

*Márcio Cammarosano*

Professor da Faculdade de Direito da  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## **O SINDICATO DOS PROCURADORES**

**DA FAZENDA NACIONAL – SINPROFAZ** -, honra-nos com consulta a respeito de questões relativas à responsabilização, em sede administrativa, de exercentes de advocacia pública por comportamentos a eles imputáveis no exercício de atribuições inerentes aos cargos que titularizam em caráter efetivo.

Destarte, submetem à nossa apreciação os seguintes quesitos:

**1.** É possível a demissão do advogado público com fundamento no artigo 132, IV da Lei nº 8.112/1990 (improbidade administrativa), sob o entendimento de que

o membro praticou ato atentatório aos princípios da Administração Pública (artigo 11 da Lei nº 8.429/1992)?

**2.** A Portaria AGU nº 248, de 10 de agosto de 2018 regulamenta o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), como meio alternativo à instauração de processo disciplinar nas hipóteses de irregularidades de menor potencial ofensivo. Preenchidos os requisitos para a realização do TAC, a Administração possui competência discricionária para decidir pela sua não celebração?

**3.** É possível questionar judicialmente a sanção administrativa de natureza disciplinar que não considera “a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente”, nos termos do artigo 22, §2º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB) c/c o 128 da Lei nº 8.112/90? A sobrecarga de trabalho, questões pessoais do acusado, como transtornos psíquicos ou a morte de um familiar, a existência de problemas estruturais

*na execução das funções, como a instabilidade do sistema PJE, VPN, são fatores de exclusão de responsabilidade ou circunstâncias atenuantes da sanção?*

Às indagações do Consulente respondemos oferecendo o seguinte

### **PARECER**

As questões postas demandam o estabelecimento de algumas premissas inarredáveis pertinentes ao exercício da advocacia pública e ao denominado direito administrativo sancionatório, enraizados na Constituição da República Federativa do Brasil, do Estatuto da Advocacia, e da legislação que consubstancia, minudenciando-o, o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, mais especificamente, os Procuradores da Fazenda Nacional

Quanto à advocacia pública, cumpre ressaltar, desde logo, que se trata de atividade profissional exercitável apenas por inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

Com efeito, advogados públicos são, antes de tudo, advogados. E advogados vinculados a pessoas jurídicas governamentais. No caso, advogados titulares de cargos públicos de provimento em caráter efetivo, estando assim submetidos a regime jurídico de natureza estatutária, fazendo jus à garantia constitucional da estabilidade uma vez atendidos os requisitos para tanto necessários.

Nessa ordem de raciocínio, a intelecção das prescrições jurídicas aplicáveis à espécie são de variados níveis hierárquicos. Todas as disposições legais e infralegais devem ser interpretadas à luz de preceitos constitucionais, e dentre esses avultam as normas principiológicas.

Princípios constitucionais são normas fundamentais que, para além de seu caráter prescritivo em si mesmas consideradas, estabelecendo o que deve ser, orientam o intérprete, condicionam o exercício de competências discricionárias, prestam-se à colmatação de lacunas e, epistemologicamente, ensejam a construção do sistema, assim considerado, na síntese admirável de Geraldo Ataliba, a composição de elementos sob perspectiva unitária.

Dentre os princípios constitucionais avulta o da segurança jurídica, razão de ser do próprio Direito, que permeia nossa Lei Maior e se manifesta em várias disposições, como a que prevê aprovação de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal para eliminar insegurança jurídica (art. 103-A e §1º da Carta da República).

Imperativos de segurança jurídica constituem a razão de ser da proteção do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada (C.R., art. 5º, inciso XXXVI), bem como da prescrição de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso II).

Sem embargo da existência de outros institutos jurídicos que compõem um subsistema, cuja razão de ser é a segurança jurídica, esta se apresenta, em rigor, indissociável da própria noção de Estado de Direito Democrático.

O Direito é ordem normativa do comportamento, dotada de coercibilidade institucionalizada. Essa ordem só se apresenta democrática uma vez atendidas exigências variadas, em especial a sua predeterminação

formal, como encarecida por Miguel Reale em sua *Filosofia do Direito*, da qual nos permitimos transcrever as seguintes passagens:<sup>1</sup>

O direito, portanto, exige predeterminação formal.

No mundo jurídico, “a tipicidade não deve ser vista apenas nos domínios do Direito Penal”.

“O Direito (...) disciplinando e discriminando “classes de ações possíveis”, deve fazê-lo com rigor, numa ordenação a mais possível lúcida de categorias e modelos normativos (...).

Celso Antônio Bandeira de Mello elenca, dentre os princípios básicos em matéria de infrações e sanções administrativas, os princípios da **legalidade, anterioridade e tipicidade**. Quanto à tipicidade, professa o autor:

“A configuração das infrações administrativas, para ser válida, há de ser feita suficientemente clara, para não deixar dúvida alguma sobre a identidade do comportamento reprovável, a fim de que, de um lado, o administrado possa estar perfeitamente ciente da conduta que terá de evitar ou que terá de praticar para livrar-se da incursão em penalizações e, de outro,

---

<sup>1</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 709/710.

para que dita incursão, quando ocorrente,  
seja objetivamente reconhecível.”

E continua Celso Antônio:<sup>2</sup>

“Com efeito, toda a construção jurídica objetivada com os princípios anteriores, estabelecidos em nome da segurança jurídica, valeria nada e, demais disto, ficaria inteiramente comprometida a finalidade própria das infrações e sanções administrativas se a caracterização das condutas proibidas ou impostas aos administrados pudesse ser feita de modo insuficiente, de tal maneira que estes não tivessem como saber, com certeza, quando e do quê deveriam se abster ou o quê teriam de fazer para se manterem ao largo das consequências sancionadoras aplicáveis aos infratores do Direito.”

E para não nos alongarmos em demasia, é de se invocar também o magistério de Sérgio Ferraz no sentido de que “o princípio da tipicidade traduz-se na exigência imposta à Administração Sancionadora, de que só exerça essa competência em conformidade absoluta com a descrição da norma que prevê a infração. Daí que está a Administração obrigada, no exercício da sua competência sancionatória, a não só enunciar minuciosamente a conduta

---

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 904.

que tem como faltosa, como também a indicar os preceitos normativos de descrição da conduta infracional e as consequências que dela podem ser derivadas".<sup>3</sup>

Ora, no que concerne à responsabilização de exercentes da Advocacia Pública, em sede administrativa, as exigências de tipicidade de comportamentos a eles imputáveis para efeitos sancionatórios devem ser até maximizadas em se considerando tratarem-se de titulares de cargos de provimento em caráter efetivo, fazendo jus à garantia constitucional da estabilidade. Esta garantia seria ilusória se se admitisse discricionariedade no exercício, pela Administração Pública, de competência sancionatória, de que poderia lançar mão a pretexto de aplicar, nos casos concretos, normas que se utilizam de palavras que expressam conceitos vagos, fluídos, imprecisos, de elevado grau de abertura denotativa.

Daí a imprescindibilidade de prévia lei definitória de tipos de comportamentos passíveis de serem sancionados. Tipicidade tanto mais rigorosa quanto mais graves forem as sanções em tese previstas.

---

<sup>3</sup> FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo e princípios do direito penal. Uma vida dedicada ao Direito, Estudos em homenagem a Roberto Rosas*. Coordenadores, Alvim, Arruda e outros. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2020, pg. 832.

A exigência de tipicidade constitui, assim, imperativo de segurança jurídica, de observância do devido processo legal, em suas dimensões adjetiva e substantiva. Imperativo, enfim, ditado pela própria noção de Estado de Direito Democrático.

Em matéria de infrações e sanções administrativas, é certo que o legislador ordinário dispõe de acentuada liberdade para produzir normas prescrevendo o que se decida proibir, obrigar ou autorizar em termos comportamentais de possível ocorrência, bem como prescrever as sanções cabíveis.

Todavia, essa liberdade inerente ao exercício da função legislativa não é ilimitada, tendo a conformá-la balizas extraíveis do próprio ordenamento jurídico, de ordem constitucional, algumas das quais por nós mencionadas linhas acima.

Estado de Direito Democrático, segurança jurídica, predeterminação formal do Direito, legalidade, tipicidade são algumas das exigências limitadoras do exercício da função legislativa porque decorrem do

próprio sistema constitucional a que as leis em geral são servientes.

Mas essas balizas não são as únicas. Várias outras permeiam o sistema, a exemplo da cláusula do devido processo legal, dos princípios da isonomia, da razoabilidade e da motivação suficiente.

Além do mais, e como já anotamos, todos esses referenciais principiológicos também condicionam o intérprete e o aplicador das leis. A estes incumbe extraír das leis em geral os sentidos e alcances que mais prestigiarem os princípios constitucionais maiores, e não aqueles que os amesquinham. A letra da lei, o seu texto, é ponto de partida para o intérprete e aplicador, e também o seu limite, mas considerada no seu contexto, e não como discurso isolado.

Exemplificando, um servidor que, no exercício das atribuições inerentes ao seu cargo, manifesta-se ou decide substancialmente em conformidade com o que objetivamente prescrevem as normas aplicáveis a espécie, terá agido de forma obsequiosa ao princípio da finalidade de interesse público, interesse primário. E em assim procedendo, ainda que se pudesse apontar a existência de algum óbice

de ordem funcional que recomendasse ao servidor declinar do exercício de sua competência, seria imperioso atribuir maior peso a legalidade objetiva da manifestação ou decisão proferida.

Assim, se a norma que a lei consubstancia, revelada pelo labor exegético, for irremediavelmente ofensiva a normas constitucionais e suas projeções deônticas, estará eivada de constitucionalidade, devendo ser descartada.

Por todas essas razões, e outras mais que aqui não cabe desenvolver por amor à brevidade, os princípios jurídicos comportam, em matéria de infrações e sanções, sejam elas de natureza penal, administrativa ou quaisquer outras, ao menos duas ordens relevantíssimas de considerações: quanto ao que se prestam, e quanto ao que não se prestam.

Para essas ordens de considerações devemos estar advertidos de que princípios jurídicos, por definição, constituem espécie de normas jurídicas. Tem caráter prescritivo, mandamental, ainda que de elevadíssimo grau de generalidade e abstração, características essas que condicionam sua eficácia e aplicação.

A respeito dos princípios jurídicos já anotamos, em estudo anterior, que “generalidade, abstração - e, acrescentamos nós, grau de abertura denotativa – são notas características intrínsecas de certas normas jurídicas características nelas mesmas residentes, e que se projetam para fins de definição de sentido, alcance e aplicação. Exatamente porque certas normas ostentam aquelas características, em maior ou menor grau, é que se pode falar consequentemente em mandamentos de otimização, ponderação, dimensão de peso, ideais ou ‘diretrizes valorativas a serem atingidas’.”<sup>4</sup>

Ora, em virtude mesmo da conformação dos princípios jurídicos, das diferenças que se costuma apontar com relação às normas jurídicas do tipo regra, é que se há de reconhecer que a densidade normativa rarefeita dos princípios não permite que sejam prestantes à composição nuclear de hipóteses de incidência de prescrições sancionatórias as mais grave do nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>4</sup> CAMMAROSANO, Márcio. *Ainda há sentido em se falar em regime jurídico administrativo?*. In Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo, Coordenadores: Fabrício Motta e Emerson Gabardo. Belo Horizonte: Editora Forum, 2018. P. 147.

Com efeito, as exigências de segurança jurídica, de legalidade e tipicidade em matéria de infrações e sanções, não apenas criminais, mas também administrativas, elas mesmas – segurança, legalidade e tipicidade –, constituem princípios jurídicos que estão a exigir a descrição tipológica de comportamentos ensejadores de sanções, sob pena de constitucionalidade das leis que referida exigência desrespeitarem.

Lei prescritiva de aplicação de graves sanções a quem violar normas que não tipifiquem comportamentos obrigatórios ou proibidos, normas que não possibilitem a seus destinatários saber, para além de qualquer margem de dúvida razoável, quais as específicas consequências jurídicas deste ou daquele proceder, subsumível a hipóteses de incidência dotadas de elevado grau de densidade semântica, são leis ofensivas aos princípios que vem sendo encarecidos neste parecer.

Não é por outra razão que não se compadece com um Estado de Direito Democrático e os princípios a ele inerentes, a criminalização vaga, tão ao gosto de regimes ditoriais, técnica autoritária de dominação política de inadmissível utilização em sede de

responsabilização penal, por improbidade ou infrações administrativas.

E é equivocado supor que as exigências de tipicidade em matéria sancionatória são restritas à área penal. Não obstante os bens jurídicos maiores, a merecerem proteção impar do ordenamento jurídico, sejam os da vida e da liberdade, numa democracia social, como a plasmada na Constituição de 88, direitos políticos e sociais também são de superlativa relevância no nosso sistema. Tem *status* constitucional, topograficamente inseridos no Título II da Constituição, que elenca os direitos e garantias fundamentais, dentre eles os direitos sociais (art. 6º a 11), e os direitos políticos (arts. 14 a 16), cujo sacrifício ou limitação demanda previsão jurídico normativa expressa e em termos tais que não fiquem ao sabor de subjetivismos ou caprichos de quem quer que seja, nem a pretexto de exercício de competência discricionária, ensejadas por normas que tais competências atribuam a esta ou aquela autoridade, ou que se valham de palavras expressivas de conceitos demasiadamente vagos, fluídos, imprecisos.

Exigências de tipicidade não podem ser esvaziadas, burladas, mediante uso abusivo de expressões verbais generalíssimas, que deem ensanchas de juízos de

subsunção desprovidos de parâmetros ou critérios objetivos o suficiente para se terem como compatíveis com a prévia definição do que seja obrigatório ou permitido concretamente.

Mesmo em se admitindo tipos abertos, essa abertura não pode ser a dos princípios ou de valores abstratos a que estejam reportados. Se bastassem os princípios poder-se-ia então inferir quais todos os tipos de comportamentos especificamente sancionáveis. Ora, essa técnica de organização social assim rarefeita, nebulosa, que dispensasse edição de leis com predeterminação formal tipológica, objetivamente certificável, não atenderia minimamente a exigência de segurança jurídica, sem a qual inexistiria verdadeiramente um Estado de Direito Democrático.

O exercício da competência hierárquica e disciplinar, numa ordem meramente principiológica, ensejaria às autoridades públicas serem elas mesmas legisladores. Pior do que isso. Estariam habilitadas a dizer, *post factum*, em cada caso, quais as classes de comportamentos ensejadores de sancções, num exercício desabrido, desenfreado de voluntarismo.

Com toda razão, um dos maiores constitucionalistas da história do Brasil, José Afonso da Silva, que teve destacada atuação dando assessoria a constituintes de 88, adverte: “Um dos riscos do pós-positivismo está na euforia principalista. Esse **principalismo** que tomou conta de boa parte do Direito Constitucional, como observamos antes, desponta como uma espécie de racionalismo idealista. Alguns principalistas elevam os princípios a alturas inalcançáveis a ponto de passarem eles a ser a própria constituição. Autores de monografias sobre qualquer tema constitucional se sentem na obrigação de introduzir nelas, ainda que seja à cunha, um capítulo sobre os princípios e, sobretudo, sobre a distinção entre princípios e regras, porque se entende que o Direito Constitucional seria incompreensível sem uma doutrinação principiológica. Uma espécie de direito natural constitucionalmente positivado, dissemos já. A constituição se torna, assim, uma idealização perigosa, uma abstração com grande prejuízo para sua força normativa”.<sup>5</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello, que assevera a superlativa gravidade da violação de princípios, porque mandamentos nucleares do sistema, reafirma, como vimos, a impostergável obediência à tipicidade em matéria

---

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 342.

de infrações e sanções administrativas. Tipicidade como princípio inarredável, de sorte que sanções administrativas aplicadas por suposta ofensa a princípios tão-somente, sem a prévia descrição dos comportamentos que as possam justificar, não de ser consideradas sanções inválidas porque ofensivas exatamente ao princípio da tipicidade, uma das mais importantes expressões dos princípios cardeais da legalidade, da segurança jurídica, do Estado Democrático de Direito, conjugados.

O que dizer então da incidência desses princípios, quando se trata de exercício de competência sancionatória, em sede administrativa, em face de responsabilização de advogados públicos?

A advocacia, pública e privada, tem *status* constitucional, nos termos dos artigos 131 a 133, assim como a Defensoria Pública (art. 134 a 135), implicando exercício de função essencial indispensável à administração da Justiça, assegurada aos advogados em geral independência funcional e inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei (C.R., art. 133).

No setor público, advogados públicos concursados fazem jus a estabilidade.

O regime jurídico da advocacia, seja ela pública ou privada, tem seu denominador comum no Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994).

Do Estatuto da Advocacia merecem destaque, neste parecer:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

(...)

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

(...)

Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas

entidades de administração indireta e fundacional.

(...)

Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.

§ 1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.

Vê-se, portanto, que a submissão de advogados públicos ao regime jurídico que se lhes aplica enquanto servidores públicos civis, de natureza estatutária, como titulares de cargos públicos de provimento em caráter efetivo, com a garantia da estabilidade, atendidos os pertinentes requisitos legais, não lhes diminui em nada sua inviolabilidade e independência.

Mesmo sob relação de emprego, a advogados nessa qualidade são garantidas a isenção técnica e a independência profissional inerentes à advocacia (Estatuto da Advocacia, art. 18).

Por certo advogados públicos também estão sujeitos a responsabilização por infrações que vierem a cometer, exercendo irregularmente atribuições inerentes aos cargos que titularizam. Podem responder, evidentemente, a

processo administrativo disciplinar, observadas as normas que o presidem, respeitosas ao devido processo legal, com direito ao contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (C.R., art. 5º, inciso LV).

Sem embargo, os direitos e prerrogativas da advocacia, pública e privada, sob relação de emprego ou como profissão liberal, estão consagrados de tal forma que sua mínima ofensa implica irremediável nulidade dos processos e atos a eles atentatórios.

Finalmente, cabe ressaltar que a advocacia implica exercício de atividade meio, seja ela de postulação perante órgão do Poder Judiciário, de Administração Pública, de consultoria ou assessoria jurídica.

Atividade meio é aquela que se exercita com o objetivo de alcançar, a final, um resultado satisfatório, como a vitória ao cabo de uma ação, mas que pode não advir. O dever do advogado é esforçar-se na busca do resultado almejado, atuando com diligência, zelo, proficiência, mas ciente, a parte que representa, que referido resultado pode, a final, não se concretizar.

A advocacia é reconhecida como atividade meio a uma só voz pela doutrina e jurisprudência, informada, repita-se, pelas prerrogativas da inviolabilidade do advogado e sua independência, nos termos dos artigos já transcritos da Lei nº. 8.906/94.

Referidas prerrogativas, apanágio da advocacia privada e pública, condiciona, limitando-a, a competência sancionatória no que concerne ao controle e fiscalização hierárquica do advogado público no exercício das atribuições inerentes ao cargo que titulariza.

Cada advogado há de atuar com a liberdade e independência próprias de quem presta serviços de natureza predominantemente intelectual, definindo estratégias, no exercício de seu mister, que entenda as mais adequadas, desenvolvendo argumentação que considere apropriada à finalidade de interesse público almejada, e consoante seu estilo pessoal.

Assim procedendo o advogado público, pela sua atuação profissional/funcional, não estará sujeito a responsabilização em sede administrativa ou judicial. Nesse sentido, a possibilidade de correição das obrigações funcionais de exercer com zelo as atribuições do cargo e imprimir observância às competências normativas, não

autoriza a Administração a se imiscuir em aspectos ao exercício *stricto sensu* da advocacia pública, notadamente no que respeita à sindicância de estratégias processuais e, no limite, ao conteúdo das peças, pois estar-se-ia, ao assim proceder, afrontando as principais prerrogativas da advocacia mencionada alhures, quais sejam: a inviolabilidade e a independência.

Fixadas, portanto, as premissas inarredáveis quanto à matéria objeto deste estudo, passemos às respostas aos quesitos formulados pelo Consulente iniciando por transcrevê-los novamente.

**1.** É possível a demissão do advogado público com fundamento no artigo 132, IV da Lei nº 8.112/1990 (*improbidade administrativa*), sob o entendimento de que o membro praticou ato atentatório aos princípios da Administração Pública (artigo 11 da Lei nº 8.429/1992)?

**2.** A Portaria AGU nº 248, de 10 de agosto de 2018 regulamenta o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), como meio alternativo à instauração de processo disciplinar nas hipóteses de irregularidades de menor

potencial ofensivo. Preenchidos os requisitos para a realização do TAC, a Administração possui competência discricionária para decidir pela sua não celebração?

**3.** É possível questionar judicialmente a sanção administrativa de natureza disciplinar que não considera “a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente”, nos termos do artigo 22, §2º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB) c/c o 128 da Lei nº 8.112/90? A sobrecarga de trabalho, questões pessoais do acusado, como transtornos psíquicos ou a morte de um familiar, a existência de problemas estruturais na execução das funções, como a instabilidade do sistema PJE, VPN, são fatores de exclusão de responsabilidade ou circunstâncias atenuantes da sanção?

## **ENFRENTAMENTO DOS QUESITOS**

1 – Ao primeiro quesito respondemos negativamente.

O art. 132, inciso IV, da lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1.990 – Regime Jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais – reza:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:  
(...) IV - improbidade administrativa;

Como se sabe, a lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1.992, dispõe a respeito de improbidade administrativa. E ao fazê-lo contempla improbidade que importa enriquecimento ilícito (art. 9º), improbidade que causa prejuízo ao erário (art. 10), e improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

O art. 11, *caput*, declara constituir improbidade atentatória a princípios da administração pública “qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e notadamente:”. Segue-se então um elenco de

tipos comportamentais que caracterizam improbidade, quais sejam:

- I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
- II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
- III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
- IV - negar publicidade aos atos oficiais;
- V - frustrar a licitude de concurso público;
- VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
- VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.
- VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.
- IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)
- X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei

nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.  
(Incluído pela Lei nº 13.650, de 2018)

Ao elencar, nos incisos I a X, o que constitui improbidade, o artigo 11 atende, *prima facie*, exigência de tipicidade. Descreve, conquanto exemplificativamente, comportamentos tipo que qualifica como atentatórios a princípios da Administração Pública.

Referidos tipos legais – incisos I a X – são dotados, uns mais, outros menos, de alguma precisão denotativa de sorte que se sabe, com alguma segurança, quais comportamentos ensejam responsabilidade por improbidade administrativa.

Todavia, o *caput* do artigo 11 qualifica como improbidade, ensejando aplicação das draconianas sanções cominadas no artigo 12 da mesma lei, **qualquer** ação ou omissão que viole os deveres que elenca. Deveres esses expressos mediante palavras que remetem a conceitos extremamente vagos, fluidos, imprecisos, de amplíssima denotação.

Não se trata aí, em rigor, de tipos abertos, mas de inexistência de descrição tipológica, razão pela qual não haveria um só comportamento contrastável

com o ordenamento jurídico que não pudesse ser qualificado como ímprobo, independentemente de sua ínfima gravidade.

Com efeito, consideremos o dever de lealdade, que pode ser considerado violado desde uma simples inconfidênci a quanto a um singelo ato administrativo, não reservado, prestes a ser expedido, como traição mesmo à confiança depositada pelo superior hierárquico neste ou naquele servidor.

Quanto ao dever de legalidade, toda e qualquer não observância de normas jurídicas, mesmo as regulamentares, é qualificável como violação à lei em sentido amplo. Todavia, o próprio estatuto de servidores da União prescreve que “na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais” (art. 128).

Ora, o ordenamento jurídico nacional não prescreve a obrigatoriedade desta ou daquela sanção para qualquer comportamento a ele ofensivo. Em face mesmo de exigências de isonomia, razoabilidade,

proporcionalidade, há que se distinguir infrações quanto à sua natureza e grau maior ou menor de gravidade.

Referidas exigências, dentre várias outras tratadas ao longo deste parecer, não foram atendidas pelo *caput* do artigo 11 da lei de improbidade, quando se refere a princípios tão-somente, impondo-se ao intérprete/aplicador da lei não se deixar impressionar pela mera literalidade do texto, esforçando-se por atribuir-lhe sentido e alcance compatíveis com imperativos constitucionais maiores.

Ainda quanto ao dever de legalidade, o demasiado apego à literalidade do artigo 11 da lei n.º 8.429/92 levaria a qualificar como ímpenso o condutor de veículo oficial que, para não se atrasar no cumprimento de sua obrigação, avança num cruzamento sem observar normas de preferência de outros condutores, criando situação de risco.

O mesmo se diga quanto aos deveres de honestidade e imparcialidade abstratamente considerados, aplicáveis a uma infinidade de comportamentos e situações da mais variada natureza, circunstâncias e gravidade, susceptíveis de acentuadas divergências quanto à sua configuração.

Em face de todas essas considerações, e outras mais que poderíamos desenvolver, forçoso concluir que implicaria flagrante ofensa ao ordenamento jurídico nacional demissão de servidor público, mormente advogado público, imputando-lhe tão somente prática de ato atentatório a princípios da Administração Pública, com fundamento no artigo 132, inciso IV, da lei n.º 8.112/90, combinado com o artigo 11 da lei n.º 8.429/92.

Autoridade pública que venha a aplicar a servidor público – mormente a exercente de advocacia pública – pena de demissão sob alegação de improbidade por ofensa a princípios da Administração Pública, sem imputar-lhe, comprovadamente, comportamento tipificado prévia e formalmente como tal, estará, ela mesma, violando a ordem jurídica. Estará desrespeitando os princípios impostergáveis de um Estado de Direito Democrático, mais especificamente, o da segurança jurídica, da tipicidade das infrações e sanções administrativas e da razoabilidade, todos ínsitos na cláusula do devido processo legal nas suas dimensões adjetiva e substantiva.

E vale lembrar que sanções por improbidade afetam direitos fundamentais, como são os

direitos políticos e sociais, direitos enfim inerentes à cidadania, dentre eles o direito ao trabalho, à titularidade de cargos, especialmente os de provimento em caráter efetivo, conquistados mediante prévia aprovação em concurso público.

Sanções por improbidade são as mais graves do nosso ordenamento jurídico, exceção feita apenas às privativas da liberdade sem direito à suspensão condicional da pena. Mais uma razão pela qual é impostergável a observância do princípio da tipicidade, que não pode ser desprestigiado com a mera invocação de valores abstratos dos quais tem usado e abusado os que se deixam seduzir por arroubos principalistas, como nova panaceia que se tem prestado “(...) à erosão continuada da força normativa da Constituição”.<sup>6</sup>

**2 –** Quanto ao segundo quesito posto pelo Consulente, a resposta também é negativa, pelas seguintes razões.

R. A Portaria nº 248, de 10 de agosto de 2018 estabelece o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), como meio alternativo à instauração de processo disciplinar

---

<sup>6</sup> NEVES, Marcelo. In *Entre Hidra e Hércules ...*, p. 196, *apud* José Afonso da Silva, *op. cit.*, pp. 637/638.

nas hipóteses de irregularidades de menor potencial ofensivo, assim consideradas aquelas cuja penalidade seja, em tese, de advertência. O artigo 2º da portaria fixa os requisitos para a celebração do ajuste, a saber:

- (i) inexistência de indício de prejuízo ao erário, ou que o prejuízo ao erário seja irrisório;
- (ii) não ocorrência de prejuízo considerável ao serviço público;
- (iii) o fato não indicar possível ocorrência de improbidade administrativa ou crime;
- (iv) não constar registro, válido, de penalidade nos assentos funcionais do servidor, considerando o art. 131 da Lei nº 8.112/90;
- (v) inexistir TAC celebrado nos últimos 2 anos, contados da homologação de eventual ajuste anterior.

O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), previsto na Portaria nº 248/ 2018, constitui modalidade de acordo substitutivo que pressupõe evitar o processo sancionatório e a própria prerrogativa punitiva, com a renúncia à aplicação da sanção, para o fim de atingir

medidas mais eficientes e menos danosas para a realização da finalidade buscada na ação sancionatória, quais sejam: prevenção da reincidência, a dissuasão do eventual transgressor e o condicionamento do seu comportamento na direção perseguida pela Administração.<sup>7</sup>

Conforme judiciosa lição do Professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello “costuma-se denominar de atos vinculados os que a Administração Pública é obrigada a praticar e nos termos regrados por lei; e de atos discricionários os que ela tem a faculdade de emanar e segundo seu critério, livre nos limites do Direito.”<sup>8</sup> No mesmo sentido o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que nos atos vinculados há a “prévia e objetiva tipificação do único comportamento da Administração em face da situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta”, ao contrário dos atos discricionários, em que há margem de liberdade de avaliação e decisão “ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles.”<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os Acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório e da Sanção. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 27, agosto/setembro/outubro, 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=597>. Acesso em: 05 abril de 2021.

<sup>8</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1979, p. 486.

<sup>9</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 442.

O artigo 6º da Portaria nº 248, de 10 de agosto de 2018 ao prever que “a celebração de TAC não constitui direito subjetivo do interessado, devendo sujeitar-se aos termos da presente Portaria”, determina interpretação a contrario sensu no sentido de que preenchidos os requisitos previstos no mencionado normativo, surge para o servidor o direito a celebração do ajuste, de tal forma que a Administração não possui margem para decidir pela sua não realização.

Cabe realizar uma ressalva, na linha do entendimento do grande administrativista o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, de que “a aplicabilidade de conceitos vagos só proporciona discricionariedade nas situações marginais”, de sorte que conceitos identificados nos requisitos para a celebração do TAC como “considerável prejuízo ao serviço público”, ou mesmo “prejuízo ao erário de valor irrigório”, devem ser considerados levando em conta as situações limites, de certeza negativa, frente as quais estarão evidentes a inexistência de considerável prejuízo ao serviço ou o prejuízo irrigório ao erário, hipóteses em que “não haverá discricionariedade alguma para o administrador”.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 447.

Assim, em resposta ao quesito 2, preenchidos os requisitos para a celebração do Termo de Ajuste de Conduta previstos no Portaria AGU nº 248, de 10 de agosto de 2018, surge para o servidor o direito à realização do ajuste, inexistindo margem de liberdade e, em mesma medida, competência discricionária para a Administração decidir pela sua não celebração.

**3 –** No que concerne ao terceiro quesito do Consulente temos a considerar o que segue.

Sanções administrativas são espécies de ato administrativo, isto é, de ato jurídico expedido no exercício de função administrativa. Esta, como atividade jurídica regida pelo direito público, há de ser exercida de forma subserviente à Constituição e às leis. É imediatamente infralegal, sujeitando-se a controle judicial quanto à sua juridicidade, mesmo porque prevalece, nessa atividade, não a autonomia da vontade, mas o dever jurídico. A Consulta, com o quesito de número três, faz referência ao artigo 128 da lei nº 8.1112/90, e artigo 22, §2º, da lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – Decreto-lei nº 4.657/42.

Referidos dispositivos, respectivamente, estão assim redigidos:

Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar.

Art. 22. (...)

(...)

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

Os teores do artigo 128, *caput*, da lei n.º 8.112/90, e do artigo 22, §2º, da LINDB, são praticamente o mesmo. E ambos utilizam a palavra serão, para prescrever o que, obrigatoriamente, deve ser considerado pela autoridade competente para aplicar sanções. Dessa obrigatoriedade a autoridade não pode se furtar sob pena de cometer ilegalidade, expedindo ato sancionatório inválido.

À autoridade competente cabe considerar, conjugadamente, os fatores referidos em ambos

os dispositivos legais, sopesando-os criteriosa e justificadamente em atenção mesmo a exigências de razoabilidade, de proporcionalidade. O que não pode é ignorá-los ou a eles fazer mera referência formal. Deve especificar cada um dos fatores legais explicitando como os considera em face do caso concreto, de suas peculiaridades bem como das circunstâncias que ambientaram o comportamento do servidor, assim como sua vida funcional pregressa.

A falta de adequadas condições de trabalho, decorrentes de situações excepcionais como a atual pandemia do COVID-19, ou ordinárias, em função da sobrecarga resultante da ausência de pessoal, reduzida equipe de apoio, má-distribuição do trabalho, pode ocasionar falhas pontuais, que não podem ser atribuídas de maneira automática ao advogado público, impondo-se dar a devida relevância às causas e circunstâncias que concorram efetivamente para percalços assim por elas justificáveis.

Inquestionável, portanto, que devem ser consideradas circunstâncias como sobrecarga de trabalho, agravos à saúde do servidor, inclusive psíquicos, ainda que decorrentes de causas estranhas ao exercício de suas

funções, abusos emocionais, condições de trabalho, tudo enfim que, de forma direta ou indireta, tenha tido, possivelmente, repercussão do exercício das atividades funcionais do agente público.

A autoridade que deixa de assim proceder estará violando seu dever jurídico, o que macula a decisão que vier a proferir, que fica, assim, suscetível de questionamento judicial, de anulação.

E todos os fatores referidos, devidamente conjugados e sopesados, podem implicar redução de responsabilidade funcional e até mesmo excluí-la, dependendo das circunstâncias do caso.

Concluindo:

**A)** aos quesitos 1 e 2 respondemos negativamente. Não é possível a demissão nos termos em que aventada pelo conselente e a administração, na situação em tese figurada, não possui competência discricionária para decidir-se pela não celebração, com o servidor, de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC.

*Márcio Cammarosano*

Professor da Faculdade de Direito da  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

**B)** ao quesito de número 3, respondemos afirmativamente, sendo inquestionável o direito de servidores públicos questionarem em juízo sanção administrativa de natureza disciplinar pela não observância do art. 22, §2º do decreto lei nº 4.657/1942 (LINDB) combinado com o art. 128 da Lei 8.112/1990.

É este o nosso parecer.

São Paulo, 12 de abril de 2021



**Márcio Cammarosano**

Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP  
Professor de Direito Administrativo nos  
cursos de  
Graduação e Pós-Graduação da  
PUC/SP  
Presidente do Instituto CEDDE – Centro de  
Estudo de Direito e Desenvolvimento do Estado