

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

MARINA MEIRELLES LEITE FORMICA

ADVOCACIA PÚBLICA: ATRIBUIÇÕES E PRERROGATIVAS

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

São Paulo

2015

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

MARINA MEIRELLES LEITE FORMICA

ADVOCACIA PÚBLICA: ATRIBUIÇÕES E PRERROGATIVAS

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

Tese apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Mestre Thomas Augusto Ferreira de Almeida.

São Paulo

2015

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Thomas Augusto Ferreira de Almeida, por monitorar com muita sabedoria as discussões acadêmicas em sala de aula, pela preocupação e zelo com a orientação deste trabalho. Não posso deixar de mencionar a pertinência de suas correções e apontamentos, sempre atento à leitura da monografia, instigando a pesquisa.

Ao meu grande irmão, pelo apoio em meu trabalho como Procuradora do Município.

Às amigas e colegas de profissão Gabriela Freire Kühn de Godoy e Caroline Stahl de Souza Lorente, pelo companheirismo nos corredores da Procuradoria de Campinas e pelo incentivo para elaboração desta pesquisa acadêmica.

A todos os Procuradores Municipais e, principalmente, aos dedicados à causa pública com afinho e sem temor, pois, em seu dia a dia, enfrentam sérias restrições para fazer valer suas prerrogativas e defender os interesses sociais.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é revelar a importância da Advocacia pública na persecução do interesse público primário, ressaltando e trazendo à luz os problemas pelos quais passam os Procuradores das entidades públicas na atualidade. Tentou-se refletir sobre o atual sistema e a prática das carreiras jurídicas dos Procuradores, trazendo suas principais atribuições, seus deveres para com a sociedade e as prerrogativas da carreira, expressas ou não em lei.

Palavras-chave: Procurador. Advocacia Pública. Atribuições. Deveres. Administração Pública. Interesse público primário. Motivação. Independência.

ABSTRACT

The objective of this work is to reveal the importance of public advocacy in pursuit of the primary public interest, highlighting and bringing to light the problems public attorneys experience today.

This work tried to think over the current system and the daily duties of public attorneys, exposing its main tasks, their responsibility towards the public and career prerogatives, either expressed or implied in Brazilian law.

Keywords: Attorney. Public Advocacy. Tasks. Duties. Public Administration. Primary public interest. Technical motivation. Technical autonomy.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	08
2. A ADVOCACIA PÚBLICA COMO FUNÇÃO ESSENCIAL DA JUSTIÇA	10
2.1. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	10
2.2. DEFESA E REPRESENTAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO	13
3. ATUAÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO:	18
3.1. EFEITO VINCULANTE OU MERAMENTE OPINATIVO DO PARECER	19
3.2. DEFESA JUDICIAL E EXTRA JUDICIAL	26
3.3. CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO	28
4. NECESSÁRIA AUTONOMIA DA ADVOCACIA PÚBLICA	33
4.1. DA INDEPENDÊNCIA TÉCNICA MOTIVADA	34
4.2. NECESSIDADE DE CONDIÇÕES ADEQUADAS DE TRABALHO	38
4.3. DA REMOÇÃO MOTIVA	40
4.4. DA RESPONSABILIDADE: PRERROGATIVAS, NÃO PRIVILÉGIOS	41
5. CONCLUSÃO	46
BIBLIOGRAFIA	49

1. INTRODUÇÃO

Os Procuradores Públicos em geral não dimensionam a real importância de seu papel no Estado. Este trabalho tem por finalidade discorrer acerca das atribuições e deveres dos Procuradores Públicos na persecução dos interesses da sociedade.

Em linhas gerais, o Direito Administrativo é aquele que traz as normas aplicáveis ao exercício da função administrativa, aquela desempenhada, principalmente, pelo Poder Executivo.

Portanto, a questão das prerrogativas e deveres de seus Procuradores é tema importantíssimo dentro deste ramo do Direito, haja vista que estes são os agentes públicos que exercem, de acordo com a Constituição da República de 1988, artigo 131, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico daquele Poder.

Todavia, minhas experiências profissionais no exercício de cargos de advogada pública me levaram a concluir que, infelizmente, não só a sociedade ou os Administradores Públicos não sabem – ou desprezam – o papel do Procurador Público no sentido de aprimorar os caminhos que a Administração Pública deve percorrer, como os próprios integrantes da carreira assim o fazem.

Iniciei a carreira profissional no concurso de Advogado da Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô, onde permaneci por pouco tempo, porém, emprego de muito aprendizado sobre a estrutura e as dificuldades de gestão de empresa da Administração Pública Indireta. A exoneração do Metrô se deu em razão da aprovação em concurso público no cargo de Procurador do Município de Jandira. Atualmente, exerço cargo de Procurador do Município de Campinas. Um dos problemas que constatamos no exercício da advocacia pública é que as atribuições efetivamente exercidas não estão delimitadas tampouco atualizadas com os princípios trazidos pela Constituição de 1988.

Por exemplo, muitos colegas de profissão acreditam que os Procuradores Públicos devem defender os interesses da Pessoa Jurídica que os remunera, mesmo que esta ação privilegie o interesse público secundário em detrimento do interesse público primário, questão que se pretende discutir neste trabalho.

Outra questão a ser abordada é o controle de juridicidade exercido pelo órgão da advocacia de Estado, que deve ser garantido através do respeito pelos Governantes aos pareceres técnico-jurídicos emitidos pelos Procuradores Públicos. Neste tópico, iremos discutir se os pareceres emitidos pelo corpo técnico de Procuradores são vinculativos ou meramente opinativos.

Tentaremos demonstrar, também, que a participação do Advogado Público é essencial para a efetividade e legalidade da elaboração de políticas públicas, bem como para a elaboração de minutas de atos que, eventualmente, irão normatizar a política.

Por fim, o capítulo quatro tratará da autonomia da Advocacia Pública. Com relação à defesa do Poder Público em juízo, dentre outros aspectos, abordaremos a possibilidade da dispensa recursal e a disponibilidade do interesse público em juízo. No que toca à área consultiva, os pareceres deverão ser respeitados pelos gestores públicos. Há necessidade de adequada estrutura de trabalho e motivação da remoção do Procurador. Somente assim se garantirá o pleno e adequado exercício de suas funções.

2. ADVOCACIA PÚBLICA COMO FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA

2.1. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Maria Sylvia Zanella Di Pietro expressa que usualmente a expressão “Administração Pública” é empregada ora designando os entes que exercem a atividade administrativa estatal (“Administração Pública” em sentido subjetivo, formal ou orgânico) ora designando a natureza da atividade exercida por referidos entes (“Administração Pública” em sentido objetivo, material ou formal)¹.

Em sentido formal, Administração Pública é um termo conceituado pela doutrinadora como *“o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado”*².

Em sentido material, a Administração Pública é conceituada pela nobre autora como *“a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico total ou parcialmente público, para a consecução dos interesses coletivos”*³.

José Francisco Siqueira Neto também abraça a distinção entre os sentidos formal e material da expressão “Administração Pública”. No sentido formal,

*“[...] a Administração Pública compreende todos os órgãos e entidades da Administração direta e indireta de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. No sentido material, “[...] Administração Pública é o conjunto de atividades realizadas para a satisfação do interesse público, tendes a realizar o fim almejado pelo Estado. Em outras palavras, é a máquina que gere e realiza as atividades administrativas tendentes à satisfação dos anseios de todos, visando alcançar o bem comum, que é o fim do Estado”.*⁴

¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 50.

² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 58.

³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 57.

⁴ TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka (coordenadora). *Direito Administrativo*. 1º ed. São Paulo: Malheiros. p. 95.

A atividade da Administração Pública é regida em sua essência em nosso ordenamento jurídico pelos preceitos do *caput* do artigo 37 de nossa Carta Magna. Dentro do título III (“Da Organização do Estado”) da Lei das Leis, encontramos um capítulo (capítulo VIII) destinado especificamente à regulação da Administração Pública:

CRFB

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: [...]

Nota-se que o legislador constituinte não poupou palavras ao salientar princípios que regem a Administração Pública. Apenas no *caput* do artigo 37, já encontramos explicitamente cinco princípios: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

A doutrina pátria e os julgados de nossos tribunais se valem destes princípios para resolver um infindável número de problemas nos quais a Administração Pública está envolvida. Muitas laudas já foram escritas sobre cada um deles e sobre seus desdobramentos. Todavia, acreditamos que o tom do artigo 37 de nossa Carta Magna reflete, antes, anseios históricos do povo brasileiro do que o âmago da atual racionalidade de nosso Direito Administrativo. Limitar-nos-emos a um único exemplo para provar isto.

Ora, o que seria o Princípio da Eficiência? A eficiência, a arte de fazer mais com menos dentro de certo lapso temporal, é uma preocupação humana natural. Se o Princípio da Eficiência não estivesse esculpido no *caput* do artigo 37, estaria o Estado legitimado a agir de modo ineficiente? Do agente público “*se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados*”⁵. Do legislador, espera-se a organização de uma Administração Pública apta a prestar do melhor modo possível os serviços públicos.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

A inscrição do Princípio da Eficiência no texto de nossa Carta Magna pela Emenda Constitucional Número 19 de 04 de junho de 1998 adveio, segundo nosso modesto entendimento, de certa angústia legislativa frente a um aparelho estatal que, por muitos anos e até o presente momento, não atendeu bem os anseios populares por saúde, educação e segurança.

Acompanhamos Celso Antônio Bandeira de Mello na sua afirmação de que duas são verdadeiramente as pedras de toque de nosso Direito Administrativo: o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Princípio da Indisponibilidade, pela Administração, dos Interesses Públicos. São estes princípios que norteiam o Direito Administrativo na atualidade. São estes princípios que conferem unidade lógica a todo o arcabouço legal da Administração Pública. O mestre entende por princípio:

O “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”⁶

O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado exige do intérprete da lei atenção constante à prevalência do interesse da coletividade sobre os interesses *estritamente* particulares⁷.

A exegese das leis brasileiras deve ser pautada pela ideia de que uma ordem social estável depende do respeito às decisões coletivas. Pode-se dizer, *grosso modo*, que a o interesse público primário rege a Administração Pública, desde que estejamos cientes de que a “lei da maioria” é aquela expressa na Constituição da República, na lei em conformidade com a Carta Magna, não é a vontade passageira da maioria da população sobre o caso concreto.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ªed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.56.

⁷ A expressão *estritamente* aqui empregada decorre de certo preciosismo terminológico. Todos os particulares tem interesse no respeito pela coletividade das suas vontades, logo é de interesse público o respeito aos interesses particulares. Procuramos evitar ambiguidades com a palavra *estritamente*. Nunca um interesse *estritamente* particular prevalecerá sobre um interesse coletivo.

As perguntas a serem feitas devem ser: qual a interpretação dos dispositivos normativos que melhor se amolda aos valores esculpidos em nossa Carta Magna? Determinado dispositivo legal ou infralegal está em harmonia com o interesse da coletividade, isto é, com o interesse de todos os administrados, ou está de acordo com os desejos de um particular ou de um pequeno círculo de pessoas?

O Princípio da Indisponibilidade, pela Administração, dos Interesses Públicos, por sua vez, determina que *“na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição do administrador”*⁸. A lei válida expressa o interesse público. O administrador público deve gerir os bens públicos em conformidade com a lei, não segundo suas convicções pessoais de certo ou errado, muito menos de acordo com o que julga conveniente para si próprio.

Gostaríamos de adotar uma definição própria de “Administração Pública” em sentido material para esclarecer o desígnio do presente trabalho, qual sejam a importância e o papel da Advocacia Pública. Assumiremos que administrar é, na prática, definir prioridades. “Administração Pública” é a atividade de definir prioridades públicas por meio dos princípios e regras do ordenamento jurídico vigente.

2.2. DEFESA E REPRESENTAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO

Cláudio Grande Júnior, procurador do Estado de Goiânia e professor, afirma:

“Com a Constituição Federal de 1988, consolidou-se, no Brasil, a secessão da advocacia pública, atribuindo-se as funções de advocacia do Estado, de advocacia da sociedade e de advocacia dos necessitados a instituições distintas. Todas três têm status de função essencial à Justiça, sendo a primeira desempenhada pelo Ministério Público, a segunda pela Advocacia Pública em sentido estrito e a última pela Defensoria Pública.”

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ªed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.77.

Em seu título IV (“Da Organização dos Poderes”), capítulo IV (“Das Funções Essenciais à Justiça”), seção II, nossa Carta Magna de 1988 inovou a história jurídica brasileira com uma regulação constitucional específica do instituto da Advocacia-Geral da União⁹. Em 1998, a referida seção II sofreu alterações por obra da EC nº19. Não apenas o título da seção foi alterado (de “Da Advocacia-Geral da União” para “Da advocacia Pública”), mas também a redação do artigo 132: alterou-se a ordem das disposições do *caput* do artigo 132 com o incremento de disposição relativa à participação da OAB em concursos públicos, suprimiu-se remissão ao artigo 135 – também alterado pela EC nº19 – do texto constitucional e acrescentou-se um parágrafo único ao artigo 132 referente à obtenção pelos procuradores dos Estados e do Distrito Federal de estabilidade.

Nas palavras de Bruno Colodetti e Claudio Penedo Madureira:

*“[...] a Advocacia Pública vem ganhando corpo, deixando de ser um simples ‘escritório’ de advogados voltados à defesa de todo e qualquer interesse dos Entes Políticos e de seus órgãos administrativos, para alçar a condição superior de instituição curadora da ‘legalidade do agir público’ e da ‘indisponibilidade do interesse público’”*¹⁰

Pois bem, a Advocacia Pública é concebida dentro de nossa Carta Magna como essencial à “Justiça”. Ancorados em outros dispositivos constitucionais (*v.g.*, artigos 106, *caput*, 111, *caput* e 125, *caput*), compreendemos a expressão “Justiça” como designativa dos órgãos Poder Judiciário e da função jurisdicional do Estado. O advogado público é aquele, portanto, que precipuamente assessora o ente público em juízo, isto é, dentro de processo judicial. Sua essencialidade à Justiça decorre, reconheça-se, do fato de cotidianamente os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do artigo 18 da CRFB) serem demandados em juízo.

Confiram-se, por exemplo, as ações individuais solicitando do Poder Público remédios e serviços de saúde não previstos nas normas administrativas

⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988: Artigos 92 a 144*. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 3337.

¹⁰ Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 103, *A autonomia funcional da advocacia pública como resultado de sua importância para a aplicação legítima do direito no Estado Democrático Constitucional brasileiro* set. 2009.

do Sistema Único de Saúde (SUS) - CRFB, art. 198, §1º - com fundamento no artigo 196 da Lei das Leis.

O caso do Rio Grande do Sul é paradigmático: *“Com 113 mil processos em tramitação, o Rio Grande do Sul desponta como campeão nacional das ações judiciais no campo da saúde. O número é do último levantamento do Conselho Nacional de Justiça, realizado em 2011”*.¹¹

O advogado público, tendo em vista a solução e a prevenção de querelas judiciais e administrativas, atua judicial e extrajudicialmente ao lado da unidade federada que o abriga. Assessora-a, defende-a, preza pelo bom funcionamento do aparelho estatal e pela correta aplicação da lei, emite pareceres e dá conselhos. Controla prévia e posteriormente atos da Administração Pública.

Ora o advogado público representa judicialmente a Administração, ora auxilia-a com pareceres consultivos. A respeito da primeira hipótese do artigo 132 da Carta Magna (*representação judicial*), Cretella Júnior preleciona:

“Representação judicial é a prática, em juízo, de atos de outrem, o mandante, neste caso, os Estados ou Distrito Federal. O Distrito Federal e cada um dos Estados-membros da Federação são credenciados pela Constituição a indicar os respectivos Procuradores para que os representem, em juízo, na qualidade de autores, réus, assistentes, oponentes”.¹²

Quanto à segunda hipótese do artigo 132 de nossa Carta Política (*consultoria jurídica*), Cretella Júnior explica que a consultoria jurídica é uma função eminentemente administrativa que, em essência, significa o estudo de determinados assuntos e a emissão de opinião ou parecer.

“O Poder Executivo [...], diante de determinada tarefa, consulta o Procurador, que estuda o assunto, indicando, depois, em parecer fundamentado, qual a solução a ser tomada. A seguir, o Executivo,

¹¹ <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2013/11/com-113-mil-processos-rs-e-campeao-nacional-em-aco-es-judiciais-na-saude-4336052.html> - acesso em 25/03/2015 às 12h.

¹² CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988: Artigos 92 a 144*. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 3340.

*cuja função é de execução – ‘função ativa’ –, delibera e age, conforme a diretriz oferecida pela Procuradoria”.*¹³

Contudo, o advogado público não deve ser visto como o advogado do Poder Executivo. O interesse que deve ser protegido pelo advogado público é o coletivo.

Não raro, conforme se explanará mais profundamente no próximo capítulo, o advogado público vê-se forçado a contrariar os interesses de governantes. Daí o valor de sua autonomia. Novamente, valemo-nos de Bruno Colodetti e Claudio Penedo Madureira:

*[...] os Advogados Públicos atuam, dentro da estrutura administrativa, como substancial instrumento de controle da atividade dos gestores, na exata medida em que a eles (Procuradores) cumpre a defesa dos interesses superiores de Estado, quando se sabe que o compromisso primário dos gestores públicos é com a execução de políticas de Governo.”*¹⁴

Carlos Mário da Silva Velloso, antigo presidente do Supremo Tribunal Federal, ao discorrer sobre a função dos advogados públicos, nos ensina, por sua vez, que os advogados públicos têm o dever de sopesar interesses opostos e, sob o pálio da legalidade, optar pelos caminhos da moralidade administrativa e da impessoalidade. Vejamos as palavras do ministro pretérito:

“Os advogados públicos devem pautar sua atuação na observância, sobretudo, dos princípios da legalidade, da moralidade administrativa e da impessoalidade, sopesando e ponderando interesses contrapostos, apontando, sempre, eventuais ilícitudes perpetradas pelos administradores, interditando o possível cometimento de outras, seja em sua atuação judicial, seja em sua atuação consultiva.

[...]

A lei Maior preocupou-se em conferir aos integrantes da Advocacia Pública a prerrogativa de evitar a prática de eventuais ofensas à legalidade, mediante antecedente exame dos atos administrativos, resguardando o interesse público. Daí que o exame da legalidade dos atos administrativos, ou o controle jurídico preventivo da administração, há de ser realizado por servidores efetivos, estáveis,

¹³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988: Artigos 92 a 144*. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 3341.

¹⁴ Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 103, *A autonomia funcional da advocacia pública como resultado de sua importância para a aplicação legítima do direito no Estado Democrático Constitucional brasileiro* set. 2009.

*preparados, integrantes de corpo técnico especializado, admitidos por concurso público e organizados em carreira. Só assim pode o procurador dizer que atos do governador ou do secretário de Estado não se amoldam à lei, sem que, por isso, sintam-se amedrontados diante de eventuais represálias da autoridade contrariada, o que, evidentemente, não ocorre com ocupante de cargos sem tais garantias.*¹⁵

Assim, frente à essencialidade dos Procuradores na orientação jurídica dos entes federados que os abrigam, mostra-se injustificável a omissão dos Poderes Constituintes Originário e Derivado no que tange à atuação dos procuradores municipais ao, respectivamente, redigirem e alterarem, por meio da Emenda Constitucional Número 19, de 4 de junho de 1998, os artigos 131 e 132 da Constituição da República Federativa do Brasil.

O fato é que a existência de procuradoria municipal é essencial ao bom desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. Fazemos nossas as palavras de Reuder Cavalcante Motta, mestre em direitos coletivos e promotor de justiça:

*“Entre tantos brasis deste Brasil há, de fato, municípios muitos pequenos com população de menos de 5.000 habitantes, ou até menos de 3.000 habitantes. **Não se cogita aqui a possibilidade de que tais municípios não estivessem obrigados a criar seus órgãos de Advocacia Municipal.** Afinal, também são obrigados a criar seus cargos de prefeito, vereadores, Secretários municipais e chefes de controle interno, agentes de administração tributária, afinal todos eles previstos, explícita ou implicitamente, na Constituição Federal.*

[...]

*[...] talvez seja a plena compreensão do seu papel, importância e poder em favor do Estado Democrático de Direito é que tem levado a que alguns Prefeitos — aqueles descolados do interesse público — tenham se mantido inerte e resistente a criá-las. O momento é de ação eis que não faltam argumentos e instrumentos constitucionais e infralegais para a defesa da Advocacia Pública Municipal.”*¹⁶

¹⁵ RDA - Revista de Direito Administrativo Belo Horizonte, ano 2010, n. 255, set. / dez. 2010.

¹⁶ MOTTA, Reuder Cavalcante. *A (in)compreendida Advocacia Pública Municipal*. Fórum Municipal & Gestão das Cidades – FMGC, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 45-54, jan./fev. 2014.

3. A ATUAÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO

“São mensageiros e, ao mesmo tempo, soldados defensores das liberdades públicas e do patrimônio estatal. Lutam pelas garantias instituídas pela ordem jurídica, pautando as suas ações na valorização da dignidade humana e no fortalecimento da cidadania”¹⁷

Primeiramente, oportuno transcrever a Constituição da República, em seu artigo 132, o qual entendemos ser também é aplicado às Procuradorias Municipais¹⁸:

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A respeito do início da história da Advocacia Pública no Brasil, Cláudio Grande Júnior, explica que a Constituição de 1988 trouxe uma secessão da advocacia pública: a advocacia do Estado, a advocacia da sociedade e a advocacia dos necessitados¹⁹.

Dessa maneira, tendo-lhe sido atribuída à advocacia do Estado, o Advogado Público tem de estar preparado para atuar nas mais diversas áreas do Direito. Afinal, não só representa a pessoa jurídica em juízo, como também assessora juridicamente o ente público nas questões internas, inclusive dando pareceres em projetos de lei²⁰.

¹⁷ DELGADO, José Augusto. *Autonomia das Procuradorias dos Estados*. Revista de Direito Administrativo e Constitucional AeC Belo Horizonte, n. 27, ano 7 Janeiro/Março 2007 Disponível em :<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39758>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

¹⁸ Como explica o ilustríssimo administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, aplica-se o brocardo jurídico “ubi idem ratio idi eadem legis dispositivo” (onde existir a mesma razão, aí se aplicará a mesma regra) (MELLO, 2014, p. 447).

¹⁹ GRANDE JUNIOR, CLÁUDIO. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57285>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

²⁰ Apenas a título de exemplo e em razão de exercermos o cargo de Procurador do Município de Campinas, transcrevemos a Lei Orgânica Municipal, trazendo as atribuições da Procuradoria: “**Art. 85** - A Procuradoria Geral do Município tem como funções institucionais: **I** - representar judicial e extrajudicialmente o Município; **II** - exercer as funções de consultoria e assessoria jurídica do Executivo e da administração em geral; **III** - prestar assessoramento técnico-legislativo ao Prefeito Municipal; **IV** - promover a inscrição, manter o controle e efetuar a cobrança da dívida pública; **V** - propor ação civil pública, representando o Município; **VI** - exercer outras funções que lhe forem conferidas por lei”.

Quanto à questão da assessoria, o gestor público submeterá suas dúvidas jurídicas à Procuradoria do órgão, expondo-as de maneira clara e consistente, para que haja verificação dos ditames da ordem jurídica vigente.

No caso de requerimento feito pelo cidadão à Administração Pública, por exemplo, estando os autos devidamente instruídos e havendo controvérsia acerca do Direito que se aplicará, o Procurador emitirá parecer, buscando dar a melhor solução jurídica para o caso - aquela que coaduna a indisponibilidade do interesse público primário com os direitos e garantias individuais.

Igualmente, conforme melhor se verá abaixo, na medida em que elaboram as defesas e os pareceres, acabam por influenciar a execução de políticas públicas²¹, concretizando o Direito positivo.

3.1. ATUAÇÃO CONSULTIVA

O advogado público formula pareceres jurídicos nas mais diversas áreas relativas à atuação do ente que representam.

²¹ Michael Richard Reiner lembra muito bem a crescente importância da função da Procuradoria: “A regularização fundiária talvez seja o exemplo mais claro da atuação do Procurador em política pública permanente. Para a implementação do programa Minha Casa Minha Vida, por exemplo, a Caixa Econômica Federal recomenda expressamente a presença do Ministério Público da União e da Procuradoria Municipal, para que o projeto resultante tenha fé pública e garantia de eficiência, de forma a não ser fragilizado pela rotatividade dos titulares do Governo Municipal. Neste área, nós, Procuradores Municipais, promovemos com os demais órgãos municipais, a efetiva inclusão social. Isto porque não bastam obras de infraestrutura, mas também a segurança com o reconhecimento jurídico da posse das pessoas que são titulares de direitos, por intermédio dos instrumentos jurídicos existentes. Estas questões são atividades permanentes da administração pública. São tarefas de Estado e não de Governo, cabendo aos órgãos mais estáveis da Administração Pública, que representam as carreiras de Estado, a sua execução, garantindo a continuidade do projeto, independente de quem estará no Governo, sendo a segurança da própria população beneficiada. (...) Lançado um programa federal, imediatamente o gestor público é cobrado para implantá-lo no âmbito local. Isto exige dos gestores municipais e dos operadores do direito conexão com os acontecimentos e especialização, qualificação. Não é pequeno o número de reclamações de gestores municipais em função de executarem programas federais sem o devido repasse para dar conta da integridade do serviço. O orçamento da municipalidade é utilizado além do previamente estabelecido pois não pode deixar de prestar o serviço público na localidade. O papel do procurador é essencial para fazer com que as competências, responsabilidade e atribuições sejam respeitadas também em relação ao município, enquanto ente autônomo que é. Os advogados públicos são peças essenciais na participação das discussões e efetivação das ações necessárias” (REINER, Michael Richard. A constitucionalização da carreira do Procurador Municipal – Função Essencial e típica de Estado. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 12 n. 60, mar/abr. 2010).

O parecer jurídico do Advogado Público é espécie de ato pelo qual se aprecia o caso exposto de acordo com o ordenamento jurídico pátrio.

Primeiramente, não podemos deixar de apontar que a atuação consultiva deve ser imparcial.

A Advocacia Pública tem o dever de atuar em defesa da justiça, e não da pessoa jurídica de Direito Público, quando sua atuação revelar-se irrazoável ou violar direitos e garantias dos cidadãos.

Concordamos plenamente com a perfeita lição do doutor Márcio Cammarosano quando esclarece que o parecerista deve atuar com imparcialidade:

O parecerista não atua propriamente como parte interessada nesta ou naquela solução, como faz o advogado que postula em juízo. O parecerista deve atuar, tanto quanto possível, comprometido apenas com a verdade, interpretando o direito, de acordo com suas convicções, sim, mas adotando a postura própria dos magistrados, sem qualquer interesse em pender, indevidamente, para este ou aquele lado, para a satisfação deste ou daquele interesse.²²

Suponha-se, por exemplo, a servidor público foi solicitado laborar, dentro da legislação do ente, em jornada extraordinária. Após, por motivos escusos, o valor correspondente a esta jornada não lhe foi pago. O servidor peticionará à Entidade a que pertence para que lhe pague o devido, instaurando processo administrativo, o qual será remetido para parecer jurídico. Neste parecer, o Procurador não deve defender a Administração Pública, pois esta incidiria no instituto do enriquecimento sem causa²³. Ao contrário, deverá fazer cumprir a legislação,

²² CAMAROSSANO, Márcio. Da responsabilidade de autoridades governamentais por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes. Doutrina/parecer/comentários. Zênite, 1997.

²³ A respeito do enriquecimento sem causa por parte da Administração Pública, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece: “De todo modo, como se vê, por um ou por outro fundamento, o certo é que não se pode admitir que a Administração se locuplete à custa alheia e, segundo no parece, o enriquecimento sem causa – que é um princípio geral do Direito – supedaneia, em casos que tais, o direito do particular indenizar-se pela atividade que proveitosamente dispensou em prol da Administração, ainda que a relação jurídica se haja travado irregularmente ou mesmo ao arrepio de qualquer formalidade, desde que o Poder Público haja assentido nela, ainda que de forma implícita ou tácita, inclusive a ser depreendida do mero fato de havê-la boamente incorporado em seu proveito, salvo se a relação irrompe de atos de inquestionável má-fé, reconhecível no comportamento das partes ou mesmo simplesmente

opinando pelo pagamento do valor devido, inclusive, para evitar condenação judicial, a qual imporá mais ônus ao Poder Público (despesas judiciais e honorários sucumbenciais).

Ademais, é preciso ressaltar que o parecer elaborado pelo Procurador possui cunho estritamente jurídico, ou seja, refoge, por óbvio, à sua atribuição analisar elementos de caráter técnico, bem como critérios de conveniência e oportunidade administrativa, estes últimos cabíveis àqueles eleitos pelo povo.

Todavia, é dever do Procurador Municipal alertar pela necessidade de motivação por escrito de todas as decisões tomadas pelo Administrador Público. Este alerta não configura invasão da esfera de discricionariedade.

Imagine, por exemplo, que a Administração Pública deseja contratar o serviço de um artista renomado, nos termos o artigo 25, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93. Por se tratar de contratação direta, haverá necessidade de exame por Procurador, nos termos da mesma lei:

art. 38. (...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração

Como o artigo 26, inciso II, da Lei Geral de Licitações, exige a “justificativa preço”, deverá ser exposto por escrito nos autos que a remuneração do artista segue os parâmetros de mercado.

Desta feita, embora conste relação de preços anteriores praticados pelo artista nos autos do processo, caso o Procurador do Ente depreenda-se com um preço menor anteriormente cobrado, é seu dever precaver o Administrador de que os requisitos da contratação direta devem estar perfeitamente preenchidos. Ou seja, de que será preciso constar a justificativa da discrepância entre o preço

do empobrecido. (...)”(MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Princípio do Enriquecimento Sem Causa em Direito Administrativo. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 5, fev/mar/abr de 2006. Disponível na internet: <www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 10/12/2013, às 15 horas).

cobrado e o preço encontrado pelo Procurador.

Neste caso, o Procurador não está ingressando em seara técnica, pois somente alertará pela necessidade de motivação do ato que concordou com o preço cobrado pelo artista. É dever do Procurador proteger o erário e os interesses da sociedade.

Neste sentido, muito elucidadora é a lição de Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti:

A Lei Geral das Licitações e Contratações obriga que a assessoria jurídica da Administração ,examine e aprove as minutas de edital e de contratação direta. Não lhe é permitido imiscuir-se na escolha do objeto, adentrando no campo da oportunidade e da conveniência do gestor. Se este pretende adquirir automóveis, não compete à assessoria jurídica manifestar-se no sentido de que a aquisição deva ser de motocicletas; se pretende contratar serviços de vigilância, não cabe à assessoria jurídica decidir que melhor seria a contratação de recepcionistas.

Tem o gestor público a discricionariedade de optar pela contratação do objeto que melhor atenda ao interesse público, não podendo a assessoria jurídica adentrar no mérito dessa escolha. O prolator de uma manifestação jurídica não se transforma num gestor público.

Todavia, é dever da assessoria jurídica pronunciar-se quando verifica que o objeto da licitação ou da contratação direta afronta princípios administrativos, passando a orientar o gestor público para que não prossiga no seu intento, de forma motivada.²⁴

Não só o Procurador observa os autos do processo administrativo como um Advogado, mas como cidadão.

Desta feita, é dever funcional do Procurador o zelo pelo respeito ao princípio da motivação dos atos administrativos, de forma, inclusive, a propiciar melhor controle da finalidade de tais atos. Em outras palavras, o parecer jurídico alertará pela necessidade de justificativa pelo Administrador de seus atos.

Apenas para que se possa entender melhor, o princípio da motivação *“implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-*

²⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Responsabilidade da assessoria jurídica no processo administrativo das licitações e contratações. *Fórum de Contratação e Gestão Pública –FCGP*, Belo Horizonte , ano 1 0 , n . 114, jun. 2011 . Disponível em : <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73567>>. Acesso em: 7 jan. 2014.

lhes os fundamentos de direito e de fato”²⁵.

A doutora Lúcia Valle Figueiredo explana a origem constitucional do princípio da motivação. Confira-se:

“Aduz-se, como reforço, que a necessidade de motivação é expressa no texto constitucional. É o que se colhe do art. 93, inciso X, que obriga sejam as decisões administrativas do Judiciário motivadas. Ora, se quando o Judiciário exerce função atípica – a administrativa – deve motivar, como conceber esteja o administrador desobrigado da mesma conduta? [...]

A motivação atende às duas faces do *due process of law*: a formal – porque está expressa no texto constitucional básico; e a substancial – sem a motivação não há possibilidade de aferição da legalidade ou ilegalidade, da justiça ou da injustiça de uma decisão administrativa”²⁶

Assim, o princípio da motivação deverá estar perfeitamente exposto nos autos do processo administrativo, inclusive para que o Procurador possa afirmar com segurança qual medida jurídica poderá ser tomada pelo Ente Público.

Aqui, mais uma vez, valioso é o ensinamento de Jessé Torres e Marinês Dotti:

Não raro, gestores públicos encaminham processos licitatórios, de contratação direta, ou consultas às assessorias jurídicas, desprovidas dos elementos necessários ao exame jurídico, ou com dados genéricos ou superficiais, no intuito de obterem pareceres favoráveis às suas “verdadeiras” pretensões, nem sempre aparentes aos olhos de quem deve analisar juridicamente o assunto. A assessoria jurídica deve precaver-se a esse respeito, solicitando da Administração os necessários elementos à formulação da manifestação jurídica, evitando basear-se em presunções ou suposições.

Mesmo sem poder adentrar no campo da conveniência e oportunidade do gestor público, quanto à escolha do objeto que melhor atenda ao interesse público, compete à assessoria jurídica orientá-lo na condução de uma licitação ou contratação direta em sintonia com os princípios e normas de regência.²⁷

Vista esta questão, resta-nos responder à pergunta: o parecer

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, Curso de Direito Administrativo, 28^o Ed., Malheiros, p. 112.

²⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo, 7^a Ed., Malheiros, p. 53.

²⁷ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Responsabilidade da assessoria jurídica no processo administrativo das licitações e contratações. *Fórum de Contratação e Gestão Pública –FCGP*, B e l o H o r i z o n t e , a n o 1 0 , n . 1 1 4 , j u n . 2 0 1 1 . Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73567>>. Acesso em: 7 jan. 2014.

do Advogado Público vincula o Administrador? A classificação é importante por duas razões. A primeira é que se verificará se o Administrador pode ou não discordar o parecer e como o fará. A segunda, é que o Supremo Tribunal Federal²⁸ diferenciou-os (assim como a doutrina, a exemplo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro) segundo o grau de influência na decisão do gestor para determinar a responsabilidade do parecerista, conforme se verá no item 4.4. deste trabalho.

Assim, o parecer pode ser facultativo, obrigatório ou vinculante.

Parecer facultativo é o solicitado pelo Administrador Público sem que haja obrigação legal em fazê-lo, não sendo vinculante. Porém, caso seja utilizado como fundamento da decisão passa a integrá-la. Configuram a maioria dos casos, servem para que o gestor peça esclarecimento acerca de dúvida da rotina da Administração ou requerimento de administrado.

Parecer obrigatório é aquele exigido pela lei como pressuposto para a prática do ato, não possuindo necessariamente caráter vinculante. Deverá ser solicitado pela autoridade, sob pena de invalidade do ato decisório.

Parecer vinculante é o obrigatório pela lei, sendo dever acatar a sua conclusão²⁹.

Em geral, os pareceres são facultativos e, portanto, não vinculantes. O Administrador pode deles discordar, contanto que motivadamente.

É justamente o que prevê a Lei do Processo Administrativo Federal - diga-se de passagem, aplicada subsidiariamente a Estados e Municípios, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

²⁸ Mandado de Segurança n.º 24.631/DF.

²⁹ Odete Medauar enquadra os pareceres vinculantes dentro do controle interno da Administração Pública: "Aparecem nos casos em que a norma exige consulta prévia a órgão jurídico ou técnico, cujo parecer deve nortear obrigatoriamente a decisão a ser tomada – nesse caso, a autoridade somente poderá decidir no sentido do parecer, restando-lhe a alternativa de não editar o ato. Além da função consultiva, o órgão que emite o parecer vinculante exerce função de controle preventivo" MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 13. ed. Rev e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 397.

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
[...]VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

Em face deste dispositivo, há doutrina, minoritária, no sentido de que não haveria falar-se em vinculação da decisão ao parecer. Todavia, entendemos que a lei pode prever a vinculação do ato, e, em atendimento ao princípio da legalidade, o parecer deverá ser obedecido.

Tanto é assim que a própria Lei do Processo Administrativo Federal faz previsão da existência de parecer vinculante em seu artigo 42 e parágrafos:

Art. 42. Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo.

§ 1º Se um parecer obrigatório e vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.

§ 2º Se um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento.

A doutrina diverge, também, a respeito da natureza jurídica vinculativa ou não do parecer de aprovação dos editais de licitação, a teor do art. 38 da Lei n.º 8.666/93.

Jessé Torres Pereira e Marinês Dotti entendem que, embora obrigatório, não se trata de parecer vinculativo, já que o gestor poderia discordar, desde que fundamentado o ato:

A manifestação produzida pela assessoria jurídica, na forma estatuída pelo parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93, é obrigatória, mas não vinculativa para o gestor público, que pode dela discordar, desde que apresente as razões de fato e de direito que lhes dê sustentação. Não há como se produzir orientação jurídica condicionada ao seu cumprimento quando tal orientação não é vinculativa, ou seja, quando seu cumprimento não é impositivo.³⁰

³⁰ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Responsabilidade da assessoria jurídica no processo administrativo das licitações e contratações. *Fórum de Contratação e Gestão*

Concordamos, todavia, com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, segunda a qual, no caso do dispositivo acima citado, a aprovação “íntegra o próprio procedimento e equivale a um ato de controle de legalidade e não de mérito” (DI PIETRO, 2011, p. 234), logo, o parecer é vinculante. Em outras palavras, caso o Procurador não aprove o edital, este não poderá ser utilizado.

No caso de Pareceres facultativos, ou seja, quando a Administração Pública não está obrigada a consultar seu corpo de Procuradores, o parecer não é vinculante, embora, como se disse, o Administrador Público deva motivar suas decisões por escrito.

Por fim, entendemos importante ressaltar que, muitas vezes, o Advogado Público recebe consultas a respeito de problemas sem aparente solução, já que ausente qualquer legislação a respeito. Deste modo, também é possível que sugira, em seu parecer, que o Chefe do Executivo regulamente o caso, através de Decreto ou encaminhando projeto de lei ao Legislativo.

3.2. DEFESA JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

Com a modernização do processo eletrônico e a crescente expansão do acesso ao Poder Judiciário, tem havido grande aumento do número de ações ajuizadas contra o Poder Público.

Entre as atribuições do Advogado Público, destacamos as mais relevantes, entre elas, atuar, como representante do ente público em demandas judiciais nas áreas de desapropriação, cível, trabalhista³¹, tributário e execução fiscal,

Pública –FCGP, Belo Horizonte, a n o 1 0 , n . 1 1 4 , j u n . 2 0 1 1 . D i s p o n í v e l e m : <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73567>>. Acesso em: 7 jan. 2014.

³¹ Tem aumentado a litigiosidade judicial na seara trabalhista nos últimos anos. Em 2013, nada menos do que quatro milhões de ações novas ingressaram na Justiça do Trabalho, por consequência, aumenta o labor dos procuradores: “*Tramitaram na Justiça do Trabalho 7,9 milhões de processos, sendo que, dentre eles, cerca da metade (3,9 milhões) já estavam pendentes desde o início de 2013, com ingresso no decorrer do ano de mais 4 milhões de casos novos.*” (Justiça em números 2014: ano-base 2013/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2014. p. 146).

atuar em processos em trâmite perante os Tribunais de Contas, dentre outras atribuições, por exemplo, subscrever escritura pública de alienação de bem imóvel.

Primeiramente, é preciso ressaltar que a Lei é que determina a representação da Entidade Pública pelo Procurador.

O Código de Processo Civil de 1973 em seu artigo 12 dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios serão representados em juízo, ativa e passivamente, por seus procuradores. Assim, não há que se falar em apresentação da procuração nos autos.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal decidiu que os advogados públicos não precisam comprovar em processos judiciais que são procuradores de determinada unidade da Federação (Recurso Extraordinário nº 192.5331). O Relator do referido Recurso Extraordinário, Ministro Marco Aurélio, preleciona:

"O princípio da razoabilidade, a direcionar no sentido da presunção do que normalmente ocorre, afasta a exigência, como ônus processual, da prova da qualidade de Procuradores do Estado por quem assim se apresenta e subscreve ato processual. O mandato é legal e decorre do disposto nos artigos 12 e 132, respectivamente, do Código de Processo Civil e da Constituição Federal" (STF _ 2ª Turma, RE n. 192.5331 (São Paulo), Rel. Min. Marco Aurélio).

No mesmo sentido, é a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. PROCURADOR DA UNIÃO, ESTADOS, MUNICÍPIOS E DISTRITO FEDERAL, SUAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS. JUNTADA DE INSTRUMENTO DE MANDATO (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 52 da SBDI-I e inserção do item II à redação) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - A União, Estados, Municípios e Distrito Federal, suas autarquias e fundações públicas, quando representadas em juízo, ativa e passivamente, por seus procuradores, estão dispensadas da juntada de instrumento de mandato e de comprovação do ato de nomeação.

II - Para os efeitos do item anterior, é essencial que o signatário ao menos declare-se exercente do cargo de procurador, não bastando a indicação do número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil. (Brasil, Tribunal Superior do Trabalho, Súmula 436)

Decisões do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também já reconhecem que não é prático, nem razoável, exigir dos advogados públicos prova da delegação de poderes. Em acórdão que julgou o Recurso Especial n.º 401.390, o ministro Humberto Gomes de Barros afirma que os advogados públicos, no dizer de pontes de Miranda, não “representam” pessoa jurídica estatal, mas sim a “presentam”.

Neste sentido, o ministro Humberto Gomes de Barros argumenta que a exigência do artigo 521, I, do Código de Processo Civil de 1973 carece de alcance prático quando Procurador de Estado encontra-se na posição de agravante ou agravado. A exigência de cópia de “procurações outorgadas aos Advogados” para instrução de agravo de instrumento não seria, assim, extensível aos Procuradores de Estado.

Quanto à defesa extrajudicial, os Procuradores atuam junto aos Tribunais de Contas, inclusive, elaborando recursos e defendendo os atos de fiscalização no caso de repasse para entidade do terceiro setor.

No tocante à produção de peças jurídicas, a atuação dos Advogados Públicos é tão extensa quanto são variadas as espécies legais de petições e recursos judiciais.

3.3. CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO

A Administração Pública sujeita-se a controle interno, ou seja, “o controle exercido por órgãos da própria Administração, isto é, integrantes do aparelho do Poder Executivo”³².

A Advocacia Pública faz parte deste controle interno. Explica-se.

Na medida em que defende os interesses públicos primários, à Advocacia Pública incumbe, também, o controle prévio de regularidade dos atos

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 2011, p. 945.

administrativos, observando se o gestor público está mantendo seu compromisso com a execução das políticas a que se comprometeu quando de sua eleição pela sociedade.

Conforme esclarecem Bruno Colodetti e Cláudio Penedo Madureira, a advocacia pública não é um simples “escritório” de advogados que defendem qualquer interesse dos Entes Públicos, mas sim são curadores da indisponibilidade do interesse público³³.

Desde modo, a Procuradoria possui o que o renomado jurista Diogo de Figueiredo Moreira Neto denomina de “autonomia de impulso”:

“Ele [o princípio da autonomia de impulso] preside e orienta o poder-dever desses órgãos [procuraturas constitucionais], de tomar todas as iniciativas que lhes são abertas pelas Constituição Federal, pelas Constituições Estaduais e pelas leis, para o velamento e a defesa dos interesses que lhes foram confiados. Em termos gerais, cabe-lhes zelar pela juridicidade, desenvolvendo seu controle institucional de provedoria através de atividades consultivas, inclusive *ex officio* pela fiscalização, e de atividades postulatorias, tudo conforme os âmbitos de competência funcional e territorial próprios a cada uma delas”³⁴

Desta feita, em razão de os Advogados Públicos realizarem o exame antecedente dos atos administrativos, possuem papel fundamental no combate à corrupção, podendo, inclusive, ajuizar, como representantes do Ente Estatal, as ações de improbidade administrativa e de ressarcimento.

Por outras palavras, os Procuradores, por serem servidores públicos estáveis e preparados, especializados, serão o chamado “controle interno” da Administração.

Isto porque, ao contrário do que pode acontecer a um servidor ocupante de cargo demissível “ad nutum”, será mais difícil pressionar um Procurador.

³³ Colodetti, Bruno; Madureira, Claudio Penedo. A autonomia funcional da advocacia pública como resultado de sua importância para a aplicação legítima do direito no Estado Democrático Constitucional brasileiro. Fórum Administrativo - FA. Belo Horizonte, ano 9, n. 103, set. 2009.

³⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *R. Dir. Proc. Geral*, Rio de Janeiro, (45) 1992.

Primeiramente, em razão de gozar de estabilidade no cargo. Outro motivo é que, teoricamente, prestou concorrido concurso público, tendo mais conhecimento do Direito posto. Por fim, ingressou nos quadros do serviço público de maneira isenta, ou seja, sem conexões políticas.³⁵

Não podemos deixar de mencionar que o princípio da moralidade ampliou os deveres do Procurador, na medida em que não pode deixar de observar em seu parecer se o ato administrativo analisado, além de lícito, obedece a padrões éticos.

A doutrina do ilustre José Afonso da Silva ampara este entendimento. Entende o doutrinador que “à Advocacia Pública incumbe igualmente e veementemente a defesa da moralidade pública, que se tornou num valor autônomo constitucionalmente garantido”³⁶.

O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu que o princípio da moralidade independe de lei formal, decorrendo diretamente da Constituição (Cf. Comentários do STF à Súmula Vinculante nº 13).

Inclusive, Gustavo Scatolino e João Trindade entendem que a moralidade administrativa é pressuposto de validade do ato administrativo (ABNT). Melhor explicando, não é suficiente que o ato seja praticado de acordo com a lei, é preciso que obedeça à moralidade³⁷.

35 Neste sentido, interessante argumentação de Carlos Mário da Silva Velloso: “Daí que o exame da legalidade dos atos administrativos, ou o controle jurídico preventivo da administração, há de ser realizado por servidores efetivos, estáveis, preparados, integrantes de corpo técnico especializado, admitidos por concurso público e organizados em carreira. Só assim pode o procurador dizer que atos do governador ou do secretário de Estado não se amoldam à lei, sem que, por isso, sinta-se amedrontado diante de eventuais represálias da autoridade contrariada, o que, evidentemente, não ocorre com ocupante de cargos sem tais garantias.” (VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Constitucional. Procurador municipal. Funções essenciais à Justiça. Teto de remuneração dos procuradores municipais: art. 37, inciso XI, da constituição: exegese. *Advocacia publica* 2)

³⁶ SILVA, José Afonso da. *A Advocacia Pública e Estado Democrático de Direito*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 230: 281-289, out./dez. 2002.

³⁷ Assim, os autores dão o seguinte exemplo: um prefeito que dispõe de verba pública e decide com ela fazer uma licitação para compra de carros novos para ele e os secretários usufruírem, ao invés de utilizar o dinheiro para compra de ambulâncias para o município, o que era mais essencial naquele momento, pratica ato ilegítimo. Nesse caso, apesar de atuar dentro dos limites da lei, não observou o princípio da moralidade. (Manual de Direito Administrativo, 2ª edição, 2014, Editora Jus Podvm, p. 62)

Assim, mais do que claro: em razão de a Procuradoria realizar o controle preventivo jurídico do ato administrativo, é dever emitir parecer que aponte vício ao princípio da moralidade administrativa.

Suponha-se, por exemplo, que o Ente Público foi condenado em demanda judicial a fornecer medicamento ao autor da ação, sem que o juízo tenha apontado a marca do remédio em sentença.

Imagine-se que seja instaurado procedimento licitatório com fulcro no artigo 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93, para aquisição da medicação. Os autos, obrigatoriamente (art. 38, parágrafo único, da Lei de Licitações), deverão ser remetidos para parecer jurídico.

O parecer deverá apontar a necessidade de esclarecimento nos autos da razão pela qual se pretende adquirir insumos de determinada marca, e não medicamento similar de mesmo princípio ativo. Caso seja possível o cotejamento de preços, o parecer deverá revelar a ilegalidade da contratação direta, devendo ser instaurado o processo licitatório adequado à aquisição.

Ainda, apenas para complementar, imagine-se que a Administração pretenda alugar um imóvel utilizando-se da possibilidade aberta pelo artigo 24, inciso X, da Lei de Licitações. O parecer jurídico esclarecerá que é preciso demonstrar por escrito nos autos que o imóvel é o único que atende aos interesses da Administração no caso específico, tornando o bem singular³⁸.

O Procurador comprometido com a defesa da coisa pública – dever institucional do cargo, contribuirá para que as políticas públicas sejam estabelecidas e adimplidas de acordo com o ordenamento pátrio. Em outras palavras, deverá refletir sobre o melhor caminho a ser seguidos para que a política pública seja executada, analisando o ato sob o ponto de vista da legalidade e moralidade.

³⁸ O advogado público poderá solicitar à autoridade que junte aos autos elementos que comprovem suas alegações.

Portanto, a atuação incisiva do Advogado Público é exigência institucional, é uma prerrogativa e, ao mesmo tempo, um dever para com a sociedade que lhe remunera. Como todo o servidor público, o Advogado Público deverá servir ao público.

4. DA NECESSÁRIA AUTONOMIA DA ADVOCACIA PÚBLICA

Conforme se observou acima, o Advogado Público exerce papel fundamental na defesa dos interesses da sociedade.

Ao revés do que se supõe o Procurador não deve defender cega e irrestritamente a pessoa jurídica, em juízo ou fora dele. A defesa da Fazenda Pública não poderá prevalecer a todo custo. Isto porque, a Administração Pública não é uma empresa: os interesses públicos secundários deverão estar de acordo com os interesses públicos primários³⁹.

A função do Estado é justamente a de alcançar o interesse público⁴⁰, tornando melhor a vida de seus cidadãos. Não lhe cabe perseguir o lucro, mas sim a melhor forma de atender à sociedade⁴¹. Logo, como representantes do Ente Público, é por este objetivo que os Advogados Públicos devem lutar.

Ou seja: tendo em vista que à Administração Pública incumbe, de forma geral, a persecução do melhor interesse da coletividade, é esta a missão precípua do Procurador Público⁴².

³⁹ Ao Poder Público representa todos os cidadãos. Todavia, é cometido ao Estado, pessoa jurídica, para que seja possível perseguir os fins públicos. Dessa maneira, a doutrina divide o interesse público em primário e secundário. O interesse público primário consiste no interesse da coletividade, isto é, conforme explica Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 66), “consiste no plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade”. Já o denominado interesse público secundário é aquele da entidade pública enquanto pessoa jurídica, o qual somente poderá ser buscado se condizente com o interesse primário, da sociedade.

⁴⁰ Perfeita é a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem” (MELLO, Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 62).

⁴¹ Igualmente, não se pode deixar de citar o douto Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Seja qual for o conceito que se adote de Estado, não será possível omitir-se a sua característica essencial de sede e detentor de um poder institucionalizado, capaz de se impor sobre toda uma sociedade: é o Poder Público. Ora, o Poder Público é cometido ao Estado para que, assim concentrado e institucionalizado, lhe seja possível prosseguir os fins para os quais se criou: a satisfação dos interesses da sociedade” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (45) 1992).

⁴² Michael Richard Reiner esclarece a diferença entre as atribuições do Procurador concursado e o assessor jurídico, “A assessoria de confiança do administrador poderá ser nomeada como cargo em comissão, desde que a exercer (SIC) uma função exatamente de assessoria do Prefeito, sendo o Procurador efetivo responsável pelas políticas de Estado, pela consultoria e representação judicial do Município” (REINER, Michael Richard. A constitucionalização da carreira do Procurador Municipal – Função essencial e típica de Estado. Interesse público – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, mar/abr 2010).

Assim, o Procurador acautelará o Administrador Público para que tome medidas legais e de acordo com os princípios do Direito, evitando prejuízo ao serviço público e ao erário, além de defender o Ente Público em juízo, impedindo a dilapidação do patrimônio por condenações judiciais temerárias.

Contudo, para que a defesa dos interesses públicos possa ser exercida de forma plena, há necessidade do desenvolvimento da autonomia da Advocacia Pública, em diversos âmbitos. O fortalecimento da advocacia pública garante que o Administrador não tome decisões ilegais - em dissonância com o interesse público primário - e permite a melhor defesa do erário em juízo.

Inclusive, conforme se verá, a Constituição da República traz expressamente a previsão da imunidade do advogado, aplicável aos Procuradores Jurídico, inscritos, inclusive, na Ordem dos Advogados do Brasil.

4.1. DA INDEPENDÊNCIA TÉCNICA MOTIVADA

Com efeito, o Procurador representa a Administração Pública, e não o Chefe do Executivo ou seu superior hierárquico direto. Deste modo, deve ser respeitada sua independência técnica, isto é, como primeiras linhas, sua liberdade de atuação, nos limites do ordenamento jurídico, de acordo com sua consciência.

Trata-se, na realidade, de garantia da sociedade, pois o Procurador não pode ficar sujeito às mudanças de governantes e aos interesses de governo, salvo se este coincidirem com a atuação estatal em prol da coletividade.

Infelizmente, a realidade desoladora é que muitas vezes os agentes políticos não respeitam a autonomia do Procurador, tentando adequar os posicionamentos jurídicos a interesses do governo ou, até mesmo, do governante.

Não está com isso a afirmar aqui que a Administração Pública não deve estar sujeita a decisões políticas. No entanto, tais decisões são de

competência dos agentes políticos, e não dos funcionários públicos, que têm compromisso com a técnica.

O Procurador tem o dever e a honrada missão de agir em prol dos verdadeiros detentores do poder – o povo (artigo 1º da CR/1988).

Em outras palavras, não é admissível que haja desrespeito à sua independência técnica, pressionando-os a adotar posicionamento a favor do governo e ao arrepio da lei⁴³.

A legislação pátria garante esta independência técnica. Não se pode esquecer que o Procurador Público, pelo ordenamento pátrio, exerce a advocacia. Assim o artigo 133 da Constituição da República de 1988⁴⁴, garante, nos termos da lei, a inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão.

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8906/94) traz, em seu artigo 18⁴⁵, a determinação de que a relação de emprego não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia.

O parágrafo primeiro do artigo 31⁴⁶ da mesma lei, outrossim, dispõe que o advogado deve manter independência em qualquer circunstância, bem como, o parágrafo segundo, dita que nenhum receio de desagradar magistrado ou autoridade deverá deter o advogado no exercício da profissão.

⁴³ Mais uma vez, Michael Richard Reiner bem leciona: “a independência e autonomia no trabalho desenvolvido pelos advogados públicos, assim como nas demais carreiras de Estado, como se vê, são fundamentais para que as políticas a serem implementadas o sejam com isenção e correção, pois legitimadas por profissionais com comprometimento técnico e orgânico, sem qualquer vinculação com compromissos político-partidários, mas sim com o serviço público, com políticas de Estado” (REINER, Michael Richard. A constitucionalização da carreira do Procurador Municipal – Função essencial e típica de Estado. Interesse público – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, mar/abr 2010)

⁴⁴ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

⁴⁵ Art. 18. A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia.

⁴⁶ Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia. § 1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.

Desta feita, a independência técnica diz respeito à possibilidade de o Procurador formar juízo próprio acerca de questões jurídicas e sua convicção ser respeitada, tanto em seus pareceres como no contencioso judicial.

No caso dos pareceres, a autonomia técnica caracteriza-se pelo respeito ao concluído pelo Procurador, sem que sofram ingerências indevidas em sua análise⁴⁷.

Já a independência técnica na seara do contencioso judicial tange à possibilidade de formar estratégia de atuação no processo e a disposição, sem autorização superior, do direito posto em juízo no caso de recursos para os Tribunais Superiores, quando isto for necessário ao atendimento de princípios mais caros à sociedade e à preservação do erário.

É necessário, todavia, apresentar contestação e apelação/recurso ordinário, já que o artigo 5º, inciso LV, da Constituição de 1988⁴⁸, dispõe que aos litigantes é assegurado o contraditório e ampla defesa, sendo que somente os Procuradores podem fazê-lo. Estas peças garantem o atendimento ao dispositivo, ao contrário dos recursos para os Tribunais superiores, que possuem, em linhas gerais, a finalidade de unificar jurisprudência.

É ao Procurador, o advogado concursado, que caberá identificar se determinada decisão é passível de recurso, sempre fundamentando sua decisão de não recorrer⁴⁹. Isto porque, muitas vezes, o recurso seria meramente protelatório, incidindo juros moratórios de modo a majorar a condenação.

⁴⁷ A Advocacia-Geral da União conseguiu a positivação desta assertiva, no Parecer n. GQ-24, aprovado pela Presidência da República, segundo o qual "(...) A positividade da disciplina específica dos servidores públicos, na condição de advogados, não lhes tolhe a isenção técnica ou independência da atuação profissional".

⁴⁸ "LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

⁴⁹ Neste sentido, Cláudio Cairo Gonçalves: "Adite-se, também que sem a expressa autonomia funcional, os Procuradores do Estado manter-se-ão obrigados a recorrer de matérias jurídicas em que os Estados se encontram rotineira e repetidamente vencidos, atulhando o Judiciário de todo o Brasil de uma quantidade infundável de processos, em que pese a patente necessidade de reduzir a litigiosidade, para que seja possível resolver conflitos de forma preventiva, evitando a sobrecarga de processos tramitando nos meios forenses".

Qual autonomia para as Procuradorias Gerais dos Estados? – Contributo para o fortalecimento do seu papel institucional e constitucional¹. *Fórum Administrativo FA* Belo Horizonte, n. 146, ano 13 Abril 2013

Também, no caso da Ação Popular, a Lei nº 4.717/1965 permite que o representante legal da pessoa jurídica (art. 6º, §3º⁵⁰) contestar, abster-se de contestar ou habilitar-se no polo passivo da ação. Como visto, o Procurador é o representante legal do Poder Público.

Com relação a diferenças de entendimentos entre os Procuradores no contencioso, o ideal é que sejam fixadas orientações técnicas, votadas pelos membros, para evitar posicionamentos contraditórios dentro dos processos judiciais.

Parte da doutrina, a exemplo de Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵¹, entende que a independência funcional seria um princípio das procuraturas constitucionais, todavia, entendemos que a melhor denominação é a independência técnica motivada. Isto porque, diferentemente do que ocorre com o Ministério Público (artigo 127, §1º, da CR/88), os Procuradores não podem deixar de perseguir os interesses públicos primários que a pessoa jurídica que representam possui competência para perseguir. Em outras palavras, a competência constitucionalmente determinada para a Entidade Pública dá tônica à atuação do Procurador.

Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=91082>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

⁵⁰ Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

§ 1º Se não houver benefício direto do ato lesivo, ou se for ele indeterminado ou desconhecido, a ação será proposta somente contra as outras pessoas indicadas neste artigo.

§ 2º No caso de que trata o inciso II, item "b", do art. 4º, quando o valor real do bem for inferior ao da avaliação, citar-se-ão como réus, além das pessoas públicas ou privadas e entidades referidas no art. 1º, apenas os responsáveis pela avaliação inexata e os beneficiários da mesma. § 3º A pessoas jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

⁵¹ "A independência funcional diz respeito à insujeição das procuradoras constitucionais a qualquer outro Poder do Estado em tudo o que tange ao exercício das funções essenciais à justiça. Mesmo o seu inter-relacionamento segue a própria fórmula de independência constitucional. Não obstante poderem atuar, em tese, em face a qualquer dos Poderes do Estado, não podem se sujeitar nem deles receberem influência quanto ao desempenho de suas funções. No que respeita ao Ministério Público, este princípio está explícito no artigo 127, parágrafo 1º, mas resulta claro da própria sistemática constitucional, que está implícito para as demais procuraturas. Quaisquer vinculações existentes com o Poder Executivo, no âmbito administrativo em que se inserem sem, contudo, o integrarem, não poderá interferir no exercício das atividades de seus órgãos, tão somente segundo sua consciência e sua orientação científica"(ABNT).

Conforme se discorrerá no item 4.4., todos os pareceres deverão ser tecnicamente motivados, bem como eventual decisão de não recorrer de sentença condenatória em juízo.

4.2. NECESSIDADE DE CONDIÇÕES ADEQUADAS DE TRABALHO

Um ambiente de trabalho bem equipado e organizado é essencial para a boa prestação do serviço público em geral. No caso da Advocacia Pública, o qualificativo “bom” refere-se à adequação do número de ações nos quais o Poder Público é parte à dimensão da equipe de procuradores que o representam, isto é, refere-se à adequação da grandiosidade de um ente federado à manutenção de um corpo técnico-jurídico que lhe suporte nas suas mais variadas atividades.

Todavia, não é apenas a quantidade de procuradores dentro de uma repartição pública que determina a qualidade do serviço jurídico prestado. Primeiramente, e conforme se verá, devem existir mecanismos institucionais para coibir pressões políticas sobre advogados públicos. Ademais, a equipe de procuradores de um determinado ente público deve ser bem qualificada. O ingresso nas carreiras deve se dar pelo critério do mérito. A remuneração deve ser justa e condizente com o serviço prestado. A infraestrutura do local de trabalho, por sua vez, deve ser digna da relevância da Advocacia Pública. Ainda, a chefia imediata de um grupo de advogados públicos não deve ser estranha à carreira. Negar a necessidade destes cuidados é tão lógico quanto “deixar uma raposa cuidar de um galinheiro”.

Notória é a pressão política que os advogados públicos sofrem diariamente. Próximos aos chefes dos Poderes Executivos, os procuradores enfrentam, na dinâmica do seu trabalho, problemas de ordem partidária e eleitoral. Tendo em vista a proteção do erário e o respeito às leis, a Advocacia Pública deve permanecer constantemente organizada e visível aos olhos dos contribuintes:

“[...] o resguardo do patrimônio público, em sentido amplo, contra toda sorte de investidas indevidas depende de uma Advocacia Pública forte

*e aparelhada, em todos os sentidos, para resistir aos ataques oriundos dos interesses mais diversificados.*⁵²

As lições de Diogo Figueiredo de Moreira Neto nos levam a afirmar que são três as condições mínimas para o desempenho funcional adequado de um procurador, seja municipal, seja estadual, seja da União: em primeiro lugar, o acesso ao cargo de advogado público deve se dar, em condições normais, por um sistema de mérito; em segundo lugar, os advogados públicos devem ser bem remunerados, não apenas por uma questão de proporcionalidade com o serviço prestado, mas também para atrair os melhores profissionais para a defesa dos interesses públicos; em terceiro lugar, é necessária a existência de infraestrutura administrativa adequada para o exercício da advocacia pública. Imprescindível é a existência de uma equipe de apoio heterogênea composta por técnicos, analistas e estagiários, assim como material de escritório de qualidade (mesas, cadeiras, computadores, impressoras e sistemas de refrigeração de qualidade).

Por motivos de ordem técnica e de comunicação, a chefia imediata dos procuradores não deve ser estranha à carreira dado que o procurador concursado possui, em tese, melhor capacidade técnica e experiência para coordenar os trabalhos.

Neste ponto, Gustavo Calmon Holliday explica:

*Diante de tal premissa, ou seja, de que os procuradores defendem o patrimônio da coletividade, inclusive promovendo a cobrança dos créditos da Fazenda Pública, não se pode conceber que o “Escritório de Advocacia dos cidadãos” **tenha um contingente insuficiente e que os seus profissionais sejam mal-remunerados, pois, inevitavelmente, o prejuízo será do próprio erário que arcará com as conseqüências deletérias de tal situação.** É óbvio que, com um número insuficiente de procuradores, a qualidade técnica do trabalho desenvolvido é comprometida, refletindo-se diretamente na reputação pessoal desses profissionais, cujo trabalho não pode ser realizado com a dedicação devida e tampouco poderão desculpar-se futuramente sob a alegação de excesso de serviço.*

⁵² CASTRO, Aldemario Araujo. Da privatividade do exercício das funções institucionais da Advocacia Geral da União por seus membros. Fórum Administrativo - FA. Belo Horizonte, ano 9, n. 96, fev. 2009.

É preciso adotar mecanismos, em nível constitucional, que impossibilitem aos administradores desvirtuar as finalidades dos órgãos públicos.⁵³

Por fim, é preciso salientar que a função consultiva dos advogados públicos requer tempo, reflexão e coleta de dados empíricos. Não é possível, muitas vezes, a análise rigorosa de autos e de questões jurídicas complexas num único dia e, muitas vezes, no ambiente caótico da repartição pública.

Alguns administradores públicos tem adotado irresponsavelmente a prática de solicitar pareceres técnicos aos procuradores e cobrá-los em exíguo intervalo de tempo sob as justificativas de “urgência” e “necessidade de solução imediata”. Semelhante atitude deve ser evitada a todo custo. Caso contrário, análises criteriosas e profundas dos atos administrativos restarão prejudicadas. Ademais, não é possível exigir controle de ponto⁵⁴, pois o trabalho, como dito, é intelectual, havendo necessidade de paz e silêncio para realizá-lo.

4.3. DA REMOÇÃO MOTIVADA

Infelizmente, muitos governantes entendem possível remover o procurador do local em que está atuando por este ter contrariado seus interesses, o que é intolerável à luz do Direito Pátrio.

Muitas vezes, após anos de atuação em determinada área do direito, o Procurador sofre retaliação com remoção ilegal e não motivada para outro setor, em claro desvio de finalidade.

Além do prejuízo à pessoa do Procurador, há lesão ao serviço público, pois, em razão de serem muitos campos de atuação na Procuradoria, aquele

⁵³ HOLLIDAY, Gustavo Calmon. A importância das Procuradorias de Estado como órgãos de Assessoramento Jurídico e a necessidade de sua autonomia. Revista da Procuradoria Geral do ES. Disponível em: < <http://www.apes.org.br/index.asp?p=EnsArt&mos=97> > em 02.02.2015 às 18 horas.

⁵⁴ Inclusive, há Súmula da Ordem dos Advogados do Brasil, nível federal, neste sentido: “Súmula 9 - O controle de ponto é incompatível com as atividades do Advogado Público, cuja atividade intelectual exige flexibilidade de horário.”

procura se especializar naquele em que se encontra lotado. Com a remoção, há a perda daquele, já especializado, na área.

Não se pode esquecer que o Procurador é servidor público. Maria Sylvia Zanella Di Pietro exemplifica: “se a lei permite a remoção *ex officio* do funcionário para atender a necessidade do serviço público, não pode ser utilizada para finalidade diversa, como a de punição”⁵⁵.

Dessa maneira, revela-se ilegal a remoção de Procurador de sua área de labor sem que haja justificativa razoável por escrito deste ato.

Deve-se ressaltar que a vedação da remoção imotivada não significa o mesmo que inamovibilidade, garantida pela Constituição de 1988 aos juízes e promotores, significa que o governante não poderá retirar o Procurador de sua área de atuação sem uma boa justificativa para tanto.

4.4. DA RESPONSABILIDADE: PRERROGATIVAS, NÃO PRIVILÉGIOS

“O exercício de funções preventivas (consultoria jurídica) e postulatórias (representação), que não apresentem um mínimo da necessária consistência técnica, inviabiliza o controle de juridicidade (moralidade, legitimidade e legalidade) e atenta contra os fundamentos constitucionais do Estado (de Justiça) Democrático de Direito”⁵⁶

Dessa maneira, como exposto, é fundamental para a função administrativa que os Advogados Públicos exponham sua convicção nos pareceres elaborados de maneira livre, vendo sempre assegurado seu direito em relação à integridade de seu pronunciamento.

A atuação deve ser livre de influências e afastado o temor de ser removido de sua área de atuação por não agradar superior hierárquico. É preciso

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2011, p. 212.

⁵⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (45) 1992.

assegurar condições de trabalho adequadas para garantir o trabalho intelectual saudável destes profissionais.

Estes instrumentos não podem ser enquadrados na categoria privilégios, como se fossem meras arbitrariedades para conceder poderes à Procuradoria.

O fato é que há muita responsabilidade no cargo de Procurador, além de curar o interesse da sociedade, este pode ser processado civil, administrativa e criminalmente, inclusive por improbidade administrativa.

Observe-se: a independência técnica não é total e irrestrita, pois pronunciamento da Procuradoria deverá ser sempre fundamentado e respaldado no ordenamento jurídico e nos princípios de Direito, sob pena de responsabilidade.

Como esclarecem Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto, o Procurador Público também deverá obedecer ao princípio da motivação:

Também não é suficiente a simples menção de que é (ou não) compatível com a legislação ou com normas de inferior hierarquia. É preciso enunciar os motivos (conjunto das razões de fato e de direito) do entendimento. A assessoria jurídica, assim como o gestor público, não pode esquivar-se da observância do princípio da motivação, certo que revisão gramatical não se confunde com análise jurídica, nem a substitui.⁵⁷

José Vicente Santos de Mendonça, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, igualmente, explicita os deveres dos Procuradores quando da elaboração de respostas de consultas:

É importante que os advogados consultivos ajam de modo criativo e viabilizante de políticas públicas legítimas (sendo que o juízo de legitimidade compete ao administrador ou ao legislador¹⁶), mas não ao ponto em que se vejam forçados a propor interpretações exóticas, e, para resguardo pessoal, adicionem expressões pseudo-exculpantes. Mais fiel ao interesse público será se o consultor

⁵⁷ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Responsabilidade da assessoria jurídica no processo administrativo das licitações e contratações. *Fórum de Contratação e Gestão Pública –FCGP*, Belo Horizonte, a n o 1 0 , n . 1 1 4 , jun. 2011. Disponível em :<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73567>>. Acesso em: 7 jan. 2014.

simplesmente disser ‘não’, ao invés de aceitar a extorsão de um amedrontado ‘sim’⁵⁸

Nesta toada, a imunidade do parecerista não é absoluta. Poderá ser punido extrajudicialmente, como advogado (artigo 32 da Lei nº 8906/94⁵⁹), pelo Tribunal de Contas, pela própria Administração Pública – por ser agente público, ou judicialmente, nas esferas cível e criminal.

Com relação à jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal possui três importantes decisões a respeito da responsabilização do parecerista.

Inicialmente, o STF considerou nos autos do Mandado de Segurança nº 24.073 que o parecer seria mera opinião jurídica, sendo inviável a responsabilização do parecerista, salvo nos casos de erro grave e inescusável ou má-fé.

Já nos Mandados de Segurança nºs 24.584-1/DF e 24.631, o Supremo modificou seu entendimento anterior. Decidiu que haveria possibilidade de responsabilização solidária entre o parecerista e o gestor quando fosse emitido parecer vinculante, caso da Lei de Licitações. Seguem a ementas:

ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos. (MS 24584 / DF - DISTRITO FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 09/08/2007)

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I.

⁵⁸ MENDONÇA, José Vicente Santos de. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Improbidade_Administrativa/Doutrina_Improbidade/A%20Responsabilidade%20Pessoal%20do%20Parecerista%20Publico%20em%20quatro%20standards.pdf > Acesso em 13.04.2015, às 20 horas.

⁵⁹ Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.” (MS 24631 / DF - DISTRITO FEDERAL, MANDADO DE SEGURANÇA, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento: 09/08/2007).

Desse modo, o procurador será responsabilizado no caso de pareceres vinculantes, pois estes podem ser causa direta de prejuízo ao erário, já que a decisão do Administrador Público não poderia ser dada de maneira contrária à manifestação jurídica. Se o parecer foi fundamental para o acontecimento da irregularidade, haverá responsabilização.

Por sua vez, o Tribunal de Contas da União entende, a exemplo da decisão proferida nos autos do TC 009.773/2001-4, que os procuradores jurídicos deverão ser responsabilizados nos casos de pareceres vinculantes⁶⁰. O fato de o Procurador não exercer função de Administrador de valores públicos não o excluiria do rol de agentes sob jurisdição dos Tribunais de Contas.

Já o Superior Tribunal de Justiça excepciona a responsabilidade do parecerista, apenas quando houver dolo ou culpa grave. Por exemplo:

⁶⁰ E, ainda: Acórdão nº 880/2003; Acórdão 1427/2003; Acórdão 462/2003.

ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR DA AÇÃO – DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO *PARQUET* COMO CUSTOS *LEGIS* – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE – RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO – POSSIBILIDADE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS NÃO PRESENTES NO CASO CONCRETO – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA – ATUAÇÃO DENTRO DAS PRERROGATIVAS FUNCIONAIS – SÚMULA 7/STJ.

3. É possível, em situações excepcionais, enquadrar o consultor jurídico ou o parecerista como sujeito passivo numa ação de improbidade administrativa. Para isso, é preciso que a peça opinativa seja apenas um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo. Em outras palavras, faz-se necessário, para que se configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.183.504 - DF (2010/0040776-5), Relator Ministro Humberto Martins, julgado em 18.05.2010)

Desta feita, as prerrogativas serão sempre acompanhadas de deveres, não podendo se falar em capricho ou privilégio da categoria, já que sempre caberá a responsabilização pessoal do Procurador que faltar com suas obrigações para com a sociedade e o Poder Público.

Imaginem-se quanta será a apreensão e o nervosismo para emitir parecer de aprovação de edital em uma licitação para contratar prestação de serviço que envolve milhões de reais de dinheiro público, isto é, de todos os cidadãos?

A independência e as demais prerrogativas condizem perfeitamente com a execução de sua função, considerando o enorme grau de responsabilidade a que estão submetidos os Procuradores.

5. CONCLUSÃO

“O cliente da Advocacia Pública é a coletividade, sintetizada no Poder Público, e não a pessoa do governante ou gestor”⁶¹.

Como visto o Advogado Público exerce papel fundamental na defesa dos interesses da sociedade. Além de realizar a consultoria do Poder Executivo, adequando as políticas públicas à lei e resolvendo juridicamente questões postas em exame, representa a pessoa jurídica em ações judiciais, evitando condenações injustas em face do erário.

Justamente, o Procurador não faz a mera subsunção do caso à norma, mas sim afere se a conduta da Administração Pública e de seus gestores está de acordo com a moralidade.

Importante também ressaltar que Procurador não exerce função de Estado e não representa a vontade superior do Estado, é desvinculado de aspirações políticas de ocasião. Não participa, portanto, das decisões políticas do governo, sendo nomeados, através de concurso público especializado, por sua aptidão técnica profissional.

Por esta razão, o parecer elaborado por Advogado Público trata de aspectos estritamente jurídicos, não analisando elementos de caráter financeiros, bem como critérios de conveniência e oportunidade administrativa.

Todavia, é dever, em nome da sociedade a que representa através da pessoa jurídica, apontar sempre em seu parecer jurídico que o gestor público deverá dar devida motivação a seus atos, o que não configura ingerência indevida na esfera de conveniência e oportunidade.

Não se pode esquecer que o Procurador, em seus pareceres, deverá ser imparcial e justo, para que não haja enriquecimento ilícito da Administração

⁶¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Um decálogo para a advocacia pública. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 10, n. 107, jan. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=65012>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

Pública. O procurador deverá perseguir os interesses públicos primários constitucionalmente atribuídos à pessoa jurídica que representam.

É, portanto, imprescindível que os pareceres sejam respeitados pelo Administrador Público. Caso vinculantes, deverão ser obedecidos. Caso facultativos, somente poderá haver decisão divergente se devidamente motivada. A ingerência em seu trabalho é intolerável face ao direito da sociedade de ser protegida por estes agentes públicos competentes e especializados.

Portanto, a autonomia técnica, também chamada de funcional por parte da doutrina, configura-se indispensável para que a função do Procurador seja plenamente atingida. Garantir esta autonomia não implica o reconhecimento de irresponsabilidade do procurador jurídico pela emissão de pareceres contrários ao Direito.

Outra questão diz respeito à concessão de tempo suficiente e razoável para a elaboração do parecer. O prazo exíguo pode impedir a análise com a profundidade que o caso apresentado requer.

Ademais, há necessidade de fornecer estrutura e condições adequadas de trabalho e remuneração, bem como não é possível exigir o controle de ponto, já que a atividade exercida é intelectual.

Também não é possível a remoção do Procurador sem motivo fundado no interesse público que a justifique, devendo necessariamente ser fornecida motivação por escrito.

Não se pode confundir estas necessárias prerrogativas como um escudo contra a responsabilidade do Procurador. Como visto, este pode ser responsabilizado civil, administrativa e penalmente.

A Advocacia Pública é instrumento da sociedade e do Poder Público, portanto é preciso garantir-lhe as prerrogativas citadas ao longo deste trabalho, principalmente respeitando sua independência técnica como profissional do

Direito e motivando, de forma pormenorizada, a sua remoção de uma área de atuação para outra.

BIBLIOGRAFIA

LIVROS

BORIS FAUSTO. *História Concisa do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988: Artigos 92 a 144*. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr Editora Ltda, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ºed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 13. ed. Rev e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*. 24º ed. São Paulo: Atlas, 2011.

TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka (coordenadora). *Direito Administrativo*. 1º ed. São Paulo: Malheiros.

ARTIGOS E PERIÓDICOS

Afonso da Silva, José. A advocacia pública e o estado democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo* nº 230 out/dez 2002, página 281-290.

BRUM, Guilherme Valle. *Advocacia de Estado e Dificuldade Contramajoritária: repensando a independência funcional dos advogados públicos*. Disponível em: https://www.uniceub.br/media/157789/dissertacao_versao_definitiva_guilherme_brum.pdf > Acesso em 02.02.2015, às 15h30.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Um decálogo para a advocacia pública. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 10, n. 107, p. 3637,

CAMMAROSANO, Márcio. Da responsabilidade de autoridades governamentais por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes, Doutrina/Parecer/Comentários. Zênite.

CASTRO, Aldemario Araujo. Da privatividade do exercício das funções institucionais da Advocacia Geral da União por seus membros. *Fórum Administrativo Direito Público FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 96, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56791>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. A autonomia funcional da advocacia pública como resultado de sua importância para a aplicação legítima do direito no Estado Democrático Constitucional brasileiro. *Fórum Administrativo - FA*. Belo Horizonte, ano 9, n. 103, set. 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2014: ano-base 2013*. Brasília: CNJ, 2014.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Relevância da Advocacia Pública nos Municípios brasileiros. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 14, n. 48, p. 3139, abr./jun. 2013.

DELGADO, José Augusto. Autonomia das Procuradorias dos Estados. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - AeC*. Belo Horizonte, ano 7, n. 27, jan. / mar. 2007.

GONÇALVES, Cláudio Cairo. Qual autonomia para as Procuradorias Gerais dos Estados? – Contributo para o fortalecimento do seu papel institucional e constitucional. *Fórum Administrativo - FA*. Belo Horizonte, ano 13, n. 146, abr. 2013.

HOLLIDAY, Gustavo Calmon. A importância das Procuradorias de Estado como órgãos de Assessoramento Jurídico e a necessidade de sua autonomia. *Revista da Procuradoria Geral*

do ES. Disponível em: < <http://www.apes.org.br/index.asp?p=EnsArt&mos=97> > em 02.02.2015 às 18 horas.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Princípio do Enriquecimento Sem Causa em Direito Administrativo. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 5, fev/mar/abr de 2006. Disponível na internet: <www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 10/12/2013, às 15 horas

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standars. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Improbidade_Administrativa/Doutrina_Improbidade/A%20Responsabilidade%20Pessoal%20do%20Parecerista%20Publico%20em%20quatro%20standards.pdf > Acesso em 13.04.2015, às 20 horas.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Autonomia da Advocacia de Estado e sua independência funcional. Debates em Direito Público. Belo Horizonte, ano 8, n. 8, out. 2009

MOTTA, Reuder Cavalcante. A (in)compreendida Advocacia Pública Municipal. *Fórum Municipal & Gestão das Cidades – FMGC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 45-54, jan./fev. 2014.

NERY, Cristiane da Costa. A constitucionalização da carreira do Procurador Municipal: função essencial e típica de Estado. *Interesse Público IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, mar./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66614>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Responsabilidade da assessoria jurídica no processo administrativo das licitações e contratações. *Fórum de Contratação e Gestão Pública –FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 114, jun. 2011.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Constitucional. Procurador municipal. Funções essenciais à Justiça. Teto de remuneração dos procuradores municipais: art. 37, inciso XI, da constituição: exegese. RDA - Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, ano 2010, n. 255, set. / dez. 2010 jan. 2010.