



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA
Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado
Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 1ª
VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL –
ESTADO DE SANTA CATARINA.**

Ação Civil Pública por Atos de Improbidade Administrativa
Autos n. 0900175-66.2014.8.24.0023

*“§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a
outras associações legitimadas nos termos
deste artigo **habilitar-se como litisconsortes
de qualquer das partes.**
Lei 7.347/1985 (§ 2º do artigo 5º)*

**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO
SANTA CATARINA**, Autarquia Federal dotada de
personalidade jurídica, inscrita no CNPJ nº
82.519.190/0001-12, com sede à Rua Paschoal
Apóstolo Pítsica, 4.860, Agronômica, Florianópolis,
Santa Catarina, neste ato representada por seu
Presidente, Dr. Paulo Marcondes Brincas, brasileiro,
advogado inscrito na OAB/SC sob o n. 6.599, com
mesmo endereço, por seus procuradores signatários -
instrumento anexo -, vem à presença de Vossa
Excelência requerer o ingresso nos autos na condição
de ASSISTENTE do advogado **Sérgio Lehmkuhl** e
apresentar

RAZÕES DE ASSISTÊNCIA EM PROL DO REQUERIDO

com fundamento nas razões de fato e direito a seguir
expostas:



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA
Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado
Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

I. PRELIMINARMENTE:

A Comissão de Prerrogativas da Seção Santa Catarina da Ordem dos Advogados do Brasil foi informada da existência de ação civil pública por atos de improbidade administrativa em curso nesse r. Juízo, em que consta no pólo passivo o profissional Sérgio Lehmkuhl – OAB/SC 5.476 - e outros agentes públicos. A informação decorre do processo autuado pelo advogado sob o n. 1118/2015, junto à OAB/SC, sendo que decisão prévia da Comissão de Prerrogativas propendeu pelo acompanhamento do feito na modalidade assistência até sua conclusão.

Como sabido, a assistência é uma hipótese de intervenção em que terceiro adentra na relação jurídico processual para auxiliar uma das partes, eis que possui interesse jurídico para tanto, conforme dispõe o art. 119, do Código de Processo Civil:

Art. 119. Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la.

Parágrafo único. A assistência será admitida em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontre.

O Direito de assistência, inclusive perante o Superior Tribunal de Justiça, foi reafirmado no julgamento do Ag.Reg. no REsp 196.656, com remissão ao magistério de Pontes de Miranda, de Celso Agrícola Barbi, de Sérgio Sahione Fadel e de Arruda Alvim (4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, AC. 18-05-2000, RSTJ, 145:416).

Neste norte, a Seccional postula a assistência via assistente simples na ACP, posto que os efeitos de processos dessa natureza repercutem na esfera jurídica da Entidade, a qual tem legitimidade decorrente de lei para a defesa de direitos que não sejam meramente individuais.

Prova a OAB/SC, abaixo, que o assunto tratado nos autos tem natureza institucional e que está em discussão matéria que pode causar violação ao preceito constitucional que confere ao advogado independência técnica, nos limites da lei, legitimando-se a intervenção da Seccional no intuito **preservar a prerrogativa profissional de**



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA
Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado
Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

inviolabilidade dos seus atos, conforme estatui a Lei 8.906/94 e a Constituição da República Federativa do Brasil.

A assistência, nos moldes ora pretendidos, vem sendo deferida em vários processos de conteúdo idêntico junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, como por exemplo, no Agravo de Instrumento n. 2014.033019-5, em que restou consignado (já julgado o seu mérito, sendo retirado o advogado do pólo passivo da demanda pelos mesmos fatos ora investigados na ACP em análise):

“I - Nos autos do agravo de instrumento n. 2014.033019-5, interposto por Paulo Sérgio Borges, Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Santa Catarina, por seu presidente Tullo Cavallazzi Filho, formulou, nesta instância recursal, pedidos de ingresso no feito como assistente e de reconsideração da decisão liminar de fls. 54/62 (fls. 79/100).

II - A assistência é o mecanismo processual de intervenção espontânea que insere terceiro na relação processual pendente, para colaborar com a defesa de uma das partes. Subdivide-se em duas espécies: assistência simples ou adesiva e assistência qualificada ou litisconsorcial.

Somente se admite o ingresso de terceiro, na condição de assistente litisconsorcial quando for ele litisconsorte facultativo unitário, isto é, na hipótese de cotitularidade em relação jurídica una e indivisível, mas que a lei faculta a defesa por apenas um dos litisconsortes.

De outro lado, a intervenção do terceiro como assistente simples depende apenas do interesse jurídico na vitória do assistido, haja vista a possibilidade de ser atingido, reflexamente, pelos efeitos jurídicos de uma sentença que for desfavorável.

No caso em tela, o interesse jurídico e, por conseguinte, o pedido de assistência encontra amparo legal no art. 49, parágrafo único, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, cujo teor estabelece que "As autoridades mencionadas no caput deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB".

A respeito do mencionado dispositivo de lei, Paulo Lôbo explica que a intervenção do Presidente da OAB como assistente é necessária, em processos cíveis ou criminais, sempre quando a imputação atribuída a advogado tiver relação com a sua atividade profissional (*Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 5.Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 273*).

Na espécie, o presente agravo de instrumento versa sobre a decisão que recebeu a petição inicial da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, em desfavor do ora agravante, procurador do Município de Içara, sobre supostas irregularidades em procedimento licitatório.



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA
Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado
Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

Inferre-se, nesse contexto, que a pretensão da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil em Santa Catarina de intervir como assistente merece acolhida, vez que a demanda busca a responsabilização do agravante Paulo Sérgio Borges decorrente da sua atuação profissional como procurador municipal em procedimento de licitação, atacado pelo Ministério Público de Santa Catarina, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Cabe destacar que, embora a assistência tenha lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus da jurisdição, o assistente recebe o processo no estado em que se encontra, nos termos do art. 50 do CPC.

Assim, defiro a intervenção da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Santa Catarina como assistente simples neste agravo de instrumento.”

II. ACERCA DA LEGITIMIDADE E INTERESSE JURÍDICO DA SECCIONAL PARA PRESTAR ASSISTÊNCIA AO ADVOGADO:

A Seccional recebeu no último ano dezenas de pedidos de assistência decorrentes de fatos **assemelhados** aos tratados nos presente autos:

- por terem lavrado pareceres em processos licitatórios, advogados, consultores, procuradores públicos estão sendo chamados ao feito em Ações de Improbidade, ACP, Ação Popular etc., para responder solidariamente por alegados danos ao erário.

No caso vertente, o Ministério Público Estadual questiona três processos de licitação para contratação de empresa publicitária para divulgação do Estado de Santa Catarina nos Estados Unidos, Canadá e Portugal, atos estes que estariam eivados de ilegalidades decorrentes da suposta falta de competitividade do procedimento licitatório e direcionamento para contratação da empresa IBI Ásia-Pacific Consultoria Ltda. O aponte do nome do profissional no rol dos responsabilizados derivaria da sua condição de advogado, quando nesta função assinou parecer jurídico que supostamente teria garantido a lisura dos editais de licitação.

Isto é o que se percebe pela leitura dos autos, já que a inicial NÃO CIRCUNSTANCIOU OS FATOS contra o Assistido, colocando os atos do advogado à altura das responsabilidades dos agentes políticos e dos artistas contratados.



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA
Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado
Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

O pedido de intervenção da OAB/SC na modalidade de assistência simples repousa não na simples defesa de um direito individual do profissional, mas na defesa de prerrogativa de classe prevista no § 3º do artigo 2º da Lei 8.906/94 e no artigo 133, da Constituição da República Federativa do Brasil:

Artigo 2º - (...)

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

CRFB

Art. 133 - O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Marcos Destefenni, em seu Curso de Processo Civil. Vol. 1. Saraiva. São Paulo: 2006. p.174, expressa o seguinte acerca do interesse de assistência:

“O assistente, embora defenda um interesse próprio, intervém em processo alheio, para auxiliar uma das partes. O ingresso na qualidade de assistente, assim, depende da demonstração do eventual reflexo que pode ser acarretado a um direito seu, ou seja, o fato que os efeitos da sentença poderão alcançar o assistente”. (Curso de Processo Civil. Vol. 1. Saraiva. São Paulo: 2006. p.174).”

Objetivamente, o interesse jurídico revela-se pela **simples possibilidade de recebimento da ação e/ou condenação do profissional** em decorrência de, alegadamente, “Haver exarado parecer” o qual teria atestado a legalidade dos respectivos editais de licitação, fato este que repercute na esfera jurídica da Entidade porque o deslinde da causa não concerne a apenas um de seus associados, mas a todos os advogados públicos que emitem opiniões em situações concretas.

A teor do art. 3º, §1º, da Lei nº 8.906/94¹, que dispõe sobre o Estatuto da OAB, a denominação *advogado* e o exercício da

¹ § 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.



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

atividade de advocacia também são aplicáveis aos integrantes das Procuradorias e Consultorias dos Municípios, Estados e União Federal. Atribuir aos Procuradores Públicos o *status* de advogados também acarreta em cobri-los com o manto das prerrogativas funcionais asseguradas a todos os profissionais inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil.

Brevemente traduzidas como um conjunto de direitos que os advogados possuem para exercer a sua profissão com liberdade, justiça e imparcialidade, as prerrogativas, na concepção de Ruy A. Sodré, “*não resultam puramente de interesse pessoal, mas são outorgadas à Advocacia em função do trabalho a que o advogado se submete e da missão que este desempenha na sociedade*” (1975, p. 571)².

As prerrogativas são direitos subjetivos dos advogados para que cumpram desembaraçadamente as funções que lhes são atribuídas no art. 1º, incisos I e II³, do Estatuto da OAB, principalmente quando muitos profissionais ainda estão sujeitos aos arbítrios de algumas autoridades.

Dentre os direitos dos advogados está o de exercer com liberdade e com independência a sua profissão em todo território nacional, insito no art. 7º, inc. I, da Lei nº 8.906/94, que ecoa as disposições do artigo 133 da CRFB. Tal direito está intimamente ligado à independência profissional, também elevada à posição de prerrogativa pelos artigos 18 e 31, §§ 1º e 2º, do mesmo Diploma Legal:

Art. 7º São direitos do advogado:

*I - exercer, **com liberdade**, a profissão em todo o território nacional;*

*Art. 18. A relação de emprego, na qualidade de advogado, **não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia.***

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

² Disponível em:

<http://www.saaddiniz.com.br/pdf/681754499220059924Natureza%20Jur%C3%ADdica%20dos%20pareceres%20e%20das%20consultas-%20responsabilidade%20civil,%20administrativa%20e%20penal%20do%20advogado.pdf>

³ Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;

II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA
Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado
Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

§ 2º Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão.

Percebe-se pelas disposições legais que as prerrogativas revelam a imunidade do advogado no que se refere aos seus atos e manifestações, de forma que lhe possibilite construir um juízo pessoal através de suas próprias convicções e conhecimentos acerca de determinado assunto - ligado ao ordenamento jurídico - sem que seja punido por emitir a sua opinião.

Excelência, a independência técnica é que confere o suporte necessário ao advogado para exercer seu ofício, principalmente na emissão de um parecer, para que não seja forçado a concluir em (pré) determinado sentido ou utilizar determinada linha argumentativa para a construção de sua opinião. Considerando que a atividade do advogado está intimamente ligada a um processo de criação (de teses, argumentos e soluções), é extremamente necessário que o profissional disponha de liberdade e independência técnica para obter a mais adequada manifestação jurídica em cada caso que atuar, e que não contrarie as suas próprias convicções. Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto sustenta que:

“Realmente, os Advogados de Estado não necessitarão de autorização hierárquica ou de beneplácito superior para atuarem, de acordo com sua ciência e sua consciência, como órgãos tecnicamente independentes, pois que o são, do contrário, teriam frustrada sua missão de controle da juridicidade plena (compreendida a legalidade, a legitimidade e a licitude) e de mantenedores e aperfeiçoadores da ordem jurídica, funções essas que devem desempenhar como agentes constitucionais essenciais à justiça. No caso, a essencialidade dessa atuação não será a de decidir de direito, tarefa que cabe aos agentes ativos da Administração, mas será sempre, e em qualquer circunstância, a que lhes é típica e inalienável: a de sustentar o direito. (Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 43).

A OAB, nesse contexto, é a entidade legalmente legitimada a agir na defesa de tais prerrogativas de independência e inviolabilidade, legitimidade esta que decorre da exegese do parágrafo único do art. 49 do Estatuto da Ordem, *in verbis*:



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA
Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado
Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

Art. 49. Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta lei.

*Parágrafo único. As autoridades mencionadas no caput deste artigo têm, ainda, **legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB.***

O que se discute nos autos da ação civil pública transcende o mero interesse individual para alcançar de forma prejudicial uma garantia de classe, prevista tanto na Constituição da República como no ordenamento infraconstitucional.

Concluindo, é legítimo que a Seccional intervenha nos autos, pois a imputação está relacionada ao exercício da advocacia, e mesmo que fosse um exercício equivocado da advocacia, **continuaría sendo exercício da advocacia.** Mesmo em hipótese, a verificação da alegada improbidade não deve retirar nem da Seccional nem do advogado o direito à assistência, pois o direito de punir um advogado não derroga o dever constitucional da Seccional de lutar pela inviolabilidade da profissão.

As prerrogativas traduzem uma garantia social, antes de constituírem direito do profissional que atua no ramo, dado o contido no artigo 133 da CRFB, que tem o referido múnus como essencial à realização da Justiça. Daí que a assistência mostra-se como inafastável no caso vertente. Soma-se que a Lei 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, traz tal prerrogativa de assistência, já que o § 2º do artigo 5º claramente dispõe:

*“§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo **habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.***

Tal disposição afasta qualquer interpretação contra a assistência. A OAB/SC tem natureza autárquica federal, e está legitimada pelo artigo 54, XIV, da Lei 8.906/94⁴, a propor ação civil pública, sendo que tal legitimação alcança a figura da Assistência Simples estabelecido no

⁴ XIV - ajuizar ação direta de inconstitucionalidade de normas legais e atos normativos, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e demais ações cuja legitimação lhe seja outorgada por lei;



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA
Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado
Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

§ 2º do artigo 5º da Lei 7.347/85. Não há como dissociar, portanto, a legitimação ativa da legitimidade para Assistência Simples.

A Lei de ação civil pública, portanto, inovou na processualística, expandindo o campo de atuação de entidades de classe, associações, sindicatos etc, sendo certo que o ingresso de litisconsorte deve ser admitido, **dada a inexistência de proibição**. Aliás, o que existe é forte previsão legal, como acima constatado, previsão à qual se soma ainda o artigo 15 do Estatuto Maior da Advocacia:

“Art. 15. Compete ao Presidente do Conselho Federal, do Conselho Seccional ou da Subseção, ao tomar conhecimento de fato que possa causar, ou que já causou, violação de direitos ou prerrogativas da profissão, adotar as providências judiciais e extrajudiciais cabíveis para prevenir ou restaurar o império do Estatuto, em sua plenitude, inclusive mediante representação administrativa.

*Parágrafo único. O **Presidente pode designar advogado, investido de poderes bastantes, para as finalidades deste artigo.**”*

Em síntese, o processo em curso traz em sua origem que o advogado, dentro das suas prerrogativas de independência e inviolabilidade, teria chancelado os editais de licitação que resultaram na contratação pela Santa Catarina Turismo S.A (SANTUR) da empresa IBI Ásia-Pacific Consultoria Ltda para divulgação do Estado de Santa Catarina nos Estados Unidos, Canadá e Portugal. O fato é que a independência técnica encontra-se amparada e legalmente reconhecida pela Constituição da República - art. 133 e pelo EAOAB, art. 7º, inciso I - motivo pelo qual requer desde já a Seccional o deferimento de sua condição de Assistente, a exemplo do que ocorre em vários processos em curso no Judiciário Catarinense.

III. DA ACUSAÇÃO CONTIDA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA:

Traz a Ação Civil Pública por atos de Improbidade Administrativa que o advogado Sérgio Lehmkuhl emitiu pareceres jurídicos em 03 (três) procedimentos de licitação, sendo um Edital Tomada de Preços e dois Editais concorrência. De modo que ‘em todos estes o assessor jurídico foi responsável por declarar que o edital atende as condições legais exigidas pela lei 8.666/93’. E que, portanto, teria praticado atos eivados de ilegalidades.



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

Ao que deixa supor a ACP, já que o Ministério Público **não circunstanciou os fatos**, o aponte do nome do profissional no rol dos responsabilizados derivaria da sua condição de advogado, quando nesta função assinou o parecer jurídico que supostamente garantiu a contratação da empresa em questão.

Em juízo preliminar, verifica-se que o motivo de o advogado integrar o pólo passivo da demanda decorre da alegada **OPINIÃO**, em clara tradução draconiana de dispositivos legais, já que deveria haver uma análise dos fatos pelo viés das prerrogativas da profissional contidas no Estatuto Maior da Advocacia.

Excelência é notório que o advogado público, seja ele concursado ou comissionado, quando chamado a dar uma consulta jurídica nos autos de um processo administrativo, opina, sendo esta opinião meramente enunciativa, a qual não cria direitos e obrigações como acontece no caso de um ato administrativo.

Logo, o agente público que terá que **decidir** o caso submetido à consulta do advogado **é que emitirá o ato administrativo de cunho decisório**. Neste norte, a emissão de opinião não vinculativa não pode gerar responsabilidades ao parecerista, salvo evidente dolo, o que não é o caso.

Aliás, tendo em vista que o Ministério Público não circunstanciou os fatos, ao que parece, deixou o ônus de verificação do dolo para esse Juízo.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

a) da necessidade dos fatos serem analisados à luz das disposições do Estatuto Maior da Advocacia, já que as obrigações funcionais do assistido estão sob o resguardo da Lei em questão:

O “libelo acusatório” tenta amoldar a conduta do advogado ao artigo 12, incisos II e III (subsidiariamente), da Lei 8.429/92. Esquece a Ação Civil Pública que:

- o exercício da advocacia, principalmente na esfera da Administração Pública, deixa sempre registro, sendo que a ação deveria vir suportada em elemento comprobatório do dolo;



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

deveria necessariamente existir um ato formal que comprovasse a existência de dolo para contrapô-lo às atribuições funcionais do advogado, a fim de AFIRMAR QUE ESTE TERIA AGIDO COM ARDIL E COMETIDO ATO CONTRÁRIO À LEI;

- os atos do advogado se encontram sob o manto da Constituição da República e da legislação especial (Estatuto Maior da Advocacia), já que opiniões exaradas por advogados de carreira não vinculam o agente público, que é quem verdadeiramente possui o poder de realizar os atos administrativos que lhe convém, à exceção de expressa previsão legal em Lei Orgânica ou Regimento Interno;

- **parecer não representa ato administrativo:** com toda a vênia, a Seccional desconhece norma vigente que legitime traduzir os fatos narrados genericamente contra o assistido como caracterizador de ato administrativo e a desconstituir prerrogativas estabelecidas na Lei 8.906/94.

O fato é que teria que haver interpretação distinta quanto às condutas de cada requerido na ACP, já que a caracterização de improbidade contra o advogado assistido ensejaria, necessariamente, a comprovação de um desvio teratológico das suas atribuições funcionais, as quais estão sob o resguardo da Lei 8.906/94. E o MP, na inicial, cingiu-se a um tratamento genérico.

A Seccional postula à Vossa Excelência, de início, que a ação seja analisada especificamente sob o prisma das atribuições funcionais da assistida, à luz das prerrogativas da Lei 8.906/94.

b) da natureza “não vinculativa” das opiniões exaradas pelos advogados públicos à luz do Estatuto Maior da Advocacia e da CF:

Preliminarmente, diga-se que no caso só se mostra possível argumentar em tese, **já que o MP não se deu ao trabalho de circunstanciar os fatos para demonstrar a existência de dolo, figura reclamada pelo artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa.**

O *Parquet* esqueceu que a conduta do profissional teria de ter sido guiado por dolo inequívoco, pela intenção precípua de



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

causar danos à Administração Pública e, sobretudo, de favorecer pessoalmente o administrador. Apenas a comprovação de que o advogado teria agido com dolo é que justificaria a acusação de ofensa aos princípios constitucionais que balizam os deveres impostos a qualquer agente ou servidor público.

As provas juntadas aos autos do processo demonstram que os pareceres pela inexigibilidade e/ou dispensa de licitação trouxeram o enquadramento legal e foram acompanhados de pareceres técnicos apresentados pela gerência de marketing.

Quanto aos demais atos, estes caminham no sentido exclusivo da ANÁLISE JURÍDICO-FORMAL de peças do procedimento administrativo/licitação, sendo vedado ao advogado analisar a conveniência ou as necessidades técnicas de determinada contratação de produtos e/ou serviços, cujas atribuições fugiam à análise jurídica do advogado. A participação técnica do advogado se limitou a analisar a situação legal da apresentação dos respectivos editais; **e tal opinião está dentro dos limites estreitos da legalidade**, pois pensar o contrário seria legitimar um delito de opinião.

A emissão de juízo formal frente aos documentos existentes se deu no âmbito das prerrogativas de classe estabelecidas pelo § 3º do artigo 2º, inciso I do artigo 7º e artigo 18, *caput* e § 1º da Lei 8.906/94, e pelo artigo 133, da CRFB:

“Artigo 2º - (...)

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

Art. 7º São direitos do advogado:

*I - exercer, **com liberdade**, a profissão em todo o território nacional;*

*Art. 18. A relação de emprego, na qualidade de advogado, **não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia.***

(...)

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



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA
Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado
Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

Art. 133 - *O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.*”

Assim sendo, a pretensão de responsabilizar civilmente o advogado implica inequivocamente em ofensa às prerrogativas de inviolabilidade e independência técnica do mesmo (exercício com liberdade), já que exarar opinião jamais poderia traduzir ilícito, sendo completamente atípica a conduta até do ponto de vista criminal, como, aliás, decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do RHC 39644 RJ 2013/0238250-5, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 29/10/2013, do qual se transcreve a Ementa:

Ementa:

1. *Recorrentes denunciados juntamente com outros 10 corréus como incurso no art. 89, caput, da Lei n.º 8.666/1993, pois teriam colaborado com dispensa indevida de licitação para realização de obra pública, beneficiando a empresa contratada em R\$ 21.607.812,96 (vinte e um milhões, seiscentos e sete mil, oitocentos e doze reais e noventa e seis centavos).*

2. **Resta evidenciada a atipicidade das condutas dos Recorrentes, uma vez que foram denunciados apenas pela simples emissão e suposta aprovação de parecer jurídico, sem demonstração da presença de nexos de causalidade entre a conduta a eles imputada e a realização do fato típico.**

3. **O regular exercício da ação penal - que já traz consigo uma agressão ao status dignitatis do acusado - exige um lastro probatório mínimo para subsidiar a acusação.** Não basta mera afirmação de ter havido uma conduta criminosa. A denúncia deve, ainda, apontar elementos, mínimos que sejam, capazes de respaldar o início da persecução criminal, sob pena de subversão do dever estatal em inaceitável arbítrio. Ausente o requisito indiciário do fato alegadamente criminoso, falta justa causa para a ação penal.

4. *Recurso provido para trancar a ação penal em tela somente em relação aos ora Recorrentes.*

Diga-se desde já que as consequências da manutenção de um profissional do direito numa ação dessa natureza (ACP) - frente às condições que se apresentam - repercutem gravemente, como decidido pelo STJ. **O TJSC adota o mesmo entendimento**, como se demonstra pelos termos do v. Acórdão lavrado nos autos do agravo de instrumento em ACP n. 2009.060743-0, de Chapecó, que em sua Ementa já alertava para a cautela do julgador quanto ao recebimento da ação, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA
Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado
Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

*IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL – **PARECER EMITIDO POR PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO – LIVRE EXERCÍCIO DA PROFISSÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 133 DA CRFB/88 E ART. 2º, § 3º, DA LEI N. 8.906/94 – ATO MERAMENTE OPINATIVO – GARANTIA DE IMUNIDADE DO ADVOGADO** – CULPA NÃO COMPROVADA – INEXISTÊNCIA DO ATO DE IMPROBIDADE – DECISÃO REFORMADA PARA REJEITAR O RECEBIMENTO DA INICIAL, COM FULCRO NO ART. 17, § 8º, DA LEI N. 8.429/92 – RECURSO PROVIDO.*

1. De acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro, "Se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou jurisprudência, não há como responsabilizar o advogado, nem em consequência, a autoridade que se baseou em seu parecer." (Temas polêmicos sobre licitação e contratos. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 890).

2. "(...) **Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa.** Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido." (MS 24073 / DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 06.11.2002).

3. **A proposição da ação de improbidade administrativa deve estar sempre lardeada no bom senso e na cautela, isso porque, referida ação reúne características repressivas muito semelhantes a da ação penal, já que as graves consequências da eventual condenação em sede de ação por ato de improbidade administrativa revelam o forte conteúdo penal e os inquestionáveis aspectos políticos desta medida judicial. Dessarte, o estigma originado tão somente com a proposição desta medida judicial, a qual contém fortes características repressivas, é fator suficiente a ensejar precaução por parte do julgador quanto ao recebimento desta ação, quando a petição inicial não apontar com precisão a culpabilidade do agente. [...]**"



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA
Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado
Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

Não há como se desconsiderar ser notório que o advogado, quando chamado a emitir um parecer, **pratica um ato de opinião - que pode ser obrigatório ou não** -, em que avalia contornos jurídicos do caso posto à sua análise, e que carece de poder de vinculação em relação aos contornos discricionários naturais aos atos negociais realizados pela Administração. Não seria o ato de opinar verbalmente que geraria responsabilidades contra o assistido.

Se opinião existiu, o assistido não pode ser responsabilizado por haver externado seu entendimento, sua interpretação quanto ao tema examinado, sem que existam provas robustas de que tenha obrado com intuito de se desviar dos ditames legais. O fato é que o profissional tinha, tem e sempre terá independência técnica para opinar livre e exclusivamente sobre as situações que se lhe apresentam. Neste particular, é o escólio de Hely Lopes Meirelles, *in verbis*:

“Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos permitidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva.

O parecer, embora contenha um enunciado opinativo, pode ser de existência obrigatória no procedimento administrativo e dar ensejo à nulidade do ato final se não constar do processo respectivo, como ocorre, p. ex., nos casos em que a lei exige a prévia audiência de um órgão consultivo, antes da decisão terminativa da Administração. Nesta hipótese, a presença do parecer é necessária, embora seu conteúdo não seja vinculante para a Administração, salvo se a lei exigir o pronunciamento favorável do órgão consultado para a legitimidade do ato final, caso em que o parecer se torna impositivo para a Administração.” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 24. ed. São Paulo: Malheiros, p. 176).

Traduzir como ofensa de improbidade um ato que aponta para independência técnica viola garantias básicas de um profissional do direito. Neste sentido caminha a doutrina sobre o assunto, conforme exemplifica a lição de Roberto Wagner Lima Nogueira em sua obra “O Advogado Parecerista e a Lei de Improbidade Administrativa”, *in Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1018, 15 abr. 2006.

“3.1. Sobre o tema PARECER DE ADVOGADO PÚBLICO, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já teve oportunidade de reconhecer a IMUNIDADE



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

MATERIAL do advogado-geral da União por pareceres ofertados no exercício de sua profissão, nos autos do Inquérito 1674, julgado no Pleno em 06.09.01, citado no voto do Min. Maurício Corrêanos autos do Mandado de Segurança 24.073-3-DF.

3.2. Opinar é diferente de decidir, o parecer não é um ato administrativo de cunho decisório, é apenas e tão-somente uma opinião que não cria nem extingue direitos, como sói acontecer com os atos de conteúdo decisórios, razão pela qual o juízo do procurador não vincula a autoridade que tem poder decisório.

3.3. Procurador, advogado, assessor jurídico na condição de pareceristas, não ordenam despesas, não gerenciam, arrecadam, guardam, ou administram quaisquer bens, dinheiros ou valores públicos, claro fica a ausência de tipificação no art. 10 e incisos da Lei de Improbidade Administrativa como insiste erroneamente o Ministério Público.

3.4. Os pareceres são peças opinativas, não possuem efeito vinculante, exteriorizando uma opinião jurídica que não possui uma prescrição normativa acerca de determinado tema.

3.5. Dentre as condutas típicas arroladas no art. 10 da Lei nº 8.429/92, não se encontra um item sequer onde se possa enquadrar o agir de um operador do direito quando na função de parecerista, porquanto a participação deste é de caráter opinativo, elucidativo, materializada em ato administrativo enunciativo, sem qualquer conteúdo decisório.

Outro não é o entendimento de Ronni Charles⁵, que também afasta a natureza vinculante do ato enunciativo sob comentário:

“Realmente, o parecer emitido pelo órgão de assessoria jurídica serve para a orientação da decisão adotada pelo consulente, sendo também instrumento de verificação de legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados à gestão de recursos públicos. Contudo, embora o legislador tenha inovado, em relação ao que era prescrito pelo Decreto-Lei 2.300/86, tratando de “aprovação” das minutas, não nos parece que o prévio exame se caracterize como ato-condição, sem o qual perca validade a relação contratual pactuada.

O parecer possui natureza opinativa, de caráter obrigatório, porém não vinculante. Essa assertiva é confirmada pela prática administrativa, já que ocorrem contratações e publicações de editais que desrespeitam a remessa prévia dos atos ao órgão competente pelo assessoramento jurídico, para emissão de parecer, sem que isso cause necessariamente a anulação ou invalidação dos atos administrativos pelos órgãos de controle.”

⁵ Ronni Charles. Leis de licitações públicas comentadas. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 209/210.



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA
Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado
Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

No mesmo diapasão, Airton Rocha Nóbrega, ao manifestar sua indignação à possibilidade de condenação solidária ao gestor público do advogado parecerista⁶:

“Apreciar atos de gestão e julgar contas de gestores e administradores é o que se comete ao TCU, nada havendo nas disposições legais que admita, ainda que de forma remota, o exercício de fiscalização ou responsabilização, por atos enunciativos praticados, aos membros da advocacia pública. E é bom que se diga que o advogado não é gestor e ao emitir um pronunciamento jurídico não se equipara a tanto. Não gerencia contratos e não fiscaliza a sua execução. (...) O que se constata em boa parte das situações em que isto ocorre é que, examinando o processo em seus aspectos formais, emitiu o parecerista um pronunciamento fundamentado a respeito de elementos que lhe foram ofertados e, sem qualquer dúvida a respeito, firmou clara orientação no sentido de estar caracterizada a hipótese em lei prevista. Não se lhe imputa qualquer irregularidade ou ofensa ao erário público, até porque não se teria como agir desse modo.”

Assim também já entendeu o Supremo Tribunal Federal e, da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., ART. 70, PARÁG. ÚNICO, ART. 71, II, ART. 133. LEI Nº 8.906, DE 1994, ART. 2º, § 3º, ART. 7º, ART. 32, ART. 34, IX. I. Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da Lei das Licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377, II. O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei

⁶ Airton Rocha da Nóbrega apud Ronni Charles. Leis de Licitações Públicas Comentadas. Salvador: JusPodivum, 2010, 119.



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

8.906/94, art. 32. III. Mandado de Segurança deferido” (STF, MS 24073/DF, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 06.11.2002).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. (...) II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido. (STF, MS 24631 / DF - DISTRITO FEDERAL, Tribunal Pleno, Min. JOAQUIM BARBOSA, Dje 09/08/2007)

“RHC - DISPENSA DE LICITAÇÃO - PACIENTE QUE, NA QUALIDADE DE PROCURADORA DO ESTADO, RESPONDE CONSULTA QUE, EM TESE, INDAGAVA DA POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO - DENÚNCIA COM BASE NO ART. 89, DA LEI N° 8.666/93 - ACUSAÇÃO ABUSIVA - MERO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES, QUE REQUER INDEPENDÊNCIA TÉCNICA E PROFISSIONAL.

1. Não comete crime quem, no exercício de seu cargo, emite parecer técnico sobre determinada matéria, ainda que pessoas inescrupulosas possam se locupletar às custas do Estado, utilizando-se desse trabalho. Estas devem ser processadas criminalmente, não aquele.

2. Recurso provido, para trancar a ação penal contra o paciente. (STJ - 6a T. - RHC - 7.165/RO - Min. Rei. Anselmo Santiago).

ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR DA AÇÃO – DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PARQUET COMO CUSTOS LEGIS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE – RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO – POSSIBILIDADE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS NÃO PRESENTES NO CASO CONCRETO – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA – ATUAÇÃO DENTRO DAS PRERROGATIVAS FUNCIONAIS – SÚMULA 7/STJ. (...) 3. É possível, em situações excepcionais, enquadrar o consultor jurídico ou o parecerista como sujeito passivo numa ação de improbidade administrativa. Para



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

isso, é preciso que a peça opinativa seja apenas um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo. Em outras palavras, faz-se necessário, para que se configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer. 4. Todavia, no caso concreto, a moldura fática fornecida pela instância ordinária é no sentido de que o recorrido atuou estritamente dentro dos limites da prerrogativa funcional. Segundo o Tribunal de origem, no presente caso, não há dolo. (STJ, REsp 1183504 / DF,T2, Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 17/06/2010).

O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento sobre a questão, afirmando que “*parecer meramente consultivo não justifica responsabilização de advogado*”, como decidido nos autos do MS 30.892, Relator o Ministro Luiz Fux, e cuja ementa se transcreve:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. FIXAÇÃO DE MULTA. RESPONSABILIDADE DE COORDENADOR JURÍDICO DA CODESA POR ELABORAÇÃO DE PARECER MERAMENTE CONSULTIVO. INOCORRÊNCIA. EXCLUSÃO DA MULTA. PRECEDENTES: MS 24.073, REL. MIN. CARLOS VELLOSO, E MS 24.631, REL. MIN. JOAQUIM BARBOSA.” (SEGURANÇA CONCEDIDA)

Como visto, a matéria tem sido enfrentada constantemente nos Tribunais, sendo que a tentativa de se atribuir ao advogado responsabilidade criminal ou civil solidária com os administradores e agentes públicos face às decisões e atos administrativos concretizados por estes - pois o conteúdo dos pareceres seria o fundamento para a realização dos atos - não está a se consolidar.

Ainda mais quando não comprovada, como é o caso dos autos, atuação temerária do profissional advogado. Estes pareceres de que trata a jurisprudência não se vinculam aos atos administrativos emanados da Administração Pública, posto que elaborados pelos advogados pareceristas no exercício de sua função constitucionalmente garantida.

Além disto, o art. 188 do Código Civil de 2002 deixa claro que não constituem atos ilícitos “**os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido**” (inciso I). A conduta do advogado, nestes casos, não é injusta, mas sim decorrente do direito que ele tem de exercer livremente a sua profissão e de oferecer opinião jurídica, como ato privativo seu (consoante o art. 1º, da Lei 8.906/94).



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA
Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado
Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

Assim sendo, de plano revela-se a ausência de justa causa a legitimar a condenação do advogado, já que o Estatuto Maior da Advocacia e a Constituição Federal dizem ser invioláveis os atos praticados pelo profissional do direito nos limites da Lei.

c) da ausência de justa causa a legitimar a condenação da advogada, já que opinião sem poder vinculativo não traduz ato administrativo:

A atuação do Ministério Público não poderia se fazer sem um liame lógico e jurídico entre a emissão do parecer - **traduzido pela análise técnica do tema** - e o alegado ilícito. O parecer não dá margem para interpretações tão herméticas, sendo extremamente subjetivo o olhar do MP sobre os fatos, subjetividade esta que não pode ser transferida à consciência do advogado. Seria o mesmo que pretender que o procurador pensasse de maneira uniforme à visão do *parquet*.

Ora, mostrando-se que defensável seria um parecer do ponto de vista técnico e jurídico acerca do Edital em um processo de licitação, ausente fica a assistida do raio de responsabilidades. Somada aí a circunstância de inexistir vinculação entre uma possível opinião emitida e a prerrogativa de decisão dos agentes públicos (na hierarquia administrativa), desaparece por completo o liame jurídico entre a opinião e as decisões da cadeia de comando.

Para responsabilização da conduta do assistido, o Ministério Público deveria provar de maneira inequívoca ter o profissional agido com dolo, mas o ato em si, de exarar um parecer não se amolda aos tipos “penais” previstos na Lei de Improbidade Administrativa. Em hipótese, diga-se que o ato de lavrar um parecer, em si, não implicaria em infração da norma especial nem que a interpretação dada ao tema pelo “parecerista” não se amoldasse à melhor doutrina ou jurisprudência, **posto que uma opinião equivocada ainda assim representaria uma opinião legítima do ponto de vista da independência técnica do profissional advogado**. E delito de opinião inexistente no ordenamento pátrio há muito. E não será o MP a revivê-lo.

Ainda em hipótese, a caracterização do tipo contido na norma especial só seria possível se o Ministério Público tivesse sucesso ao associar “**a vontade do parecerista**” a um resultado ilícito praticado pelos



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA
Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado
Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

demais agentes públicos da cadeia de decisão do processo de edição da publicação, sob pena do parecer continuar a ser o que sempre foi: mera opinião acerca de um tema.

Inexistindo o nexo de causalidade, já que parecer não vincula, bem como a comprovação de ajuste de vontades, o parecer deve ser analisado como inábil a produzir efeitos antijurídicos, cristalizando-se como um ato independente na cadeia de eventos.

Assim sendo, a conduta de mera opinião da assistida (se é que ocorreu na forma alegada pelo *Parquet*) não merece ser enquadrada na moldura legal das disposições da Lei de Improbidade, como já decidiu, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins nos autos do HC nº 0002031-78.2014.827.0000, Rel. Juiz HELVÉCIO DE BRITO MAIA NETO:

“EMENTA: *HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ADVOGADO. EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO. DENÚNCIA DE PARTICIPAÇÃO EM FRAUDE À LICITAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE NEXO DE CAUSABILIDADE E AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE AJUSTE DE VONTADES. ORDEM CONCEDIDA PARA DETERMINAR O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.*

1. É pacífico o entendimento de que o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, em sede de habeas corpus somente é possível quando desponta, indubitavelmente, a atipicidade da conduta.

*2. **Para a imputação do crime previsto no artigo 89 da lei n.º 8666/93 ao advogado que emite parecer jurídico, é imprescindível a demonstração de nexo de causalidade entre a conduta do partícipe e a realização do fato típico.***

3. Ademais, de acordo com precedentes do Superior Tribunal de Justiça, “O advogado é inviolável pelas manifestações exaradas no exercício de sua profissão, nos termos do art. 133, da Constituição da República. Exarando, o Procurador do Município, parecer jurídico, atuando não como simples agente administrativo, mas como advogado que, no desempenho de suas funções, é inviolável em suas manifestações, mormente sendo o seu parecer homologado pelo Órgão do qual pertence, inexistindo demonstração de ter agido com dolo ou culpa, não há justa causa para a continuidade da ação penal”.

Tanto aqui no caso do assistido, como ali, no caso do paciente do referido HC, constata-se, de fato, a atipicidade da conduta atribuída aos mesmos, uma vez que denunciados pela simples emissão de opinião sem demonstração da presença de nexo de causalidade entre as condutas a eles imputadas e a realização do fato típico. Aliás, o tipo



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA
Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado
Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

mostra-se praticamente impossível diante da natureza não vinculativa de qualquer parecer.

O fato é que a ação quis tipificar uma opinião em tese como um chancela concreta do próprio procedimento de dispensa de licitação. Ora, qualquer opinião exarada por um advogado, seja sobre um contrato, seja acerca de outro assunto, **não configura ato administrativo, o que impossibilita, por extensão, a caracterização de responsabilidades civis ou criminais.** Nos autos do Agravo de Instrumento n. 2009.060743-0, de Chapecó, já prefalado, há menção a tal circunstância, conforme se transcreve:

“As palavras do professor Carlos Pinto Coelho Motta consubstanciam tal assertiva:

“O parecer jurídico não constitui, em si, ato administrativo. Representa uma peça opinatória especializada, tecnicamente cautelar, que pode e deve ser agregada ao ato, como elemento de sua fundamentação. O parecer exige ainda um ato administrativo de aprovação ou de acolhida. Inúmeras decisões jurisprudenciais corroboram a afirmativa de que parecer jurídico não é ato administrativo.” (Fórum Administrativo. ano. 3, n. 28. jun. 2003. Responsabilidade e independência do parecer jurídico e de seu subscritor. Belo Horizonte: FA. p. 2369-2375.)

Nesse sentido, já se manifestou o Pretório Excelso:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido.” (MS 24073 / DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 06.11.2002).



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA
Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado
Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

O voto lavrado pelo eminente Min. *Carlos Velloso* foi bastante elucidativo no tocante à matéria, porquanto, peço vênia para extrair excerto do seu ponderoso pronunciamento, e adotar como minhas, as razões declinadas pelo ilustre jurista:

"O parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública não é ato administrativo. Nada mais é do que a opinião emitida pelo operado do direito, opinião técnico-jurídica, que orientará o administrador na tomada da decisão, na prática do ato administrativo, que se constitui na execução *ex officio* da lei. *Hely Lopes Meirelles* cuidou do tema e lecionou:

"Pareceres – pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já então, o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer, mas sim o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial ou punitiva." (Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", 26ª. ed., Malheiros, pág. 185).

Celso Antônio Bandeira de Mello não obstante classificar os pareceres como atos administrativos de administração consultiva, deixa expresso, entretanto, que visam eles "a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa". (*Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros, 13ª. ed., 2001, pág. 377).*

É dizer, o parecer não se constitui no ato decisório, na decisão administrativa, dado que ele nada mais faz senão "informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa."

Posta assim a questão, é forçoso concluir que o autor do parecer, que emitiu opinião não vinculante, opinião a qual não está o administrador vinculado, não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador, ressalvado, entretanto, o parecer emitido com evidente má-fé, oferecido, por exemplo, perante administrador inapto."

E após tais apontamentos, o v. Acórdão entendeu não estarem, inclusive, configurados os requisitos aptos a ensejar o



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA
Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado
Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

recebimento da ação civil pública contra o advogado que integrava o pólo passivo da demanda, motivo pelo qual decidiu:

“Destarte, não se há de negar validade ou mesmo inquinar um parecer jurídico como ilegal, apenas porque diverge do entendimento por nós defendido. Pois, como há muito preconizava o filósofo Voltaire: "Posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser, mas defenderei até a morte o direito de você dizê-las.”

DITO ISTO, IMPENDE REGISTRAR QUE, NOS TERMOS DO ART. 17, § 8º, DA LEI 8.429/92: "O JUIZ REJEITARÁ A AÇÃO, EM DESPACHO FUNDAMENTADO, SE CONVENCIDO, PELA RESPOSTA DO RÉU, DA INEXISTÊNCIA DO ATO DE IMPROBIDADE OU DA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.”

*Coadunando o expandido, resta evidenciado que o agravante, na condição de Procurador Geral do Município de Chapecó, emitiu parecer jurídico interpretando, tão somente, os fatos que lhe foram apresentados, não podendo por isso ser responsabilizado, uma vez que tanto a lei quanto a jurisprudência garantem aos advogados, na qualidade de agentes indispensáveis à administração da justiça, o livre exercício da profissão, bem como a inviolabilidade por seus atos e manifestações. **SEGUINDO ESSA LINHA DE RACIOCÍNIO, ENTENDO QUE A CONDUTA DESCRITA NA EXORDIAL NÃO COMPREENDE ATO ÍMPROBO, O QUE ME LEVA CRER QUE A INICIAL DEVERIA TER SIDO REJEITADA, CONSOANTE A REGRA INSCULPIDA NO ART. 17, § 8º, DA LEI N. 8.429/92.***

Em suma, também no caso inexistem requisitos a ensejar a apuração de responsabilidades contra o Assistido, motivo pelo qual representa medida drástica a inclusão do profissional no pólo passivo da demanda e também o será qualquer decisão que implique em responsabilidade pelos fatos apontados na ação em curso, a qual, pela sua natureza, produz graves estigmas.

d) da ausência de danos ao erário pela efetiva contrapartida dos trabalhos pela Editora Letras brasileiras LTDA;

Neste ponto, cabe situar que os produtos adquiridos foram efetivamente entregues. Ou seja, o erário não ficou sem a contrapartida dos bens contratados. Traduzir o pagamento pelos produtos como passível de ressarcimento contraria tanto a jurisprudência do



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA
Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado
Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina como dos Tribunais Superiores.

A lógica exposta na ACP é que os Requeridos devem devolver os valores despendidos com a aquisição dos materiais gráficos. Mas se os produtos foram entregues nos moldes contratados, qual o prejuízo causado? Indenização pressupõe um dano efetivo, mas o Ministério Público não criou convicção de danos, posto que de maneira genérica requereu o ressarcimento integral dos valores pagos. Na Apelação Cível n. 2009.031547-2, de Tangará, Relator: Des. Newton Trisotto, a questão do ressarcimento sem dano foi bem analisada. Extrai-se o seguinte da decisão:

“A responsabilidade civil pressupõe um dano - material ou imaterial. No expressivo dizer de Sérgio Cavalieri Filho, “o dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não havendo que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento - risco profissional, risco proveito, risco criado etc. -, o dano constitui seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa”. Ainda que comprovada a prática de ato de improbidade administrativa, o agente não pode ser condenado a ressarcir ao erário dano que na sentença é reconhecido inexistente.”

Em linhas gerais, a referida decisão confirma a impossibilidade de ressarcimento em clara ausência de prejuízo. No caso vertente, **houve a efetiva contrapartida com a contratação da empresa vencedora da licitação e a prestação dos serviços nos moldes contratados.** Assim sendo, se a administração pública pagou, mas recebeu na forma contratada, dano inexistente.

Em hipótese, mesmo que fossem considerados defeituosos os contratos, os materiais foram entregues pelos contratados, não havendo espaço para a condenação por improbidade. Neste sentido caminha o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e outros Tribunais:

*“**TJSC** - Apelação Cível n. 2004.035531-6, de Papanduva. Relator: Des. Vanderlei Romer. “AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NOMEAÇÃO PARA CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO, CUJA NATUREZA, TODAVIA, É*



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

PRÓPRIA DE CARGO DE PROVIMENTO MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO EM EVIDENTE DESCOMPASSO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEQUÍVOCA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, HONESTIDADE E LEGALIDADE. LEI N. 8.429/92. APLICAÇÃO DE SANÇÃO ECONÔMICA. CONDENAÇÃO DO RÉU AO **RESSARCIMENTO** DO NUMERÁRIO UTILIZADO PARA PAGAR OS SERVIDORES DURANTE O PERÍODO DA CONTRATAÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA SOB ESTE ASPECTO QUE SE IMPÕE. EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PELOS FUNCIONÁRIOS ADMITIDOS. INOCORRÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO, BEM COMO PREJUÍZO ECONÔMICO AO ERÁRIO. ADEQUAÇÃO DA PUNIÇÃO AO ADMINISTRADOR. SUBSISTÊNCIA DAS DEMAIS PENALIDADES. PROVIMENTO PARCIAL. 1. A nomeação de servidores para cargos de caráter efetivo, na condição de comissionados, constitui conduta afrontosa aos princípios da moralidade, honestidade e legalidade. De rigor, pois, a aplicação ao administrador das sanções de natureza civil e política previstas na Lei de Improbidade Administrativa, pois 'nos termos do art. 21, da Lei de Improbidade, a aplicação das sanções independem de efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, o que autoriza a aplicação da norma sancionadora nas lesões à moralidade administrativa' (REsp 439280-RS, rel. Min. Luiz Fux). 2. **Foge à razoabilidade, no entanto, condenar-se o ímprobo ao ressarcimento das despesas havidas com a remuneração do pessoal contratado, ainda que de forma irregular, se a Municipalidade efetivamente beneficiou-se com seu trabalho. Não há, pois, que se falar em enriquecimento ilícito, tampouco em dano ao erário público, especialmente se a prestação de serviços era efetivamente necessária à Administração**" (ACV 2000.025356-1, de minha relatoria). Precedente que, *mutatis mutandis*, importa no provimento parcial do presente recurso.

TJSC - Apelação Cível n. 2013.077863-9, de Itajaí - Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz - APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N. 8.429/92. CONTRATAÇÃO DE UM ÚNICO SERVIDOR POR PRAZO DETERMINADO. MUNICÍPIO DE ITAJAÍ. EXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO MUNICIPAL QUE PREVÊ TAL ESPÉCIE DE CONTRATAÇÃO. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS. IRREGULARIDADE. DOLO NÃO VERIFICADO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE BENEFICIAMENTO PESSOAL. CESSAÇÃO DE PRÁTICA COM TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA FIRMADO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. RESSARCIMENTO DOS VALORES DESPENDIDOS PELO ENTE PÚBLICO COM A CONTRATAÇÃO IRREGULAR. TRABALHO REALIZADO. REMUNERAÇÃO PROPORCIONAL. PLEITO NÃO ACOLHIDO SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO ENTE PÚBLICO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO E REEXAME NECESSÁRIO



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA
Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado
Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

*IMPROVIDOS. "A caracterização dos atos de improbidade previstos no art. 11 da Lei 8.429/92 depende da existência de dolo genérico na conduta do agente. A contratação irregular de servidores sem a realização de concurso público pode caracterizar-se como ato de improbidade administrativa, desde que demonstrada a má-fé do agente público que praticou o ato administrativo suficiente para configurar o dolo, ao menos genérico." (REsp 1307085/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, j. 2.5.2013). **"Havendo a prestação do serviço, ainda que decorrente de contratação ilegal, a condenação em ressarcimento do dano é considerada indevida, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública"** (REsp n. 728341, Min. Castro Meira). (...) (TJSC, AC n. 2008.018895-1, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 28.4.2009).*

STJ: (REsp n. 213.994, rel. Min. Garcia Vieira). ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei n. 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil (REsp n. 213.994, rel. Min. Garcia Vieira).

"TJ-SP - Apelação APL 00002587020078260323 SP 0000258-70.2007.8.26.0323 (TJ-SP) - Data de publicação: 19/08/2014 - Ementa: S 1 - AÇÃO POPULAR Nulidade processual por cerceamento de defesa Não ocorrência Desnecessidade de produção de outras provas Preliminar rejeitada. 2- AÇÃO POPULAR Município de Lorena Dispensa de licitações - Pretensão à condenação dos réus ao ressarcimento ao erário dos valores despendidos para o pagamento dos serviços que realizaram Alegação de existência de vícios Sentença de parcial procedência, para anular algumas das contratações realizadas e condenação do então Prefeito Municipal de duas das rés ao ressarcimento dos prejuízos ao erário municipal Impossibilidade São requisitos ao manejo da ação popular a ilegalidade e a lesão ao patrimônio público. **Prejuízo ao erário inexistente Comprovada a prestação dos serviços contratados, é necessária a ocorrência de lesão efetiva para embasar condenação das contratadas à repetição, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração (artigos 884 a 886 do Código Civil) Inteligência dos artigos 5º, LXXIII, da CF, 1º e 2º da Lei 4717/65 e 59 e parágrafo da Lei 8.666/93 Recursos oficial e da autora não providos e providos os dos réus.**

VIDE AINDA: Precedentes do STJ: REsp 717375/PR, DJ 08.05.2006, REsp 514820/SP, DJ 06.06.2005, (REsp n. 861566).



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA
Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado
Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

Assim sendo, não se vislumbra prejuízo ou lesão patrimonial ao Erário tendo em vista que os serviços contratados foram prestados na forma explícita na contratação.

e) da ausência de dolo a amparar a pretensão de condenação por improbidade administrativa:

Não poderia a Seccional deixar de registrar que o Tribunal de Justiça do Estado Barriga Verde, bem como o Superior Tribunal de Justiça e outros Tribunais entendem como necessária a comprovação de má-fé para caracterização da improbidade. A comprovação do dolo deve ser plena. Basta atentar à lógica dos fatos para que qualquer dolo desapareça, pois o advogado realizou apenas a análise jurídico-formal dos fatos.

Há que se verificar aqui a intenção dos agentes. Segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DE PIETRO (in Direito Administrativo, Ed. Atlas, 14ªed., 2001, p. 687):

"...a rigor, qualquer violação aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da moralidade, do interesse público, da eficiência, da motivação, da publicidade, da impessoalidade e de qualquer outro imposto à Administração Pública pode constituir ato de improbidade administrativa. No entanto, há de se perquirir a intenção do agente, para verificar se houve dolo ou culpa, pois, de outro modo, não ocorrerá o ilícito previsto na lei..."

E acrescenta:

"... a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidos na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem conseqüências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins" (ob. cit. p. 689).

Já segundo WALDO FAZZIO JÚNIOR (in Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos, 3ª ed., 2003, Ed. Atlas, p. 179/181):



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA
Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado
Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

É necessário que se adote cautela na compreensão das regras do art. 11 da LIA. Sua evidente amplitude constitui sério risco para o intérprete porque enseja radicalismos exegéticos capazes de acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, cometidas sem a má-fé que arranha princípios éticos ou critérios morais. Práticas sem maiores repercussões no universo administrativo, ditadas, eventualmente, pelo despreparo intelectual e pela ausência de habilidade do prefeito, se examinadas à luz de legalismo preciosista, podem assumir a configuração de atos de improbidade, quando, de fato, não contém tanta gravidade. As deficiências pessoais e profissionais do Chefe do Executivo municipal podem promover irregularidades e, até mesmo, ilegalidades formais, mas é só o desvio de caráter que faz o ilegal sinônimo do ímprobo.

A caracterização de improbidade, necessariamente, requer a comprovação de má-fé, conforme assentado pelo STJ e pelo TJSC:

*"A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve se realizada cum granu salis, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu [...]. **A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador**"(EDREsp n. 716.991, Min. Luiz Fux)."*

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO, ENRIQUECIMENTO ILÍCITO OU DANO AO ERÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Embargos de declaração admitidos como agravo regimental, em razão de seu manifesto caráter infringente. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal. 2. **Inexistindo comprovação de que os agravados tenham agido com dolo ou má-fé, enriquecido de forma ilícita ou de que o ato impugnado tenha causado prejuízo ao erário, não há falar em improbidade administrativa, devendo o acórdão recorrido ser mantido por seus próprios fundamentos. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (EDcl no REsp 1260814/RN, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 25/10/2012)**



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA
Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado
Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DE DOLO E MÁ-FÉ. 1. **É assente nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado no dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do art. 10.** 2. No caso dos autos, as premissas fáticas assentadas pela origem dão conta de que o ex-prefeito demitiu irregularmente servidores públicos, sob o entendimento de "estar atendendo às disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal, ao reduzir as despesas com pessoal desnecessário". Não havendo comprovação do dolo de prejudicar os lesados, ou favorecer terceiros, dano ao erário, e que, tampouco, "o agente público agiu visando outro fim que não o bem público". 3. **A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo; e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, coadjuvados pela má-intenção do administrador.** Precedente: REsp 1.149.427/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17.8.2010, DJe 9.9.2010. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 81.766/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 14/08/2012)

TJSC - APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N. 8.429/92. CONTRATAÇÃO DE UM ÚNICO SERVIDOR POR PRAZO DETERMINADO. MUNICÍPIO DE ITAJAÍ. EXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO MUNICIPAL QUE PREVÊ TAL ESPÉCIE DE CONTRATAÇÃO. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS. IRREGULARIDADE. DOLO NÃO VERIFICADO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE BENEFICIAMENTO PESSOAL. CESSAÇÃO DE PRÁTICA COM TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA FIRMADO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. RESSARCIMENTO DOS VALORES DESPENDIDOS PELO ENTE PÚBLICO COM A CONTRATAÇÃO IRREGULAR. TRABALHO REALIZADO. REMUNERAÇÃO PROPORCIONAL. PLEITO NÃO ACOLHIDO SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO ENTE PÚBLICO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO E REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDOS. [...]"*Havendo a prestação do serviço, ainda que decorrente de contratação ilegal, a condenação em ressarcimento do dano é considerada indevida, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública"* (REsp n. 728341, Min. Castro Meira). (...) (TJSC, AC n. 2008.018895-1, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 28.4.2009). Apelação Cível n. 2013.077863-9, de Itajaí. Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz."



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA
Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado
Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

TJSC - ADMINISTRATIVO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES **TEMPORÁRIOS** - AMPARO EM LEI MUNICIPAL - AUSÊNCIA DE DOLO GENÉRICO. "Na esteira do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é difícil identificar a presença de dolo genérico do réu, para efeito de configuração de atos de improbidade administrativa, 'se sua conduta estava amparada em lei municipal que, ainda que de constitucionalidade duvidosa, autorizava a contratação temporária dos servidores públicos' (AgRg no AgRg no REsp n. 1191095/SP, Min. Humberto Martins). (TJSC, Reexame Necessário n. 2012.017768-3, de Abelardo Luz, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 26-03-2013).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES MUNICIPAIS. INEXISTÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. AUTORIZAÇÃO EM LEI. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE LESÃO AOS COFRES PÚBLICOS. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CARACTERIZADO. "A contratação temporária de servidor público com base em norma municipal que observou os procedimentos legislativos pertinentes, embora reconhecida a posteriori como irregular, não implica a presunção da ocorrência de improbidade administrativa. "Não restando comprovado o desvio de finalidade do ato praticado pelo Administrador Municipal e considerando a presunção de constitucionalidade de que gozam as leis, somados à absoluta ausência de prejuízo ao **erário**, tornam-se inaplicáveis as sanções inscritas na Lei n. 8.429/92' (Apelação Cível n. 2005.007981-1, de Papanduva, Rel. Des. Luiz César Medeiros). (TJSC, Apelação Cível n. 2007.017205-8, de Papanduva, rel. Des. Newton Janke, j. 23-02-2010).

Por todo o exposto, resta demonstrado que a caracterização do ato de improbidade administrativa tipificado nos artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 (que justificam a condenação pelo artigos 12, II e III) é condicionada à comprovação da má-fé dos agentes, o que a inicial não logrou demonstrar.

Pelo exposto, vem requerer:

- a) seja recebida a presente peça de Assistência e deferida a intervenção, sendo, a partir desse momento, a Assistente intimada de todos os atos processuais que se realizarem;
- b) seja julgada improcedente a ação proposta no capítulo que toca o advogado Sérgio Lehmkuhl, pelas razões de fato e de direito acima expostas, ficando impugnados expressamente todos os pedidos realizados pelo Ministério Público;



SANTA CATARINA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA
Comissão de Prerrogativas, Defesa e Assistência ao Advogado
Procuradoria Estadual de Defesa das Prerrogativas

c) seja permitida a produção de provas em direito admitidas, incluída a juntada de documentos, oitiva de testemunhas e outras que se fizerem necessárias;

d) requer que as intimações sejam realizadas em nome dos profissionais constituídos.

Nestes Termos
Pede Deferimento.

Florianópolis/SC, em 21 de junho de 2016.

Marcelo Ramos Peregrino Ferreira
Presidente da Comissão Estadual de Prerrogativas
OAB/SC 12.309

Anaxágora Alves Machado
OAB/SC 20.225

Marco Aurélio Rodrigues Martins Procurador Estadual de
Prerrogativas OAB/SC
OAB/SC 32.368