

## ADVOCACIA PÚBLICA CONTRA O DOGMA DA INTANGIBILIDADE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO

Diógenes Ivo Fernandes de Sousa silva<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo confrontar o paradigma do legalismo, diante da força normativa da Constituição. A Administração Pública teve de se adaptar as diretrizes normativas contidas na Constituição Federal de 1988, mas alguns gestores teimam em não abandonar certas posturas pouco republicanas ao usar o patrimônio público para atender fins estritamente privados. A doutrina moderna tem debatido sobre o aperfeiçoamento do controle interno, cumprindo assim um dever cívico-jurídico de pesquisar meios para aperfeiçoar para atender aos anseios da sociedade neste período da nova República. Não obstante a necessidade de certa margem de liberdade de atuação, o gestor público não pode se ocultar por detrás de uma roupa de aparente legalidade, para encobrir desvios de qualquer espécie e abuso de sua autoridade.

**PALAVRAS-CHAVE:** controle, juridicidade, advocacia pública, interesse público, primário.

**ABSTRACT:** This article has as objective to confront the paradigm of legalism, before the normative force of the Constitution. The Public Administration had to adapt the normative guidelines contained in the Federal Constitution of 1988, but some managers insist on not abandoning certain unreplicant positions when using the public patrimony to serve strictly private ends. Modern doctrine has debated on the improvement of internal control, thus fulfilling a civic-legal duty to research means to perfect to meet the yearnings of society in this period of the new Republic. Notwithstanding the need for a certain margin of freedom of action, the public manager cannot hide behind a clothing of apparent legality, to cover up deviations of any kind and abuse of authority.

**Keywords:** control, legality, public advocacy, public interest

### INTRODUÇÃO

O direito administrativo como qualquer ramo do direito responde as evoluções culturais e sociais. Com a promulgação da Constituição Federal inaugurou-se nova era no Brasil. O exercício do poder deve ser sempre vigiado. As políticas públicas deveriam servir a sociedade e concretizar as normas e valores constitucionais. Em última análise, o arcabouço jurídico atual deverá dar condições ao povo de alcançar a felicidade. Para tanto, o ambiente social deverá ser permeado de liberdade e segurança jurídica, contrabalanceado com limites justos e democráticos. Para que os desideratos constitucionais sejam alcançados e sustentados, os advogados públicos constituem numa

---

<sup>1</sup> Professor da Ucam - Centro. Mestrando em direito na Universidade Candido Mendes. Procurador da Fundação CECIERJ. Membro da ABRAP e AAPARJ. E-mail: [diogenesivo@gmail.com](mailto:diogenesivo@gmail.com)

engrenagem vital para o sucesso das políticas públicas, assim como na fiscalização preventiva dos atos administrativos. Ao atuar profilaticamente prejuízos com o dinheiro público serão evitados, seja para prevenir erros e ilegalidades ou no combate a corrupção.

A evolução social através da história proporcionou à sociedade do século XXI a consolidação de direitos, notadamente manifestados em liberdades públicas. Mitos e dogmas não tem lugar no estudo à aplicação do ordenamento jurídico. Argumentos de pura autoridade referente a institutos como a delimitação do interesse público e o mérito administrativo, apenas servem como esteio para se perpetrarem ilegalidades e desvios de todas as espécies.

## INTERESSE PÚBLICO

A expressão do princípio do atendimento do interesse público<sup>2</sup> deve ser vinculada ao *bem de toda a coletividade*, ou seja, à percepção geral das exigências da vida na sociedade. Segundo a inteligência das lições extraídas de Juan Carlos Cassagne<sup>3</sup>, esse princípio vem elencado tradicionalmente como a base de vários institutos e normas do direito administrativo e, também, de prerrogativas e decisões. Por vezes, de modo equivocado, *se invoca o seu atendimento, com o sentido de atendimento de interesse (“supremo”) fazendário ou para justificar decisões arbitrárias*. Referido princípio direciona a atividade da Administração no sentido da realização do interesse da coletividade e não de interesses administrativo-burocrático, das autoridades, dos partidos políticos... Assim, a finalidade da atuação da Administração situa-se no atendimento do interesse público constitucionalmente posto e pressuposto<sup>4</sup>. O

---

<sup>2</sup> MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 p. 34.

<sup>3</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Os Grandes Princípios de Direito Público: Constitucional e Administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2017 P. 52.

<sup>4</sup> “[...] Relembro que o direito pressuposto é fundamentalmente princípios, embora nada obste a que nele vicejem regras (normas jurídicas cujo grau de generalidade é mais estreito do que o grau de generalidade dos princípios). Se tomarmos como ponderável a previsão da estruturação de um novo direito, conseqüente à desestruturação do direito moderno/formal — estruturação conformada pela consideração dos princípios jurídicos resgatados do direito pressuposto —, se tanto for entendido como ponderável, a reflexão que desenvolvi poderá apresentar alguma virtude. A estruturação do “novo direito”, que há de suceder o direito moderno/formal, há de ser substancialmente informada pelos novos discursos jurídicos (discursos que falam do direito) que produzam os que não se contentam em apenas descrever o direito, aspirando a transformá-lo. A concepção do direito pressuposto enseja o robustecimento desses discursos.” GRAU, Eros. Direito Posto e Pressuposto. 7<sup>a</sup>. São Paulo: Malheiros. P. 79

desvirtuamento dessa finalidade suscita o vício do desvio de poder ou desvio de finalidade.

Desta feita, se torna inequívoca a vontade da Constituição Federal em determinar, que o Estado sirva a sociedade e não ao contrário. Resta consignar que o Estado, como toda nau precisa de uma tripulação engajada em navega-la. Do contrário fica-se ao sabor do capitão resmungão e seus asseclas, do tempo e das tempestades. A omissão não trará nenhum proveito útil. Desta feita a fiscalização popular, aqui exemplificada pela Ação Popular, é medida de primeira ordem para se alcançar o desenvolvimento da nau Brasil. O destino do navio descontrolado é irremediavelmente a ruína. A realização das políticas são realizadas pelos Entes Federativos e suas respectivas entidades autárquicas e fundacionais de direito público. Como eles existem para servir a sociedade, ainda se faz necessidade de destrinchar o conceito de interesse público<sup>5</sup>, fato este que necessariamente norteará a atuação da Advocacia Pública<sup>6</sup>. O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>7</sup> nos traz à baila a distinção feita pela doutrina italiana entre as duas acepções elementares do dito interesse públicas, in verbis:

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

---

<sup>5</sup> [...] havendo conflito, o interesse público primário deve prevalecer sobre o interesse público secundário, que diz respeito ao aparelhamento administrativo do Estado. Por isso mesmo, é possível afirmar, sem medo de errar, que a advocacia pública, no exercício de suas atribuições constitucionais, não atua em defesa do aparelhamento estatal ou dos órgãos governamentais, mas em defesa do Estado, pois este é que titulariza o interesse público primário...” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Advocacia Pública como Função Essencial a Justiça. [http://genjuridico.com.br/2016/11/01/a-advocacia-publica-como-funcao-essencial-a-justica/?utm\\_source=ALLINMAIL&utm\\_medium=email&utm\\_content=145423805&utm\\_campaign=Info\\_prof\\_genJu\\_101116\\_DOC&utm\\_term=\\_\\_gci5y.zy9m.lq.jn.yh9m.l2.r.w.y.a9mdp.n.x.zu.v2.zvl.g.z](http://genjuridico.com.br/2016/11/01/a-advocacia-publica-como-funcao-essencial-a-justica/?utm_source=ALLINMAIL&utm_medium=email&utm_content=145423805&utm_campaign=Info_prof_genJu_101116_DOC&utm_term=__gci5y.zy9m.lq.jn.yh9m.l2.r.w.y.a9mdp.n.x.zu.v2.zvl.g.z) acesso em 10/11/2016

<sup>6</sup> Procuratura: “a categoria das funções essenciais” à justiça e os respectivos órgãos das procuratura constitucionais, como responsáveis pelo exercício do poder público indispensável par zelar, acautelar e promover importantes interesses públicos, difusos, coletivos e até individuais, nas múltiplas relações intra-sociais, entre sociedade e Estrado e intra-estatais. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais a Justiça. Revista de Direito. PGE-RJ. Vol. 45. [http://download.rj.gov.br/documentos/10112/928863/DLFE48751.pdf/Revista45Doutrina\\_pg\\_41\\_a\\_57.pdf](http://download.rj.gov.br/documentos/10112/928863/DLFE48751.pdf/Revista45Doutrina_pg_41_a_57.pdf) acesso em 16/05/2016

<sup>7</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 57-58.

Neste diapasão, pela classificação aqui adotada, pode ser depreendido que a defesa do patrimônio coletivo, tem por maior bem a Constituição Federal e as normas infra legais que a cercam, sendo certo que os interesses e aspirações dos entes, entidades estatais e gestores possuem caráter eminentemente subalterno. *In casu*, o advogado vive para servir na constante luta contra a ignorância, o erro, injustiça, opressão, tirania e no combate contra a corrupção. Ademais, em virtude do seu mandato constitucional, deve atuar pela manutenção da liberdade, do estado democrático de direito, ética <sup>8</sup> e pela autodeterminação dos indivíduos. Portanto, o advogado esta intrinsecamente ligado com a defesa do interesse público primário e com o direito justo, consolidando assim, a pratica de uma advocacia tipicamente de estado e democrática. A proposito, este também é o pensamento defendido pela prof<sup>a</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>9</sup> externado quando tratou das funções do advogado público em renomado estudo a seguir transcrito:

O papel do advogado público que exerce função de consultoria não é o de representante de parte. O consultor, da mesma forma que o juiz, tem de interpretar a lei para apontar a solução correta; ele tem de ser *imparcial*, porque protege a legalidade e a moralidade do ato administrativo; *ele atua na defesa do interesse público primário, de que é titular a coletividade, e não na defesa do interesse público secundário, de que é titular a autoridade administrativa.*

Assim, para que o advogado público consiga combinar as atribuições de função essencial à justiça, guardião do controle de juridicidade dos atos administrativos<sup>10</sup>, sentinela da prevenção à corrupção, *etc* há necessidade de existência de um arcabouço jurídico que dê condições mínimas de trabalho. Ela é personificada no instituto legal da prerrogativa. Como é cediço, elas não constituem benesses estatais, mas sim ferramentas

<sup>8</sup> [...] A ética é uma exigência necessária a qualquer atividade humana, máxime quando vai de encontro à tomada de decisões que repercutem nos interesses de outra pessoa ou da coletividade. CARLIN, Volney Ivo. Deontologia Jurídica: Ética e Justiça. 4<sup>a</sup>. Conceito Editorial. P. 52

<sup>9</sup> [http://genjuridico.com.br/2016/11/01/a-advocacia-publica-como-funcao-essencial-a-justica/?Utm\\_source=Allinmail&utm\\_medium=email&utm\\_content=145423805&utm\\_campaign=Info\\_prof\\_genju\\_101116\\_Doc&utm\\_term=\\_\\_gci5y](http://genjuridico.com.br/2016/11/01/a-advocacia-publica-como-funcao-essencial-a-justica/?Utm_source=Allinmail&utm_medium=email&utm_content=145423805&utm_campaign=Info_prof_genju_101116_Doc&utm_term=__gci5y).

zy9m.lq.jn.yh9m.l2.r.w.y.a9mdp.n.x.zu.v2.zvl.g.z acesso em 10/11/2016.

<sup>10</sup> Percebemos, por conseguinte, que por mais que a Advocacia Pública brasileira esteja inserida constitucionalmente no título das “funções essenciais à justiça”, *seu papel, hodiernamente, vai além da advocacia consultiva e postulatória, exercendo verdadeiro papel de defesa da própria regularidade de atos administrativos e do rito processual administrativo, além da defesa de interesses coletivos.* CUÉLLAR, Leila; PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. A Advocacia Pública e o combate à corrupção: destaque às previsões da Lei Anticorrupção. In: BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani (Coord.). *Prerrogativas da advocacia pública*. Belo Horizonte: Forum, 2016. P.

de trabalho a serviço da sociedade. Estas prerrogativas no sentir dos professores<sup>11</sup> Eroulths Cortiano Jr. E André Luiz Ramos constitui “... *instrumento de viabilização de políticas públicas, fim de facilitar a consecução do bem comum... a inviolabilidade assegurada ao advogado é garantia do cidadão, na advocacia pública é garantia dos cidadãos...*”. O propósito do Advogado deverá sempre ser digno. Precipualemente deverá perseguir e encarnar o ideal de justiça universal preconizada na Constituição Federal. Como Função Essencial a Justiça, a advocacia deve primar pelo estado democrático de direito justo. Nas palavras do prof<sup>o</sup>. John Rawls<sup>12</sup>, *in verbis*:

O princípio norteador é o de se estabelecer uma constituição justa que garanta as liberdades da cidadania igual. Os justos devem guiar-se pelos princípios da justiça e não pelo fato de que os injustos não podem se queixar...Desse modo, os princípios da justiça podem julgar entre moralidades opostas ...O que é essencial é, quando pessoas de convicções diferentes apresentam a estrutura básica exigências conflitantes, devido a princípios políticos, essas reivindicações sejam decididas em conformidade com princípios de justiça

Não obstante, o desafio que o tema impõe, o debate deve ser sempre inteligente e profícuo. Para aplicação da norma ao caso concreto, o hermeneuta<sup>13</sup> deve se cercar de cuidados para que o produto do seu trabalho intelectual, seja coerente com o ordenamento jurídico a qual faz parte, alcançando assim a já referida teleologia da norma. *Grandes injustiças e descalabros são frequentemente disfarçados com a máscara do exercício regular do direito*, notadamente quando o dinheiro público e poder encontram-se envolvidos. Nesta senda intelectual é a cátedra de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>14</sup>:

<sup>11</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. O Advogado Público e a inviolabilidade de seu instrumental de trabalho. In: BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani (Coord.). *Prerrogativas da advocacia pública*. Belo Horizonte: Forum, 2016. P. 97

<sup>12</sup> Rawls, Jonh. Uma Teoria da Justiça. Tradução Almiro Pisetta. Martins Fontes. 2000. P. 238

<sup>13</sup> A interpretação do direito objetivo destina-se a *determinar a extensão e a compreensão da norma jurídica*. Todo direito objetivo, sejam quais forem às formas de sua manifestação é passível de interpretação. Não precisa ser obscuro para que possa ser interpretado, pois que a clareza ou obscuridade já são resultados da interpretação: *quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio eius*.

A interpretação é indispensável à aplicação do direito. É, portanto, tarefa peculiar a quem aplica (juiz) ou contribui para aplicar o direito (jurista legislador). Com efeito, *a determinação da extensão e compreensão da norma jurídica é imprescindível para saber se o caso particular e concreto a resolver encerra ou não os limites da norma necessariamente geral e abstrata* [...] CHAMOUN, Ebert. Instituições de Direito Romano. Editora Rio. 1950. P. 44

<sup>14</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia de Estado Revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In GUEDES, Jefferson Carús; Souza, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais*. Belo Horizonte: Forum, 2009 p. 41.

Ora, as atividades desenvolvidas pelos Advogados de Estado se situam inequivocamente no plano das atividades-fim, ou seja: é ações voltadas ao estabelecimento, a manutenção, ao cumprimento e ao aperfeiçoamento da ordem jurídico e apenas secundariamente, referido ao aparelhamento do Estado.

Com efeito, o dever precípua cometido aos Advogados e Procuradores de qualquer das entidades estatais, é indiscutivelmente o de sustentar e de aperfeiçoar a ordem jurídica, embora secundariamente, mas *sem jamais* contrariar a primeira diretriz constitucional, possam esses agentes atuar em outras missões de natureza jurídicas administrativas voltadas para a atividade meio, como por exemplo, aquelas que se desenvolvam em sustentação às medidas governamentais...

...Mas é muito importante ter-se presente que, em caso de *colidência entre as atribuições secundárias, que porventura lhe sejam cometidas, com aquelas duas, primárias, estas deverão prevalecer sempre, por terem radical constitucional, ou seja, em síntese: por serem missões essenciais de sustentação da ordem jurídica*" (grifei).

Significa dizer que o compromisso do Advogado Público esta relacionado ao Ordenamento Jurídico (*interesse público primário*). Os objetivos da instituição (*interesse público secundário*) não influenciam em sua determinação ou no seu trabalho em defesa da juridicidade. Muito mais que a mera legalidade, o procurador público zela pela *legitimidade* dos atos administrativos, isto é, o desiderato reside na busca da solução justa de qualquer questão dentro do Ordenamento jurídico e não numa única norma isolada. Neste diapasão é o escólio de Odete Medauar<sup>15</sup>: "... conformidade ao justo... No direito administrativo pátrio a legitimidade, nesta acepção, mantém a interface, em especial, com o mérito, o interesse público, a moralidade administrativa". Não é dever do Advogado de Estado se arvorar para satisfazer os objetivos do Gestor e do seu programa de governo ou projetinho de poder dos seus afilhados. Portanto, o Advogado Público deve atuar pela viabilidade da política pública, desde que, o meio e o fim empregado estejam em estrito acordo com a Constituição Federal e com o direito justo. Corroborando com esta tese o prof<sup>o</sup> Claudio Granzotto<sup>16</sup> confere-nos a seguinte lição:

No exercício dessas atribuições, deve *estar buscando uma atuação pautada no interesse público primário ou até o secundário, desde que este não colida com aquele*. Não obstante a sua atuação deva estar voltada para a *consecução do interesse público, mormente o de viés primário*, a natureza de vinculação constitucional com os demais poderes, principalmente a estreita ligação com o Poder Executivo poderá desvirtuar essa missão. Movido à pressão de certos setores, *sem poder fazer uso de prerrogativas inerentes a magnitude de sua*

<sup>15</sup> MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública. Revista dos Tribunais. 3ª edição. P. 46

<sup>16</sup> [www.agu.gov.br/page/download/index/id/3431251](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/3431251) acesso em 28/10/2016

*função, inevitável seria o comprometimento com o seu senhor constitucional de defesa do interesse público.*

Portanto, eis a pedra fundamental do procurador público. Atender o ordenamento jurídico (*Advocacia de Estado*) e não aos interesses do ocupante temporário do cargo executivo (advocacia de governo: agrado aos desígnios políticos do Administrador sazonal)<sup>17</sup>. Os “objetivos institucionais” do Ente ou da Entidade sempre ficam para segundo plano e não podem servir de base para denegrir o trabalho do Procurador. Arrematando a questão, segue doutrina do prof<sup>o</sup>. Carlos Marden Coutinho<sup>18</sup>, *in verbis*:

[...] Nesse sentido, *cabe à Advocacia Pública exercer uma advocacia de Estado*, mediante a qual se assegure que o *governo se conduza de acordo com o Ordenamento Jurídico*. Em outras palavras, não cabe à Advocacia Pública envergar o Ordenamento Jurídico para que ele se faça conveniente ao governo, mas sim moldar o governo, para que ele realize a sua atividade nos termos das leis e da Constituição. Sendo assim, só se pode falar que a Advocacia Pública exerça uma Função Essencial à Justiça, se ela exercer junto ao governo uma Advocacia de Estado [...].

A ignorância quanto à discricionariedade<sup>19</sup> e o mérito administrativo invariavelmente levam ao desvio e o abuso. Evidentemente que tais condutas acobertadas

---

<sup>17</sup> Com muita vigor, o jurista afirma que o Advogado de Estado não é Advogado do Governo, muito menos do governante. *Ela está a serviço da sociedade: enquanto governos e governantes são transitórios, o Estado e a Advocacia de Estado são “projeções institucionais permanentes de toda a sociedade, o, que se reflete nas condições de suficiência e na própria natureza das respectivas investiduras constitucionais”*. OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. A Autonomia da Advocacia de Estado: Estudo em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes. Nº 20, 2015 P. 117

<sup>18</sup> COUTINHO, Carlos Marden. A Advocacia Pública de Estado e a Autonomia das Funções Essenciais a Justiça. In CASTRO, Aldemário Araújo (Org.); MACEDO, Rommel. Advocacia Pública Federal: Afirmação como função essencial à justiça. OAB. 2016. P. 91 <http://www.oab.org.br/publicacoes/pesquisa?termoPesquisa=essencial> acesso em 26/07/16

<sup>19</sup> O tratamento doutrinário e jurisprudencial do poder discricionário vem evoluindo no sentido de circunscrevê-lo dentro de parâmetros, com vistas a direcioná-lo ao atendimento verdadeiro do interesse da população, impedindo abusos.

Além dos requisitos de competência, forma motivo, fim, em geral verificados depois da edição de medidas, a doutrina contemporânea volta seu interesse para o processo formativo da decisão. Daí resulta o cuidado com normas organizacionais e instrumentos pelos quais a autoridade possa conhecer e ponderar os diversos interesses envolvidos em cada situação. E também a preocupação com os meios de assegurar informação ao público, ou seja, o acesso da população as decisões administrativas.

A discricionariedade vista como liberdade-vínculo e a atenção dada aos mecanismos decisoriais correspondem a idéia de que o processo eleitoral ou nomeação para um cargo de confiança na cúpula do executivo não configura passaporte para o absoluto, que dota os administradores de poderes incondicionados. Isso porque a democracia não se exaure na eleição, na existência de

pelo manto da legalidade levam prejuízos a população. Fato corriqueiro é relacionado com a alocação de recursos na composição orçamentária do ente administrativo. Todo ano as prioridades da lei orçamentária desprezam as necessidades primordiais da população e mesmo prejudicado, o povo, reiteradamente não usa dos meios democráticos para fazer valer a sua vontade constitucionalmente positivada. Para salvar o dia, resta à atuação casuística do Judiciário. Todos os requisitos do ato administrativo estão sujeitos à revisão e julgamento por qualquer um. A presunção de legalidade dos atos estatais é eminentemente relativa. A primazia absoluta e ilimitada da vontade do estado está mais do que ultrapassada.. A esse propósito, colaciono lição do prof<sup>o</sup> José Cretella Jr.<sup>20</sup>:

Ao contrário do que julgam muitos tratadistas, a legalidade não é formada apenas de elementos externos, relacionados com a competência, objeto e forma. A legalidade penetra até os motivos e, principalmente, até o fim do ato. É ilegal ato em que o fim é viciado. Sendo o desvio de poder o uso indevido ou viciado que de suas atribuições faz a autoridade, tudo se resolve, afinal, num problema de excesso ou abuso de poder e este, por sua vez, conduz a incompetência. Daí, dizer-se que o juiz do ato administrativo não sai do exame da legalidade quando pronuncia a nulidade do procedimento inquinado daquele vício que se define por uma incompetência, não formal, mas material

Afirmar que o Advogado Público não exerce função de controle, revela-se impertinente e incompatível com a dignidade da advocacia. Relegar o causídico a patamar, onde ele deveria se ater somente a circunstâncias teóricas e burocráticas, me parece afrontoso a inteligência, e um contrassenso com o dever de controle de juridicidade inerente ao ônus imposto ao Procurador Público.

## **CONTROLE DE JURIDICIDADE**

A visão antiga de que a lei infra-constitucional era suprema e a Constituição constituía num mero coadjuvante, foi a muito superada, nos termos do magistério dos

---

vários partidos políticos e no funcionamento do Legislativo e do Judiciário; deve transpor o limiar da Administração e aí vigorar.

Daí decorre o elenco de parâmetros do poder discricionário, também denominados limites, que incidem não somente sobre a edição de atos administrativos, mas também sobre as demais atuações. MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>20</sup> CRETELA JUNIOR, José. Desvio de Poder. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964 p. 36.

professores Canotilho e Vital Moreira<sup>21</sup>. No regime Constitucional inaugurado em 1988, houve a inversão desta lógica. Sob a Nova República, todas as normas e atos devem se curvar perante a Carta Magna de 1988, seja em termos materiais ou de hermenêutica.

Um dos seus alicerces fundamentais reside no acatamento ao conceito de juridicidade. Tendo os poderes do estado encontrado limites, via norma fundamental, não se alcançaria o ideário de um direito justo, se houvesse uma predisposição estatal para o arbítrio gratuito. Nesta senda intelectual também é a lição da prof<sup>o</sup> Carmem Lúcia Antunes Rocha<sup>22</sup> ao tratar do princípio da juridicidade. Sendo assim, dada à alteração de paradigma, me parece mais adequada a atuação em prol da juridicidade dos atos da Administração, em franco detrimento da opaca visão de mera legalidade.

Especialmente no art. 133 da CF, houve elevação dos advogados a função essencial da justiça, cabendo-lhes, em conjunto com os membros do ministério público e defensoria, a defesa intransigente da própria Constituição Federal e os seus valores, simplificado aqui, para fins meramente didáticos, como sendo o direito justo<sup>23</sup>. O advogado tem por dever de ofício a combatividade, mesmo que o seu entorno seja hostil. Diz o professor Paulo Lobo: *“Sem independência, a advocacia fenece. Sem dignidade ela se amesquinha”*<sup>24</sup> Em sede doutrinária foi cunhada a seguinte expressão: “o advogado é o primeiro juiz da causa”. Significa dizer que é obrigação do advogado privado instruir e esclarecer o seu cliente sobre os riscos da demanda e sobre a juridicidade ou não da sua pretensão e evidentemente não se coligar com o cliente para cometer ilícitos ou partir para aventuras judiciais (lide temerária). Afirma ainda Paulo Lobo<sup>25</sup>: “ao contrário da advocacia curativa,

---

<sup>21</sup> CANOTILHO, J.J. GOMES; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra Editora. 1991. P. 82

<sup>22</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

<sup>23</sup> Justiça, aqui, conota os valores básicos do sistema jurídico e inclui muitas camadas de normas mais concretas. *Decisões sobre justiça não são asserções de preferências pessoais nem são aplicações da moralidade comum. São julgamentos jurídicos fundados nos métodos e fontes de autoridade da cultura profissional.* Isso “justiça” como intercambiável com “mérito jurídico”. O segundo tem a vantagem de nos lembrar de que estamos preocupados com os materiais da análise jurídica convencional; o primeiro tem a vantagem de nos lembrar de que esses materiais incluem muitas normas vagamente especificadas, movidas por aspirações... o advogado deve decidir questões de justiça é que ele deve pensar nelas como se fosse um juiz[...] SIMON, William H. A prática da Justiça. Martins Fontes. 2001. P. 213

<sup>24</sup> LOBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 4<sup>a</sup> São Paulo: Saraiva. 2008. P. 56

<sup>25</sup> LOBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 4<sup>a</sup>. São Paulo: Saraiva. 2008 p. 25

ou de postulação em juízo, em que seus argumentos são *ad probandum*, o advogado, ao emitir conselhos, vale-se de argumentos essencialmente *ad necessitatem*...”.

Em sede extrajudicial, isto é, nas modalidades de assessoria e consultoria, o Advogado Público não se distancia das tarefas dos seus colegas da esfera privada. O procurador emprega toda a sua erudição jurídica para analisar o fato posto a sua frente em cotejo rígido e analítico com o ordenamento jurídico. Tudo sem desprezar as máximas de experiência. Por se tratar da esfera da Administração Pública, usualmente nomina-se de controle preventivo (interno) dos atos administrativos. Não há lógica num ato de controle esquivar-se do juízo crítico. Neste ponto prestemos a devida atenção a prof<sup>a</sup> Odete Medauar<sup>26</sup>:

O controle interno visa ao cumprimento do princípio da legalidade, à observância dos preceitos da "boa administração", *a estimular a ação dos órgãos, a verificar a conveniência e a oportunidade de medidas e decisões no atendimento do interesse público (controle de mérito), a verificar a proporção custo-benefício na realização das atividades e a verificar a eficácia de medidas na solução de problemas [...]*.

Um Advogado público no pleno exercício das suas funções poderá impedir o desperdício de milhões de reais do contribuinte. Agindo conforme o direito, ele garante que o dinheiro advindo do tributo será investido dentro do constitucionalmente esperado. No sentido da advocacia preventiva, por via de consequência na fiscalização da juridicidade do agir do Administrador Público. Considerando as regras e princípios normativos regentes da Administração Pública, o Advogado de Estado não meramente aconselha protocolarmente o Administrador, ou se empenha em achar “a lei que deixa”. *Mas sim exerce função de controle preventivo de juridicidade<sup>27</sup> dos atos administrativos e caso constate ilegalidade deve reportar aos órgãos de controle.* O particular lida com direito

---

<sup>26</sup> MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016 p. 162

<sup>27</sup> Sobremodo no Estado de Direito, repugnaria ao senso normal dos homens que a existência de discricionariedade administrativa fosse um salvo conduto para a Administração agir de modo incoerente, ilógico, desarrazoado e o fizesse precisamente a título de cumprir uma finalidade legal, quando-conforme se viu- a discricionariedade representa, justamente, margem de liberdade para eleger a conduta mais clarividente, mais percuciente ante as circunstâncias concretas, de modo a satisfazer com a máxima precisão o escopo da norma que outorgou esta liberdade. MELO Celso Antonio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2010 P. 96.

disponível, o gestor público não. Sobre a intensidade do agir do procurador público, no âmbito dos seus deveres, trago a baila lição do prof<sup>o</sup> Roberto Luis Luchi Demo<sup>28</sup>:

Há um compromisso *funcional do advogado público com a nação em defesa da probidade administrativa*. E, na atual tendência de crescimento de controle interno dos atos administrativos, o fortalecimento ético das instituições públicas e a materialização dos objetivos fundantes da República pressupõem *uma atuação incisiva da Advocacia Pública* em cumprir seu cometimento institucional de guardião da lei no seu sentido material. Não se pode olvidar, ainda, o relevo de papel no âmbito da defesa do patrimônio público que, disponibilizado em grande parte pelo Administrado, via tributo, há de se converter em serviços e bens para a sociedade, em especial aos economicamente menos favorecidos

A visão aética tende a autorizar a manipulação da forma para derrotar o propósito constitucional considerado em sua magnitude. Admitindo-se a visão bipartida de interesse público, o seu viés primário tem o condão de impedir o uso da máquina pública para atender interesses outros, isto é, com roupagem legal e fito obscuro. Toda e qualquer situação concreta tem de ser analisada em perspectiva constitucional, ou seja, de acordo com a sua substância, deixando assim, os ares de legalidade do ato em segundo plano. A visão contextual crítica do advogado público responde a tensão “*propósito VS forma*”, imposta pelo gestor malicioso. A vigilância contra os desvios de toda a espécie, proposital ou não, deverá ser permanente. A seguinte máxima preconizada pelo prof<sup>o</sup> William H. Simon<sup>29</sup> pode ser empregada para resolver aparente dilema entre cumprir “cegamente a lei” e a teleologia constitucional:

A visão dominante tende a licenciar a manipulação da forma para derrotar o propósito; embora os seus pronunciamentos sejam menos claros, a visão do interesse público tende a proibir tal manipulação. A visão contextual responde a tensão propósito versus forma com a seguinte máxima: quanto mais *claros e fundamentais os propósitos relevantes*, mais justificado está o advogado em tratar formalmente as normas relevantes; Trata-las formalmente significa trata-las de maneira que a visão dominante <sup>30</sup>

<sup>28</sup> DEMO, Roberto Luis Luchi. *Advocacia Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais v. 801, p. 733, 2002.

<sup>29</sup> SIMON, William H. *A prática da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2001. P. 225

<sup>30</sup> [...] o advogado deve – ou, pelo menos- pode , perseguir qualquer objetivo do cliente por meio de qualquer curso de ação demanstravelmente legal e fazer valer qualquer reivindicação legal não frívola... Observe que na *visão dominante o único dever ético distinto do papel do advogado é a lealdade ao cliente*. A ética jurídica não impõe responsabilidades para com terceiros ou para com o público que não a da observância mínima da lei que se exige de todos... *Visão contextual*. Sua máxima básica é que o advogado deve tomar *ações*, tais que, considerando as circunstancias relevantes do caso em questão, pareçam tender a *promover a justiça*. SIMON, William H. *A prática da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. P. 13”

prescreve para todas as normas jurídicas – compreende-las para permitir qualquer objetivo que não esteja claramente excluído pela linguagem das normas. As referências a propósitos fundamentais e problemáticos evocam a prática estabelecida de favorecer *interpretações dos textos jurídicos compatíveis com os valores aos quais a cultura jurídica atribui forte importância e desfavorecer interpretações que ameacem tais valores. Um propósito fundamental vindica um valor básico; um propósito problemático ameaça tal valor [...]*.

A democracia e o Estado de Direito só se fortalecem com sólidas instituições voltadas para o controle da juridicidade, o que exige a garantia constitucional de um corpo permanente, profissionalizado, bem preparado, protegido e remunerado, sem riscos de interferências políticas indevidas no exercício de funções eminentemente técnicas, seja procurador da administração direta ou indireta. A fiscalização dos atos dos agentes públicos, num estado democrático de direito, antes de qualquer coisa é um questão de cidadania. Qualquer um do povo deve zelar pela adequada aplicação e gestão da coisa pública. Se qualquer um, isto é, independente de formação cultural, credo, crença política pode e deve fiscalizar o estado, ter acesso a atos administrativos, com muito mais razão lógica e técnica o Advogado Público tem de exercer todo o seu Juízo crítico para prevenir o erro, a injustiça, opressão, desvios de todo o gênero, a corrupção. Seguindo a melhor corrente com vistas à sociedade, a prof<sup>a</sup> Leila Cuellar<sup>31</sup> traz a lume a seguinte lição:

*Observa-se que a Advocacia de Estado toma para si o dever constitucional de resguardo do ente público, efetuando não somente a consultoria ou a defesa em juízo da Administração Pública. Por exemplo, os advogados públicos tem desenvolvido relevante papel de controle dos procedimentos administrativos, controle de legalidade, garantindo também aos cidadãos segurança de que a Administração Pública cumprirá com os princípios que lhe informam como aqueles que estariam elencados na Constituição Federal (art. 37, caput). Realizam igualmente, a defesa de interesses públicos, do interesse do cidadão... Como parte essencial de sua função de orientação da Administração Pública, a Advocacia Pública possui desempenho capital no procedimento licitatório, mediante orientação da Administração quanto à regularidade, conveniência e legalidade da licitação, esta compreendida como um procedimento.*

A mítica envolvendo o motivo administrativo<sup>32</sup>, como algo intangível aos meros mortais deve ser desconstruída e deixado no seu passado medieval. Em sede consultiva ou

---

<sup>31</sup> CUÉLLAR, Leila; PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. A Advocacia Pública e o combate à corrupção: destaque às previsões da Lei Anticorrupção. In: BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani (Coord.). *Prerrogativas da advocacia pública*. Belo Horizonte: Forum, 2016. P. 71

<sup>32</sup> A despeito da divergência que grassa entre alguns autores a propósito dos conceitos de motivo e motivação, tem-se se firmado a orientação que os distingue e pela qual são eles configurados como

judicial, o Advogado Público, como o primeiro grande filtro da Administração deverá analisar criteriosamente o que lhe é submetido e se for o caso suscitar qualquer coisa que pareça irregular. A lógica de se ter uma presunção de legalidade, parte do pressuposto de que todos os requisitos legais foram atendidos e passados pelo crivo de um procurador público, notadamente nas hipóteses de que criem, modifiquem ou extingam direitos/obrigações. Dentro das circunstâncias do caso concreto, os motivos do ato devem sofrer o escrutínio do advogado público. Mais uma vez, recorro ao magistério do profº Celso Antônio Bandeira de Melo

Ocorre que se a lei, ao caracterizar o motivo, utiliza-se de conceitos chamados fluidos, vagos, indeterminados, o confronto entre a previsão normativa e a situação fática tomada como base para a prática do ato apresentará dificuldades inerentes à imprecisão relativa do padrão legal. E.G., se a regra aplicada mencionar “comportamento indecoroso”, perturbação da tranquilidade pública, urgência, valor histórico ou artístico, decurso de prazo razoável ou quejando, obviamente, o campo recoberto por esses conceitos carecerá de uma liberdade demarcatória definida com rigor e precisão indisputáveis... Nota-se, pois (*seja qual for à posição que se adote na matéria*), que de toda sorte, ao Judiciário caberá, quando menos, verificar se a inteligência administrativa se manteve, ou não, dentro dos limites do razoável perante o caso concreto, e fulmina-la sempre se vislumbre ter havido uma imprópria qualificação dos motivos à face da lei, uma abusiva dilatação do sentido na norma, uma desproporcional extensão do sentido extraível do conceito legal ante os fatos a que se quer aplica-lo [...]

Neste sentido, o desvio de poder ou finalidade é encontrado quando o agente pratica ato subvertendo os princípios constitucionais (impessoalidade, moralidade administrativa...), redirecionando o ato para lhe satisfazer interesse ou de grupo que esteja ligado e em última análise sem a menor congruência com o interesse público primário. Muito menos, o ato administrativo pode servir como meio *covarde* para satisfazer vinditas e represálias. O desvio de finalidade ou poder constitui corrupção do sistema, onde a máquina pública é operada para prejudicar alguém. Para ser caracterizado, devem ser reunidos tantos quantos forem possíveis os elementos fáticos capazes de produzir o

---

institutos autônomos. Motivo, como vimos, é a situação de fato (alguns denominam de “circunstâncias de fato”) por meio da qual é deflagrada a manifestação de vontade da Administração. Já a motivação, como bem sintetiza CRETELLA JR., “é a justificativa do pronunciamento tomado”, o que ocorre mais usualmente em atos cuja resolução ou decisão é precedida, no texto, dos fundamentos que conduziram a prática do ato. Em outras palavras: a motivação exprime de modo expresso e textual todas as situações de fato que levaram o agente à manifestação da vontade. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 105

contexto real dos fatos (indícios denunciadores) <sup>33</sup> por detrás do ato reputado profanado pelo desvio. Sempre respeitando a divergência, mas relegar o papel do advogado público a um mero conjurador de formulários, isto é, mero verificador de requisitos formais (burocrata servil), sem o devido cotejo do mérito do ato, frente às normas e princípios constitucionais, proporcionalidade e razoabilidade, invariavelmente, levará prejuízo ao Erário, quer na forma de desperdício ou via desvio em suas mais variadas modalidades.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O princípio do atendimento do interesse público deve ser vinculado ao bem de toda a coletividade, ou seja, com proveito útil as exigências da vida na sociedade, segundo as diretrizes e valores constitucionais. Esse princípio vem elencado tradicionalmente como a base de vários institutos e normas do direito administrativo e, também, de prerrogativas e decisões. Jamais o interesse público deve ser invocado para privilegiar o Poder Público ou os seus agentes. O grau de sacrifício do indivíduo devera ser mínimo e proporcional aos ganhos que a sociedade terá com o seu gesto involuntário. O Referido princípio direciona a atividade da Administração no sentido da realização do interesse da coletividade e não de interesses administrativo-burocrático do gestor público. Assim, a finalidade da atuação da Administração situa-se no atendimento do interesse público constitucionalmente positivado. O desvirtuamento dessa finalidade suscita o vício do desvio de poder ou desvio de finalidade.

O Ordenamento Jurídico não pode mais ser concebido como um sistema fechado de regras, com interpretação estreita. A ideia de proporcionalidade revela-se não só um importante princípio jurídico fundamental, mas também uma autentica fonte argumentativa, ao manifestar um pensamento aceito como parte de uma solução justa e de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do Direito, como também noutras áreas. O desvio de poder ou finalidade é encontrado quando o agente pratica ato subvertendo os princípios constitucionais (impessoalidade, moralidade administrativa...), redirecionando o ato para lhe satisfazer interesse ou de grupo que esteja ligado e em ultima análise sem a menor congruência com o interesse público primário.

---

<sup>33</sup> MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 20<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 188

Muito menos, o ato administrativo pode servir como meio *covarde* para satisfazer vinditas e represálias.

O desvio de finalidade ou poder constitui corrupção do sistema, onde a máquina pública é operada para prejudicar alguém. Para ser caracterizado, devem ser reunidos tantos quantos forem possíveis os elementos fáticos capazes de produzir o contexto real dos fatos (indícios denunciadores) por detrás do ato reputado profanado pelo desvio. Defender posicionamento de que o Advogado Público não exerce função de controle, revela-se impertinente e incompatível com a dignidade da advocacia. Relegar o causídico a patamar, onde ele deveria se ater somente a circunstâncias teóricas e burocráticas, é afrontoso a inteligência, e um contrassenso com o dever de controle de juridicidade inerente ao ônus imposto ao Procurador Público. Neste sentido, deve ser prestigiada a defesa intransigente da liberdade e da independência do Advogado Público. A ofensa a um membro, na realidade é um atentado contra toda a Ordem, passível inclusive de desagravo público. Calar o advogado no exercício regular de suas atribuições legais equivale a censurar ditatorialmente um sem número de vozes, que só tem vez com a percuciente atuação do Advogado Público.

## REFERENCIAS

MELLO, Celso Antônio Bandeira de **Curso de Direito Administrativo**. 16<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_  
**Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2<sup>a</sup> ed., 11<sup>a</sup> Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_  
**Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARLIN, Volney Ivo. **Deontologia Jurídica: Ética e Justiça**. 4<sup>a</sup>. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

BALBE, Ronald da Silva. Controle Interno voltado para resultados. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 12, n. 140, p. 42-63 out. 2012.

COSTA, Elcias Ferreira. **Deontologia Jurídica: Ética das Profissões Jurídicas**. 3<sup>a</sup> Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CUÉLLAR, Leila; PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. **A Advocacia Pública e o combate à corrupção**: destaque às previsões da Lei Anticorrupção. In: BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani (Coord.). Prerrogativas da advocacia pública. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DEMO, Roberto Luis Luchi. Advocacia Pública. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 801, p. 733, 2002.

CANOTILHO, J.J. GOMES; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Os Grandes Princípios de Direito Público: Constitucional e Administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2017.

GRAU, Eros. **Direito Posto e Pressuposto**. 7<sup>a</sup>. São Paulo: Malheiros, 2011.

LEOPOLDO, Alexsandro. **O papel da Advocacia Pública Preventiva de Demandas através dos Agerntes Setorias da Porcuradoria do Estado**  
<http://www.esapergs.org.br/revistadigital/wp-content/uploads/2015/08/Alexsandro-Leopoldo.pdf> acesso em 19/10/2016,

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Advocacia de Estado Revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito**. In GUEDES, Jefferson Carús; Souza, Luciane Moessa de (Coord.). Advocacia de Estado: questões institucionais. Belo Horizonte: Forum. 2009.

\_\_\_\_\_. As Funções Essenciais a Justiça e as Procuraturas Constitucionais. **Revista de Direito da PGE-RJ**. Vol. 45. [http://download.rj.gov.br/documentos/10112/928863/DLFE48751.pdf/Revista45Doutrina\\_pg\\_41\\_a\\_57.pdf](http://download.rj.gov.br/documentos/10112/928863/DLFE48751.pdf/Revista45Doutrina_pg_41_a_57.pdf) acesso em 16/05/2016

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57<sup>a</sup>. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RAWLS, Jonh. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução PISSETTA, Almiro. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ary. **Direito Administrativo para Céticos**. 2<sup>a</sup> São Paulo: Malheiros, 2014.