o cargo e o horário de trabalho.

Entretanto, há um diferencial entre o membro de carreira que advoga privadamente em situação episódica e o que a pratica de forma profissional e habitual: o primeiro infringe a vedação legal, mas não é desonesto, porque continua a exercer seu *múnus público*, que é afetado pela conduta infratora, porém não de forma substancial; o segundo, ao contrário, tem sua atitude voltada para a advocacia privada, de forma que sua atitude, além de infringir a proibição legal, a qualifica, por descumar dos deveres de honestidade e de lealdade às instituições, este por se valer, para atuar em benefício da atividade privada, da qualificação que o tempo de serviço jurídico público lhe conferiu, e aquele por atuar com o propósito deliberado de exercer a advocacia privada permanentemente em detrimento da pública, de modo a satisfazer seu interesse particular de advogar, agregando ao fato tamanha gravidade que resta caracterizada a improbidade administrativa.

O que irá caracterizar a grave violação à norma que proíbe o exercício da advocacia privada em ato de improbidade administrativa é justamente o fato de que, por ser praticado conscientemente e com habitualidade pelo advogado público,

²⁶ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Escola da Advocacia-Geral da União. *Op. cit.*, p. 44.

sobressai dele a desonestidade e a deslealdade à AGU, prescindindo a existência de dano direto ao erário e de enriquecimento ilícito, segundo remansosa jurisprudência do STJ²⁷ e decisão monocrática no Supremo Tribunal Federal²⁸.

Ou seja, o agente não apenas agiu de forma incompatível com a moralidade administrativa, exercendo atividade de advocacia privada proibida, mas também foi desleal com a sua Instituição e, de forma desonesta, ao longo do tempo, atendeu seu interesse particular de exercer a advocacia privada em detrimento do interesse da advocacia pública, valor juridicamente tutelado.

Nada obstante a exigência ou não do dolo para comprovação da improbidade do tipo do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa ser controvertida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que ora o exige²⁹, ora o considera desnecessário³⁰, a AGU tem entendimento vinculante asseverando que, ao menos do ponto de vista do regime jurídico administrativo, a improbidade é ato doloso³¹.

Mentir, fraudar e enganar são expressões sinonímicas de desonestidade. Portanto, para que tenha exercido permanentemente a advocacia privada, o advogado público falta ao serviço e falha com o interesse público, haja vista que o tempo é uno, sendo impossível multiplicá-lo, por mais inteligente, organizado e prolífico que seja o indivíduo, ou seja, se bem atendeu à atividade particular, malmente serviu à pública. Não há negar que quem, por tanto tempo, exerce a advocacia privada em prejuízo da pública, mente aos seus

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recursos Especiais 1.200.125/RS, 488.842/SP, 1.003.179/RO, 737.279/PR, 1.011.710/RS, 604.151/RS, 711.732/SP, 650.674/MG, 541.962/SP e 728.341/SP.*

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 567.460.*

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 765.212/AC.*

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 728.341/SP, 915.322/MG e 737.279/PR.*

³¹ BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer AGU GQ-200.*

colegas de repartição, engana os seus superiores hierárquicos e fraudas as atribuições do cargo em que se investira, na medida em que dedica seu tempo ao privado e não ao público.

Em seus julgamentos, a CGAU/AGU tem acentuado:

31. A improbidade administrativa promove o desvirtuamento dos fundamentos básicos da moralidade, afrontando os princípios da ordem jurídica. Nesse sentido, pode-se conceituar o ato de improbidade administrativa como sendo todo aquele praticado por agente público, contrário às normas da moral, a lei e aos bons costumes, com visível falta de honradez e de retidão de conduta no modo de agir perante a Administração Pública direta ou indireta.

32. Com efeito, atentou o indiciado contra os princípios da Administração Pública, praticando ato de improbidade, consistente no desvio ético de sua conduta funcional, que deverá resultar em uma consequente inabilitação moral.

[...]

50. [...] Ademais, quando a conduta fere vários dispositivos da Lei n. 8.112, de 1990, a aplicação da penalidade mais grave absorve as menos severas.³²

Do ponto de vista do valor que se conferiu à proibição de advogar, a conduta do advogado público que se dedica com habitualidade ao exercício da advocacia privada é mais grave que aquela que consiste em atuação esporádica, por demonstrar a toda luz a má-fé com que o agente atuava. Conseqüentemente, a norma aplicável ao caso deve ser aquela que reprima de forma mais veemente esse maior desvalor normativo.

³² BRASIL. Advocacia-Geral da União. Corregedoria-Geral da Advocacia da União. *Parecer 27/2011-CGAU/AGU*.

4 – DAS PENAS

Inicialmente, digna de registro é a lembrança de que um único fato, por si, enseja a infração à proibição de advogar particularmente:

16. Como se sabe, não existe nenhum dispositivo legal em nosso ordenamento jurídico afirmando que os atos ilícitos só serão punidos no caso de prática reiterada. Ao contrário, a lei determina é que quando comprovada a ocorrência de uma única irregularidade, deverá ser aplicada a sanção prevista na respectiva legislação de regência, observado o devido processo legal.

17. [...] Pois, o que a legislação transcrita acima proíbe, expressamente, é a prática de advocacia privada pelo membro das carreiras jurídicas da AGU, seja ela reiterada ou não, com ou sem remuneração.³³

Assim, a mera conduta do advogado público que exerce advocacia privada enseja, por si só, a punição do ato, a qual deverá considerar os princípios destacados no art. 2º da Lei 9.784/1999, bem como as circunstâncias e especificidades em que o fato ocorreu, afinal, “o fato nunca é acontecimento isolado, mas um conjunto de circunstâncias”, como diria Miguel Reale³⁴.

Nesse sentido, nota-se que o Advogado-Geral da União tem aplicado a suspensão aos integrantes da Instituição que, esporadicamente, pratiquem a advocacia privada, por infração às normas proibitivas antes indicadas e ao art. 117, inc. XVIII, da Lei 8.112/1990, amparado nas notas e pareceres de apoio ao julgamento, formulados pela Consultoria-Geral da União

³³ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Corregedoria-Geral da Advocacia da União. Nota CGAU/AGU 54/2009.

³⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19 Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 552-553.

(CGU/AGU) e pela Corregedoria-Geral da Advocacia da União (CGAU/AGU). Assim, examina-se o Glossário da CGAU/AGU:

O exercício da advocacia privada por Membro da AGU está expressamente proibido em lei.

Aplica-se a punição de suspensão (arts. 117, inciso XVIII, e 130 da Lei n. 8.112/1990).

A suspensão pelo exercício da advocacia privada correspondeu a cerca de 30% das punições aplicadas pelo Advogado-Geral da União nos anos de 2007 e 2008 (até outubro).³⁵

Veja-se que, no passado, quando o apoio ao julgamento estivera cometido à Consultoria-Geral da União e não à Corregedoria-Geral da Advocacia da União, fora cominada suspensão de 30 (trinta) dias para a hipótese de exercício de advocacia privada por bacharel em Direito integrante do quadro de Escola Agrotécnica Federal, num único processo trabalhista, logo após o advento da Lei 9.651/1998. O caso, inclusive, consta de Parecer vinculante³⁶.

Portanto, se a variedade das situações concretas relativas à advocacia privada fosse resumida na prática de um único ou de múltiplos atos, razoável seria a fixação de maior quantidade de dias de suspensão conforme previsão discricionária conferida pela Lei 8.112/1990 ao julgador.

Contudo, tal visão é reducionista, visto que há hipóteses em que, para além da multiplicidade, a advocacia é praticada com habitualidade, conceitos que não se confundem, porquanto o suporte fático em que a advocacia privada ocorre num único ou em diversos casos não é da mesma natureza do suporte

³⁵ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Corregedoria-Geral da Advocacia da União. *Glóssário (atos normativos e entendimentos)*. In: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=74387&id_site=531&aberto=&fechado=. Acessado em: 8 de julho de 2012.

³⁶ BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer AGU GM-17*.

fático em que ela é exercida habitualmente.

Na advocacia privada esporádica, a suspensão parece corresponder suficientemente à falha funcional, variando a quantidade de dias conforme as circunstâncias em que o fato foi praticado. Para a ocorrência de um fato, há registro de 30 (trinta) dias de suspensão, como antes assinalado. No caso de advocacia privada habitual, a fórmula clássica da suspensão, como proposta pelas decisões da AGU, – ainda que aplicado fosse o seu limite máximo de 90 (noventa) dias –, não parece ser suficiente para atender à providência administrativa que se espera do julgador diante desse novo caso, o qual desvirtua mais gravemente os valores tutelados pelo ordenamento jurídico.

Desta feita, ao harmonizarem-se tridimensionalmente a *ratio* das normas que vedam a advocacia privada, o fato, o seu contexto, devidamente minudenciado, e o valor que juridicamente os une, verifica-se que o exercício permanente da advocacia fora das atribuições do cargo por advogado público caracteriza ato de improbidade administrativa, violador do dever de honestidade, de legalidade e de lealdade às instituições, punido com demissão, *ex vi* do art. 132, inc. IV, da Lei 8.112/1990 c/c art. 11, *caput*, da Lei 8.429/1990, não restando, no que pertine à pena, qualquer margem de discricionariedade por parte da autoridade administrativa, conforme Parecer Vinculante GQ nº 177.

5 – DA CONCLUSÃO

A) A improbidade administrativa deve ser entendida sob uma perspectiva jurídica *stricto sensu*, adotando-se os conceitos legais próprios e afastando o tipo aberto.

B) O exercício da advocacia fora das atribuições institucionais por advogado público é expressamente proibido pela norma contida no art. 28, inc. I, da Lei Orgânica da

Advocacia-Geral da União, consoante interpretação consolidada pela Orientação Normativa AGU 27/2009.

C) A conduta do advogado público que exerce advocacia privada com habitualidade afronta, diretamente, os princípios e deveres administrativos, mormente os de honestidade e de lealdade à Instituição, e, conseqüentemente, uma das finalidades da Constituição Republicana, qual seja a probidade administrativa, de forma que se justifica o estabelecimento de condenação mais grave que a advertência e que a suspensão, sob pena de legitimar-se a cultura de improbidade e imoralidade no âmbito da Advocacia-Geral da União, que, como se sabe, é Instituição que desenvolve esforço coletivo no sentido de reprimi-la e preveni-la, “demandando cada vez mais esforços dos membros da carreira para o combate eficaz a todo o tipo de lesão ou tentativa de lesão aos interesses públicos sob a cura da AGU”³⁷.

D) É razoável o entendimento de que o exercício habitual da advocacia privada por advogado público da União constitui ato de improbidade administrativa, apenado com demissão, nos termos dos arts. 132, inc. IV, da Lei 8.112/1990 c/c art. 11, *caput*, da Lei 8.429/1992, por constituir infração aos deveres de legalidade, lealdade à AGU e de honestidade a que todo servidor está jungido, os quais tem o advogado público, na condição de membro de carreira do serviço jurídico federal, o especial dever constitucional e legal de defender.

E) Tal conceito de improbidade administrativa é alcançado por aplicação da Lei 8.429/1992, utilizando-se um diálogo de complementaridade, haja vista que, com um enfoque meramente administrativista, baseado no Regime Jurídico dos Servidores Cíveis da União, o caráter aberto do conceito de ato ímprobo o enodoaria de uma manifesta ineficácia disciplinadora.

³⁷ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Escola da Advocacia-Geral da União. *Op. cit.* p. 11.



6 – BIBLIOGRAFIA

1. BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. *Parecer 06/2009/MP/CGU/AGU*, da lavra do Consultor da União Miguel Pró de Oliveira Furtado, aprovado pelo Despacho do Consultor-Geral da União 524/2009 e pelo Despacho do Advogado-Geral da União Interino, de 9 de abril de 2009.
2. _____. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. *Parecer 113/2010/DECOR/CGU/AGU*, aprovado pelo Advogado-Geral da União em 24 de janeiro de 2011.
3. _____. Advocacia-Geral da União. Corregedoria-Geral da Advocacia da União. *Parecer 27/2011-CGAU/AGU*.
4. _____. Advocacia-Geral da União. Corregedoria-Geral da Advocacia da União. *Nota CGAU/AGU 54/2009*.
5. _____. Advocacia-Geral da União. Corregedoria-Geral da Advocacia da União. *Glóssário (atos normativos e entendimentos)*. In: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=74387&id_site=531&aberto=&fecado=. Acessado em: 8 de julho de 2012.
6. _____. Advocacia-Geral da União. Escola da Advocacia-Geral da União. *Manual de Procedimentos de Iniciativas Administrativas e Judiciais para Atuação Pró-Ativa*. Coordenação: André Luiz de Almeida Mendonça Brasília: Escola da Advocacia-Geral da União, 2009, p. 33.
7. _____. Advocacia-Geral da União. Escola da

- Advocacia-Geral da União. *Op. cit.*, p. 44.
8. _____. Advocacia-Geral da União. Escola da Advocacia-Geral da União. *Op. cit.* p. 11.
 9. _____. Advocacia-Geral da União. *Nota Técnica CGAU/AGU 331/2008*.
 10. _____. Advocacia-Geral da União. *Parecer AGU GM-17*.
 11. _____. Advocacia-Geral da União. *Parecer AGU GQ-200*.
 12. _____. Controladoria-Geral da União. *Op. cit.*, p. 410-15.
 13. _____. Controladoria-Geral da União. *Treinamento em processo administrativo disciplinar (PAD) - Formação de membros de comissões*, p. 371-5. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Apostila%20de%20Texto%20CGU.pdf>>. Acessado em: 24 de junho de 2012.
 14. _____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 48.037/SP*.
 15. _____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 728.341/SP, 915.322/MG e 737.279/PR*.
 16. _____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 765.212/AC*.
 17. _____. Superior Tribunal de Justiça. *Recursos Especiais 1.200.125/RS, 488.842/SP, 1.003.179/RO, 737.279/PR, 1.011.710/RS, 604.151/RS, 711.732/SP, 650.674/MG, 541.962/SP e 728.341/SP*.
 18. _____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4036*. Manifestação da Advocacia-Geral da União.
 19. _____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 567.460*.
 20. CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática de processo administrativo*. 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 87.

21. DE HIPONA, Agostinho de. *Confissões*. In: Coleção Os Pensadores. Nova Cultural: São Paulo, 1996, p. 175.
22. DEZAN, Sandro Lúcio. *O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imputação subjetiva*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 556, 14.jan.2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6154>>. Acessado em 10 de abril de 2012.
23. FACCI, Lucio Picanço. *A proibição de comportamento contraditório no âmbito da Administração Pública: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas*. In: Revista da AGU 118, novembro de 2011.
24. FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 51.
25. FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 68-69.
26. FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 47.
27. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 9.
28. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 339.
29. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19 Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 552-553.
30. _____. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 65.
31. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p. 669.
32. TÔRRES, Heleno Taveira. *Limites do Planejamento Tributário e a Norma Brasileira Anti-Simulação*. Grandes Questões Atuais do Direito Tributário. São

Paulo: Dialética, 2001, p. 133.