



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DA PARAÍBA
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM PRÁTICA JUDICIÁRIA

ELIGIDÉRIO GADELHA DE LIMA

O CRIME DE ADVOCACIA ADMINISTRATIVA E A PRÁTICA JUDICIÁRIA: O
LIMITE ENTRE A BARREIRA IMPOSTA PELA LEI E O DEVER DE EFICIÊNCIA

CAJAZEIRAS-PB

2014

ELIGIDÉRIO GADELHA DE LIMA

O CRIME DE ADVOCACIA ADMINISTRATIVA E A PRÁTICA JUDICIÁRIA: O
LIMITE ENTRE A BARREIRA IMPOSTA PELA LEI E O DEVER DE EFICIÊNCIA

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Especialização em Prática Judiciária da Universidade Estadual da Paraíba em convênio com a Escola Superior da Magistratura da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Pós-Graduado *Lato Sensu*.

Orientador: Prof. MSc. Hugo Gomes Zaher

CAJAZEIRAS-PB

2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

L732c Lima, Eligiderio Gadelha de.

O crime de advocacia administrativa e a prática judiciária
[manuscrito] : o limite entre a barreira imposta pela lei e o dever de
eficiência / Eligiderio Gadelha de Lima. - 2014.
48 p.

Digitado.

Monografia (Especialização em prática judiciária) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2014.

"Orientação: Prof. Me. Hugo Gomes Zaher, Tribunal de Justiça
da Paraíba".

1. Justiça - Auxiliares. 2. Princípio da eficiência. 3. Crime
de advocacia administrativa. I. Título.

21. ed. CDD 345

ELIGIDÉRIO GADELHA DE LIMA

O CRIME DE ADVOCACIA ADMINISTRATIVA E A PRÁTICA JUDICIÁRIA: O
LIMITE ENTRE A BARREIRA IMPOSTA PELA LEI E O DEVER DE EFICIÊNCIA

Trabalho monográfico apresentado ao
Curso de Especialização em Prática
Judiciária da Universidade Estadual da
Paraíba em convênio com a Escola
Superior da Magistratura da Paraíba,
como exigência parcial da obtenção do
título de Pós-Graduado *Lato Sensu*.

Orientador: Prof. MSc. Hugo Gomes
Zaher

Banca Examinadora:


Data de aprovação: 30 de maio de 2014.



Orientador Prof. MSc. Hugo Gomes Zaher



Prof. MSc. Renan do Valle Melo Marques - Examinador



Prof. PhD. Jairo Bezerra da Silva - Examinador

A Deus, o dono da minha vida, que tem
feito e fará por mim infinitamente mais do
que tudo aquilo que pedi ou pensei. A Ele,
tributo honra, glória e louvor.
A minha família, meu alicerce, meu porto
seguro.

RESUMO

Diversos fatores contribuem para qualificar a Justiça brasileira como morosa e ineficiente. Não bastasse isso, é possível verificar na prática judiciária entendimentos destoantes de princípios consagrados constitucionalmente, como o Princípio da Eficiência, que qualificam essa situação. É o que se observa quando se pretende imputar ao oficial de justiça o crime de advocacia administrativa (art. 321 do CP), quando, em cumprimento a mandado de penhora oriundo de processo de execução perante os Juizados Especiais, este serventário deixa de efetivar a penhora por ter a parte executada apresentado comprovante idôneo de quitação da dívida; ou ainda, quando o Analista/Técnico Judiciário certifica, em autos de ação penal pública, informação de mudança de endereço trazida pela vítima. Assim, o presente trabalho tem por escopo central analisar até que ponto a interpretação dada ao crime de advocacia administrativa tem contribuído para a morosidade da Justiça e afrontado o Princípio da Eficiência. Para isso, utilizou-se como método de abordagem o hipotético-dedutivo, empregando-se como métodos de procedimentos o método observacional, bem como o método exegético-jurídico, instruindo-se a pesquisa com a documentação indireta, através da pesquisa bibliográfica, com subsídio da doutrina nacional. É inegável que a previsão do tipo penal do art. 321 contribui para a moralização da Administração Pública, tutelando-a contra condutas irregulares de seus agentes. No entanto, admitir interpretações que privem os auxiliares da Justiça de desenvolverem seus misteres, sem um fundamento firme, a pretexto de imputação criminal, é ferir o postulado constitucional da eficiência, contribuindo ainda mais para uma Justiça morosa, que não apenas tarda a entregar a tutela jurisdicional, como também a presta ineficientemente.

Palavras-chave: Auxiliares da Justiça. Princípio da Eficiência. Crime de Advocacia Administrativa.

ABSTRACT

Several factors contribute to characterizing the Brazilian Justice as time consuming and inefficient. Not only that, it's possible check on judicial practice divergent understandings of enshrined principles constitutionally, as the Principle of Efficiency, which qualify this situation. It is what is observed when you want to impute to the bailiff crime of administrative advocacy (Art. 321 of the Penal Code), when, in compliance with the writ of attachment arising from enforcement proceedings before the Special Courts, this leaves server of effecting attachment for having performed the part presented suitable proof of payment of the debt; or when the Analyst/Technical Judicial certify, in case of public criminal proceedings, information address change brought by the victim. Thus, this work have as central scope, analyze to what extent the interpretation of the crime of administrative advocacy has contributed to the slow pace of justice and braved the Principle of Efficiency. For this, it was used a method of the hypothetical-deductive approach, being used as methods of the procedures the observational method, as well as legal-exegetical method, instructing them to search with indirect documentation, through literature search, with grant from the national doctrine. It is undeniable that the prediction of criminal type of art. 321 contributes to the moralization of Public Administration, tutoring her against irregular conducts of their agents. However, admitting interpretations that depriving the bailiff to develop their misteres, without a firm foundation, on the pretext of criminal imputation, is hurting the constitutional postulate of efficiency, contributing further to a lengthy Justice, which not only slow to deliver judicial protection, but also provides inefficiently.

Keywords: Auxiliary Justice, Principle of the Efficiency, Administrative Advocacy Crime.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
EC	Emenda Constitucional
EOAB	Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil
LOJE	Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado da Paraíba
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	11
2.1 Princípios da Administração Pública.....	13
2.2 Agentes Públicos.....	19
2.3 Deveres dos Agentes Públicos	22
3 O ART. 321 DO CÓDIGO PENAL: O CRIME DE ADVOCACIA ADMINISTRATIVA	25
3.1 O art. 321 do CP.....	26
3.2 Requisitos para a configuração do tipo	29
3.3 Bem jurídico tutelado	33
4 OS SERVENTUÁRIOS DA JUSTIÇA E O CRIME DE ADVOCACIA ADMINISTRATIVA.....	35
4.1 Os serventuários da Justiça	36
4.2 Análise de condutas subsumíveis ao tipo penal do art. 321 do CP.....	40
5 CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS.....	47

1 INTRODUÇÃO

A função jurisdicional enquanto função essencial do Estado, incumbida ao Poder Judiciário por meio de seus órgãos, tem por escopo principal compor os conflitos de interesses que lhes são submetidos nos casos concretos. Para a consecução desses fins, o Estado atua por meio de agentes, aos quais cabe materializar as decisões emanadas, dando-lhes cumprimento e impulsionando a marcha processual. Esses agentes são espécies do gênero agentes públicos.

A essas pessoas, que atuam ao lado do Juiz, o Código de Processo Civil chama auxiliares da justiça, dentre os quais se destacam: o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete (art. 139). A Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado da Paraíba – LOJE (Lei Complementar n. 96/2010), por sua vez, designa por servidores do foro judicial o analista judiciário, o oficial de justiça, o técnico judiciário e o auxiliar judiciário (art. 260, LOJE).

Como todo agente público, os serventuários da Justiça, assim também denominados, submetem-se ao regime jurídico-administrativo, que compreende um conjunto de princípios que orientam a atuação dos agentes públicos no desempenho de suas funções.

Com o escopo de garantir a imparcialidade e a moralidade da atividade administrativa o legislador ordinário fez prever a figura típica do art. 321 do Código Penal: o crime de advocacia administrativa. Esse tipo penal tutela, pois, a Administração Pública, protegendo-a contra condutas irregulares de seus agentes que, em razão do cargo, procuram defender interesses particulares, alheios ao interesse público.

Nesta seara, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar até que ponto a interpretação dada ao crime de advocacia administrativa tem contribuído para a morosidade da Justiça e afrontado o princípio da eficiência. Como objetivos específicos, tem-se: estudar os princípios informadores da Administração Pública, notadamente o da impessoalidade, da moralidade e da eficiência; examinar o crime de advocacia administrativa, sua origem, os requisitos para sua configuração e o bem jurídico por ele tutelado; Identificar as condutas dos serventuários da justiça que, em tese, caracterizariam o referido tipo penal, analisando-as quanto a sua subsunção, ou não, ao crime em estudo.

O problema que se propõe a enfrentar é perquirir acerca da possibilidade de se estar interpretando o crime de advocacia administrativa como óbice à prática de atos processuais essenciais a uma tutela jurisdicional célere e efetiva, contribuindo para a morosidade da Justiça e afrontando o princípio da eficiência.

Trabalhar-se-á a seguinte hipótese: a proibição contida no tipo penal do art. 321 do Código Penal é, em algumas situações, interpretada como impeditivo à prática de determinados atos, que na verdade, constituem dever de agir e dever de eficiência impostos aos agentes públicos no exercício de suas funções, afrontando o princípio constitucional da eficiência.

Justifica-se, pois a presente pesquisa, pela necessidade eminente de se traçar os limites entre a imposição imposta pela lei e o dever de eficiência dos agentes públicos, impedindo que a lei sirva de justificativa a posturas contrárias ao interesse público, retrógradas e antissociais.

Para alcançar os objetivos traçados, como método de abordagem será manejado o método hipotético-dedutivo, em que os juízos serão formulados a partir de certas hipóteses. Como métodos de procedimentos será utilizado o método observacional, a partir da investigação da prática forense, bem como o método exegético-jurídico, através da análise da legislação, principalmente no que concerne ao regime jurídico-administrativo da Administração Pública, ao crime de advocacia administrativa, e às normas processuais relativas às atribuições dos serventuários da Justiça. A técnica de pesquisa adotada será a documentação indireta, através da pesquisa bibliográfica, com subsídio da doutrina nacional.

O trabalho está dividido em três partes. A primeira parte tratará da Administração Pública, analisando-se seu regime jurídico-administrativo, seus princípios regentes, a categoria dos agentes públicos e os deveres a eles inerentes; a *posteriori* se abordará o crime de advocacia administrativa e os requisitos para sua configuração; finalmente, quando se estiver tratando das atribuições dos serventuários da Justiça, serão analisadas a subsunção de duas condutas ao crime de advocacia administrativa.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Estado enquanto organização política da sociedade existe para a realização do bem comum. Para a consecução desse fim, o Estado age por meio de um aparelhamento formado por entidades, órgãos e agentes, chamado Administração Pública, que se consubstancia na face do Estado incumbida da função administrativa.

Doutrinariamente se concebe a Administração Pública em dois sentidos: *subjetivo, formal ou orgânico* – leva em consideração o sujeito que executa a função administrativa, tomando a Administração Pública como o conjunto de pessoas jurídicas, de direito público ou de direito privado, de órgãos e de agentes aos quais a lei atribui tal função; *objetivo, material ou funcional* – considera as atividades que o Estado desenvolve para realizar concreta, direta e imediatamente os interesses coletivos.

Um conceito amplo de Administração Pública, que engloba os dois sentidos é fornecido por Cunha Júnior (2012, p. 28):

(...) conjunto de pessoas ou entidades jurídicas (de direito público ou de direito privado), de órgãos públicos e de agentes públicos, que estão, por lei, incumbidos do *dever-poder* de exercer a função ou atividade administrativa, consistente em realizar concreta, direta e imediatamente os fins constitucionalmente atribuídos ao Estado. (Grifos do autor)

É comum associar a expressão Administração Pública ao Poder Executivo, por ter este a função administrativa como função precípua. No entanto, é necessário entender o Estado a partir de suas funções essenciais: a função legislativa, a função jurisdicional e a função executiva, com base na moderna teoria constitucional da separação das funções estatais. Nesse sentido, são pertinentes as palavras de Lima (2011, p. 14):

No moderno Estado Constitucional, a teoria da separação dos poderes também está presente. De acordo com o art. 2º da CF/88, o Poder Judiciário, juntamente com o Poder Executivo e com o Poder Legislativo, constituem os três poderes da União, independentes e harmônicos, sendo que esta independência não ocorre de maneira absoluta, já que os mesmos exercem funções típicas e atípicas e são munidos com instrumentos de controle recíproco, visando evitar os arbítrios e a violação aos direitos fundamentais (*checks and balances*).

(...)

Cada órgão estatal, pois, exerce suas funções típicas, que são inerentes a sua natureza, como também outras atípicas, cuja atribuição cabe originariamente a outro órgão.

Assim, o Poder Executivo, para além de exercer sua função típica de realizar a função administrativa, desempenha também as funções atípicas de legislar, ao editar Medidas Provisórias, Leis Delegadas e Decretos Regulamentares (arts. 62, 68 e 84, IV, CF/88), e de julgar, no caso dos processos administrativos disciplinares; o Poder Judiciário, além de sua função precípua de julgar, compondo os conflitos de interesses que lhe são submetidos, realiza funções atípicas, como administrar, ao organizar seus serviços (art. 96, I, “a”, “b” e “c”; art. 96, II, “a” e “b”, CF/88), e legislar, ao elaborar seu regimento interno (art. 96, I, “a”, CF/88) e apresentar projetos de lei; O Poder Legislativo, além de legislar (função típica), exerce a função jurisdicional, ao processar e julgar o Presidente da República e os Ministros do STF nos crimes de responsabilidade (art. 52, I e II, CF/88), como também a função administrativa quando organiza seus serviços internos (arts. 51, IV e 52, XIII, CF/88).

De certo, é incoerente associar Administração Pública exclusivamente ao Poder Executivo, pois, conforme Carvalho Filho (2012, p. 12), “(...) todos os órgãos e agentes que, em qualquer desses Poderes, estejam exercendo função administrativa, serão integrantes da Administração Pública.”. É pertinente concluir, com Cunha Júnior (2012, p. 28), que

(...) é inoldável que os Poderes Legislativo e Judiciário, por meio de seus sujeitos administrativos, também desempenham certas atividades administrativas, porém como função *atípica* ou *auxiliar* destes Poderes, necessárias para a realização de suas próprias funções essenciais, havendo nesse âmbito, decerto, uma Administração Pública. É por esse motivo que o art. 37, *caput*, fala em Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Grifos do autor)

Na busca do bem comum, o Estado, em uma última análise, realiza a atividade administrativa através de agentes, já que os órgãos e entidades, por meio de quem também atua, manifestam suas vontades através deles. Foi objetivando garantir lisura na gerência da *res publica* que o Constituinte fez prever na Constituição Federal de 1988, diretrizes básicas a serem seguidas quando da concretização dos fins do Estado por seus agentes. São os princípios básicos da

Administração Pública previstos no caput do art. 37 da CF/88, os quais se passará a analisar.

2.1 Princípios da Administração Pública

Pode-se conceituar princípios como normas jurídicas dotadas de intensa carga valorativa, que não se excluem em caso de conflito, mas por meio de uma ponderação de valores no caso concreto, em que um se sobressairá ao outro, diferentemente das regras, em que o conflito é dirimido no plano da validade, ou seja, havendo duas regras aplicáveis a uma mesma situação, apenas uma será válida, a outra será nula.

A CF/88 previu expressamente em seu art. 37, *caput*, a existência de cinco princípios, que revelam as diretrizes fundamentais da Administração Pública, de modo a vincular a atividade administrativa à sua observância:

Art. 37 A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte:
Omissis

Bonavides (2012, p. 300) destaca que esses princípios, na qualidade de constitucionais,

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas.”.

O primeiro dos princípios constitucionais explícitos, o princípio da legalidade é o fundamento do Estado Democrático de Direito, o instrumento de combate ao arbítrio estatal, já que autoriza os indivíduos a verificar a conformidade da atividade

administrativa com a lei. A atividade administrativa deve ser exercida em conformidade com a lei, caso contrário será ilícita.

É de se anotar que no âmbito das relações privadas, aplica-se o princípio da autonomia da vontade, em que se pode fazer tudo o que a lei não proíbe (art. 5º, inciso II, CF/88). Diferentemente, na Administração Pública, o princípio da legalidade é aplicado de maneira mais rigorosa, em que só é permitido ao agente público fazer o que a lei expressamente autorizar.

No tocante ao princípio da legalidade calha transcrever a lição de Jean Rivero (*apud* MORAES, 2006, p. 81):

se as exigências da legalidade se estendessem a todos os elementos da atividade administrativa, esta seria puramente passiva: o papel da Administração reduzir-se-ia à elaboração mecânica dos actos particulares impostos pela norma geral, toda a liberdade de apreciação, toda a iniciativa lhe estariam proibidas. Na realidade não é assim: a submissão da Administração ao direito deixa subsistir a seu favor uma zona de liberdade: é o *poder discricionário*. (Grifos do autor)

Assim, hodiernamente, concebe-se o princípio da legalidade em consonância com o poder discricionário, de modo a existir certa margem de liberdade na escolha entre as soluções possíveis. Contudo, é oportuno observar que essas soluções possíveis precisam ser admitidas pela lei. Essa margem de liberdade dada pela lei decorre da opção do legislador por conceitos jurídicos indeterminados, que segundo lição de Cunha Júnior (2012, p. 80), “(...) são conceitos vagos e abertos, que permitem ao administrador, no caso concreto, construir a solução adequada ao interesse público.”.

Segundo o princípio da impessoalidade, a atividade administrativa deve ser dirigida a todos os administrados, indistintamente, não podendo beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas, já que o interesse coletivo é fim perseguido pela Administração Pública, devendo nortear sua atuação. Silva (2010, p. 667) apresenta outro sentido para o princípio da impessoalidade:

(...) os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário. Este é um mero agente da Administração Pública, de sorte que não é ele o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal.

Assim, a atuação impessoal da Administração Pública se aplica tanto em relação ao administrado quanto ao administrador. Ao primeiro, deve dispensar igual tratamento aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica; ao administrador, vedando-o valer-se das atividades desenvolvidas pela Administração para obter promoção pessoal.

Encontra-se aplicação do princípio da impessoalidade na disciplina do exercício de fato, em que se reconhece a validade dos atos praticados por funcionário irregularmente investido em cargo ou função, sob o fundamento de que os atos são do órgão, e não do agente público.

O § 1º do art. 37, da CF/88, também é corolário do princípio da impessoalidade:

Art. 37 Omissis

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Haverá ofensa ao princípio da moralidade, quando a atuação administrativa se distanciar da moral, dos princípios éticos, da boa-fé, da ideia comum de honestidade, dos princípios de justiça e equidade, das regras de boa administração. Nesse sentido, o conceito de moralidade administrativa elaborado por Cunha Júnior (2012, p. 41):

Deve-se entender por moralidade administrativa um conjunto de valores éticos que fixam um padrão de conduta que deve ser necessariamente observado pelos agentes públicos como condição para uma honesta, proba e íntegra gestão da coisa pública, de modo a impor que estes agentes atuem no desempenho de suas funções com retidão de caráter, decência, lealdade, decoro e boa-fé.

Moralidade não se confunde com legalidade. A atividade administrativa pode estar em consonância com as disposições legais, mas ser moralmente deficiente quando motivada por razões que destoem do interesse coletivo. A moral administrativa também não se relaciona apenas à disciplina interna da Administração Pública, de modo que o Poder Judiciário pode exercer o controle jurisdicional dos atos administrativos, sem se restringir ao exame da legalidade estrita, mas verificar sua conformação com a moral administrativa e com o interesse

coletivo. A respeito do controle jurisdicional da moralidade administrativa, ensina Di Pietro (1991, p. 111):

(...) não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o sendo comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos. Por isso mesmo, a imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação, isso sem falar no mínimo necessário à existência digna. Não é preciso, para invalidar despesas desse tipo, entrar na difícil análise dos fins que inspiraram a autoridade, o ato em si, o seu objeto, o seu conteúdo, contraria a ética da instituição, afronta a norma de conduta aceita como legítima pela coletividade administrativa. Na aferição da imoralidade administrativa, é essencial o princípio da razoabilidade.

Assim, os atos administrativos praticados sem a observância deste princípio são passíveis de invalidação, constituindo então um requisito de validade, de modo que o ato contrário à moral administrativa deve ser declarado nulo, ao invés de revogado.

A probidade administrativa está relacionada ao princípio da moralidade, sendo uma forma qualificada deste, como se observa do § 4º do art. 37 da CF/88, no qual a imoralidade qualificada pela improbidade é punida com maior rigor, que dispõe:

Art. 37 Omissis

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Em que pese o mérito de o Constituinte haver feito previsão expressa do princípio da moralidade dentre aqueles que devem orientar a atuação da Administração Pública, esse princípio só será realmente efetivado quando os agentes públicos estiverem imbuídos do verdadeiro espírito público, reconhecendo que são gestores da coisa pública, não podendo dela dispor a seu talante.

O princípio da publicidade exige ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, só podendo esta regra ser excepcionada quando o interesse público assim o determinar. Seu objetivo é possibilitar aos administrados o controle

da legitimidade da conduta dos agentes públicos. A publicidade faz-se pela inserção do ato em órgão de divulgação oficial, por editais afixados em lugares próprios para divulgação de atos públicos, ou ainda divulgados por outros mecanismos ligados à tecnologia da informação, como a Internet.

Quanto aos efeitos decorrentes da falta de publicidade dos atos administrativos, Carvalho Filho (2012, p. 28) defende situar-se a questão no plano da eficácia: “o ato é válido, mas inidôneo para produzir efeitos jurídicos.”. Isto acarreta que o ato administrativo praticado irregularmente, isto é, sem publicação, admite saneamento, diferentemente se se considerasse a publicidade como requisito de validade, acarretando nulidade a falta de publicação do ato administrativo.

Outra acepção do princípio da publicidade, derivada do princípio da indisponibilidade do interesse público e defendida por Alexandrino (2008, p. 200), é a exigência de transparência da atuação administrativa, que se encontra consubstanciada no inciso XXXIII do art. 5º, que assim preceitua:

Art. 5º Omissis

XXXIII – todos tem direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

E ainda, o inciso XXXIV do art. 5º, alíneas “a” e “b”, estabelece como garantia individual o direito de petição e o direito à obtenção de certidões em repartições públicas, respectivamente, explicitando que o objetivo do Constituinte é assegurar a exigência de transparência da Administração Pública.

Para concretizar o direito de acesso à informação (art. 5º, XXXIII e art. 37, § 3º, II, CF/88), foi promulgada a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, subordinando a seus preceitos os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público; as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios; e entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou

mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres (art. 1º, parágrafo único, I e II, e art. 2º, *caput*).

No projeto de Emenda que culminou com a Emenda Constitucional n. 19/1998 (EC n. 19/98), que incluiu o princípio da eficiência ao *caput* do art. 37 da CF/88, “qualidade do serviço prestado” era a expressão utilizada para se referir ao dito princípio. A previsão expressa do princípio da eficiência no texto constitucional visou por um lado, conferir ao cidadão o direito a um serviço público de qualidade, e por outro ângulo, estabelecer obrigações aos agentes públicos de buscar a melhoria da atividade administrativa, atendendo aos anseios da sociedade, há tempos estigmatizada pela má prestação de serviços públicos, sem meios efetivos para fazer valer seus direitos.

A definição do princípio da eficiência pode ser extraída das lições de Moraes (2006, p. 90):

(...) *princípio da eficiência* é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia, e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir maior rentabilidade social. (Grifos do autor)

Consagrando o princípio da eficiência em matéria de acesso à Justiça, a EC n. 45/2004, acrescentando o inciso LXXVIII ao art. 5º da CF/88, estabeleceu: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”. É o dever de o Poder Judiciário perseguir resultados satisfatórios e atender os anseios da sociedade, que clama por uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva, sendo elevado constitucionalmente ao patamar de direito fundamental.

Carvalho Filho (2012, p. 31) distingue eficiência, eficácia e efetividade:

A eficiência transmite sentido relacionado ao *modo* pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os *meios* e *instrumentos* empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a efetividade é voltada para os *resultados* obtidos com as ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos. (Grifos do autor)

Sendo um princípio expresso, a eficiência está ligada ao controle de legalidade ou legitimidade, e não ao mérito administrativo, pois, de acordo com o que dispõe Alexandrino (2008, p. 203), “a atuação eficiente não é questão de conveniência e oportunidade administrativa, mas sim uma obrigação do administrador”. Assim é possível a apreciação de um ato administrativo quanto a sua eficiência pelo Poder Judiciário. Em sentido contrário, embora admitindo amplamente os controles administrativo e legislativo, Carvalho Filho (2012, p. 31) aduz que o controle judicial “(...) sofre limitações e só pode incidir quando se tratar de comprovada ilegalidade.”, não podendo o Poder Judiciário invalidar atos administrativos com fundamento exclusivo no princípio da eficiência.

Não basta a previsão expressa do princípio constitucional da eficiência para que seja sanada a deficiência na prestação de serviços públicos. É necessário municiar os cidadãos com meios efetivos para sanar as irregularidades cometidas pelos agentes públicos na execução desses serviços. Além disso, é preciso haver uma mudança de consciência por parte dos agentes públicos que, ao perseguir o interesse coletivo, devem pautar sua atuação em padrões éticos e morais, o que revela relação do princípio da eficiência com o princípio da moralidade.

2.2 Agentes Públicos

Para a consecução de seus fins o Estado se vale de um conjunto de pessoas físicas, que agem em seu nome, projetando sua vontade. São os agentes públicos, que nas palavras de Carvalho Filho (2012, p. 18), “(...) são o elemento físico da Administração Pública.”.

Segundo Cunha Júnior (2012, p. 259), os agentes públicos

(...) constituem uma categoria genérica de pessoas físicas que, de algum modo e a qualquer título, exercem funções estatais, independentemente da natureza ou tipo de vínculo que entretêm com o Estado. Assim, pouco importa se esse vínculo é permanente ou meramente eventual, se é remunerado ou não, se é institucional ou contratual. Basta que desempenhem funções estatais, agindo em nome do Estado, para serem qualificadas como agentes públicos.

Nesse conceito enquadram-se todos aqueles que exercem funções públicas, como os Chefes do Poder Executivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com seus auxiliares (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais); os membros do Poder Legislativo (Deputados Federais, Senadores, Deputados Estaduais e Vereadores); os titulares de cargos públicos e os ocupantes de empregos públicos da Administração Direta e Indireta dos três Poderes; os contratados para funções temporárias; os concessionários, permissionários e autorizatários de serviços públicos; os titulares de registro e ofícios públicos; e os requisitados para o exercício de funções públicas relevantes (jurados, prestação de serviço eleitoral, comissários de menores, etc.).

Dada a amplitude do conceito, costuma-se classificar o gênero agentes públicos nas seguintes espécies, seguindo a classificação de Carvalho Filho (2012): agentes políticos, agentes particulares colaboradores e servidores públicos.

Os agentes políticos constituem o mais alto escalão da estrutura orgânica da Administração Pública. São responsáveis pela condução dos destinos do Estado, ao serem responsáveis pelas escolhas políticas e sua execução. Segundo Mello (2012, p. 251), "(...) são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder."

Incluem-se nesta categoria: os Chefes do Poder Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos, com seus vices), seus auxiliares (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais) e os membros do Poder Legislativo (Deputados Federais, Senadores, Deputados Estaduais e Vereadores). Meirelles (2010) inclui nessa categoria os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas e da carreira diplomática. Carvalho Filho (2012), no entanto, na esteira do que leciona Mello (2012), defende que os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público não são agentes políticos porque não tomam decisões políticas, não exercem funções de comando superior do Estado.

Cunha Júnior (2012), além de filiar-se à posição de Meirelles, acrescenta à categoria de agentes políticos os membros do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e das Defensorias Públicas Estaduais.

O critério utilizado pelos autores que defendem uma ampliação dos agentes públicos que compõem a categoria agente político é a disciplina constitucional, que

lhes confere prerrogativas próprias não extensíveis aos demais agente públicos, especificamente os servidores públicos.

No entanto, filiando-se a Carvalho Filho (2012), Mello (2012) e Di Pietro (2003), melhor é considerar agentes políticos aqueles que exercem atividades típicas de governo, cuja função é transitória, ora exercendo mandatos, mediante eleição (membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo), ora provendo cargos públicos mediante nomeação (auxiliares do Poder Executivo), mas sempre mantendo com o Estado vínculo de natureza política.

Os agentes particulares colaboradores compreendem aqueles que exercem funções especiais, prestando serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração, muitas vezes transitoriamente. É o caso dos jurados, dos eleitores convocados para prestarem serviços eleitorais como mesários, e os comissários de menores. Incluem-se ainda nesta categoria os empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos; os titulares de escritórios de notas e de registro não oficiais; os tradutores e intérpretes públicos; os leiloeiros e peritos.

Finalmente, os servidores públicos são os agentes públicos que se vinculam ao Estado ou às suas entidades da Administração Indireta por relação de trabalho permanente, para o desempenho de funções administrativas, mediante remuneração. Compreendem os servidores públicos em sentido estrito, os empregados públicos, os servidores temporários e os militares.

Os servidores públicos (em sentido estrito), segundo Cunha Júnior (2012, p. 262-263),

são aqueles agentes que entretêm relação de trabalho profissional e permanente com as *entidades de direito público*. Vale dizer, mantêm vínculos profissionais com a Administração Pública Direta das Entidades Estatais ou as suas Autarquias e Fundações de direito público.

Esses servidores mantêm relação de trabalho de natureza institucional com as entidades de direito público, cujo regime jurídico é estabelecido por lei especial de cada entidade política, conhecido como regime estatutário, que fixa as atribuições e responsabilidades, bem como os direitos e deveres do cargo.

Os empregados públicos, por sua vez, são aqueles que mantêm relação de trabalho com as entidades de direito privado da Administração Pública Indireta, isto,

é, com as fundações de direito privado instituídas e mantidas pelo poder público, com as empresas públicas e com as sociedades de economia mista. Esta relação de trabalho também é de caráter permanente e submete-se ao regime celetista (ou trabalhista) regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Os servidores temporários são aqueles contratados para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, inciso IX, da CF/88. Segundo Cunha Júnior (2012, p. 272),

Os servidores temporários não titularizam cargos nem ocupam empregos públicos. Desempenham, apenas, *função temporária* (que é uma função autônoma, por não estar vinculada a cargo ou emprego) para o atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público. Podem existir tanto na Administração Direta como na Indireta dos três Poderes.

Sujeitam-se a regime jurídico especial, instituído por lei específica a ser editada por cada entidade estatal, a exemplo do que ocorreu com a União, que editou a Lei n. 8.745, de 9 de dezembro de 1993, que estabelece o que vem a ser necessidade temporária de excepcional interesse público; a forma de recrutamento; o prazo de vigência do contrato; a remuneração, responsabilidade, direitos e deveres, dentre outros.

Os militares são servidores públicos (em sentido amplo) que prestam serviço ao Estado, sob regime estatutário, mas sujeito a regime jurídico próprio, que estabelecerá normas sobre ingresso, limites de idade, estabilidade, transferência para a inatividade, direitos, deveres, remuneração, e prerrogativas (art. 42, §1º, e art. 142, § 3º, X, CF/88). Abrange os membros das Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e os membros das Forças Armadas.

2.3 Deveres dos Agentes Públicos

Em sua tarefa de atender as necessidades básicas da coletividade e promover o bem comum, o Estado, atuando por meio de seus agentes, está obrigado a observar certos deveres que a ordem jurídica lhe impõe. Dentre esses

deveres, estão: o dever de agir, o dever de probidade, o dever de prestar contas e o dever de eficiência.

O dever de agir é consectário lógico do princípio da legalidade, já que para alcançar o interesse público, a Administração Pública é incumbida por lei da execução dos mais variados atos, e para isso os agentes públicos não podem se abster de praticá-los, sob pena de responder por sua omissão, administrativa ou judicialmente. Nesse sentido, Meirelles (2010, p. 108)

Pouca ou nenhuma liberdade sobra ao administrador público para deixar de praticar atos de sua competência legal. Daí porque a omissão da autoridade ou o silêncio da Administração, quando deva agir ou manifestar-se, gera responsabilidade para o agente omissor e autoriza a obtenção do ato omitido por via judicial, notadamente por mandado de segurança, se lesivo de direito líquido e certo.

Enquanto para o particular prevalece a faculdade de ação, já que o art. 5º, inciso II, da CF/88 determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”, para os agentes públicos existe um verdadeiro dever de ação, tendo sempre a finalidade pública como fim a ser alcançado.

O dever de probidade por sua vez, é decorrência do princípio da moralidade, e exige que o agente público pautar sua ação com retidão, honestidade, decoro e boa-fé, sem se desvencilhar dos preceitos éticos que devem permear a Administração Pública. Esse dever se impõe ao agente público tanto em face dos administrados quanto em face da própria Administração Pública. O ato praticado com vício de improbidade está sujeito a invalidação pela própria Administração ou pelo poder Judiciário.

Por ser a gestão dos bens e interesses da coletividade encargo dos agentes públicos, prestar contas dessa atividade constitui uma consequência inarredável da administração da coisa pública. O dever de prestar contas, conforme Carvalho Santos (2012, p. 65), “(...) abrange o círculo integral da gestão, mas, sem dúvida, é na utilização do dinheiro público que mais se acentua.”. Dessa forma, não só os agentes públicos que lidam diretamente com dinheiro tem essa obrigação, mas toda a Administração Pública é alcançada por este dever, já que, conforme Meirelles (2010, p. 111), “A prestação de contas não se refere apenas aos dinheiros públicos, à gestão financeira, mas a todos os atos de governo e de administração.”.

Para se alcançar o interesse público, a atividade administrativa precisa ser prestada a tempo e a contento. Quer isso dizer que constitui dever do agente público prestar um serviço público de qualidade, que atenda aos anseios dos administrados e que seja executado dentro de um prazo razoável. É o dever de eficiência a exigir dos agentes públicos qualificação profissional, desburocratização na realização de suas funções, buscando alcançar o interesse público pelo modo mais célere e eficaz, com o menor desperdício de tempo e de material possível. Para Meirelles (2010, p. 108-109),

A eficiência funcional é, pois, considerada em sentido amplo, abrangendo não só a produtividade do exercente do cargo ou da função como a perfeição do trabalho e sua adequação técnica aos fins visados pela Administração, para o quê se avaliam os resultados, confrontam-se os desempenhos e se aperfeiçoa o pessoal através de seleção e treinamento. Assim, a verificação da eficiência atinge os aspectos quantitativo e qualitativo do serviço, para aquilatar do seu rendimento efetivo, do seu custo operacional e de sua real utilidade para os administrados e para a Administração. Tal controle desenvolve-se, portanto, na trílice linha administrativa, econômica e técnica.

Esses deveres não excluem outros a que o agente público está obrigado a seguir. A bússola na sua atuação será sempre o interesse público perseguido pela Administração Pública, de modo que entre um agir ou não agir, ou entre os diversos modos por que se possa praticar um ato, ele deve ser praticado visando atender o bem comum, atendendo-se ainda aos princípios que orientam a atividade administrativa.

3 O ART. 321 DO CÓDIGO PENAL: O CRIME DE ADVOCACIA ADMINISTRATIVA

O Direito Penal é o ramo do Direito que se ocupa de tutelar os bens mais importantes da vivência humana. Para isso, compõe-se ele, de um conjunto de dispositivos distribuídos no próprio Código Penal (CP) e em leis extravagantes, que trazem em si, proibições e comandos destinados a garantir a paz e a harmonia social.

A grosso modo, pode-se dizer que crime é o fato típico, a descrição legal do comportamento proibido pela norma penal. Segundo Costa Jr. (2010, p. 76), “o fato típico é constituído pela descrição de um episódio da vida humana, por uma norma incriminadora.” Sua função essencial seria “delimitar a matéria penalmente ilícita e a matéria penalmente irrelevante, permitindo aos cidadãos orientarem-se entre o que é permitido e o que é proibido.”.

Na verdade, para que se possa falar na existência de um crime é preciso analisar todos os elementos que integram o conceito de infração penal, segundo uma visão analítica, e não apenas a subsunção da conduta humana a uma descrição legal. Assim, haverá crime quando o agente pratica uma ação típica, ilícita e culpável. Não se adentrará nas minúcias da teoria do delito por não ser objetivo do presente trabalho.

De todo modo, para garantir a proteção da sociedade contra as arbitrariedades do Estado, é preciso que os cidadãos saibam exatamente quais ações podem ser praticadas, sem o receio de que lhes sejam aplicadas sanções. Por isso, na descrição do delito, a lei penal deve delinear todos os seus limites, de modo que sejam claros, procurando descrevê-lo de maneira minuciosa, precisa e objetiva. Se a norma penal alcança esse desiderato diz-se que ela é composta apenas de elementos objetivos.

De acordo com Jesus (2010, p. 312), elementos objetivos do tipo “São os que se referem à materialidade da infração penal, no que concerne à forma de execução, tempo e lugar etc.”. Como exemplos de elementos objetivos do tipo, pode-se citar: o verbo, que constitui o seu núcleo; o objeto; o tempo; o lugar; os meios empregados.

No entanto, nem sempre é possível que se usem apenas elementos descritivos na redação da figura típica. Muitas vezes é necessário ir mais além,

perquirindo-se acerca da intenção do agente. Exemplo disso é o crime de furto (art. 155, CP), que exige, além do dolo de subtrair (*animus furandi*), isto é, a vontade dirigida à subtração, o especial fim de agir, caracterizado pela finalidade de ter a coisa alheia móvel “*para si ou para outrem*”. Imagine-se que em um desembarque no Aeroporto João Suassuna, em Campina Grande-PB, Tício, ao se dirigir à esteira para pegar sua mala, equivoque-se e, sem intenção de assenhorear-se, pegue mala idêntica a sua, pertencente a Caio. Nesse caso, embora Tício, com o seu comportamento reúna todos os elementos objetivos da figura do art. 155, faltou-lhe o ânimo de apropriação, ensejando a atipicidade do fato.

Os elementos subjetivos referem-se, pois, ao estado psicológico do agente, buscando investigar a intenção que motivou o seu comportamento. Exemplos de expressões usadas nos tipos penais que revelam elementos subjetivos: art. 159, *caput* (“com o fim de”); art. 245, § 1º (“para obter lucro”); art. 316, *caput*, § 1º (“para si ou para outrem”, “que sabe indevido”); arts. 319 e 320 (“para satisfazer”, “por indulgência”).

Ao lado dos termos meramente descritivos (elementos objetivos) e daqueles que revelam a intenção do agente (elementos subjetivos), é possível que o tipo penal ainda apresente elementos que exijam, para sua compreensão, um juízo de valor do intérprete, quanto à situação de fato. Segundo Jesus (2010, p. 313),

Os elementos normativos do tipo podem apresentar-se sob a forma de franca referência ao injusto (“indevidamente”, “sem justa causa”, “sem as formalidades legais”), sob a forma de termos jurídicos (“documento”, “função pública”, “funcionário”) ou extrajurídicos (“dignidade”, “decoro”, “saúde”, “moléstia”).

Feitas essas considerações sobre o tipo penal, passa-se a analisar o tipo penal do art. 321 do CP: o crime de advocacia administrativa.

3.1 O art. 321 do CP

Localizado no último título da parte especial do CP – Dos crimes contra a Administração Pública, o crime de advocacia administrativa (art. 321) consiste em

“patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário.”.

Segundo Mirabete (2005, p. 2382),

A conduta típica é patrocinar interesse privado; é advogar, defender, facilitar, apadrinhar, pleitear, favorecer um interesse particular alheio perante a administração pública, desde que se aproveite das facilidades que sua qualidade de funcionário lhe proporcione.

Por ser a qualidade de funcionário público elementar do tipo, de modo que o crime só pode ser cometido por funcionário público, trata-se de crime próprio, admitindo, no entanto, a participação de particular mediante induzimento, instigação ou auxílio. Nesse caso, é necessário que o partícipe tenha conhecimento da qualidade de funcionário público do autor principal, pois o dolo deve alcançar todas as elementares do tipo.

Os funcionários públicos que agem à revelia dos princípios que orientam suas condutas perante a Administração Pública, priorizando o interesse particular, sujeitos ativos do tipo em estudo, nas palavras de Noronha (1998, p.271),

Não são verdadeiramente *profiteurs* da função, como os corruptos ou prevaricadores, mas, como esses, causam indizível dano ao Estado. Não lhes é lícito agir em função de um interesse privado: o desempenho normal e regular do cargo é princípio que os deve orientar.

O sujeito passivo do crime de advocacia administrativa é, pois, o Estado. O funcionário público ao agir com o objetivo de satisfazer o interesse particular em detrimento do interesse público, compromete a moralidade administrativa, e conseqüentemente o prestígio da Administração Pública, causando dano ao Estado, responsável pela consecução do bem comum. Greco (2007) considera os crimes contra a Administração Pública os mais nefastos dentre os catalogados no Código Penal, por causarem dano a um número indeterminado de pessoas.

Embora o núcleo do tipo indique uma conduta comissiva (“patrocinar”), o crime também pode ser praticado por omissão, quando, por exemplo, o funcionário deixa de praticar um ato necessário aos fins colimados pela Administração Pública, para atender um interesse particular, beneficiando terceiros. Nesse sentido é o magistério de Noronha (1998).

O patrocínio pode ser levado a efeito na própria repartição em que atua o agente, bem como em qualquer outro órgão da Administração Pública. Pode ser direto, atuando o agente age pessoalmente para a satisfação do interesse alheio, ou indireto, quando se vale de terceiro, geralmente um “testa de ferro”, que age à sua sombra, de acordo com suas instruções. Pode ainda apresentar-se de forma dissimulada ou implícita, quando o agente pede favores a colegas, tentando acelerar o andamento de processos, quando, aproveitando-se de sua qualidade de funcionário público, tem acesso a informações sigilosas, etc.

Segundo Nucci (2008, p. 964), valer-se da qualidade de funcionário é tirar proveito do prestígio junto aos colegas ou da facilidade de acesso às informações ou da troca de favores, “investindo contra o interesse maior da administração de ser imparcial e isenta nas suas decisões e na sua atuação.”.

O tipo do art. 321 do CP é ainda: formal, por não exigir resultado naturalístico para sua configuração; de forma livre, de modo que o agente pode eleger quaisquer meios para patrocinar o interesse privado; em regra comissivo, conforme anteriormente sublinhado; instantâneo, pois se consuma no momento em que a conduta do agente é praticada; monossubjetivo, pois a conduta núcleo pode ser praticada por uma só pessoa; plurissubsistente, de modo que o *iter criminis* pode ser fracionado.

A consumação do delito se dá com a realização de qualquer ato de patrocínio, não sendo necessário que o agente obtenha o resultado pretendido, por se tratar de crime formal. A tentativa é possível e decorre da possibilidade de se fracionar o *iter criminis*. Jesus (2010, p. 223) apresenta um exemplo: “o funcionário é surpreendido no momento em que vai apresentar uma petição a quem de direito, sendo impedido de levá-la ao seu conhecimento por circunstâncias alheias a sua vontade.”.

O parágrafo único do art. 321 prevê uma forma qualificada do delito previsto no *caput*, devido ao maior juízo de reprovação que recai sobre a conduta do agente. Para a incidência dessa qualificadora, o interesse patrocinado pelo agente precisa ser ilegítimo. Sendo ainda necessário que o agente tenha conhecimento da ilegitimidade, por ser elementar do tipo.

O § 2º do art. 327 do CP, aplicável a todas as figuras típicas do Capítulo I (Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral) do Título XI (Dos Crimes contra a Administração Pública), prevê uma causa de aumento de pena quando o crime do art. 321 for praticado por ocupante de cargo

em comissão ou de função de direção ou assessoramento. Teve o legislador por mais gravosa a conduta daqueles a quem o Estado depositou sua confiança para o desempenho de importantes papéis na Administração Pública, incumbindo-os de altos postos na escala de distribuição dos cargos.

A Ação Penal é Pública incondicionada, sendo a pena, no tipo simples (*caput*), de detenção, de um a três meses, ou multa. Na forma qualificada (parágrafo único), a pena é de detenção, de três meses a um ano, e multa. A pena poderá ser aumentada da terça parte, nas hipóteses do § 2º do art. 327.

A competência para o processo e julgamento do delito de Advocacia Administrativa é do Juizado Especial, exceto quando houver conexão entre este e um crime de maior potencial ofensivo, caso em que ocorrerá a unidade de processo e julgamento (art. 79, CPP) perante o juízo comum (art. 60, Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995). Observe-se, contudo, que mesmo com o processo e julgamento ocorrendo perante o juízo comum, não de serem aplicados os institutos da transação penal e da composição civil dos danos (art. 60, parágrafo único, Lei 9.099/95), bem como a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei 9.099/95).

3.2 Requisitos para a configuração do tipo

Para a ocorrência de um crime é necessário que o comportamento humano se subsuma perfeitamente ao modelo abstrato previsto pelo legislador: o tipo penal. Esta subsunção do fato à norma há que reunir todos os elementos exigidos pelo tipo penal: objetivos, subjetivos e normativos, não sendo necessária a existência desses dois últimos.

Analisando o crime do art. 321 do CP, vislumbra-se a exigência dos seguintes requisitos para a configuração do crime de advocacia administrativa: a) que o sujeito ativo seja funcionário público; b) que patrocine interesse privado perante a Administração Pública; c) que atue com dolo; d) que o mesmo se utilize da qualidade de funcionário público para praticar o crime.

Tratando-se de crime próprio, é indispensável que o sujeito ativo seja funcionário público. Essa expressão deve ser entendida de forma a abranger toda a categoria de agentes públicos, vinculados a cargos, empregos ou funções públicas.

Assim dispõe o art. 327 do CP: “considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.”.

Incluem-se assim, entre os funcionários públicos, para efeitos da lei penal, pela redação final do art. 327, os agentes particulares colaboradores, que compreendem aqueles que exercem funções especiais, prestando serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração, muitas vezes transitoriamente, como é o caso dos jurados e dos eleitores convocados para prestarem serviços eleitorais nas eleições.

Segundo Costa Jr. (2010, p. 918-919),

É o exercício da função da função pública que caracteriza o funcionário público, segundo os ditames do Código Penal. Pouco importa que o exercício da função seja permanente ou eventual, voluntário ou obrigatório, gratuito ou remunerado, a título precário ou definitivo. Poderá a função resultar de eleição, nomeação, contrato ou simples situação fática, desde que não se esteja a usurpar função pública.

Sendo a qualidade de funcionário público elementar do tipo, é indispensável que o agente já esteja no exercício de suas funções, não bastando somente a nomeação ou a posse. No entanto, adverte Noronha (1998, p. 271), “Não altera a situação de sujeito ativo o fato de o agente não o ser, quando iniciou o patrocínio ilícito, desde que não o abandonou quando foi nomeado.”.

O núcleo do tipo é o verbo patrocinar, que significa advogar, facilitar, proteger, apadrinhar, favorecer interesse de outrem, aproveitando-se das facilidades que sua qualidade de funcionário lhe proporciona. De acordo com Mirabete (2010, p. 303),

Pode o sujeito ativo atuar de modo que não se pratique ato administrativo e seja beneficiado o interessado. Não constitui crime a atividade que não se possa chamar de patrocínio, como a de prestar simples informação, sem qualquer outra manifestação demonstrativa de patrocínio efetivamente dispensado ao interesse privado.

Por interesse privado deve-se entender qualquer vantagem auferida pelo particular, contrapondo-se ao interesse público. Dessa forma, embora não se exija para a configuração do tipo que o agente (funcionário público) obtenha vantagem ou que pratique a ação movido por interesse ou sentimento pessoal, é necessário

demonstrar a existência de causa de interesse do particular, que tenha sido patrocinado pelo agente.

Se o que ocorrer for o patrocínio de interesse público não se poderá defender a configuração do crime em análise. Imagine-se o fato de o funcionário público explicar ao administrado os seus direitos perante a Administração Pública. Embora, nesse caso, possa se falar em patrocínio, facilitação, auxílio, a conduta do funcionário foi direcionada em favor do interesse público, não importando em atos de defesa do administrado perante a Administração Pública. Isso porque, segundo Greco (2007, p. 442), “O que a lei penal proíbe, na verdade, é que o funcionário assumira a ‘causa’ do particular e pratique atos concretos que importem na sua defesa perante a administração pública.”.

Assim, não é toda manifestação de boa vontade do funcionário público que configurará o crime de advocacia administrativa. Admitir o contrário seria ignorar a realidade, impondo sanções penais a atos inocentes e corriqueiros que ocorrem no interior das repartições públicas. O que se pretende coibir é a ação de funcionários públicos que, utilizando-se de sua qualidade e vantagem que o cargo lhe oferece, patrocina a causa particular, empreendendo forças para garantir o seu sucesso. Conforme Cunha (2013, p. 817), a “Advocacia administrativa exige mais do que um mero ato de encaminhamento ou protocolo de papéis. É curial que se verifique o efetivo patrocínio de uma causa, complexa ou não, perante a administração.”.

O tipo penal em exame exige ainda um elemento subjetivo, o dolo genérico, consistente na vontade livre e consciente de patrocinar interesse privado perante a Administração. No caso do parágrafo único do art. 321, a forma qualificada do delito exige ainda a ilegitimidade do interesse.

É indispensável ainda para a configuração do tipo que o agente se faça valer de sua qualidade de funcionário público, tomando proveito de sua qualidade, do prestígio junto aos colegas, da facilidade de acesso a informações, da troca de favores. Ausente este requisito, a imparcialidade e a moralidade da Administração Pública não terão sido atingidas, não se podendo falar em dano ao Estado. Assim, é necessário que haja uma relação causal entre o patrocínio do interesse privado e a qualidade de funcionário.

É importante sublinhar que a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, em seu art. 117, inciso XI, permite que o

funcionário atue como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro. Trata-se nesse caso de uma excludente de ilicitude, em que o agente pratica o fato no exercício regular de um direito (art. 23, inciso III, segunda parte, CP).

O art. 30, inciso I, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da ordem dos Advogados do Brasil), também traz vedação no sentido de proibir o advogado servidor público de patrocinar qualquer interesse perante a Administração que o remunere ou à qual seja vinculada a entidade que o emprega.

Cuidando-se de crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, traz dispositivo específico:

Art. 3º. Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):

Omissis

III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público.
Pena: reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Por outro lado, o art. 91 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública, prescreve:

Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidade vier a ser decretada pelo Poder Judiciário.
Pena: detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Será o critério da especialidade que deverá orientar o intérprete a definir qual dispositivo aplicar. Estando presentes os elementos típicos especializantes, que acrescentam elementos próprios à descrição legal geral, há que se aplicar a regra especial, que prefere aquela.

3.3 Bem jurídico tutelado

No seu mister de promover o bem comum, o Estado, agindo por meio da Administração Pública, é obrigado a observar alguns princípios que o constituinte elegeu como indispensáveis ao bom andamento da máquina administrativa. Dentre esses princípios, previstos expressamente no *caput* do art. 37 da CF/88, merecem destaque os princípios da impessoalidade e da moralidade.

Estes princípios são responsáveis por impor uma atividade administrativa imparcial, que não contempla interesses particulares, que não promova seus agentes e que seja pautada por valores éticos, de honestidade, de boa-fé, de retidão e decoro.

Os crimes contra a Administração Pública, segundo Cunha (2013, p. 769),

(...) afetam, sempre, a probidade administrativa, promovendo o desvirtuamento da Administração Pública nas suas várias camadas, ferindo, dentre outros, os princípios norteadores da *legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência*. O agente, representando o Estado, contraria uma norma, buscando com sua conduta, muitas vezes, fim obscuro e imoral, demonstrando nefasta ineficiência do seu serviço. Cuida-se de forma qualificada de desvio de poder, realizando o servidor desejo pessoal ou de terceiro - *interesse particular* -, gerando dano ou perigo de dano para a ordem administrativa. (Grifos do autor)

Assim, no exercício de suas funções, os agentes públicos devem agir com a finalidade de atender ao interesse público, desvencilhando-se de atuar com a intenção de favorecer pessoas determinadas. Deverá, desta forma, sempre que estiver diante de uma situação que, de alguma maneira traga vantagem ao administrado, perquirir se este é o objetivo da Administração Pública, agindo sob o manto do princípio da legalidade e da impessoalidade.

Foi com o escopo de proteger a Administração Pública que o legislador optou por tipificar a conduta daqueles que, valendo-se da qualidade de funcionários públicos, patrocina, direta ou indiretamente, legítima ou ilegítimamente interesses privados perante a Administração Pública. Inicialmente concebido apenas como ilícito administrativo, o crime de advocacia administrativa constitui inovação trazida

pelo Código Penal de 1940. Segundo Hungria (apud NORONHA, 1998), o legislador brasileiro buscou inspiração no art. 324 do Código da Iugoslávia.

No sentido de ser a Administração Pública o bem jurídico protegido pelo art. 321 do CP, Mirabete (2010, p. 302):

Não deve a administração pública submeter-se à influência ou ao prestígio de seus funcionários que pretendam atuar em função de interesse particular, comprometendo a normalidade e a moralidade administrativas. Tutela o art. 321 a regularidade da administração contra os efeitos nocivos da advocacia administrativa, incompatível com a posição funcional do agente do Poder Público.

Submeter a Administração Pública aos interesses particulares, pela atuação irregular de seus agentes, é permitir que o organismo do Estado seja “(...) corroído por elementos internos, por isso mesmo mais temíveis que os externos.”, conforme Noronha (1998, p. 270).

Com efeito, o funcionário público não pode beneficiar o particular, valendo-se de sua qualidade, em prejuízo do interesse público, que deve nortear a sua atuação. A Administração Pública não pode ficar a mercê da influência de seus agentes, sob pena de lhe ser comprometido o seu prestígio e bom funcionamento.

4 OS SERVENTUÁRIOS DA JUSTIÇA E O CRIME DE ADVOCACIA ADMINISTRATIVA

O Judiciário tem por função primordial compor os conflitos de interesses que lhe são submetidos (função jurisdicional), atuando por meio do Juiz, que decide a lide, aplicando o direito ao caso concreto. Apesar de ser o órgão principal do juízo, o Juiz não age sozinho, pois sua atuação isolada é insuficiente para uma prestação jurisdicional adequada e eficiente. Sua atividade é complementada por outros órgãos auxiliares, encarregados da prática de alguns atos processuais, como documentação processual (autuação, juntada de documentos, expedição de mandados judiciais, rubrica e numeração das páginas do processo), diligências externas (cumprimentos dos mandados judiciais), exames que dependam de conhecimentos técnicos que o juiz não tem (perícias), guarda e conservação de bens (depósito), entre outros.

Os agentes que atuam ao lado do Juiz, dando impulso à marcha processual, o Código de Processo Civil (CPC) chama auxiliares da justiça, dentre os quais se destacam: o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete (art. 139). A Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado da Paraíba – Lei Complementar n. 96/2010 (LOJE), por sua vez, designa por servidores do foro judicial o Analista Judiciário, o Oficial de Justiça, o Técnico Judiciário e o Auxiliar Judiciário (art. 260, LOJE). No cotidiano forense esses profissionais são chamados serventuários da Justiça. Marques (2003) distingue funcionário da administração judiciária de serventuário, a partir da fonte de onde percebem sua remuneração. O serventuário seria aquele remunerado pelas partes ou interessados (órgão privado no exercício de função pública), enquanto que o funcionário seria aquele remunerado pelo Estado.

A disciplina desses órgãos auxiliares, além de constar do CPC e da LOJE, também pode ser encontrada nos provimentos, nas resoluções e nos regimentos dos tribunais, não havendo uma sistematização sobre a matéria.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 220), mesmo considerando essa falta de sistematização e a heterogeneidade das funções e dos órgãos que compõem a categoria dos auxiliares da Justiça, assim os conceitua:

são auxiliares da Justiça todas aquelas pessoas que de alguma forma participam da movimentação do processo, sob a autoridade do juiz, colaborando com este para tornar possível a prestação jurisdicional; considerando que os sujeitos principais do processo são necessariamente três (Estado, autor, réu), os auxiliares são pessoas que, ao lado do juiz, agem em nome do Estado no processo para a prestação do serviço devido às partes litigantes. (Grifos dos autores)

Como todo agente público, os serventuários da Justiça se submetem ao regime jurídico-administrativo, que compreende um conjunto de princípios que orientam a atuação dos agentes públicos no desempenho de suas funções. A Constituição Federal no seu art. 37 consagrou como princípios expressos a serem observados por todos os agentes públicos de qualquer dos entes federados: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além desses, outros princípios podem ser extraídos dos incisos do art. 37, aos quais a doutrina chama implícitos.

4.1 Os serventuários da Justiça

A Justiça não funcionaria se o Juiz atuasse sozinho. Para dar concretude a suas decisões é necessário o trabalho de uma equipe formada por Analistas Judiciários, Oficiais de Justiça, Técnicos Judiciários e Auxiliares Judiciários. Segundo o disposto no art. 260 da LOJE, esses servidores integram o foro judicial.

Esses são auxiliares permanentes da Justiça, pois ocupam cargos criados por lei, com denominação própria e cujo ingresso na carreira se dá mediante concurso público, diferentemente dos auxiliares eventualmente chamados a prestar serviço no processo, como é o caso dos peritos e dos intérpretes. Theodoro Júnior (2010) chama esses últimos de auxiliares eventuais.

Esse trabalho cuidará apenas dos auxiliares permanentes, dando ênfase especial às atribuições de Analistas e Técnicos Judiciários e Oficiais de Justiça, por se relacionar diretamente ao seu objeto.

O Analista Judiciário, cargo privativo de Bacharel em Direito (art. 260, § 1º, LOJE), que corresponde à designação Escrivão do CPC, tem a função administrativa de chefe de Cartório (art. 245, LOJE), havendo, pois, subordinação hierárquica dos técnicos judiciários (Escreventes, na dicção do CPC) aos mesmos.

Na falta ou ausência de Analista Judiciário, a chefia poderá ser exercida por um Técnico Judiciário/Área Judiciária. Segundo Marques (2003, p. 335), cartório é a “repartição em que o escrivão funciona habitualmente, por ser a sede de seus trabalhos”.

Na esteira do Código de Processo Civil (art. 141), a LOJE enumerou em seu art. 267, as atribuições do Analista Judiciário (escrivão):

- I – redigir, observada a forma prescrita, todos os termos dos processos e demais atos praticados na unidade judiciária em que servir;
- II – comparecer às audiências marcadas pelo juiz e acompanhá-lo nas diligências;
- III – elaborar diariamente a nota de expediente e publicá-la;
- IV – zelar pela arrecadação da taxa judiciária, custas e demais exigências fiscais e quaisquer outros valores devidos pelas partes, expedindo as guias para o respectivo depósito diretamente pela parte ou por seu procurador, em estabelecimento autorizado;
- V – preparar, diariamente, o expediente do Juízo;
- VI – ter em boa guarda os autos, livros e papéis de seu cartório;
- VII – recolher ao arquivo público, depois de vistos em correição, os autos, livros e papéis findos;
- VIII – manter classificados e em ordem cronológica todos os autos, livros e papéis a seu cargo, organizando e conservando atualizados índices e fichários;
- IX – entregar, mediante carga, a juiz, promotor ou advogado, autos conclusos ou com vista;
- X – fornecer certidão, independentemente de despacho, do que constar nos autos, livros e papéis no seu cartório, salvo quando a certidão se referir a processo:
 - a) de interdição, antes de publicada a sentença;
 - b) de arresto ou sequestro, antes de realizado;
 - c) formado em segredo de justiça;
 - d) penal, antes da pronúncia ou sentença definitiva;
 - e) especial, contra menor;
 - f) administrativo, de caráter reservado;
- XI – extrair, autenticar, conferir e concertar traslados;
- XII – autenticar reproduções de quaisquer peças ou documentos de processo;
- XIII – manter registros e controle dos indicadores de desempenho da sua unidade;
- XIV – manter e escriturar o livro de protocolo geral e os demais livros de uso obrigatório;
- XV – certificar, nas petições, o dia e a hora de sua apresentação em cartório;
- XVI – realizar todos os atos que lhe forem atribuídos pelas leis processuais e por esta Lei, bem como por resoluções do Conselho da Magistratura e da Corregedoria-Geral de Justiça;
- XVII – fornecer informações verbais sobre o estado e o andamento dos feitos às partes e a seus procuradores;
- XVIII – comunicar ao juiz, após o decurso do prazo legal, a não devolução ao cartório de autos do processo;
- XIX – certificar, nos mandados devolvidos, o dia e a hora em que lhe foram apresentados;
- XX – acompanhar o juiz nas diligências realizadas dentro ou fora do cartório;

- XXI – manter registros e controle dos indicadores de desempenho da sua unidade;
- XXII – transferir ao técnico judiciário as atribuições que lhe forem compatíveis, previstas neste artigo.

O Técnico Judiciário, cujo provimento exige nível médio completo de escolaridade (art. 260, § 3º, LOJE), tem atribuições semelhantes ao Analista Judiciário, devendo substituí-lo quando não houver mais de um designado para o Cartório, nos casos de impedimentos, suspeições e outros afastamentos; atuar nas audiências, digitando os respectivos termos; digitar mandados, cartas precatórias e demais atos inerentes ao seu ofício; e exercer outras atribuições compatíveis que lhe forem determinadas pelo Juiz ou pelo Analista (art. 269, LOJE).

O Oficial de Justiça, cargo privativo de portador de curso de nível superior em qualquer área (art. 260, § 2º, LOJE), é encarregado das diligências externas, atuando, conforme Marques (2003, p. 336), “(...) em duas áreas principais: a do intercâmbio processual e aquela da prática dos atos de execução, ou coativos.”. Desta forma, são os Oficiais de Justiça responsáveis pelo impulso da marcha processual, daí a previsão de suas atribuições em leis processuais. Suas atribuições estão dispostas no art. 143 do CPC, no qual se inspirou o legislador estadual, quando da elaboração do art. 268 da LOJE:

Art. 268. Ao Oficial de Justiça incumbe:

- I – realizar, pessoalmente, as citações, intimações, penhoras, arrestos, sequestros, avaliações e demais diligências ordenadas pelo juiz;
- II – lavrar a certidão e o auto da diligência que efetuar;
- III – solicitar, quando necessário, força pública para a efetivação de diligência;
- IV – fazer-se presente às audiências, quando designado;
- V – fazer os pregões nas audiências, nas arrematações e em outros atos judiciais, quando designado;
- VI – realizar as praças e leilões designados pelo juiz;
- VII – afixar e retirar editais;
- VIII – devolver os mandados à Central de Mandados, efetivamente cumpridos;
- IX – cumprir outras determinações do juiz, previstas em lei.

A atribuição contida no inciso V desse dispositivo era cometida ao Porteiro dos Auditórios na vigência do Código de 1939 (Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939). Apesar de o Código atual ainda fazer algumas referências à figura do Porteiro dos Auditórios, seus atos hoje são executados pelo Oficial de Justiça.

O inciso II do art. 143 do CPC determina ser atribuição do Oficial de Justiça “cumprir as ordens do juiz a que estiver subordinado”. Esse dispositivo deve ser interpretado com ressalva já que não será toda ordem do Juiz que o Oficial de Justiça, bem como qualquer outro auxiliar, deve cumprir, basta trazer a baila as ordens ilegais. Além disso, como dinamizadores da marcha processual, as ordens judiciais a que os Oficiais de Justiça estão obrigados a cumprir devem estar relacionadas à solução do litígio, cumprindo diligências necessárias ao resguardo de direitos, medidas de constrição, como penhoras, arrestos e sequestros, buscas e apreensões, prisões e medidas de urgência.

Segundo Theodoro Júnior (2010), a função do Oficial de Justiça é subalterna, cabendo-lhes cumprir as ordens do juiz expressas nos mandados. Nesse mesmo sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 224), para quem “O oficial de justiça deve cumprir estritamente as ordens do juiz, não lhe cabendo entender-se diretamente com a parte interessada no desempenho de suas funções (...)”.

Uma vez cumprido o mandado judicial, o resultado da diligência deve ser materializado em certidão, da qual deve constar todas as circunstâncias, como por exemplo, lugar, dia e horário da diligência, se a parte aportou o seu ciente no mandado e se recebeu a contrafé. O CPC, no inciso I do art. 143, requer, sempre que possível, que a diligência seja realizada na presença de duas testemunhas. No entanto, com respaldo em Montenegro Filho (2009), a ausência de testemunhas presentes ao ato não pode ter o condão de invalidar o ato. De fato, subordinar a eficácia do cumprimento de mandados judiciais à presença de testemunhas ao ato seria impor obstáculo de difícil superação à celeridade processual, já que nem sempre seria possível localizá-las, além do que, na prática, as pessoas receiam se identificar, temendo “*se envolverem com a Justiça*”.

O Analista Judiciário, o Técnico Judiciário e o Oficial de Justiça gozam de fé pública, acarretando o fato de o conteúdo de suas certidões ser tido como verdadeiro até que se prove o contrário (presunção *juris tantum*).

No desempenho de seus misteres, esses auxiliares deverão pautar sua atuação com retidão, decoro, boa-fé, visando sempre a finalidade pública, consistente na promoção do andamento do processo, desaguando numa prestação jurisdicional célere e efetiva. No entanto, se causarem danos aos jurisdicionados, os auxiliares da Justiça não estarão isentos de sanções. De acordo com o art. 144 do

CPC, respondem civilmente pelos danos que causarem às partes, no exercício de suas atribuições:

Art. 144. O escrivão e o oficial de justiça são civilmente responsáveis:
I – quando, sem justo motivo, se recusarem a cumprir, dentro do prazo, os atos que lhes impõe à lei, ou os que o juiz, a que estão subordinados, lhes comete;
II – quando praticarem ato nulo com dolo ou culpa.

Para que haja a obrigação de indenizar é necessário que esses serventuários tenham praticado ato danoso ou nulo intencionalmente (com dolo) ou de forma negligente, imprudente ou imperita (variantes da culpa *stricto sensu*). A indenização há que ser pleiteada em ação autônoma, isto é, em processo distinto daquele que ocorreu o dano. Nessa ação, a parte terá que demonstrar o ato lesivo do servidor, o dano efetivamente sofrido e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Destaque-se que, mesmo não ocorrendo dano às partes, caso em que não haverá obrigação de indenizar, mas havendo descumprimento do dever funcional, restará a esses auxiliares a possibilidade de sofrer sanções administrativas, tratando-se de ilícito administrativo, ou até mesmo penais, no caso de restar configurada alguma infração penal.

Não obstante desempenhem suas atribuições com zelo, prudência e boa-fé, algumas condutas desses servidores têm sido atacadas na prática judiciária, notadamente por magistrados, ao argumento de que se consubstanciariam crimes. A seguir serão analisadas duas dessas hipóteses, uma relativa às atribuições de Analistas e Técnicos Judiciários e outra referente às funções dos Oficiais de Justiça, averiguando a possibilidade de se configurarem o crime de advocacia administrativa.

4.2 Análise de condutas subsumíveis ao tipo penal do art. 321 do CP

Dentre aquelas atribuições cometidas ao Oficial de Justiça no art. 143 do CPC e no art. 268 da LOJE está a de realizar penhoras. Como medida de constrição, cuja finalidade é a expropriação de bens do devedor para satisfação do direito do credor, a penhora tem cabimento nos processos de execução por quantia

certa (arts. 646 e ss., CPC). Nesses processos, o executado é citado para efetuar o pagamento da dívida em 3 (três) dias (art. 652, CPC). Não efetuando o pagamento, o Oficial de Justiça procede desde logo à penhora de bens e sua avaliação, lavrando o respectivo auto e intimando o executado (art. 652, § 1º, CPC). Um conceito da penhora é fornecido por Montenegro Filho (2010, p. 399):

A penhora é instituto que pertence ao direito processual, tendo por objetivo efetuar a apreensão de bens do patrimônio do devedor e/ou *responsável*, com vista a permitir a posterior satisfação do credor, considerando que a execução por quantia certa contra devedor solvente é marcada pelo fato de ser *expropriatória* (art. 646), atuando o Estado de forma *substitutiva*, mediante atos de sujeição impostos ao devedor, com a autorização para que o seu patrimônio seja invadido mesmo contra a sua vontade. (Grifos do autor)

Relativamente a esse instrumento expropriatório, uma análise do procedimento dos Oficiais de Justiça na seara dos Juizados Especiais se faz necessária. Instituídos pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais são competentes para a execução dos títulos executivos extrajudiciais, de até 40 (quarenta) salários mínimos (art. 3º, § 1º, Lei 9.099/95). O processo perante os Juizados Especiais é orientado pelos seguintes critérios: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (art. 2º, Lei 9.099/95).

Com um procedimento mais simples, informal e simplificado (decorrente dos critérios economia processual e celeridade), uma questão se levanta quando do cumprimento de um mandado de penhora pelo Oficial de Justiça: Poderia este auxiliar judiciário, contrariamente a ordem constante do mandado judicial, deixar de efetuar a penhora de bens do executado por ter este apresentado comprovante idôneo de pagamento da dívida?

A questão é tormentosa já que nem a lei nem a doutrina anteviu a hipótese, antecipando como deveria atuar o Oficial de Justiça diante de um caso como esse. Além disso, magistrados apegados ao rigorismo da lei, aliados ainda a um positivismo clássico, não admitem que seus mandamentos sejam contrariados por seus subordinados, a pretexto de interpretação judicial, por considera-la atividade exclusiva desses membros do Poder. A inquietação com o problema tem razão de ser na possibilidade de se atribuir ao Oficial de Justiça, que deixar de cumprir o mandado judicial, o crime de Advocacia Administrativa.

Calha relembrar os requisitos para a configuração deste crime. Comete o crime do art. 321 do CP, o agente que, valendo-se da qualidade de funcionário público, patrocina, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública. É oportuno destacar dois requisitos essenciais: que o patrocínio seja de interesse privado e que haja dolo do agente.

O patrocínio de interesse privado é afastado de plano, pois o que o servidor objetivou foi satisfazer a vontade do Estado, consistente numa prestação jurisdicional célere e efetiva, evitando a prática de atos desnecessários, que procrastinariam o desfecho do processo.

Não se pode esquecer que o dever de eficiência exige dos agentes públicos desburocratização na realização de suas funções, buscando alcançar o interesse público pelo modo mais célere e eficaz, com o menor desperdício de tempo e de material possível. O funcionário público agiu, pois, no estrito cumprimento de um dever legal, pois perseguia o interesse público.

O dolo do agente, elemento subjetivo exigido pelo tipo, caracterizado na vontade livre e consciente de patrocinar interesse privado perante a Administração, também não se configura, pois, longe de empreender forças com o objetivo de garantir o sucesso da parte na demanda, o funcionário público somente almejou satisfazer a vontade da lei que, no caso específico dos Juizados Especiais não admite atos desnecessários, já que implicariam em infringência do princípio constitucional da eficiência e ainda dos critérios plasmados no art. 2º da Lei 9.099/95.

Ressalte-se por fim, que deixando o Oficial de Justiça de efetivar uma penhora nas circunstâncias acima, não estará contrariando uma determinação judicial, já que submeterá o caso à apreciação do magistrado por meio da certidão, cabendo a ele a última palavra.

Além disso, o mesmo princípio que autoriza o Oficial de Justiça a abster-se de efetuar a penhora quando constatar que o devedor não apresenta patrimônio suficiente para o pagamento da dívida mais custas da execução, sendo apenas suficientes para o pagamento destas (art. 659, § 2º, CPC), autorizaria também o entendimento acima perfilhado – *princípio da menor onerosidade para o devedor*.

Desta forma, é o próprio dever de eficiência, constitucionalmente imposto a todos os agentes públicos, para que, no desempenho de suas funções, logre atender a finalidade pública perseguida pelo Estado na satisfação das necessidades

dos cidadãos, que respalda a atuação do Oficial de Justiça que deixa de efetuar penhora no caso sob exame.

Outra questão que se amonta importante na prática judiciária é o dever, inerente a Analistas e Técnicos Judiciários, de certificar nos autos todas as informações que chegarem ao seu conhecimento e que digam respeito aos fins do processo, submetendo-as à análise do Magistrado, mediante conclusão (art. 267, IX, LOJE). Com base nesse dever, poderia o Analista/Técnico Judiciário, certificar em autos de ação penal pública, informação de mudança de endereço trazida pela vítima?

Aqui também o problema ganha relevância pelo fato de, na prática judiciária, vozes levantarem-se pela impossibilidade de serventuário da justiça certificar informação trazida por pessoas que mantenham alguma relação com o processo. Isso porque a capacidade postulatória é atributo privativo de advogado (art. 1º, Lei 8.906, de 4 de julho de 1994 - EOAB), acarretando a ocorrência de crime de Advocacia Administrativa, quando atos postulatorios fossem praticados por funcionário público.

Primeiro há que se esclarecer que atos postulatorios são aqueles em que as partes do processo pedem ou respondem. Apenas esses exigem capacidade postulatória. Segundo, é importante destacar quem são os sujeitos do processo penal. Os sujeitos do processo são todas as pessoas que atuam no processo, como juiz, partes, auxiliares da Justiça, testemunhas, dentre outros.

Na Ação Penal Pública, especificamente, a parte ativa é o Ministério Público e a parte passiva é o acusado. Relativamente a este último, no processo penal haverá que ser necessariamente assistido por advogado, garantia consagrada constitucionalmente e expressamente prevista no Código de Processo Penal (CPP), em seu art. 261: "Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor."

Com relação ao acusado, qualquer postulação há que ser levada a efeito por seu advogado. No entanto, vítimas e testemunhas não são partes do processo, mas meios de prova, trazendo importante contribuição para a reconstrução dos fatos ocorridos, descortinando a verdade, influenciando no convencimento do Juiz.

Como no processo penal vige, em matéria de prova, o princípio da verdade real, segundo o qual o Juiz não pode se satisfazer com a verdade trazida aos autos pelas partes, mas buscar a verdadeira realidade dos fatos, a certificação nos autos

de informação trazida pelo ofendido, em ação de iniciativa pública, constitui dever indeclinável de Analistas/Técnicos Judiciários atuantes em juízos com competência penal.

A oitiva do ofendido nas Ações Públicas, principalmente no caso de crimes de pouca visibilidade, a exemplo dos crimes sexuais, conforme Távora e Alencar (2013), constitui-se em poderosa ferramenta na busca da verdade, podendo a sua ausência acarretar graves prejuízos para a solução do litígio, sendo causa de nulidade relativa, uma vez que a parte prejudicada deverá demonstrar a ocorrência de prejuízo. No exemplo acima não se poderá defender a não possibilidade de certificação à justificativa de se estar beneficiando uma ou outra parte, pois somente na audiência de instrução e julgamento, quando da tomada de declarações da vítima, será possível aferir a quem aproveitou a prova: poderá até mesmo se constituir fundamento para absolvição do réu.

Assim, não se olvida que o destinatário da prova seja o Juiz. Ao se defender a possibilidade de certificação de informações nos autos pelos auxiliares da Justiça, não se está transferindo a estes o destino da prova, já que a apreciação do fato deverá ser necessariamente levada ao magistrado, a quem cabe a decisão entre fazer uso ou não.

Desta forma, afastada também estaria a ocorrência do tipo penal do art. 321 do CP, pela presença de uma causa de exclusão da antijuridicidade, consistente no fato de o agente agir no estrito cumprimento de dever legal (art. 23, III, CP).

Mais uma vez, é o imperativo constitucional da eficiência, ao irradiar seus efeitos por toda atividade administrativa, a impor aos agentes públicos uma atuação comprometida com a finalidade pública perseguida pelo Estado na satisfação das necessidades básicas dos cidadãos. Nestes casos, os agentes do Estado devem atuar no sentido de uma prestação jurisdicional efetiva, que atenda aos anseios daqueles que batem às portas do Judiciário no afã de ter seus litígios solucionados, refutando condutas legalistas, contrárias ao ideal de Justiça e, por conseguinte, ao Estado Democrático de Direito.

5 CONCLUSÃO

O Poder Judiciário, imbuído da função precípua de dirimir os conflitos de interesses, aplicando o Direito ao caso concreto, não atua unicamente por meio do magistrado. É impensável um Judiciário sem a figura dos seus auxiliares.

Como todo agente público, os serventuários da Justiça, assim também denominados, submetem-se ao regime jurídico-administrativo, que compreende um conjunto de princípios que orientam sua atuação no desempenho de suas funções. A CF/88 em seu art. 37 consagrou como princípios expressos a serem observados por todos os agentes públicos de qualquer dos entes federados: a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

Atrelado a esses princípios, esses agentes estão obrigados a observar certos deveres que a ordem jurídica lhes impõe. Dentre esses deveres, estão: o dever de agir, o dever de probidade, o dever de prestar contas e o dever de eficiência.

Quanto a este último, ele obriga os agentes públicos a buscar atingir os interesses da coletividade, no menor tempo, com os menores custos e da melhor forma, englobando, pois, aspectos quantitativos e qualitativos do serviço. O dever de eficiência, ao mesmo tempo em que impõe resultados positivos para o serviço público, exige que as necessidades da coletividade sejam atendidas satisfatoriamente.

Com o objetivo de proteger a Administração Pública contra condutas irregulares de seus agentes que, em razão do cargo, procuram defender interesses particulares, alheios ao interesse público, o legislador ordinário fez prever a figura típica do art. 321 do CP: o crime de advocacia administrativa.

Pratica o crime do art. 321 do CP o agente que, valendo-se da qualidade de funcionário público, patrocina, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública. Esse tipo exige os seguintes requisitos para sua configuração: que o sujeito ativo seja funcionário público; que patrocine interesse privado perante a Administração Pública; que atue com dolo; que o mesmo se utilize da qualidade de funcionário público para praticar o crime.

É inegável que a previsão do tipo penal do art. 321 contribui para a moralização da Administração Pública, tutelando-a contra condutas irregulares de

seus agentes. No entanto, a proibição contida neste tipo é muitas vezes interpretada como impeditivo à prática de determinados atos, que numa visão processual moderna, consubstancia-se no dever de eficiência imposto aos agentes públicos no exercício de suas funções.

É o que se vê quando se pretende imputar ao oficial de justiça o crime do art. 321 do CP, quando, em cumprimento a mandado de penhora oriundo de processo de execução perante os Juizados Especiais, este serventuário deixa de efetivar a penhora por ter a parte executada apresentado comprovante idôneo de quitação da dívida.

Interpretar a conduta do oficial de justiça como crime é bater de frente com o dever de agir, decorrente do princípio da legalidade, e com o dever de eficiência, corolário do princípio constitucional da eficiência, visto que, longe de preencher os requisitos para a configuração do tipo penal, esta conduta está em perfeita harmonia com os critérios orientadores do processo dos Juizados Especiais.

Outra distorção visualizada na prática judiciária quanto ao crime de advocacia administrativa diz respeito ao dever de o analista/técnico judiciário certificar nos autos todas as informações que chegarem ao seu conhecimento e que digam respeito aos fins do processo, submetendo-as à análise do Magistrado, mediante conclusão (art. 267, IX, LOJE). É comum observar servidores defendendo a hipótese de configuração do crime de advocacia administrativa, o fato de o Analista/Técnico Judiciário, certificar em autos de ação penal pública, informação de mudança de endereço trazida pela vítima.

Aqui também se afasta de plano a subsunção da conduta ao tipo penal do art. 321 do CP, visto existir verdadeiro dever de agir dos Analistas/Técnicos Judiciários, de levarem ao conhecimento do magistrado toda informação necessária à reconstrução da verdade, por viger no processo penal o princípio da verdade real. O agente estaria, pois, amparado por uma causa de exclusão da antijuridicidade (art. 23, III, CP).

Não se pode admitir, hodiernamente, interpretações como essas, pautadas num positivismo clássico, já superado pelo pós-positivismo, já que o princípio constitucional da eficiência não se coaduna com uma atuação destoante da finalidade pública perseguida pelo Estado na satisfação das necessidades básicas dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 16 ed. São Paulo: Método, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2014.

_____. Lei n. 12. 527, de 18 nov. 2011. **Regula o acesso a informações previsto no inciso XXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em 27 jan 2014.

_____. Decreto-Lei n. 1.608, de 18 set. 1939. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 07 mar. 2014.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Vade Mecum Saraiva**. 13 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Vade Mecum Saraiva**. 13 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 28 jan. 2014.

_____. Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998. **Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 28 jan. 2014.

_____. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. **Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 28 jan. 2014.

_____. Lei n. 8.745, de 9 dez. 1993. **Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8745cons.htm>. Acesso em: 28 jan. 2014.

_____. Lei n. 5.869, de 11 jan. 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Vade Mecum Saraiva.** 13 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Vade Mecum Saraiva.** 13 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei n. 8.137, de 27 de novembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Vade Mecum Saraiva.** 13 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Vade Mecum Saraiva.** 13 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Vade Mecum Saraiva.** 13 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Vade Mecum Saraiva.** 13 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 28 jan. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 25 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 25 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

COSTA JR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. **Curso de Direito Penal.** 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo.** 11 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**, vol. Único. 5 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Edições JusPODIVM, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial, vol. IV**. 3 ed. Niterói: Impetus, 2007.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, parte especial, vol. 4**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Eligidério Gadelha. **A atuação do CNJ e a independência do Judiciário**. 2011. Trabalho monográfico (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande. Sousa, 2011.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**: vol. 1.9 ed. Campinas: Millennium Editora Ltda., 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Código Penal Comentado**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MONTENEGRO FILHO. Curso de Direito Processual Civil, vol. 2: **Teoria Geral dos Recursos, Recursos em Espécie e Processo de Execução**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Curso de Direito Processual Civil, vol. 1: **Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2009

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial**. 4 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PARAÍBA. Lei Complementar n. 96, de 03 de dezembro de 2010. **LOJE – Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado da Paraíba**. João Pessoa, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol. 1: **Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 51 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.