

**Servidores ocupantes de cargos de Procurador Jurídico (nomeado antes da edição da Constituição Federal de 1.988) e Secretário dos Negócios Jurídicos. Ausência de ilegalidade. Inexistência de ato de improbidade administrativa.**

I – Recentemente tivemos oportunidade de atuar em ação de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra servidores públicos municipais ocupantes de cargos de carreira jurídica – um deles ocupante do cargo de Procurador Jurídico e outro ocupante do cargo de Secretário dos Negócios Jurídicos – por entender o e. MP que houve violação ao art. 37, inc. II, da Constituição Federal.

O e. Parquet entende que os servidores exercem advocacia pública de forma inconstitucional, e, ao final, requer a condenação dos servidores por ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, da Lei federal nº 8.429/92.

II – Quanto ao primeiro servidor, ele ingressou no serviço público municipal em 8 de setembro de 1.981, e, portanto, no momento da edição da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1.988, **o referido servidor já contava com mais de 5 (cinco) anos continuados de efetivo serviço público.**

E reza o art. 19, do ADCT:

**“Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público”** (Grifamos)

E momento da edição da Lei Maior o servidor já ocupava o cargo de Procurador Jurídico, o que constituía àquele momento, uma situação jurídica consolidada – ato jurídico perfeito – gerando, portanto, direito adquirido ao servidor de manutenção em seu cargo.

III – Nesse diapasão, é a jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal. Vejamos:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADCT, ARTIGO 19. INCORPORAÇÃO. GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO. LEI N. 11.171/86 DO ESTADO DO CEARÁ. 1. É necessário que o servidor público possua além da estabilidade efetividade no cargo para ter direito às vantagens a ele inerentes. 2. O Supremo fixou o entendimento de que o servidor estável, mas não efetivo, possui somente o direito de permanência no serviço público no cargo em que fora admitido. Não faz jus aos direitos inerentes ao cargo ou aos benefícios que sejam privativos de seus integrantes. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 400343, relator Ministro EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 17/06/2008)

Tem-se, de tal sorte, que o ocupante de cargo público que se tornou estável pelo art. 19, do ADCT, possui direito à permanência no serviço público, não sendo possível a dispensa imotivada do agente, motivo pelo qual, o servidor se tornou estável no serviço público em 5 de outubro de 1.998, e no cargo que ocupava no momento da edição da Lei Maior, que era o de Procurador Jurídico.

IV - E no mesmo sentido, também decidiu o egrégio STF que:

“Ementa: Direito Constitucional e Administrativo. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Estabilidade Excepcional para Servidores Públicos Civis Não Concursados. Impossibilidade de Extensão a Empregados de Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Precedentes. 1. A Constituição Federal de 1988 exige que a investidura em cargos ou empregos públicos dependa de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista na lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CF/88). 2. O constituinte originário inseriu norma

transitória criando uma estabilidade excepcional para servidores públicos civis não concursados da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, que contassem com pelo menos cinco anos ininterruptos de serviço público (art. 19 do ADCT), não estando incluídos na estabilidade os empregados das sociedades de economia mista e das empresas públicas. 3. A jurisprudência desta Corte tem considerado inconstitucionais normas estaduais que ampliam a exceção prevista no art. 19 do ADCT a empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista. Nesse sentido: ADI 498, Rel. Min. Carlos Velloso; ADI 2.689, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie; ADI 100, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie; ADI 125, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, entre outros. 4. Ação direta de inconstitucionalidade procedente” [RE 356.612, rel. min. JOAQUIM BARBOSA, j. 31-8-2010, 2ª T, DJE de 16-11-2010]

Ou seja, restam excluídos do preceito constitucional – art. 19, do ADCT – tão-somente os empregados das sociedades de economia mista e das empresas públicas, o que não é nem nunca foi o caso do referido servidor, que à época da edição da Lei Maior era Procurador Jurídico municipal.

Salta aos olhos, portanto, a total e absoluta ausência de dolo e de afronta a princípios da Administração no caso em tela.

V – Quanto ao outro servidor – ocupante do cargo de Secretário dos Assuntos Jurídicos – tem-se que **o ocupante do cargo de Secretário Municipal é considerado um agente político**, uma vez que exerce atividades típicas de governo, e função política de Estado, sendo o cargo inerente à organização política, e sempre de livre escolha pelo chefe do Poder Executivo, o Prefeito Municipal.

Nesse diapasão, são os ensinamentos do eminente mestre CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e **Secretários das diversas pastas**,

bem como os Senadores, Deputados Federais, e Estaduais e Vereadores.

O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado *não é de natureza profissional, mas de natureza política*” (*Curso de Direito Administrativo*, 19ª ed. Malheiros, SP, 2.005, com negritos nossos e itálicos originais)

Tem-se, portanto, que o cargo de Secretário Municipal é cargo categorizado como de **agente político**, e, portanto, é cargo de absoluta confiança da autoridade nomeante, que determina as decisões que a sua unidade administrativa irá adotar.

VI – Ainda sobre tais referidos cargos, o saudoso mestre DIÓGENES GASPARINI já tivera ensejo de prelecionar que:

“São os detentores dos cargos da mais elevada hierarquia da organização da Administração Pública ou, em outras palavras, são os que ocupam cargos que compõem sua alta estrutura constitucional. Estão voltados, precipuamente, à formação da vontade superior da Administração Pública ou incumbidos de traçar e imprimir a orientação superior a ser observada pelos órgãos e agentes que lhes devem obediência. Desses agentes são exemplos o Presidente da República e o Vice, os Governadores e Vices, os Prefeitos e Vices, os Ministros de Estado, **os Secretários estaduais e municipais**, os Senadores, os Deputados e Vereadores” (*Direito Administrativo*, 12ª ed. Saraiva, SP, 2.007, p. 156. Grifamos)

E na mesma esteira, ensinou com habitual acerto o também saudoso HELY LOPES MEIRELLES:

#### “1.1.1. Agentes Políticos

Os *agentes políticos* constituem, na realidade, categoria própria de agente público. Porém, sem dúvida, no Título e Seções referidas, a Carta Magna, para fins de tratamento jurídico, coloca-se como se fossem servidores públicos, sem embargo de os ter como agentes políticos. São eles os componentes do governo nos seus primeiros escalões,

investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões por nomeação, eleição, designação ou delegação, para o exercício de atribuições constitucionais. Nesta categoria encontram-se, na órbita municipal, o *chefe do Executivo* (prefeito) e seus *auxiliares imediatos* (secretários municipais), os membros do *Poder Legislativo* (vereadores), os *membros dos Tribunais de Contas* (nos Municípios onde houver) e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições constitucionais” (Direito Municipal Brasileiro, 15ª ed. Malheiros, SP, 2.006, p. 582, com itálicos originais)

Pelo exposto, denota-se, sem sombra de dúvida que o cargo político de SECRETÁRIO MUNICIPAL, que foi ocupado pelo servidor público na PREFEITURA MUNICIPAL não possui qualquer mácula ou afronta ao ordenamento jurídico pátrio, uma vez que, como já dito, trata-se de cargo de natureza eminente político.

Tem-se, portanto, não podem prosperar as alegações do d. MP com relação aos referidos servidores públicos municipais, que não exerceram de forma alguma advocacia pública de forma inconstitucional.

VII – Salta aos olhos, portanto, a total ausência de dolo ou de ilegalidade no caso presente – os dois servidores exerceram seus cargos sem qualquer afronta à Constituição Federal – motivo pelo qual não há que se falar em ato de improbidade administrativa.

Isso porque o primeiro servidor ingressou no serviço público municipal antes da edição da Constituição Federal de 1.988, passando a ocupar o emprego de Procurador Jurídico em 17 de fevereiro de 1.988, e no momento da edição da CF/88, já contava com mais de cinco anos ininterruptos de serviço público municipal, e já ocupava o emprego de Procurador Jurídico.

O segundo servidor ocupou o cargo de Secretário de Negócios Jurídicos que é cargo categorizado como de agente político, e, portanto, é cargo de absoluta confiança da autoridade nomeante, que determina as decisões que a sua unidade administrativa irá adotar, e, portanto, não depende de concurso público para sua nomeação.

O MP requer a condenação dos servidores por ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, *caput*, da Lei federal nº 8.429, de 1.992, que cuida dos atos de improbidade por afronta a princípios da Administração, e tais atos de improbidade só restam configurados se existente o elemento subjetivo do dolo, o que é incontroverso na doutrina e na jurisprudência.

É cediço em direito que só existe e só se configura um ato de improbidade administrativa por afronta a princípio da Administração se nele existir o elemento subjetivo do **dolo**.

Observa-se no caso aqui relatado a **absoluta ausência de dolo** nem tampouco houve a afronta a qualquer princípio da Administração por parte dos servidores, o que desnatura e descaracteriza na essência o ato de improbidade administrativa, nos termos regidos pela **Lei federal nº 8.429, de 1.992**, e conforme esse e. Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido.

Com todo efeito, não houve qualquer dolo ou má-fé no caso presente, o que afasta qualquer imputação de improbidade administrativa.

Sem a figura do dolo resulta e é virtualmente impossível a caracterização de improbidade em ato algum de autoridade.

Com todo efeito, tanto na doutrina quanto sobretudo na jurisprudência superior é pacífico e convergente o entendimento de que a ação de improbidade administrativa deverá ser manejada para os casos em que fica inequivocamente demonstrado que o agente público *utilizou de expediente que possa ser caracterizado como de má-fé*, com a nítida intenção de beneficiar-se pela lesão ao erário, e apenas assim.

O elemento subjetivo dos tipos contidos da LIA é o **dolo** e apenas o dolo, decorrente da vontade do agente público em locupletar-se às custas do erário, enriquecendo-se em detrimento do Poder Público.

E nada disso se verifica no caso em tela, motivo pelo qual é de rigor a improcedência da aludida ação.

