

UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

Raphael Vasconcelos Dutra

**O ESTATUTO JURÍDICO DOS PROCURADORES E DAS PROCURATURAS
MUNICIPAIS E O NECESSÁRIO APRIMORAMENTO CONSTITUCIONAL**

Belo Horizonte

Julho/2016

Raphael Vasconcelos Dutra

**O ESTATUTO JURÍDICO DOS PROCURADORES E DAS PROCURATURAS
MUNICIPAIS E O NECESSÁRIO APRIMORAMENTO CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Instituições Sociais, Direito e Democracia

Linha de Pesquisa: Esfera Pública, legitimidade e controle

Orientador: Professor Doutor Carlos Victor Muzzi Filho

Belo Horizonte

Julho/2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D978e Dutra, Raphael Vasconcelos, 1982-
O estatuto jurídico dos procuradores e das procuraturas municipais e o necessário aprimoramento constitucional / Raphael Vasconcelos Dutra. – Belo Horizonte, 2016.
142 f. ; 29,7 cm

Orientador: Carlos Victor Muzzi Filho
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2016.

1. Advocacia - Brasil. 2. Procuradores do município - Brasil. I. Título. II. Muzzi Filho, Carlos Victor. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 347.921.8



UNIVERSIDADE
FUMEC/FCH

FACULDADE DE CIÊNCIAS

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas

Prof. Dr. Flávio Couto Bernardes

MESTRANDO: RAPHAEL VASCONCELOS DUTRA

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

***“O ESTATUTO JURÍDICO DOS PROCURADORES E DAS PROCURADORAS
MUNICIPAIS E O NECESSÁRIO APRIMORAMENTO CONSTITUCIONAL”***

NOTA: (85) OITENTA CINCO

ASSINATURA ORIENTADOR:

DATA DA DEFESA: 25/07/2016

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha esposa, pelo amor, carinho e companheirismo;

À minha mãe, pelo amor e dedicação incondicionais;

Ao meu pai, pelo amor e generosidade;

À minha irmã, pelo amor e amizade;

Ao professor Carlos Victor Muzzi Filho, pela orientação e compreensão;

À Melina, pela presteza,

Aos meus amigos, pelo apoio de sempre;

Aos professores, colegas e a todos aqueles que contribuíram de alguma forma para que eu chegasse até aqui.

*Agora não quero saber mais nada, só
quero aperfeiçoar o que não sei.¹*

¹BARROS, Manoel de. **Memórias Inventadas**, V, “Corumbá revisitada”.

RESUMO

Dutra, Raphael Vasconcelos; Muzzi Filho, Carlos Victor. **O estatuto jurídico dos Procuradores e das Procuraturas Municipais e o necessário aprimoramento constitucional**. Belo Horizonte, 2016, 123f., Dissertação de Mestrado – Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Universidade FUMEC.

No presente trabalho investigou-se a pertinência do aprimoramento do estatuto constitucional da Advocacia Pública, instituição que o constituinte de 1988 consagrou como função essencial à Justiça, ao lado do Ministério Público, da Defensoria Pública e da advocacia privada. Partiu-se do pressuposto de que não há funções mais ou menos essenciais à Justiça e de que não há hierarquia entre os direitos tutelados por tais instituições. Entretanto, notou-se, no plano constitucional, que há um tratamento dispare entre as garantias asseguradas as instituições estatais e aos respectivos membros para o exercício de sua missão constitucional, bem como entre os entes federativos, principalmente em relação aos Municípios em que sequer foi exigida expressamente a obrigação de constituir órgão próprio de Advocacia Pública. Nesse contexto, realizou-se pesquisa teórica, por meio de investigações bibliográficas, de análise de conteúdo de legislação, de jurisprudência e de textos doutrinários, pertinentes à Advocacia Pública, especialmente em relação aos procuradores e às Procuraturas Municipais, promovendo-se um estudo sobre a evolução histórica constitucional da Advocacia Pública e sobre o papel do advogado público na sociedade contemporânea, que exige uma mudança de postura. Após, chegou-se a conclusão de que para tanto é necessário o aperfeiçoamento do estatuto constitucional da Advocacia Pública, que deve ser feito a partir de princípios extraídos do próprio texto constitucional, para que possa exercer de forma plena e independente o seu papel constitucional de viabilização de políticas públicas e de tutela do interesse público.

PALAVRAS-CHAVE

Advocacia Pública; Procuraturas Municipais; Função Essencial; Constitucional.

ABSTRACT

Dutra, Raphael Vasconcelos; Muzzi Filho, Carlos Victor. **The legal status of Public Attorneys and Public City Attorneys and the necessary constitutional improvement.** Belo Horizonte, 2016, 123f., Masters Dissertation – Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Universidade FUMEC.

The present study investigated the relevance of improving the constitutional status of State Attorney, institution that the 1988 Constitution consecrated as essential function to justice, next to Public Prosecutors, Public Defense Office and Private Law. It started from the assumption that there is no more or less essential functions to justice and that there is no hierarchy between the rights protected by such institutions. However, it was noted, in Constitutional level, that there is a difference in the treatment given and the guarantees secured to the referred state institutions and their members to exercise their constitutional mission, especially in relation to the municipalities in which even was expressly required the obligation to establish own agency of State Attorney. In this context, we carried out theoretical research, through bibliographic research, legislation content analysis, case law and doctrinal texts, relevant to State Attorney, especially in relation to City Attorneys and City Attorney's Office, promoting a study on constitutional historical evolution of Public Advocacy and the role of the State Attorney in contemporary society, which requires a change of attitude. After, we came to the conclusion that to do so is necessary to improve the constitutional status of State Attorneys, which must be made from principles extracted of constitutional text itself, so can be fully and independently exercised its constitutional role enabling public policy and the protection of the public interest.

KEY-WORDS

Public Attorneys; Public City Attorneys; Essential function; Constitutional.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AGU – Advocacia-Geral da União

ANAPE – Associação Nacional dos Procuradores de Estado

ANPM – Associação Nacional dos Procuradores Municipais

CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público

CPC – Código de Processo Civil – Lei 13.105/2016

CR/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

EC – Emenda Constitucional

JESP – Juizado Especial

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

PGE – Procuradoria-Geral do Estado

PGM – Procuradoria-Geral do Município

UNAFE – União dos Advogados Públicos Federais do Brasil

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A ADVOCACIA PÚBLICA E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.....	15
2.1 Evolução histórica da Advocacia Pública nas Constituições Republicanas Brasileiras	15
2.2 Funções Essenciais à Justiça – Procuraturas Constitucionais	25
2.3 As Procuraturas Municipais na Constituição – exegese constitucional	34
2.4 Aplicação dos Princípios da Simetria, da Similitude e da Paridade das Formas ..	40
3 O ADVOGADO PÚBLICO.....	45
3.1 A <i>apresentação</i> judicial do ente público e a impropriedade da representação judicial pelo Prefeito no âmbito municipal	45
3.2 As funções de consultoria e assessoria jurídicas – distinção	51
3.3 O papel constitucional do Advogado Público	57
3.4 O papel do Procurador Público e o Novo CPC – a busca pela autocomposição e as amarras legais	64
4 PRERROGATIVAS INERENTES E MÍNIMAS PARA O EXERCÍCIO DO MISTER PÚBLICO	79
4.1 Prerrogativas necessárias às Procuraturas Constitucionais	79
4.2 Prerrogativas dos membros das Procuraturas Constitucionais.....	88
5 A SUBMISSÃO DEONTOLÓGICA DO ADVOGADO DO ESTADO E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB).....	91
5.1 A submissão deontológica do Advogado de Estado	91
5.2 Da submissão deontológica do Advogado de Estado à OAB	92
5.3 Da atuação da OAB na defesa dos direitos e prerrogativas da Advocacia Pública	99
6 AS PRINCIPAIS PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA SOBRE ADVOCACIA PÚBLICA	104
6.1 A Constitucionalização do Direito	104
6.2 A Proposta de Emenda à Constituição 82/2007	108
6.3 A Proposta de Emenda à Constituição 452/2009	114
6.4 A Proposta de Emenda à Constituição 17/2012.....	116

6.5 Possibilidade de modificação e de aprimoramento da estrutura orgânica do Estado por meio de Emenda Constitucional de origem parlamentar – julgamento da ADI 5296..	121
6.6 Da sugestão de aprimoramento constitucional da estrutura orgânica da Advocacia Pública	125
7 CONCLUSÃO	129
REFERÊNCIAS.....	132

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República brasileira de 1988 adotou como forma de Estado o federalismo e como entes componentes da Federação a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos (art. 18 da CR/88), sendo a República composta pela união indissolúvel desses entes (art.1º da CR/88), constituindo-se, assim, em Estado Democrático de Direito, em que, classicamente, convivem de forma harmônica as funções legislativa, executiva e judicial. O constituinte de 1988 dedicou ainda tratamento especial a uma quarta função, localizada no texto constitucional em um capítulo apartado, fora daqueles que regem a estrutura das funções clássicas, as denominadas “funções essenciais à Justiça”, que são formadas por três instituições estatais - Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública -, bem como pela Advocacia privada.

Todas estas funções são instrumentos que buscam os valores institucionais dos diversos seguimentos da sociedade e do Estado, atuando de maneira permanente e de forma contramajoritária, extrajudicialmente ou por meio de provocação do Judiciário, contribuindo, desta forma, para a manutenção do equilíbrio entre as diferentes forças partidárias e sociais, bem como para o reequilíbrio de forças entre as funções clássicas, sendo essenciais ao funcionamento do Estado Democrático de Direito.

No caso específico da Advocacia Pública, foi outorgada a missão constitucional de representar em juízo o ente federativo a que se encontra vinculada, bem como a de lhe prestar assessoria e consultoria jurídicas. Entretanto, para que haja o devido exercício desta incumbência constitucional, não podem os membros ou a instituição sofrer represálias da autoridade contrariada ou ingerências indevidas de natureza política no exercício de sua competência institucional, deliberativa ou decisória.

A Advocacia Pública e seus membros, assim como os demais órgãos públicos, devem ter a sua atividade pautada na Constituição e nas leis, com a observância dos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, cabendo, dentro de suas funções de assessoria e consultoria jurídica, apontar eventual ilicitude praticada pelo administrador, bem como prestar a devida orientação para se evitar o cometimento de outras, buscando sempre resguardar o interesse público.

Contudo, não obstante haja esta pretensão constitucional, a Advocacia Pública não está imune às ordens, instruções ou avisos de autoridades do primeiro escalão, estranhas ao seu quadro funcional, sofrendo, por conseguinte, certa influência na consecução de suas funções institucionais. Situação ainda mais delicada se verifica em relação aos Municípios, vez que no texto constitucional não há alusão expressa à sua representação judicial e à sua consultoria jurídica, tal como ocorre com os seus congêneres (União, Estados e Distrito Federal).

No entanto, hodiernamente, tramitam, na Câmara e no Senado, importantes propostas de emendas à Constituição - PEC 82/2007, PEC 452/2009 e PEC 17/2012 – para aprimoramento do estatuto constitucional dispensado à Advocacia Pública.

Esse intenso movimento de discussões e propostas de reformas constitucionais que buscam assemelhar e aperfeiçoar o tratamento conferido à instituição e aos respectivos membros que exercem “*funções essenciais à Justiça*” retrata a necessidade de investigação científica na busca da questão teórica da similitude e paridade das formas constitucionais, à luz do Estado Democrático de Direito.

O fato de não haver previsão expressa no texto constitucional acerca da Advocacia Pública no âmbito municipal como função essencial à Justiça também nos remete a uma investigação dos motivos de aludida omissão constitucional e as consequências de eventual conformação normativa.

Diante desta aparente omissão constitucional, supõe-se que é possível aplicar o princípio da similitude e paridade das formas constitucionais para definir o estatuto jurídico dos procuradores e das Procuradorias Municipais, vez que a Advocacia Pública Municipal exerce função idêntica à de seus congêneres da esfera estadual e da federal.

No entanto, considerando que não há funções mais ou menos essenciais à Justiça, supõe-se que, para o exercício pleno das funções essenciais à Justiça, é necessário o aprimoramento do desenho constitucional da Advocacia Pública, em geral, conferindo-lhe autonomia funcional, administrativa e financeira, bem como certas prerrogativas aos seus titulares, conferidas hodiernamente às outras funções essenciais à Justiça (Ministério Público e Defensoria Pública).

Nesse passo, no presente trabalho, a problemática instaurada vem em razão da análise da pertinência de conformação normativa e, máxime, das propostas de emendas à Constituição em pauta, que buscam positivar a carreira de procurador municipal (PEC 17/2012), bem como conferir simetria entre o regramento dado às instituições que exercem funções essenciais à Justiça (PEC 82/2007, PEC 452/2009), estendendo-se garantias e prerrogativas aos membros da Advocacia Pública e à própria instituição, nos três planos

federativos, conferidas hodiernamente somente às outras funções públicas essenciais à Justiça (Ministério Público e Defensoria Pública).

Para tanto, será realizado um panorama de como ocorreu a evolução histórica das funções cometidas à Advocacia Pública, especialmente em relação à representação judicial do ente federativo, nas Constituições republicanas brasileiras. Buscar-se-á definir o papel constitucional do advogado público e a sua submissão deontológica, para que se compreendam os limites de sua atuação e seus contornos.

Verificar-se-á se a autonomia funcional, administrativa e financeira, bem como se as prerrogativas conferidas aos membros das carreiras essenciais à Justiça, de fato, são indispensáveis para que o exercício da função constitucional seja alcançado pelos respectivos titulares, identificando e analisando as propostas de emendas à Constituição empreendidas na sistemática das funções essenciais à Justiça ainda em discussão, discriminando seus efeitos.

Buscar-se-á, nas decisões judiciais dos tribunais superiores, como têm sido solucionados os problemas inerentes às prerrogativas e ao exercício da Advocacia Pública, por meio de seus titulares, notadamente em relação às Procuradorias Municipais, analisando os avanços e eventuais retrocessos da jurisprudência e se o tratamento conferido atende ao escopo norteador do ordenamento jurídico. Serão ainda sugeridas proposições normativas para se aprimorar o atual estatuto jurídico da Advocacia Pública, especialmente das Procuradorias Municipais e de seus membros.

O presente estudo será desenvolvido por meio de análise dos elementos do ordenamento jurídico, pertencendo à vertente jurídico-dogmática. O procedimento adotado será a pesquisa teórica, por meio de investigações bibliográficas, além de análise de conteúdo de legislação, jurisprudência e textos doutrinários.

A investigação científica em comento objetiva a interdisciplinaridade, alicerçando-se em estudos nas searas do Direito Constitucional, Teoria da Constituição, Hermenêutica Jurídico-Constitucional, Teoria Geral do Direito, Teoria Geral do Estado e no entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do assunto.

Será utilizado, como marco teórico para o desenvolvimento do presente estudo, o conjunto de ideias, teorias e pesquisas realizadas por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no que tange ao desenvolvimento da Advocacia Pública como instituição essencial à Justiça, à democracia e ao papel do advogado público na sociedade contemporânea.

Será empregado o termo “Procuraturas”, adotado pelo marco teórico para designar todas as instituições estatais que exercem as funções essenciais à Justiça (Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Pública), aqui consideradas Advocacia Pública *lato sensu*,

além dos termos “Advocacia de Estado” ou “Procuratura de Estado” ou “Advocacia Pública”, para designar especificamente a Advocacia Pública *stricto sensu*, contemplada na Constituição da República de 1988.

Quanto à natureza dos dados, serão utilizadas tanto fontes primárias (legislação em geral, em especial as Constituições republicanas brasileiras e a legislação extravagante, bem como a jurisprudência dos tribunais superiores), como secundárias (doutrinas sobre os conhecimentos científicos supracitados e, paralelamente, o estudo de legislações interpretadas, nacionais e estrangeiras, bem como artigos jurídicos.

2 A ADVOCACIA PÚBLICA E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

2.1 Evolução histórica da Advocacia Pública nas Constituições Republicanas Brasileiras

Nos contornos atuais dados pela Constituição de 1988, a Advocacia Pública tem como funções básicas a representação judicial do Estado, a consultoria e assessoria jurídicas. Mas nem sempre foi assim. Tomando como marco inicial o período republicano nota-se que, inicialmente, a representação judicial do Estado foi cometida ao Ministério Público (ora dentro do Poder Executivo, ora dentro do Poder Judiciário, ora apartado dos demais poderes) e a atividade consultiva à Consultoria Geral da República².

Em relação à consultoria e assessoria jurídicas, não há muito que rememorar, vez que, desde a criação da Consultoria Geral da República até a sua extinção³, esta se manteve ligada exclusivamente ao Poder Executivo, o que ocorre até os tempos atuais, visto que, com a Constituição de 1988, esta atividade passou a ser exercida pela Advocacia Pública, que permanece vinculada ao Poder Executivo.

Em relação à representação jurídica do Estado, vale uma breve recordação sobre sua origem no Estado brasileiro pós-Império, que se deu por meio do Ministério Público. Cabe também analisar as garantias e prerrogativas asseguradas constitucionalmente aos agentes que exerciam esse mister ao longo das Constituições republicanas brasileiras.

Feita esta breve delimitação histórica, observa-se que, logo após a Proclamação da República do Brasil, em 11 de outubro de 1890, antes mesmo da promulgação da primeira Constituição republicana brasileira, durante o governo provisório do General Manoel Deodoro da Fonseca, a representação da União foi investida ao Procurador-Geral da República, por meio do Decreto nº 848 (artigo 22)⁴. Aludido decreto foi editado para organizar a Justiça Federal e, sendo assim, foi feita a escolha legislativa de outorgar ao Procurador-Geral da

²O Decreto nº 967, de 2 de janeiro de 1903, dentre outras providências, criou o cargo de Consultor-Geral da República.

³Com a Constituição de 1988, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo foram cometidas à Advocacia Pública. A Consultoria Geral da República foi extinta com a edição da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União – AGU (BRASIL. **Lei Complementar nº 73, 10 jan. 1993**).

⁴“Art. 22. Compete ao procurador geral da Republica:

[...]

b) funcionar como representante da União, e em geral officiar e dizer de direito em todos os feitos submettidos á jurisdicção do Supremo Tribunal;

[...]” (BRASIL. **Decreto nº 848, 11 out. 1890**).

República a função de advogado do Estado. Mais tarde, em 1891, foi promulgada e decretada pelo Congresso Nacional a primeira Constituição republicana do Brasil.

A Constituição de 1891 fez singela referência ao Ministério Público (art. 58, § 2º)⁵, dispondo apenas que o Procurador-Geral da República seria escolhido dentre os membros do Poder Judiciário (membros do Supremo Tribunal Federal) e que as suas atribuições seriam previstas em lei. Três anos mais tarde, em 20 de novembro de 1894, foi editada a Lei 221⁶, prevista no texto constitucional. O novo diploma normativo complementou a organização da Justiça Federal e definiu a competência do Procurador-Geral da República e do Ministério Público, outorgando ao *parquet* a competência para o exercício da advocacia de Estado.

Nos termos de aludida lei (artigo 28 e ss), cabia aos membros do Ministério Público, dentre outras atribuições, aquelas que hoje são exercidas por membros da Advocacia Pública, tais como: promover os processos executivos para cobrança da dívida ativa, proveniente de impostos, taxas, multas e outras fontes de receita federal (função hoje típica da Procuradoria da Fazenda Nacional); promover os processos de desapropriação por necessidade ou utilidade nacional; promover os processos de incorporação de bens nos próprios nacionais; promover os processos de arrematação dos objetos depositados nos cofres nacionais, etc.

Posteriormente, com a Revolução de 1930, Getúlio Vargas passou a dirigir o país na qualidade de “*Chefe do Governo Provisório*”, governando o Estado por meio de decreto. Na ocasião, não houve alteração da competência do Ministério Público de representar o Estado.

Passados três anos, em 1933, após a derrota da revolução constitucionalista de 1932, em São Paulo, foi eleita a Assembleia Constituinte que redigiu a Constituição de 1934 da República Nova.

Na Constituição de 1934⁷, houve evolução na positivação constitucional do Ministério Público, que passou a integrar os denominados “*Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais*”, dentre os quais havia, além do Ministério Público, o Tribunal de Contas e os Conselhos Técnicos, que assistiam os Ministérios. Restou ainda expressamente previsto no texto constitucional que o Ministério Público, no âmbito da União, do Distrito Federal e dos Territórios, deveria ser organizado por lei federal; no âmbito dos Estados, por lei local e, no

⁵“Art 58 - Os Tribunais federais elegerão de seu seio os seus Presidentes e organizarão as respectivas Secretarias. [...]

§ 2º - O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei” (BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891)**).

⁶BRASIL. **Lei 221, 20 nov. 1894**.

⁷BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934)**.

âmbito das Justiças Militar e Eleitoral, por leis especiais. Novamente, não houve alteração da competência legal do *parquet* de exercício da advocacia de Estado.

A inovação relevante se deu em relação à escolha do Procurador-Geral da República, já que a seleção não recaía mais necessariamente dentre os membros do Poder Judiciário, tal como previa a Constituição de 1891. O texto de 1934 (artigo 95 e ss) passou a dispor que a nomeação seria feita pelo Presidente da República dentre os cidadãos que preenchiam os mesmos requisitos estabelecidos para os Ministros da Corte Suprema, ou seja, brasileiros natos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, alistados eleitores, não devendo ter, salvo os magistrados, menos de trinta e cinco ou mais de sessenta e cinco anos de idade, sendo, porém, demissíveis *ad nutum*.

Verifica-se que o constituinte de 1934, apesar de descolar o chefe do Ministério Público do Poder Judiciário, manteve certa sintonia entre as instituições, uma vez que exigia para a investidura do cargo os mesmos requisitos elencados para os membros da Corte Suprema. Mas a sintonia não para por aí, já que, por expressa previsão constitucional, o Chefe do Ministério Público Federal tinha o seu vencimento correspondente ao dos Ministros da Corte Suprema, o que revela certa equiparação quanto à importância da função pública exercida.

Aludida proximidade também foi replicada no âmbito do Distrito Federal e dos Territórios, uma vez que, de acordo com a regra constitucional de 1934, os Chefes do Ministério Público, nessa esfera, teriam vencimentos correspondentes ao dos Desembargadores, sendo nomeados pelo Presidente da República dentre juristas de notável saber e reputação ilibada, alistados eleitores e maiores de trinta anos.

Restou ainda vedado aos Chefes do Ministério Público na União e nos Estados exercer qualquer outra função pública, salvo o magistério e os casos previstos naquela Constituição, sob pena de perda do cargo.

Aos demais membros do Ministério Público conferiu-se a estabilidade, vez que, nomeados mediante concurso, só perderiam os cargos, nos termos da lei, por sentença judicial ou processo administrativo, no qual lhes seria assegurada ampla defesa. Assim, notam-se os primeiros contornos constitucionais conferidos aos agentes que representavam o Estado em juízo: ingresso por concurso público e estabilidade.

Para José Afonso da Silva, foi com a Constituição de 1934 que houve a institucionalização da Advocacia Pública da União, embora com a denominação de Ministério Público, *verbis*:

[...] 4. Cumpre, agora, justificar a declaração feita acima de que foi a Constituição de 1934 que institucionalizou a Advocacia Pública da União.

embora com a denominação de Ministério Público. Ora, no Império, o Ministério Público já exercia as funções de Advocacia Pública, mas, então, as atribuições típicas de Ministério Público, ou seja, de custos lógis e da *persecutio criminis*, preponderaram sobre as de defesa judicial dos interesses da Fazenda. Mas, na República Federativa, essa equação se alterou fundamentalmente. A competência penal e sobre interesses privados indisponíveis passou para as Justiças Estaduais e pois para o Ministério Público dos Estados. Quer dizer, descentralizaram-se as funções de Ministério Público, de tal sorte que o Ministério Público Federal se tornou fundamentalmente um órgão de defesa dos interesses da União em Juízo. As funções de Ministério Público se tornaram marginais, e mais ainda quando a Constituição de 1937 extinguiu a Justiça Federal. Não foi sem razão que os membros da instituição se chamaram Procuradores da República. Com a criação de Justiças Federais Especiais, Eleitoral, do Trabalho, pela Constituição de 1946, surgiram ramos do Ministério Público da União junto dessas Justiças, mas o ramo chamado Ministério Público Federal continuou sendo tipicamente Advocacia Pública da União, embora acumulasse também atividades típicas de Ministério público, especialmente depois da recriação da Justiça Federal de primeira instância.⁸

A Constituição de 1937⁹, outorgada por Getúlio Vargas quando da instituição do Estado Novo, encolheu a regulamentação dedicada ao Ministério Público no texto constitucional anterior. A Constituição de 1937 dispôs apenas que o Procurador-Geral da República funcionaria junto ao Supremo Tribunal Federal, sendo de livre nomeação e demissão do Presidente da República, e que a sua escolha deveria recair em pessoa que reunisse os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal, ou seja, brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada, não devendo ter menos de trinta e cinco, nem mais de cinquenta e oito anos de idade (artigo 99¹⁰). No Estado Novo, portanto, há um retrocesso, com a retirada dos primeiros avanços constitucionais da incipiente carreira de representação judicial do Estado.

Com a queda do Estado Novo, foi promulgada a Constituição de 1946¹¹, que retomou a trajetória de amadurecimento da carreira de advogado de Estado (artigos 125 a 128). A Constituição de 1946 dedicou um título apartado ao Ministério Público. Ficou expresso no texto constitucional que caberia à lei organizar o Ministério Público da União junto aos órgãos judiciários federais e que o Procurador-Geral da República seria nomeado pelo Presidente da República, dentre cidadãos brasileiros, maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, sendo demissível *ad nutum*.

⁸SILVA, José Afonso da. **A Advocacia Pública e Estado Democrático de Direito**, p. 282-283.

⁹BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (1937).

¹⁰Art 99 - O Ministério Público Federal terá por Chefe o Procurador-Geral da República, que funcionará junto ao Supremo Tribunal Federal, e será de livre nomeação e demissão do Presidente da República, devendo recair a escolha em pessoa que reúna os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal.”(BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (1937))

¹¹BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (1946).

Pela primeira vez, passou-se a dispor expressamente no texto constitucional (artigo 126)¹² que a representação em juízo da União seria realizada pelos procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local. Assim, a competência para o exercício da advocacia de Estado, que antes era outorgada legalmente ao *parquet*, passou a lhe ser outorgada constitucionalmente.

A Constituição de 1946 voltou ainda a prescrever que os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios deveriam ingressar nos cargos iniciais da carreira mediante concurso, garantindo-lhes a estabilidade, após dois anos de exercício, vez que não poderiam ser demitidos senão por sentença judicial ou mediante processo administrativo em que se lhes facultasse ampla defesa. Inovou, ao garantir a inamovibilidade dos membros do *parquet*, salvo mediante representação motivada do Chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço (art. 127)¹³. Previu, ainda, que nos Estados o Ministério Público seria também organizado em carreira.

Desta forma, se com a Constituição de 1934 houve a institucionalização da Advocacia Pública da União, foi somente em 1946 que houve o nascimento *constitucional* da advocacia de Estado, pelo menos em relação à função de representação judicial, em um título apartado da Constituição. Nesse momento, se revelava como competência intrínseca ao Ministério Público, sendo que, aos agentes que exerciam tal mister, foi exigido concurso público para o ingresso na carreira e lhes garantido constitucionalmente a estabilidade e a inamovibilidade.

Importante registrar que na Constituição de 1946 não estava prevista nenhuma outra competência ao Ministério Público, a não ser a representação em juízo do Estado, vez que as suas atribuições foram remetidas à legislação infraconstitucional, mas mesmo assim foi assegurado constitucionalmente aos seus membros a estabilidade e a inamovibilidade, bem como exigido concurso público para o ingresso na carreira. Esse fato revela que tais garantias e exigência estão intimamente ligadas ao exercício da representação judicial do Estado.

¹²Art 126 - O Ministério Público federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República. O Procurador, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no artigo 99, é demissível ad nutum.

Parágrafo único - A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local” (Ibidem).

¹³Art 127 - Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; nem removidos a não ser mediante representação motivada do Chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço” (Ibidem).

Desse modo, a Advocacia Pública constitucional, como órgão de representação judicial do Estado, nasce em 1946 com três postulados básicos: concurso público, estabilidade e inamovibilidade.

No dia 1º de abril de 1964, os militares encerraram o governo democraticamente eleito, instaurando a ditadura militar no Brasil. Mais adiante, com o fito de consolidar os seus ideias e princípios, foi aprovada pelo Congresso Nacional a Constituição de 1967.

A Constituição de 1967¹⁴ recolocou o Ministério Público dentro do Poder Judiciário, mas manteve as regulamentações anteriores, inclusive repetindo o texto constitucional de 1946 no que tange à representação em juízo da União atribuída aos procuradores da República, bem como quanto à possibilidade da lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local (artigos 137 a 139).

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969¹⁵ voltou a posicionar o Ministério Público dentro do Poder Executivo, conservando as demais disposições constitucionais anteriores. Já a Emenda Constitucional nº 7, de 1977¹⁶ previu como novidade a exigência de lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, para estabelecer normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público Estadual.

Após o fim da ditadura militar, já em 1988, foi decretada e promulgada a atual Constituição da República Federativa do Brasil, que rompeu o vínculo umbilical do Ministério Público com a representação judicial do Estado.

A competência do Ministério Público de representação judicial da União foi deslocada para uma nova instituição, concebida precipuamente para esse fim: a Advocacia Pública que, na literalidade do texto, compreende, no âmbito federal, a Advocacia-Geral da União, e nos Estados e Distrito Federal, os respectivos procuradores, que junto com o próprio Ministério Público, com a Advocacia privada e a Defensoria Pública, passaram a compor as chamadas “*Funções Essenciais à Justiça*”, em capítulo especial do texto constitucional.

Na verdade, houve a disjunção das funções do Ministério Público para duas novas instituições: Advocacia de Estado e Advocacia da Sociedade. Prova disso é que foi facultado, constitucionalmente, aos procuradores da República, que representavam a União em juízo, a opção, de forma irrevogável, entre as carreiras do Ministério Público Federal e da Advocacia-Geral da União (ADCT - art. 29, § 2º)¹⁷. Ou seja, foi dada a opção aos membros do *parquet*

¹⁴BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1967).**

¹⁵BRASIL. **Emenda constitucional nº 1, 17 out. 1969.**

¹⁶BRASIL. **Emenda Constitucional nº 7, 13 abr. 1977.**

¹⁷Art. 29. Enquanto não aprovadas as leis complementares relativas ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União, o Ministério Público Federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, as Consultorias Jurídicas dos

de continuarem a exercer a função que desempenharam constitucionalmente, desde a Constituição de 1946, de representação da União em juízo, mas desta vez, por meio de uma nova instituição – Advocacia-Geral da União, ou a de romperem o vínculo umbilical com o exercício da Advocacia de Estado, exercendo um novo *múnus* público, fora da estrutura dos demais poderes da República, na remodelada estrutura do Ministério Público.

Após a opção, os membros do Ministério Público deixaram de exercer a função de Advogados Públicos *stricto sensu* e passaram a exercer constitucionalmente a função de advogados da sociedade, tanto no campo penal, com titularidade exclusiva da ação penal pública, quanto no campo cível, como fiscal da lei, defensor da legalidade e da moralidade administrativa, inclusive com a titularidade do inquérito civil, da ação civil pública e do controle externo da atividade policial. Foi-lhes cometida ainda a defesa dos direitos e interesses das populações indígenas.

Aliás, os membros do Ministério Público não apenas deixaram de exercer a função de Advogados Públicos *stricto sensu*, como também foram proibidos. A Constituição de 1988, além de exigir que os procuradores da República optassem por uma das duas carreiras, vedou expressamente àqueles que passaram a integrar o remodelado Ministério Público a competência antes a eles outorgada de representação judicial de entidades públicas, bem como a de consultoria jurídica às mesmas entidades (art. 129, XI) ¹⁸.

Assim, aos membros do *parquet* não é dada a função de consultoria, mas sim de fiscalização destas entidades. Para Diogo de Figueiredo, esse é o traço principal que, hodiernamente, distingue o Ministério Público da Advocacia Pública, *verbis*:

[...] o que atualmente distingue o Ministério Público da Advocacia Pública – pois historicamente estiveram juntos por séculos e, até recentemente, ainda assim eram exercidos pelos Procuradores da República até 1988, não é a função postulatória, pois que esta lhe é comum, mas a de fiscalização, daí em muitos países ser designado como ‘Fiscalias’, ao passo que a distinção exclusiva da Advocacia Pública é a função de consultoria, com a qual obriga os exercentes de poderes político-partidários, conforme o caso, ou a acatar

Ministérios, as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria e os membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas continuarão a exercer suas atividades na área das respectivas atribuições.

[...]

§ 2º Aos atuais Procuradores da República, nos termos da lei complementar, será facultada a opção, de forma irrevogável, entre as carreiras do Ministério Público Federal e da Advocacia-Geral da União” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**).

¹⁸ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**).

seus Pareceres ou a expressar eventuais razões de discordância, o que facilita enormemente a tarefa judiciária no exame de juridicidade que lhe caiba fazer (informação verbal).¹⁹

Desta forma, com a Constituição de 1988 abandonou-se o modelo unitário de organização da Advocacia Pública (no qual uma única instituição monopoliza as funções de advocacia estatal e da advocacia da sociedade – exercidas até então pelo Ministério Público), passando-se para o modelo dualista. Registre-se que a alteração do modelo não representa necessariamente uma evolução, mas apenas uma escolha política do constituinte originário. Com efeito, no direito alienígena contemporâneo, há os dois modelos.

Quanto ao modelo unitário, vale trazer a experiência portuguesa, nas lições de José Joaquim Gomes Canotilho:

O arquétipo de magistrado do Ministério Público prefigurado na Constituição está longe da caricatura usual e <<funcionário promotor do crime>>. A sua relevantíssima acção, num contexto constitucional democrático, vai desde o exercício da acção penal até à defesa e representação de pessoas carecidas de proteção (órgãos, menores trabalhadores), passando pela defesa de interesses difusos (ambiente, património) e pela defesa da constitucionalidade e legalidade (cfr. L 60/98, art. 3.º). A quarta revisão constitucional (LC 1/97) acrescentou uma outra competência de relevante significado político e jurídico-constitucional – a da participação do Ministério Público na *execução da política criminal* definida pelos órgãos de soberania (art. 219.º/1) . Às funções assinaladas deve ainda acrescentar-se a importante função consultiva, traduzida na emissão de pareceres por parte da Procuradoria-Geral da República. Globalmente consideradas, as funções do Ministério Público têm, em geral, como denominador comum, o serem exercidas no interesse do “Estado-comunidade” e não no “Estado-pessoa” (Pizzorusso). Isso em termos tendenciais, porque em Portugal o Ministério Público continua a ser o “advogado do Estado”, tarefa que noutros países é desempenhada por operadores jurídicos diferentes (“advogados do Estado” ou “advogados contratados”). De salientar que a já referida participação do Ministério Público (cfr. L 60/98, de 27-8, Estatuto do Ministério Público, art. 1.º) na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, embora se possa considerar um “corolário lógico” das competências constitucionais do Ministério Público, não deixa de criar algumas zonas de incertezas nas relações entre o executivo e o judiciário.²⁰

Sobre o modelo dualista, Cláudio Grande Junior lembra a sua adoção na Espanha e na Itália:

Já na Espanha, o Ministério Público não representa judicialmente o Estado nem é seu consultor jurídico.²¹ Para essas funções existe a *Abogacía del*

¹⁹Informação fornecida por Flávio Dino et al. em **Parecer à PEC nº 82-A, de 2007**.

²⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 684-685.

²¹VERGOTTINI, Giuseppe de. **Derecho constitucional comparado**.

*Estado, cujo órgão central é a Abogacía General del Estado, que integra o Ministério da Justiça. O mesmo ocorre na Itália, onde tais misteres ficam a cargo da Avvocatura dello Stato, tendo cada Região e Província sua própria Avvocatura, cujos cargos são acessíveis mediante concurso público.*²²

Voltando ao Brasil, verifica-se que, com a CR/88, a representação judicial do Estado foi outorgada a uma nova instituição, diretamente ligada ao Poder Executivo, que passou a ter a atribuição constitucional tanto de representar judicialmente a Administração Pública, quanto à de lhe prestar assessoramento e consultoria jurídica.

No âmbito federal, tal função passou a ser de competência da Advocacia-Geral da União. O atual texto constitucional (art. 131, da CR/88) prevê que o chefe da instituição é o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, sendo exigido concurso público de provas e títulos para o ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição.

Pela primeira vez na história brasileira²³ houve a positivação constitucional da representação judicial dos Estados e do Distrito Federal (art. 132, da CR/88), outorgando tal atribuição aos respectivos procuradores, aprovados em concurso público e organizados em carreira. Sem dúvida um avanço, que prestigia a República e o federalismo brasileiro, reconhecendo a relevância e a essencialidade desse *múnus* público também no âmbito dos Estados e do Distrito Federal. Portanto, é com a Constituição de 1988 que nasce constitucionalmente a Advocacia Pública, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, também enquadrada como “*função essencial à Justiça*”.

No âmbito municipal, não houve o mesmo avanço. Aparentemente, os Municípios ficaram descobertos, no campo constitucional, da obrigatoriedade de um órgão e de agentes com competência para realizar a sua representação judicial e a sua consultoria e assessoria jurídicas. Entretanto, a partir de uma interpretação lógico-sistemática da Constituição da República, tal função, no âmbito municipal, deve ser também considerada como essencial à Justiça, conforme será explicitado em tópico próprio.

Pois bem. A nova instituição de representação judicial do Estado nasce com os mesmos contornos constitucionais dados àqueles agentes que exerciam tal mister em 1934: exigência de concurso público para ingresso na carreira e estabilidade. Avança em relação à

²² JUNIOR, Cláudio Grande. **Advocacia pública**, p. 84.

²³ Como vimos, a Constituição de 1946 facultava à lei cometer esse encargo, nas comarcas do interior, ao Ministério Público local, o que é diferente do atual texto, que dispõe expressamente sobre o cargo de Procurador, com o encargo de representar judicialmente os Estados e o Distrito Federal, além da atribuição de prestar assessoria e consultoria jurídicas.

representação dos Estados e do Distrito Federal, mas omite-se em relação aos Municípios. Há ainda certo retrocesso em relação à Constituição de 1946, que garantia a tais membros a inamovibilidade. Enfim, tratamento singelo, tanto como instituição, quanto em relação às garantias conferidas a seus membros.

Diferentemente, portanto, do que ocorreu em relação ao seu congênere umbilical (Ministério Público), que recebeu ampla positivação constitucional, jamais vista em textos anteriores. O *parquet* foi contemplado com princípios institucionais (unidade, indivisibilidade e independência funcional), garantias à instituição (autonomia funcional, administrativa e financeira) e garantias aos seus membros (vitaliciedade e a inamovibilidade), que visam evitar temores, perseguições e represálias que possam inibir o exercício funcional consequente e responsável dos seus membros. Sem dúvida, houve um avanço substancial, tanto para a instituição, quanto em relação às garantias conferidas a seus membros.

No entanto, o capítulo original das “*funções essenciais à Justiça*” de 1988 já sofreu ajustes, por meio de emendas constitucionais, alguns bastante substanciais, especialmente em relação ao Ministério Público e à Defensoria Pública e outros mais discretos, notadamente em relação à Advocacia Pública.

A Emenda Constitucional 19, de 1998²⁴, por exemplo, ampliou ainda mais a iniciativa de lei do Ministério Público, conferindo-lhe o poder de propor a sua política remuneratória e os planos de carreira a ele pertinentes. Alterou também a forma de percepção da remuneração, para subsídio (parcela única) e não mais por meio de vencimentos.

Mas foi a Emenda Constitucional 45, de 2004²⁵, que promoveu uma mudança mais radical. De um lado, conferiu maior regramento na seara orçamentária, principalmente em relação à propositura e à execução orçamentária, além de estender ao *parquet*, no que couber, os princípios aplicados à magistratura (tal como a promoção alternada por merecimento e antiguidade e o escalonamento do valor subsídio, não podendo a diferença entre uma e outra categoria ser superior a 10% ou inferior a 5%).

Por outro lado, a referida emenda reduziu o quórum da inamovibilidade, passando a admitir a transferência por interesse público, mediante voto da maioria absoluta dos membros do órgão colegiado competente (antes eram necessários dois terços); vedou o exercício de política partidária, sem exceções (antes admitia exceções previstas em lei); vedou o recebimento, a qualquer título ou pretexto, de auxílios ou contribuições de pessoas físicas,

²⁴BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, 04 jun. 1998.

²⁵Idem. Emenda Constitucional nº 45, 30 dez. 2004.

entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; vedou o exercício da advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração, tal como previsto para magistratura; e passou a exigir o mínimo de três anos de atividade jurídica para que o bacharel em direito ingresse na carreira. Ademais, instituiu-se o Conselho Nacional do Ministério Público, órgão de controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.

Em relação à Advocacia Pública, a Emenda Constitucional 19, de 1998, alterou a nomenclatura do título da seção pertinente à advocacia estatal, passando a constar “*Da Advocacia Pública*” e não mais “*Da Advocacia Geral da União*”, obviamente porque tal expressão era imprópria, vez que, desde a promulgação da Constituição de 1988, já havia a previsão dos procuradores Estaduais e do Distrito Federal, de modo que a seção não albergava somente a advocacia da União.

Além disso, a EC 19/1988 alterou o artigo pertinente aos procuradores Estaduais e do Distrito Federal (artigo 132), passando a dispor que a Ordem dos Advogados do Brasil deveria participar do concurso em todas as suas fases, e incluiu expressamente um parágrafo dispondo sobre a garantia da estabilidade²⁶ após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Diante desse singelo tratamento conferido à Advocacia Pública, surge a indagação a respeito da sua evolução ou involução constitucional, como órgão de consultoria, assessoria jurídica e de representação judicial do Estado, em suas três esferas (federal, estadual e municipal), em especial a municipal, que sequer foi expressa na Constituição de 1988, os consequentes desdobramentos e a necessidade ou desnecessidade de ajuste do atual desenho constitucional, para o correto exercício desse *múnus* público.

2.2 Funções Essenciais à Justiça – Procuraturas Constitucionais

Conforme elucidado no tópico anterior, o constituinte de 1988 dedicou um capítulo especial para as chamadas “*funções essenciais à Justiça*”, dentre as quais se incluem o

²⁶Com a Constituição de 1988, a estabilidade já havia sido conferida a todos os servidores nomeados em virtude de concurso – art. 41 (este artigo também foi alterado pela EC19/1988).

Ministério Público, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública e a Advocacia privada (artigos 127 a 135 da CR/88). Demonstrou-se que, historicamente, a função de representar judicialmente a Administração Pública cabia essencialmente ao Ministério Público, até que, com a Constituição de 1988, houve o deslocamento de tal competência para uma nova instituição, concebida precipuamente para esse fim: a Advocacia Pública, positivada no texto constitucional, no âmbito da União, por meio da instituição da Advocacia Geral da União e, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, por meio de seus respectivos procuradores.

Para Diogo de Moreira Neto, a Advocacia Pública, em verdade, é gênero e se subdivide em três espécies: a advocacia dos interesses difusos e indisponíveis da sociedade (atribuída à instituição do Ministério Público), a advocacia dos hipossuficientes (atribuída à Defensoria Pública) e a advocacia dos interesses públicos constitucionalmente cometidos à administração do Estado (atribuída à Advocacia Pública *stricto sensu*):

Nunca é demais lembrar que a Constituição de 1988 teve o inegável mérito de definir com clareza o imprescindível elo jurídico operativo que deve existir entre sociedade e Estado, ao desmembrar a Procuratura Pública do Estado, historicamente una, para distribuir entre três órgãos distintos o exercício do que, apropriadamente, designou como funções essenciais à Justiça, inconfundíveis com todas as demais funções cometidas aos órgãos dos tradicionais Poderes do Estado, bem como aquelas outras exercidas pelos demais órgãos constitucionalmente autônomos. [...] Observe-se que, então, para o constituinte, teoricamente, tanto fazia manter apenas um órgão, desdobrado em várias funções de cura de diferentes interesses juridicamente protegidos, tal como já existira no passado, até ao passado recente, antes de 1988, no plano da União, quanto, alternativamente, criar um número plural de órgãos, neste caso, especializando funções e definindo especificamente como deveriam, cada um desses órgãos, ser vocacionados ao atendimento de distintos subconjuntos de interesses juridicamente protegidos. Desde logo, manteve-se, assim, e por óbvio, na Constituição, a básica distinção entre Advocacia Privada e Pública, seguindo a grande clivagem entre interesses privados e interesses públicos. Instituiu-se, porém, na Advocacia Pública – aqui tomada ainda em seus pleno e lato sentido de cura e de representação de interesses de terceiros – uma divisão em três ramos: o Ministério Público, a Advocacia de Estado e a Defensoria Pública. Foram, em razão disso, criadas três Procuraturas constitucionais independentes, para que exercitassem, cada uma delas, em seus respectivos âmbitos funcionais e federativos, os poderes tipicamente estatais de fiscalização, zeladoria, promoção, defesa e controle, pois que referentes à estruturação e funcionamento do próprio Estado, e, nem por outra razão, inseridas todas essas funções, sob a qualificação de Essenciais à Justiça, como um Capítulo distinto do Título IV, que é o que trata exatamente Da Organização dos Poderes, pretendendo o constituinte que nesse Título se contivessem todas as definições cratológicas fundantes da organização estatal, independentemente de obrigatória continência em qualquer dos três ramos nos quais, por tradição, repartia-se o exercício de qualquer parcela do poder estatal. [...] Observe-se, de passagem, que o legislador constitucional reformador da Emenda Constitucional no 19/98, ao alterar o título original da Seção II, do Capítulo IV do Título IV,

equivocadamente reduziu o conceito de Advocacia Pública, ao identificá-lo equivocadamente com o de Advocacia de Estado; possivelmente, mais por descuido que por deliberada intenção, já que esse baralhamento não resultou qualquer vantagem prática ou teórica, mas, ao contrário, deixou apenas essa enganosa impressão de que os demais ramos capitulados não exercem advocacia – entendida em seu amplo e originário sentido como o patrocínio ou zeladoria de interesses alheios, o que encompassa, no gênero, portanto, tanto a advocacia dos interesses difusos e indisponíveis da sociedade (atribuída à instituição do Ministério Público) como a advocacia dos hipossuficientes (atribuída à Defensoria Pública) e a advocacia dos interesses públicos constitucionalmente cometidos à administração do Estado, daí, logicamente, decorrendo o tratamento tópico unitário de todos esses ramos no mesmo Capítulo da Carta Magna. O importante, porém, é que, na Constituição, o art. 131 (que ficou intacto) e o art. 132 (com sua redação emendada), mantiveram, ambos, explicitada a dupla missão fundamental desse sub-ramo estatal da advocacia pública, que é a Advocacia de Estado, ou seja: fundamentalmente, a representação judicial e a consultoria jurídica da União, dos Estados, do Distrito Federal e, por compreensão, no que couber, a dos Municípios, entes políticos que também são, em nossa federação de três graus[...].²⁷

Desse modo, verifica-se que, com o atual texto constitucional, cada Procuratura²⁸ Constitucional passou a exercer, dentro de seus respectivos âmbitos funcionais e federativos, funções tipicamente estatais de fiscalização, zeladoria, promoção, defesa e controle, referentes à estruturação e funcionamento do próprio Estado. Provavelmente, esta inovação venha em razão da construção tripartida clássica (Legislativo, Executivo e Judiciário) não mais atender às demandas complexas da sociedade, que exige novas ferramentas para a consecução do interesse público.

Com efeito, nas atuais constituições, é mais importante a consolidação de instrumentos para garantir a independência do exercício da função pelo Poder do que a separação propriamente dita em funções legislativa, executiva e judicial. Nesse sentido, as lições de Érico Andrade:

As mudanças sofridas na estrutura do Estado e da Administração, e a constitucionalização da Administração, importam na necessidade de rever a teoria da tripartição dos poderes, principalmente no âmbito do tradicional enquadramento da função administrativa do Poder Executivo.

As novas constituições tendem a organizar os poderes mais preocupadas com a independência do que com a nítida separação das funções. Com isso, a teoria da tripartição dos poderes ganha conotação negativa em relação à Administração Pública: em razão da independência dos poderes, o princípio

²⁷MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A Advocacia de Estado revisitada**, p.24-26.

²⁸ VOCABULÁRIO JURÍDICO. **Procuradoria**, p. 464. A expressão procuradoria pode ser reservada para o gênero, de vez que abrangerá outros órgãos públicos ou privados, de prestação de serviços jurídicos. A espécie aqui tratada da advocacia pública de radical constitucional fica, portando, melhor identificada com designação própria, assinalando, ainda, com a parcial paronímia da palavra “procuratura” com “magistratura”, uma aproximação e uma assemelhação que o próprio legislador constitucional quis destacar, como se exporá adiante.

da separação, antes de mais nada, aponta tudo aquilo que a Administração não pode fazer.

Não há mais necessidade de buscar o enquadramento, na teoria tripartite, da função administrativa [...].

O desligamento da função administrativa do Poder Executivo tornou a doutrina mais livre para conceituá-la como perseguição concreta do interesse público. Parte-se, também, para a ideia do Estado como ordem jurídica e Estado como sujeito de direito, ou seja, o Estado não é mais encarado como o direito. Separam-se os vários endereços estatais, para esclarecer que, quando o Estado edita lei, por meio do parlamento, traduz atuação do Estado-ordem jurídica. Mas quando o Estado atua administrativamente, trata-se do Estado-pessoa jurídica em ação, que deve se submeter ao Estado-ordem jurídica, como os demais cidadãos.²⁹

Oportuna, novamente, a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que enfatiza que os avanços da teoria constitucional enaltecem a importância da chamada função de controle, para o exercício da qual concorrem todos os Poderes e a própria sociedade. Para o autor, as funções essenciais à Justiça, juntamente com a sociedade, são os responsáveis pelo exercício desse papel de fiscalização e de provocação, *verbis*:

O Poder Público, de início concentrado e inespecializado, sofre um milenar processo evolutivo, desde as suas primeiras e rudimentares manifestações, até que, com crescente nitidez, vão-se distinguindo funções específicas, destacando-se a legislativa da executiva e, mais tarde, a judiciária.

Mas, ao mesmo tempo, no correr deste processo criam-se órgãos para exercê-los, agregando-se e conformando, pouco a pouco, complexos orgânicos. Órgãos e funções que inicialmente se confundiam, desenvolveram-se e diferenciaram-se, até que, na linha da clássica tripartição de MONTESQUIEU, sedimentaram-se os três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, caracterizados, como hoje é pacífico, mais pela ênfase dada a certas funções do que pela exclusividade de seu desempenho.

Com o aprimoramento desse processo, surgiu, primeiramente, a doutrina da separação e, depois a colaboração desses Poderes, mantendo-se quase como dogma do Estado contemporâneo, apenas a independência necessária para o exercício daquelas funções específicas em que se exige exclusividade.

Os últimos avanços da teoria constitucional enfatizam finalmente a importância da chamada função de controle, para o exercício da qual concorrem todos os Poderes e a própria sociedade.

Com efeito, Estado, por seus órgãos e por seus Poderes, e sociedade, por seus indivíduos e por seus órgãos, exercem multimodos e recíprocos papéis de controlados e controladores, distribuindo, a Constituição, entre todos, inúmeras funções de fiscalização, de provocação e de correção. De um lado, os três Poderes tradicionais, principalmente o Poder Judiciário, têm a seu cargo a correção, e de outro, as funções essenciais à justiça e à sociedade, cuidam da fiscalização e da provocação. Trata-se de um novo esquema de distribuição de poderes, que, embora mantenha nos Poderes orgânicos o seu mais importante centro de decisão sobre a juridicidade, descentraliza, nas funções essenciais à justiça, nos indivíduos, nas empresas, nas associações e nas instituições privadas, em geral, inúmeras funções de fiscalização e

²⁹ANDRADE, E. **Mandado de Segurança**, p. 165-167.

provocação. Sobretudo, e em última análise, devolve-se ao povo, a fração politicamente ativa da sociedade, a decisão final sobre a legitimidade e a moralidade, pelo exercício da participação democrática.³⁰

Portanto, na concepção atual, as Procuraturas Constitucionais funcionam como uma novel espécie de “freios e contrapesos” dos Poderes clássicos. Cada qual (Ministério Público – advocacia da sociedade; Advocacia Pública – advocacia de estado *stricto sensu*; Defensoria Pública – advocacia de hipossuficientes; e Advocacia privada), por meio do exercício de suas funções, contribui para a manutenção do equilíbrio entre as diferentes forças partidárias e sociais, bem como para o reequilíbrio de forças entre os Poderes clássicos, garantindo a tutela dos valores institucionais e a própria existência do Estado.

Sobre esse atual desenho constitucional, oportuna as lições de Maria Sylvia di Pietro:

[...] embora a Constituição adote, no artigo 2º, o princípio da separação de Poderes, ela prevê, no Título IV, denominado de “Organização dos Poderes”, quatro e não três capítulos; os três primeiros pertinentes a cada um dos Poderes do Estado e, o quarto, imediatamente seguinte ao que cuida do Poder Judiciário, referente às *Funções Essenciais à Justiça*, nele inserindo o Ministério Público, a Advocacia-Geral da União, as Procuradorias Estaduais, a Defensoria Pública e a Advocacia. Isto não significa que são *atividades típicas do Estado*, merecendo, por isso mesmo, tratamento constitucional diferenciado.

O que a Constituição quis realçar, com a inclusão dessas carreiras no capítulo das “*funções essenciais à Justiça*”, foi a importância de todas na busca da Justiça, entendida no duplo sentido: a) *Justiça como instituição*, como sinônimo de Poder Judiciário, já que este não tem legitimidade para dar início às ações judiciais, decidindo os conflitos que são postos e nos limites postos pelo advogado, pelo promotor de Justiça, pelo advogado público, pelo defensor público; sem esses profissionais, a Justiça não é acionada; ela não existe; b) *Justiça como valor*, incluída no preâmbulo da Constituição entre os valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos, e que consiste na “vontade constante de dar a cada um o que é seu” (*justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*).³¹

Em complementação, vale trazer também a fundamentação constante no Parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados Federais, de relatoria do deputado Lelo Coimbra, destinada a análise da PEC 82-A/2007:

Às chamadas funções essenciais à Justiça foi conferida essa missão de tutela dos grandes valores institucionais da nacionalidade. São as funções essenciais à Justiça os “freios e contrapesos” dos Poderes clássicos, uma espécie de limite cujas atribuições não se reduzem a proibir ações irregulares, mas compreendem também, no caso da Advocacia Pública, o

³⁰MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais**, p. 79-102.

³¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A Advocacia Pública como função essencial à Justiça**.

papel colaborador de orientar e ajustar previamente as políticas públicas aos ditames das leis e da Constituição e de induzir a concretização dos valores e objetivos centrais do Estado brasileiro.

Não foi outro o motivo que levou a Constituição de 1988 a inovar no que concerne à repartição de Poderes estatais. De um lado tentou estabelecer um reequilíbrio de forças entre os próprios Poderes clássicos, ou seja, entre o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário. De outro, e isto é muito importante, criou instituições destinadas a salvaguardar os valores maiores e perenes inscritos na Constituição.

Essas instituições estatais, considerada a própria natureza técnica das suas atribuições constitucionais, não estão subordinadas entre si mesmas nem aos demais Poderes, muito embora cada qual deva ter plena consciência do seu perfil de atuação profissional. Por exemplo, se o Ministério Público fiscaliza e persegue o gestor público, até mesmo criminalmente, e se a Defensoria Pública representa e garante de forma independente o acesso dos hipossuficientes à Justiça na defesa dos seus direitos, inclusive contra o próprio Estado, as carreiras da Advocacia Pública contam com um corpo que atua preventivamente na solução jurídica para as suas atividades administrativas e representam os respectivos entes públicos em juízo, quando os atos e negócios públicos são realizados de acordo com a sua orientação e, ainda assim, são questionados pelas demais funções estatais ou privadas.³²

Nas lições de Sérgio de Andréa Ferreira, aludidas instituições consolidam uma “quarta função política”, ao lado das funções legislativa, executiva e judicial, sendo “a função de provedoria de justiça, cuja finalidade é contribuir para a realização humana, democrática, equânime, do direito, seja pelo Poder Público, seja no relacionamento dos governados”.³³

Desta forma, no atual ordenamento constitucional brasileiro, esta quarta estrutura ganha espaço, para a busca concreta do interesse público. Entretanto, um questionamento que sempre acompanha este novo arquétipo constitucional é se esta quarta função estaria dentro ou fora dos demais Poderes.

Para o ministro Dias Toffoli,

[...] tanto o Ministério Público, quanto a Advocacia Pública, quanto a Defensoria Pública são instituições que não integram nenhum dos Três Poderes. Eles estão separados tanto do Legislativo, quanto do Executivo, quanto do Judiciário.³⁴

O ministro da Suprema Corte enfatiza que quem integra o Poder Executivo é apenas o Advogado-Geral da União. Tal constatação se deu no bojo do julgamento do RE 558.258/SP, em que se discutia a abrangência do termo “procuradores”, previsto no art. 37, XI, da CR/88,

³² DINO, Flávio et al. **Parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 82-A, de 2007.**

³³ FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Comentários à Constituição**, p. 12-13.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Recurso Extraordinário nº 558.258/SP (2010).**

em relação aos procuradores autárquicos. Entretanto, o próprio ministro se reservou a não avançar sobre a questão, dada a matéria versada naqueles autos, *verbis*:

Quem integra o Poder Executivo, única e exclusivamente, é o Advogado-Geral da União, e não a Advocacia-Geral da União. E nem podia ser diferente, porque, no texto constitucional, ela não está dentro do Poder Executivo. Bem por isso que os procuradores federais, que fazem a representação judicial e o trabalho de consultoria das autarquias federais, não integram essas autarquias [...] Pelo princípio da similitude [...] a mesma coisa ocorre nos Estados. Os procuradores, sejam procuradores do Estado, que prestam a consultoria e a defesa do Estado em juízo ou no seu trabalho consultivo, para a administração direta, sejam os procuradores autárquicos, eles devem integrar uma única instituição que é a Procuradoria do Estado. [...] Bem por isso, Senhor Presidente, até gostaria de avançar nos argumentos, dada a importância dessa tópica – o status da Advocacia Pública como fora dos Três Poderes – mas me reservo – e com certeza haverá outra oportunidade para esse tipo de discussão [...] ³⁵

Analisando sob a ótica elucidada pelo ministro Dias Toffoli, verifica-se, de fato, a partir de uma análise sistemática da Constituição de 1988, que as funções essenciais à Justiça estão em um capítulo apartado, fora da estrutura dos demais Poderes da república. Entretanto, *data máxima venia*, ao contrário do que se pode presumir, isso não significa necessariamente que todas as funções ali elencadas estão fora dos três Poderes. Isso é revelado pelo regramento constitucional dado a cada uma das Procuraturas Constitucionais.

Ao Ministério Público, por exemplo, asseguraram-se, praticamente, as mesmas garantias dos magistrados, destacando-se os princípios institucionais (unidade, indivisibilidade, independência funcional), as garantias à instituição (autonomia funcional, administrativa e financeira), e as prerrogativas aos seus membros (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio). Assim, o *parquet* realmente está fora da estrutura dos demais Poderes.

À Defensoria Pública garantiu-se, inicialmente, aos seus membros a estabilidade e a inamovibilidade e, recentemente, por meio da adequação do texto constitucional, conferida pelas Emendas Constitucionais de nº 45, de 2004, nº 74, de 2013 e nº 80, de 2014, estenderam-se garantias à instituição (autonomia funcional, administrativa e financeira) e os princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e independência funcional. Assim, tal como ocorre no Ministério Público, é clara a sua independência em relação aos outros três Poderes.

Já em relação à Advocacia Pública assegurou-se apenas a estabilidade e a inviolabilidade profissional, esta última garantia em uma interpretação sistemática do texto

³⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Recurso Extraordinário nº 558.258/SP (2010)**.

constitucional com a seção seguinte que, quando trata da advocacia privada, prescreve que o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. Ora, se o procurador de Estado é membro da Ordem dos Advogados do Brasil, investido em virtude de inscrição, em razão do preenchimento dos requisitos legais, goza da garantia constitucional da inviolabilidade constitucional.

Note-se que não foi consagrada à Advocacia Pública, como instituição, nenhuma das garantias estendidas as demais funções essenciais à Justiça, tal como a autonomia funcional, administrativa e financeira, fato que revela que ela não está fora da estrutura dos demais Poderes da República, como ocorre com as demais Procuraturas Constitucionais, se encontrando, na verdade, vinculada ao Poder Executivo.

A questão que fica é se a ausência de garantias à instituição e se estas prerrogativas funcionais (estabilidade e inviolabilidade profissional) realmente são suficientes para assegurar a necessária independência ao advogado público para que exerça o seu *múnus* público sem represálias da autoridade contrariada ou infiltrações indevidas de natureza política no exercício de sua competência institucional deliberativa ou decisória. Afinal, advogado público não se confunde com advogado de governo. Portanto, não deve se submeter à vontade dos governantes, mas sim à Constituição e às leis, pautando sua atuação na observância dos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, sendo seu dever apontar eventual ilicitude praticada pelo administrador, bem como prestar a devida orientação para se evitar o cometimento de outras (controle prévio de regularidade dos atos administrativos), buscando sempre resguardar o interesse público.

Entretanto, parece que se está longe disso. Com o atual desenho constitucional, a Advocacia Pública não está imune às ordens, instruções ou avisos de autoridades do primeiro escalão, estranhas ao seu quadro funcional, tais como os Chefes do Executivo, Ministros e Secretários, sofrendo, por conseguinte, indesejável influencia na consecução de suas funções institucionais.

No âmbito federal, por exemplo, o chefe da instituição é tido como pessoa de confiança do Presidente da República, podendo ser, inclusive, estranho à carreira, uma vez que a própria Constituição (artigo 131, §1º) prevê que o Advogado-Geral da União é de livre nomeação e exoneração pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e de reputação ilibada. Tal fato pode gerar distorções no sistema jurídico público, que podem contaminar toda a instituição.

Recentemente presenciou-se um exemplo claro, quando o então Advogado-Geral da União, José Eduardo Cardozo, fez a defesa da Presidente Dilma Rousseff no processo de *impeachment*³⁶. Tal questão levantou grande polêmica no meio jurídico: para alguns, a defesa dos atos praticados pela Presidente da República estaria dentro da competência da Advocacia Geral da União - AGU, por se tratar de atos realizados no exercício da função; entretanto, para outros não havia interesse da União, mas sim interesse pessoal da Presidente, o que impediria a sua defesa por meio da instituição pública.

Mesmo com a polêmica, inicialmente a defesa foi realizada por meio da Advocacia Geral da União. Todavia, após o afastamento da Presidente do cargo, a Advocacia Geral da União deixou de patrocinar a causa. Aliás, com a condução do Vice-Presidente, Michel Temer, à Presidência da República, houve, inclusive, a troca do Advogado-Geral da União, nomeando-se pessoa de confiança do Presidente interino.

Obviamente o novo Advogado-Geral da União, Fábio Medina Osório, não possui a fidedignidade da Presidente afastada, mas a questão que fica é quanto à competência da AGU. Se partir-se da premissa de que a AGU era competente para patrocinar a causa, não poderia deixar de ser com o afastamento da Presidente. A competência emerge da Constituição, da lei e não da vontade das partes. Não que a defesa tenha que ser realizada pelo Advogado-Geral da União (cargo comissionado ocupado por pessoa de confiança do Presidente da República), mas se é da competência do órgão, poderia ter sido designado algum membro da carreira para acompanhar o feito, mesmo com o afastamento da Presidente, independentemente da contratação particular de advogado. Por outro lado, se não é da competência do órgão, jamais poderia ter o Advogado-Geral da União realizado tal defesa.

Esta polêmica ilustra bem a ingerência de autoridades estranhas ao quadro funcional da Advocacia Geral da União – AGU, que ocorre justamente em decorrência do atual desenho constitucional dado à instituição, o que revela a sua fragilidade, ao ponto de ter a sua própria competência alterada, a depender dos interesses envolvidos e das vicissitudes de concepção do Chefe-Máximo do órgão.

Talvez uma solução para esse tipo de situação e de ingerência passe pela restrição da escolha do chefe-máximo da instituição, para que recaia necessariamente dentre os membros

³⁶Em 02 de dezembro de 2015, a partir da aceitação, pelo Presidente da Câmara dos Deputados, da denúncia de crime de responsabilidade oferecida pelo procurador de justiça aposentado Hélio Bicudo e pelos advogados Miguel Reale Júnior e Janaina Paschoal, iniciou-se o processo de *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff. Até a conclusão do presente trabalho, não foi concluído o processo de impedimento da Presidente Dilma, permanecendo como interino o Presidente Temer.

da respectiva carreira, a partir da apresentação de uma lista prévia eleita, bem como pela adoção de algo similar ao que ocorre quando se trata de mandado de segurança contra autoridade pública, ou seja, dar “ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito” (artigo 7º, inciso II, da Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009)³⁷. Uma vez decidido o ingresso no feito (de preferência por um órgão colegiado da respectiva Procuratura Pública), o órgão estatal acompanharia o feito até os seus ulteriores termos.

Noutro giro, verifica-se que situação ainda mais delicada se tem em relação aos Municípios, visto que no atual texto constitucional não há alusão expressa à sua representação judicial e à sua consultoria jurídica, tal como ocorre com os seus congêneres (União, Estados e Distrito Federal). Assim, na hipótese de não exigir carreira de procurador do Município, o Prefeito Municipal certamente exercitará tal mister público por meio da contratação de advogados e de escritórios de advocacia, que não têm vínculo e tampouco possuem compromisso real com o ente federativo, mas tão somente com o seu contratante, o que gera ainda mais distorções, conforme se verificará em tópico próprio.

No entanto, buscando-se atenuar esta discrepância entre o regramento constitucional dado às Procuraturas Constitucionais, hodiernamente, tramitam, na Câmara e no Senado, importantes propostas de emenda à constituição - PEC 82/2007, PEC 452/2009 e PEC 17/2012, que atribuem autonomia funcional, administrativa e financeira, bem como prerrogativas aos membros da Advocacia Pública, além de constitucionalizar expressamente a carreira dos procuradores municipais, propostas estas que serão analisadas em capítulo próprio. Antes, investigar-se-á se nas localidades em que foram instaladas Procuradorias Municipais ou que, ao menos, foi criada por lei a carreira de procuradores municipais, o regime jurídico deve ser definido de maneira simétrica aos regimes expressamente previstos no texto constitucional, em decorrência de uma interpretação da Constituição da República.

2.3 As Procuraturas Municipais na Constituição – exegese constitucional

No tópico precedente, indagou-se se o regime jurídico dos procuradores municipais, organizados em carreira, nas localidades em que foi criado tal cargo, deve ser definido de

³⁷BRASIL. Lei nº 12.016, 07 ago. 2009.

maneira simétrica aos regimes expressamente previstos no texto constitucional, em decorrência de uma interpretação da Constituição da República.

Para esclarecer esta questão será realizada uma combinação dos critérios usuais de interpretação jurídica (critério gramatical, teleológico e lógico-sistemático), por meio da qual se entende ser possível a obtenção de um resultado mais satisfatório do que se buscar a resposta em um único método de interpretação isoladamente considerado. Além disso, se valerá do princípio da simetria, da similitude e da paridade das formas.

Iniciando-se pelo critério gramatical, também chamado de literal, nota-se que os procuradores municipais, aparentemente, não foram levados em consideração no momento da elaboração do texto constitucional, já que na seção pertinente à Advocacia Pública (artigos 131 e 132) houve menção expressa apenas à Advocacia Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal, *verbis*:

SEÇÃO II DA ADVOCACIA PÚBLICA

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

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)

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)³⁸

Aliás, na redação original do texto de 1988 a seção era nomeada como “*Da Advocacia Geral da União*”, o que revela certa atecnia, uma vez que, desde o nascedouro da Constituição de 1988, o patrocínio jurídico dos Estados e do Distrito Federal foi outorgado

³⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

aos seus respectivos procuradores, organizados em carreira. Com a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, houve a alteração da nomenclatura do título da seção pertinente à advocacia estatal, passando a constar “*Da Advocacia Pública*”, corrigindo a imperfeição original.

Assim, para se prosseguir na exegese gramatical, se faz necessária a investigação dos conceitos e possibilidades semânticas da expressão “*Da Advocacia Pública*”, para se extrair o seu real sentido e abrangência normativa, conforme leciona Luís Roberto Barroso:

[...] a interpretação gramatical não poderá trabalhar com sentidos únicos a serem extraídos dos relatos normativos. Assentadas essas premissas, deve-se enfatizar sua contrapartida: os conceitos e possibilidades semânticas do texto figuram como ponto de partida e como limite máximo da interpretação. O intérprete não pode ignorar ou torcer o sentido das palavras, sob pena de sobrepor a retórica à legitimidade democrática, à lógica e à segurança jurídica. A cor cinza pode compreender uma variedade de tonalidades entre preto e branco, mas não é vermelha nem amarela.³⁹

A partir da semântica da expressão “*Da Advocacia Pública*” não há como se chegar a outra conclusão a não ser a de que tal expressão também engloba os procuradores municipais, sobretudo àqueles organizados em carreira. Isso porque a atividade praticada por servidores que preenchem os mesmos requisitos de seus congêneres, procuradores da União, dos Estados e do Distrito Federal, ou seja, que prestaram concurso para o ingresso na carreira de advogado e que realizam a defesa dos interesses públicos constitucionalmente cometidos à administração do ente a que se encontram vinculados, exercem advocacia pública e não privada. Se é advocacia pública, está previsto no texto constitucional, a partir da expressão “*Da Advocacia Pública*”, embora não haja menção expressa aos procuradores municipais.

Na verdade, esta omissão constitucional traz, em tese⁴⁰, como consequência a possibilidade de que esta função pública, no âmbito municipal, nas localidades em que não foi criada a carreira, seja cometida a particulares (advogados e/ou escritórios de advocacia) já que, pela literalidade do texto constitucional não há a exigência de criação de tal cargo nos Municípios. No entanto, isso não significa que, nos locais em que foi instituída a carreira, a advocacia pública municipal não se enquadre na seção “*Da Advocacia Pública*” do texto constitucional.

³⁹BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, p. 291.

⁴⁰Diz-se, em tese, porque a partir de uma interpretação sistemática da Constituição da República, conjugada com os princípios da simetria, da similitude e da paridade das formas, entende-se que há obrigação dos Municípios em instituir a carreira de procurador municipal, não podendo tal função ser cometida a particulares ou a comissionados.

Carlos Maximiliano nos lembra de um importante cânone hermenêutico tradicional segundo o qual não se deve presumir distinções onde o legislador não tenha instituído: “Quando o texto menciona gênero, presumem-se incluídas as espécies respectivas [...] quando regula todo, compreende também as partes [...] *Ubix lex non distinguit nec nos distinguere debemus*: ‘Onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir’”.⁴¹

Desta forma, não é porque o texto constitucional não reservou artigo específico para os procuradores municipais, que estes deixaram de ser enquadrados como membros da Advocacia Pública. É dizer, a ausência de referência expressa às Procuradorias Municipais não retira essas instituições, quando existentes, do domínio da Advocacia Pública e por consequência do âmbito das “*funções essenciais à Justiça*”.

Certo é que se em um primeiro momento, com o texto original da Constituição da República, havia dúvidas, a partir de uma interpretação literal, quanto à previsão constitucional das Procuraturas Municipais (talvez, mais pela atecnia do texto primitivo, do que pela semântica do texto), mais certo ainda é que tal dúvida foi sepultada quando o constituinte derivado denominou a seção como “*Da Advocacia Pública*”, que engloba de forma evidente o patrocínio dos interesses públicos constitucionalmente cometidos à Administração, nos âmbitos municipal, estadual e federal.

Por uma interpretação teleológica do texto constitucional, ou seja, pela busca da finalidade da norma constitucional estudada, é necessário se indagar a razão pela qual o constituinte criou uma seção específica à Advocacia Pública.

De certo é que a finalidade da regra estampada nos artigos 131 e 132 é conferir a defesa dos interesses públicos constitucionalmente cometidos à administração do Estado à Advocacia Pública, a procuradores, concursados, organizados em carreira. Isso ocorre justamente porque não se revela possível que tal mister público seja exercido por servidores comissionados, que não detêm a independência necessária para o fiel cumprimento de tal função, e, tampouco, por particulares, que não têm compromisso real com o ente federativo que patrocina, mas sim com quem lhe contrata. Nesse sentido, os ensinamentos de Maria Sylvia di Pietro:

Não é por outra razão que o artigo 131 da Constituição, exigiu, no § 2º, a organização em carreira na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos. Vale dizer que o próprio legislador constituinte considerou essencial a independência dos integrantes da advocacia pública no exercício de suas funções, razão pela qual impôs normas precisas de ingresso, com a consequente garantia da estabilidade. Por isso mesmo, não

⁴¹MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, p. 201.

podem pessoas estranhas ao quadro da instituição ocupar cargos em comissão para exercer atribuições privativas dos advogados públicos.⁴²

Além disso, trata-se do exercício de funções tipicamente estatais (fiscalização, zeladoria, promoção, defesa e controle), essenciais à tutela dos valores institucionais, que demandam o mínimo de organização, o que justifica a instituição de carreira, destinada a tal fim, composta por servidores efetivos.

Ora, se os procuradores municipais, organizados em carreira, são também advogados públicos e exercem, dentro do seu âmbito, funções idênticas, de igual natureza e hierarquia, da de seus congêneres (advogados da União, procuradores do Estado e do Distrito Federal), desempenhando o mesmo papel institucional, com todas as responsabilidades inerentes à realização deste nobre *múnus* público, não há qualquer razão que justifique a exclusão do rol das funções essenciais à Justiça.

Assim, se a finalidade da regra estampada nos artigos 131 e 132 é cometer a defesa dos interesses públicos constitucionalmente cometidos à administração do Estado à Advocacia Pública, igualmente, deve ser tal função cometida aos procuradores municipais, no âmbito municipal.

Isso fica ainda mais claro quando realizamos uma interpretação lógico-sistemática do texto constitucional. A exegese sistemática parte da premissa de que as normas jurídicas não devem ser interpretadas de forma isolada, ao contrário, deve-se buscar a harmonia e a coerência entre os diferentes dispositivos normativos que integram o mesmo ordenamento jurídico.

Em uma análise da exegese constitucional, Konrad Hesse leciona que

[...] a conexão e a interdependência dos elementos individuais da Constituição fundamentam a necessidade de olhar nunca somente a norma individual, senão sempre também a conexão total na qual ela deve ser colocada.⁴³

Desse modo, o instituto da Advocacia Pública deve ser interpretado não de forma fragmentada, mas sim à luz do sistema constitucional estabelecido, de forma a se complementar e de se esclarecer reciprocamente com o ordenamento jurídico posto.

Pois bem. Já se observou que os membros da Advocacia Pública, dentro de seu âmbito funcional e federativo, exercem funções tipicamente estatais de fiscalização, zeladoria, promoção, defesa e controle, referentes à estruturação e funcionamento do próprio Estado,

⁴²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A Advocacia Pública como função essencial à Justiça.**

⁴³HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 65.

contribuindo para a manutenção do equilíbrio entre as diferentes forças partidárias e sociais, bem como para o reequilíbrio de forças entre os Poderes clássicos, garantindo, por conseguinte, a tutela dos valores institucionais.

Ora, se com o atual texto constitucional, a Advocacia Pública passou a ter esse relevante papel, é evidente que os Municípios, como entes federativos que são, não podem se ver descobertos de tal função, devendo, assim como os seus congêneres (União, Estados e Distrito Federal), ter o seu órgão próprio de representação judicial, consultoria e assessoria jurídicas, vez que, igualmente, possuem interesses públicos constitucionalmente cometidos à sua administração, que demandam defesa técnica e jurídica permanente, para a sua fiel concretização.

Afinal, com a Constituição de 1988, os Municípios foram inseridos na estrutura federativa, passando a gozar de um extenso rol de competências, detendo atribuições em áreas de inegável relevância social, tais como saúde, educação, transporte e proteção do patrimônio histórico-cultural local, além de deterem a competência para legislar sobre assuntos de interesse local, estabelecendo contornos que regulam e influenciam na vida de toda a sociedade.

Desse modo, se não há hierarquia entre os entes federativos e tampouco em relação às diferentes competências constitucionais e sendo os interesses municipais patrocinados pelos procuradores municipais de igual envergadura de seus congêneres, não há nenhum motivo que justifique a ausência desta importante função no âmbito municipal.

César Antônio Alves Cordaro vai além, defendendo que a ausência de procuradores municipais gera consequências graves na realização do próprio sistema federativo e do Estado Democrático de Direito, sobretudo porque põe em risco a submissão da ação administrativa aos princípios que norteiam a Constituição da República, *verbis*:

Assim, na sua configuração atual, o Município está inserido na estrutura federativa, embora não seja referido como unidade federativa, revelando uma incoerência que se expressa na organização desse ente político, podendo ser destacada, naquilo que diz respeito ao nosso tema de previsão constitucional expressa para a organização de seus serviços jurídicos.

A aludida anomalia gera consequências graves na realização do Estado Democrático de Direito, que tem como pressuposto básico a total submissão das unidades federadas aos princípios da legalidade, da moralidade e do respeito à dignidade da pessoa humana (Constituição, arts. 1º, 5º e 37).

Afinal, sem a possibilidade de ter os seus serviços de orientação e aconselhamento e de representação judicial revestidos de certas garantias, ficando sob influência de interesses partidários e/ou pessoais, não estará

assegurada a submissão da ação administrativa aos princípios do Estado Democrático de Direito [...].⁴⁴

De fato, a inexistência de um órgão permanente de orientação, aconselhamento e representação judicial mitiga o federalismo e a autonomia municipal, vez que esvazia a estrutura do ente federativo, retirando a sua memória jurídica e relegando o Município a um estado turvo, sujeito às vicissitudes de humor e de interesse do alcaide de plantão. Certamente, não foi esta a vontade do constituinte originário.

2.4 Aplicação dos Princípios da Simetria, da Similitude e da Paridade das Formas

Poder-se-ia entender que, na verdade, há uma lacuna constitucional em relação às Procuraturas Municipais, vez que o texto constitucional deixou de contemplar expressamente matéria importante, desarmonizando o sistema jurídico concebido às pessoas políticas, sobretudo quanto à função essencial que atua na defesa de cada um dos planos federativos. Sobre as lacunas constitucionais, vale trazer os ensinamentos de Gilmar Mendes:

A dificuldade para o intérprete da Constituição pode estar na circunstância de deparar com uma situação não regulamentada pela Carta, mas que seria de se esperar que o constituinte sobre ela dispusesse. Mais inquietante, pode acontecer de um fato real se encaixar perfeitamente no que impõe uma norma, cuja incidência, contudo, produz resultados inaceitáveis. Nesses casos, fala-se em lacuna da Constituição. A lacuna pode ser definida, na fórmula precisa e concisa de Jorge Miranda, como “situação constitucionalmente relevante não prevista.”

Quando ocorre a primeira das situações acima descritas, será necessário discernir se o constituinte não deixou de disciplinar a matéria, justamente para permitir que o legislador o fizesse, conforme peculiaridades do momento, sem a rigidez que marcam as decisões fixadas no Texto Magno.

[...]

Outros casos há, porém, em que o problema sob análise do intérprete não encontra subsunção em uma disposição específica do Texto Constitucional, mas não se flagra um propósito do constituinte de relegar o tema ao jogo político ordinário da legislação infraconstitucional, porque, a matéria, à parte o tópico em ocorre a omissão, é objeto de um tratamento direto e minucioso do constituinte.

[...]

No entanto, o exame apurado das circunstâncias normativas, a partir de uma compreensão sistemática, pode revelar que houve, na omissão, apenas um

⁴⁴CORDARO, Cesar Antônio Alves; GUEDES, Jefferson Carús Guedes; SOUZA, Luciane Moessa de. (Coord.). *Advocacia de Estado*, p. 232-233.

lapso do constituinte, que não pretendia excluir da incidência da norma a categoria de fatos em apreciação. Aqui haverá uma “lacuna de formulação”.

[...]

A lacuna às vezes ocorre porque o constituinte não chegou a atinar com a necessidade de dispor sobre o período de adaptação necessário, no plano da realidade, para que a norma que estatuiu possa produzir efeito.

[...]

Esse último caso aproxima-se de um outro modelo de lacuna, trabalhado na aplicação da Constituição, que ganhou nome de lacuna axiológica. Aqui, como é típico das lacunas constitucionais, uma circunstância constitucionalmente relevante não foi prevista. O intérprete sustenta, a partir de uma pauta valorativa por ele pressuposta, que faltou ao constituinte esclarecer que a situação semanticamente englobada na hipótese de fato de uma norma deve ser considerada como por ela não disciplinada, para, desse modo, não se dar efeito a uma solução injusta ou inadequada ao sistema.⁴⁵

No mesmo sentido, as lições de Daniel Sarmento:

[...] resultam não só da ausência de disciplina de assunto relevante, como também da percepção de que a regulação *prima facie* incidente sobre determinada situação deixou de contemplar aspecto importante, cuja consideração levaria a resultado diferente. Há, nesta última hipótese, uma dissonância entre a aparente incidência normativa e o sistema jurídico como um todo, que não pode ser imputada à intenção legal.⁴⁶

Especificamente sobre o lapso do constituinte originário em relação à Advocacia Pública municipal, leciona Cláudio Grande Júnior:

Por fim, a Constituição de 1988 nada dispõe, especificamente, sobre a advocacia pública no âmbito municipal. Talvez um lapso decorrente da então recente inclusão dos Municípios no pacto federativo brasileiro. Em parte verdade, pois Cesar Antonio Alves Cordaro esclarece que a quantidade de Municípios e a diversidade de situações engessariam essas unidades estatais se tratadas todas igualmente, impondo um encargo excessivo a pequenas localidades, “jejunas de recursos e, muitas vezes, sem a real necessidade de serviço jurídico estruturado nas proporções de uma Procuradoria Geral.”

Mas é fato incontroverso que os Municípios, como entidades estatais, estão investidos de autonomia político-administrativa e, conseqüentemente, possuem personalidade jurídica de direito público interno. Destarte, necessitam de representação judicial e extrajudicial. E como os seus agentes políticos devem rigorosa observância à Constituição e aos princípios da administração pública, torna-se imperioso reconhecer a consultoria jurídica e o “necessário assessoramento técnico, através de um órgão especializado, estruturado através de cargos acessíveis mediante concurso público de provas e títulos, cujos ocupantes tenham a garantia da estabilidade.” Por outro lado, é inegável que existem Municípios sem condições de instituírem e estruturarem autênticas Procuradorias. Logo, inteligente a solução de se promulgar Emenda Constitucional, estabelecendo critério de obrigatoriedade vinculado ao número de habitantes. Ainda assim, todas as municipalidades

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**, p. 227-232.

⁴⁶ SARMENTO, Daniel. **As lacunas constitucionais e a sua integração**, p. 30.

precisam, ao menos, criar cargos de provimento efetivo de advogados públicos.⁴⁷

Solução adequada para o preenchimento da lacuna deve ser a integração do texto constitucional por meio dos princípios da simetria, da paridade das formas, da similitude que buscam, justamente, preservar o esquema jurídico-constitucional concebido pelo poder constituinte originário, evitando-se contradições teóricas incompatíveis com a coerência sistemática do ordenamento jurídico. Referidos princípios têm suas raízes nos chamados *princípios extensíveis*, que, segundo José Afonso da Silva, em sua clássica obra “Direito Constitucional Positivo”⁴⁸, eram “aqueles que consubstanciavam regras de organização da União, cuja aplicação, nos termos da Constituição revogada, se estendia aos Estados”.

Na atual Constituição, os fundamentos mais evidentes da simetria, da paridade das formas e da similitude estão no *caput* do artigo 25, segundo o qual “os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”; no parágrafo primeiro do citado artigo, que prescreve que “são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”; no *caput* do artigo 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que dispõe que “cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta”; e no parágrafo único do citado artigo, que prescreve que “promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, votar a Lei Orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual”.

Criticando a própria existência do princípio da simetria, vale trazer fundamentos da tese de doutorado defendida por Léo Ferreira Leoney:

Independentemente da crença de alguns da existência de um “princípio da simetria” – seja de caráter normativo, seja de caráter hermenêutico -, o fato é que tal “princípio” não tem a sua existência confirmada tão logo seja pronunciado em decisões judiciais sobre a constitucionalidade de leis ou atos normativos locais.

Viu-se que na verdade a expressão está associada a uma prática argumentativa que vai muito além de uma postura “monoprincipiológica”. Por detrás da mitificação da “simetria”, há um todo universo jurídico permeado por constelações de argumentos, e no campo de atração deles, um conjunto de regras e princípios constitucionais invocados em auxílio da construção das máximas de decisão de que se vale o órgão julgador para resolver um caso lacunoso ou indeterminado.

⁴⁷ JUNIOR, Cláudio Grande. **Advocacia pública**, p. 63.

⁴⁸SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p.618.

Desse modo, “simetria” não é um “princípio” constitucional formal, nem mesmo de caráter implícito, e também não é um princípio hermenêutico, antes representando um lugar-comum arbitrário que substancialmente oculta um processo de construção muito mais sofisticado, embora aparentemente desconhecido seja pelos seus usuais aplicadores, seja por seus críticos habituais.⁴⁹

Confirmando que se trata de uma exegese que exsurtiu dos tribunais e, não obstante, justificando a necessidade de sua utilização, o ministro Cezar Peluso conceitua o princípio da simetria como sendo “uma construção pretoriana tendente a garantir, quanto aos aspectos reputados substanciais, homogeneidade na disciplina normativa da separação, independência e harmonia dos poderes, nos três planos federativos”⁵⁰.

Desse modo, partindo-se da premissa da possibilidade de aplicação do princípio da simetria (mesmo diante das críticas em torno de sua utilização), aliado aos princípios da similitude e da paridade das formas, resta claro que, apesar dos planos federativos deterem poderes de autolegislação e auto-organização, devem observar os princípios que norteiam a Constituição da República, o que revela a necessidade e obrigação dos Municípios de instituir a carreira de procurador público, tal como previsto para os demais entes federativos, exigência esta que está inequivocamente contemplada pelos artigos 131 e 132 da Constituição da República.

Aliás, em recente julgado em que se discutia a exegese do artigo 37, XI e do artigo 132 da CR/88, em relação aos procuradores municipais, o Supremo Tribunal Federal consignou que, não obstante a expressão “procuradores municipais” não estar expressa na Constituição, não significa a impossibilidade de serem alçados pela norma constitucional, não havendo fundamento para *discrímen* entre procuradores municipais, que desempenham idênticas atribuições dos procuradores congêneres no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal, restando, portanto, indubitável que os advogados públicos municipais integrariam a categoria da Advocacia Pública a que a Constituição denomina de “função essencial à Justiça”, *verbis*:

Segundo o relator, os advogados públicos municipais desempenhariam idênticas atribuições dos procuradores congêneres no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal. Vários municípios exigiriam de seus procuradores o preenchimento dos mesmos requisitos para provimento dos cargos da procuradoria estadual, com concursos públicos de mesmo grau de dificuldade para essa carreira organizada. Do que se infere que não haveria fundamento para referido “discrímen” entre os procuradores, o que resultaria

⁴⁹LEONCY, Léo Ferreira. **Princípio da simetria e argumento analógico.**

⁵⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.298 (2009).**

em uma advocacia pública municipal cujo subteto fosse o subsídio do prefeito. Ao assim proceder, os procuradores municipais estariam sujeitos às mais diversas contingências políticas, distantes do subteto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos ministros do STF. Diante disso, atrelar a remuneração dos advogados públicos municipais ao subsídio do prefeito relegaria a carreira a um indesejável e iníquo desprestígio quando em cotejo com a advocacia pública dos Estados e da União. E não teria sido essa a intenção do constituinte ao redigir o art. 37, XI, da CF. Indubitável, portanto, que os procuradores municipais integrariam a categoria da Advocacia Pública a que a Constituição denomina de “funções essenciais à Justiça”, e, quanto ao teto remuneratório, deveriam estar sujeitos ao subsídio dos desembargadores dos tribunais de justiça estaduais. Destacou que, embora a expressão “procuradores municipais” não estivesse expressa na Constituição, não significaria a impossibilidade de serem alçados pela norma constitucional. Lembrou que a Corte já assentara a inconstitucionalidade de qualquer interpretação que excluísse os defensores das autarquias da categoria “procuradores”. De igual maneira, qualquer interpretação que pretendesse retirar a vinculação dos procuradores municipais ao teto dos desembargadores dos tribunais de justiça. Por fim, assentou que o constituinte não obrigaria os prefeitos a assegurarem ao seu corpo de procuradores um subsídio que superasse o do chefe do Executivo municipal. Nos termos do art. 61, §1º, II, “c”, da CF, competiria ao chefe do Poder Executivo municipal a iniciativa privativa da lei que disciplinasse o regime de subsídio de seus procuradores. Dessa forma, caberia ao prefeito avaliar politicamente, diante das circunstâncias orçamentárias e da sua política de recursos humanos, a conveniência de permitir que um procurador de município recebesse mais do que o chefe do Poder Executivo municipal.⁵¹

Desta forma, em razão do princípio da simetria e da paridade das formas, é essencial aos Municípios que se institua carreira de procurador municipal, tratando-se de obrigação dessumida do próprio texto constitucional.

⁵¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 821**.

3 O ADVOGADO PÚBLICO

3.1 A *apresentação* judicial do ente público e a impropriedade da *apresentação* judicial pelo Prefeito no âmbito municipal

O advogado de Estado é um órgão unipessoal que apresenta em juízo a pessoa política à qual se encontra vinculado, independentemente de mandato, já que se trata de outorga legal decorrente da assunção do cargo. Nesse sentido, leciona Leonardo Carneiro da Cunha, transcrevendo lições de Pontes de Miranda:

Tratando-se da Fazenda Pública, sua representação é feita, via de regra, por procuradores judiciais, que são titulares de cargos públicos privativos de advogados regularmente inscritos na OAB, detendo, portanto, *capacidade postulatória*. Como a representação decorre da lei, é prescindível a juntada de procuração [...]; a representação decorre do vínculo legal mantido entre a Administração Pública e o procurador. [...] Na verdade, a Procuradoria Judicial e seus procuradores constituem *órgão* da Fazenda Pública. Então, o advogado público quando atua perante os órgãos do Poder Judiciário é a Fazenda Pública *presente* em juízo. Segundo clássica distinção feita por Pontes Miranda, os advogados públicos *apresentam* a Fazenda Pública em juízo, não sendo correto aludir-se à *representação*.⁵²

No âmbito da União, como visto, antes do advento da Constituição de 1988, a apresentação em juízo cabia ao Ministério Público Federal. Com a atual Constituição, a apresentação judicial da União passou à Advocacia Geral da União, por meio do Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República, dentre os cidadãos que preencherem os requisitos constitucionais (maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada), e por intermédio dos procuradores e advogados públicos, que ingressam na carreira da instituição mediante a realização de concurso público.

A Constituição dispõe ainda expressamente que: “Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.”⁵³ Isso quer dizer que a União tem sua apresentação constitucionalmente dividida

⁵²CUNHA. Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**, p. 11-12.

⁵³“Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.
[...]

entre procuradores da Fazenda, que atuam em causas que ostentam natureza tributária, e os Advogados Públicos, que atuam nos demais tipos de demanda, embora as duas carreiras integrem a mesma instituição: a Advocacia-Geral da União.

No âmbito dos Estados e do Distrito Federal a apresentação judicial é cometida aos respectivos procuradores, sendo que a divisão, por matérias ou tarefas, é declinada à lei local que organizar a carreira.

Aqui chama atenção a inovação processual trazida pelo Novo Código de Processo Civil – Lei Federal 13.105, de 16 de março de 2015, que incluiu a possibilidade dos Estados e do Distrito Federal firmarem convênio recíproco para que seus procuradores possam praticar ato processual em favor um do outro (§4º, do artigo 75)⁵⁴. Evidentemente que aludida inovação vem em razão de se evitar gastos com diligências em outros Estados. Entretanto, o novo instituto processual deve ser utilizado com parcimônia, uma vez que a economia não pode servir de pretexto para usurpação de competências constitucionalmente estabelecidas. Por isso mesmo, o convênio firmado entre os entes federativos deve prever os casos específicos e excepcionais em que a prática do ato processual em favor do outro ente federativo será realizada.

Aludida inovação não foi estendida para a União, nem para os Municípios. Para União, a resposta é lógica, vez que se tem membros da Advocacia Pública Federal espalhados pelo Brasil inteiro. Para os Municípios é que não parece tão lógica, mas a resposta talvez esteja relacionada à ausência de obrigatoriedade constitucional de criação do cargo de procurador municipal. Isso porque em localidades em que não há tal carreira, poderia ocorrer a distorção do instituto, firmando-se convênios que, na prática, poderiam servir para suprir tal lacuna, fazendo com que procuradores do Estado se tornassem, de fato, também procuradores municipais, acumulando a apresentação dos entes federativos de forma indevida e inconstitucional.

Por outro lado, não parece razoável subtrair dos Municípios em que foi criada a carreira de procurador municipal a possibilidade de se firmar tal convênio com outros entes

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**).

⁵⁴ Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

I - a União, pela Advocacia-Geral da União, diretamente ou mediante órgão vinculado;

II - o Estado e o Distrito Federal, por seus procuradores;

[...]

§ 4º Os Estados e o Distrito Federal poderão ajustar compromisso recíproco para prática de ato processual por seus procuradores em favor de outro ente federado, mediante convênio firmado pelas respectivas procuradorias” (BRASIL. **Lei Federal 13.105, 16 mar. 2015**).

federativos. Afinal de contas, se tal compromisso é firmado por razões meramente econômicas, com muito mais razão deveria se estender tal possibilidade aos Municípios, que possuem procuradores em sua grande maioria lotados somente nas respectivas cidades e, quando muito, lotados também em Brasília-DF (para patrocinar a defesa nos Tribunais superiores), mas que, eventualmente, dependendo da natureza da ação, podem se ver obrigados a realizar a defesa em outras localidades, dispendendo recursos que talvez não compensem o valor econômico discutido. Enfim, trata-se de instituto novo que carece de maior aprofundamento e possivelmente de adequação.

Pois bem, voltando à apresentação judicial no âmbito municipal, vê-se que foi somente a lei (Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105, de 16 de março de 2015) que outorgou à Advocacia Pública a incumbência de defender e promover os interesses municipais, não advindo tal obrigatoriedade da Constituição da República, como ocorre no âmbito da União, Estados e DF. Dispõe o artigo 182 do CPC, que

Incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta⁵⁵.

Não obstante o Novo CPC ter mencionado, no referido artigo, que cabe à Advocacia Pública a apresentação dos Municípios, em seu artigo 75, inciso III, manteve a regra do códex anterior, segundo a qual os Municípios são representados em juízo, ativa e passivamente por seu prefeito ou procurador, *verbis*:

Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:
I - a União, pela Advocacia-Geral da União, diretamente ou mediante órgão vinculado;
II - o Estado e o Distrito Federal, por seus procuradores;
III - o Município, por seu prefeito ou procurador;
[...]⁵⁶

Observe que a regra não vale para a União ou para os Estados e Distrito Federal. Isso porque nesses entes federativos, como visto, há exigência constitucional para que a apresentação judicial se faça por meio de advogados ou procuradores públicos, que ingressem na carreira por meio de concurso público⁵⁷. Nos Municípios não há obrigatoriedade

⁵⁵BRASIL. **Lei Federal 13.105, 16 mar. 2015.**

⁵⁶Ibidem.

⁵⁷Como visto, a Constituição excepciona somente o Advogado-Geral da União, que é de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada (§1º, do art. 131, da CR/88).

constitucional expressa, de modo que é possível que não se tenha criado o cargo de procurador, com função expressa de apresentação do ente público. Nestas situações a representação judicial caberá então ao Prefeito Municipal, que deverá constituir advogado, outorgando-lhe poderes mediante procuração a ser exigida em juízo. Nesse sentido, os comentários de Celso Agrícola Barbi:

[...] a distinção é importante, porque, onde não existir cargo de Procurador, a citação inicial será feita na pessoa do Prefeito; e o advogado que for encarregado da defesa dos direitos do Município necessitará de procuração dada pelo Prefeito, como representante do Município. Mas onde existir o cargo de Procurador, com poderes expressos, a citação inicial será feita a esse, que não depende de mandato para atuar nas causas em que for parte o Município.⁵⁸

Salienta-se que não é possível ao Prefeito Municipal, ainda que seja advogado, realizar pessoalmente e em nome próprio a representação em juízo do Município, vez que a atividade de Chefe do Executivo é incompatível com a advocacia, conforme vedação imposta pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – Lei: 8.906, de 4 de julho de 1994 (artigo 28, inciso I)⁵⁹.

No entanto, no presente estudo, entende-se que outorgar a representação judicial dos Municípios aos Prefeitos representa manifesta vulneração ao atual texto constitucional, mesmo sem a obrigatoriedade expressa. Tal conclusão parte dos princípios dessumidos do próprio ordenamento constitucional, especialmente os princípios da simetria, da similitude e da paridade das formas (já analisados), bem como os princípios da essencialidade, da institucionalidade, da unidade, da independência funcional, da inviolabilidade e da autonomia de impulso, que serão minuciados em tópico próprio.

Afinal, o exercício da função de procurador municipal por advogados contratados pelo Prefeito Municipal, na maioria das vezes, sem licitação, traz sérias incertezas na consecução dos fins que se busca para a realização da Justiça no âmbito municipal, notadamente ante a influência de interesses partidários e/ou pessoais, que definitivamente afastam a submissão de sua atuação aos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

Prefeito não se confunde com o Município, logo os seus interesses nem sempre se coadunam com os interesses do Município. Só esse fato já revela a incompatibilidade da outorga a particulares de tal atribuição, já que aqueles que representam em juízo o Estado

⁵⁸BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 91.

⁵⁹“Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades: I - chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Poder Legislativo e seus substitutos legais [...]” (BRASIL. **Lei 8.906, 04 jul. 1994**).

devem se submeter à Constituição e às leis, pautando sua atuação na observância dos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, e não simplesmente na vontade do alcaide de plantão. Além do mais, o advogado constituído pelo Prefeito fica sujeito às vicissitudes do humor, da personalidade e do subjetivismo de aludida autoridade, não possuindo a independência necessária para o desempenho da função. Fica, por exemplo, impedido de apontar eventual ilicitude praticada por referida autoridade e evitar o cometimento de outras, sob pena de ter seu vínculo contratual rompido, realizando, por conseguinte, o patrocínio de causas que podem ser, eventualmente, contrárias ao próprio interesse público local.

Deste modo, entende-se, a partir de uma interpretação lógico-sistemática da Constituição, que todos os Municípios, como entes federativos que são, têm o dever de criar, por lei local, ao menos um cargo de procurador municipal, a ser provido por concurso público, com função expressa para realizar a representação judicial, assessoria e consultoria jurídicas, para a realização da Justiça, no âmbito municipal, patrocinando o interesse público local de forma plena, independente e apartidária. Entretanto, não estando aludido dever expresso no texto constitucional, dificilmente se verá a positivação desta carreira jurídica em todos os Municípios brasileiros, o que também demonstra a necessidade de adequação do texto constitucional nesse ponto.

Em relação à apresentação judicial das autarquias e das fundações públicas, em tese, é possível que seja cometida aos próprios procuradores da Administração Direta, a carreiras jurídicas das próprias pessoas jurídicas de direito público, ou ainda a carreira jurídica criada especificamente para esse fim, a depender da disposição legal que regula a matéria. No âmbito da União, por exemplo, a Procuradoria Federal, responsável pela representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais e pelas respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, integra o quadro de pessoal da Advocacia-Geral da União – AGU, nos termos da Lei Federal 10.480, de 2 de julho de 2002.⁶⁰

Mas a questão não é pacífica assim. Hodiernamente, está em trâmite Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5215),⁶¹ ajuizada pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPE contra a Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, em que se questiona o alcance da norma do artigo 132 da Constituição da República, sustentando-se que o interesse público das autarquias, como pessoas jurídicas de direito público

⁶⁰BRASIL. Lei Federal nº 10.480, 02 jul. 2002.

⁶¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5215.

responsáveis pela prestação de serviços típicos do Estado, em condições e prerrogativas idênticas a este, confunde-se com o próprio interesse institucional do ente político do qual fazem parte, motivo pelo qual estão, inequivocamente, abrangidas no regime de competência funcional exclusiva dos procuradores do Estado e do Distrito Federal, definido pelo referido art. 132 da CR/88. Até a presente data, a ação não foi julgada, mas já há parecer do Ministério Público Federal⁶² favorável a declaração de inconstitucionalidade da norma que criou a carreira de procurador autárquico, em razão de ofensa ao caráter unitário e à exclusividade da representação e consultoria jurídica dos órgãos da administração pública direta, autárquica e fundacional dos Estados pelos procuradores de Estado.

Situação também delicada é quando a lei criadora da autarquia ou da fundação não tiver instituído carreira específica de procurador autárquico ou fundacional, nem disposto regra expressa de representação. Nesse caso, poderia se entender que a representação deve ser atribuída ao dirigente máximo da instituição, que constituirá advogado para defender os interesses da pessoa jurídica de direito público. Nesse ponto, surge o mesmo problema já aventado em relação aos Municípios quanto ao cometimento da representação judicial a advogados privados, vez que se trata, novamente, de defesa de interesse público, que não necessariamente se revela como interesse do dirigente máximo da instituição.

Não se está aqui propondo a positivação constitucional da carreira de procuradores autárquicos ou fundacionais, tal como sustentado em relação aos Municípios, vez que se trata de situação diferente da administração direta. Afinal, embora se cuide de pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela prestação de serviços típicos do Estado, as autarquias e as fundações são criadas por lei e, portanto, podem ser extintas por lei. Deixando eventualmente de existir, deixa de existir a necessidade de um órgão jurídico para a defesa de seus interesses. Ao contrário, os entes federativos têm existência perene no atual texto constitucional, de modo que a defesa dos interesses a eles cometidos por instituição própria também deve ser perene.

Desse modo, talvez, de fato, seja o melhor caminho atribuir a uma única instituição jurídica a função de patrocinar os interesses da Administração Direta, das autarquias e fundações públicas. Afinal, se a Procuratura de Estado possui a competência de apresentar judicialmente o Estado, respondendo pelo ente federativo a que se encontra vinculado e por todas as demais funções, instituições, poderes, entidades e órgãos do Estado, na medida em que lhe é reservada a legitimidade para atuar como Estado, deve lhe ser outorgada também a

⁶²BRASIL. Ministério Público Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5215. **Parecer**.

competência para apresentar pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela prestação de serviços típicos do Estado que, por vezes, se confundem com o próprio Estado. O que não se pode admitir é que o patrocínio do interesse público fique a cargo exclusivo do dirigente máximo da instituição pelos mesmos motivos já apontados em relação a esta situação vislumbrada em Municípios que não têm órgão próprio de representação judicial.

3.2 As funções de consultoria e assessoria jurídicas – distinção

As funções de assistência jurídica e de consultoria jurídica não se confundem. Assemelham-se pelo fato de ambas terem sido cometidas à Advocacia Pública pelo texto constitucional de 1988, mas diferem substancialmente quanto ao respectivo conteúdo. Diogo de Figueiredo Moreira Neto explica tal distinção, *verbis*:

Na assistência jurídica, com efeito, não se outorga ao advogado qualquer parcela de responsabilidade sobre a decisão técnica a respeito da juridicidade de interesses: dele se espera apenas uma orientação ao agente, órgão ou entidade ao qual incumbe a decisão que, para tomá-la, têm plena responsabilidade. O assistente jurídico, embora possa, substancialmente, emitir opiniões de direito e fazer encaminhamentos jurídicos – como, de resto, qualquer agente pode fazê-lo, mesmo leigo, pois a administração pública se perfaz através de atos jurídicos próprios – não é um órgão de Estado, mas um mero assessor de órgão. Seus pronunciamentos ou encaminhamentos (e não pareceres, no sentido técnico próprio) não vinculam o Estado e nem mesmo o assistido, que poderá não só deixar de seguir a orientação pedida como também não solicitá-la e, se o fizer, até ignorá-la.

Estas manifestações assistenciais não estão dotadas de eficácia jurídica própria, enquanto encaminhamentos administrativos, servindo apenas como elemento de informação para suportar a decisão do agente, órgão ou entidades assistidos, essa sim, a que vem dotada de eficácia própria.

Distintamente, observe-se, a consultoria jurídica é uma atividade essencial à justiça, porquanto nela o advogado tem a decisão técnico-jurídica a seu cargo e sob sua plena responsabilidade, direta e pessoal. O consultor jurídico do Poder Público emite uma vontade estatal, como órgão do Estado que é, vinculando-o de tal forma que, se a Administração não seguir o ditame, deverá motivar porque não o faz, sob pena de nulidade do ato (princípio da motivação – artigo 5º, LIV e LV, e 93, X). Seus pronunciamentos têm, por isso, uma eficácia própria, que é a eficácia do parecer jurídico, indistintamente os emitidos por solicitação externa ou *ex officio*, no exercício das funções de fiscalização da juridicidade dos atos do Estado, embora possam uns pender de um visto ou de qualquer outro ato de assentimento para cobrarem exigibilidade. Os órgãos da Administração Pública, que têm na ordem jurídica não só o fundamento como os limites de sua atuação, não podem ignorar os pareceres regularmente emitidos pelas consultorias

jurídicas dos órgãos da procuratura constitucional que sobre elas atuem, embora possam deixar de segui-los, motivadamente, mas sempre a seu inteiro risco, jurídico e político.⁶³

Observe que a assessoria jurídica se revela como uma forma de aconselhamento ou de orientação jurídica em que a opinião de direito ou o encaminhamento jurídico prestado não vincula o órgão estatal assistido, que pode ou não se utilizar daquela informação para formar o seu próprio convencimento.

A consultoria jurídica, por sua vez, se trata de emissão de uma vontade estatal consubstanciada em uma decisão técnico-jurídica, proferida por intermédio de um parecer jurídico. Como se trata de uma vontade estatal, não pode ser desprezada, devendo o agente competente pela emissão do ato decisório subsequente observar o parecer jurídico emitido ou motivar a sua conduta contrária ou diversa, assumindo, nesse caso, os riscos de sua atuação.

Maria Sylvia Zanella di Pietro enfatiza de forma contundente que, para o exercício da função de consultoria, é imprescindível que o advogado público tenha a liberdade de apreciar a lei e de dar a sua interpretação. Retirar esta independência pode revelar um artifício ardil para conferir aparência de legalidade a um ato ilegal:

A regra é que as autoridades administrativas, mesmo quando revelem inconformismo com a submissão à lei e ao Direito — que muitas vezes constituem entraves aos seus objetivos — consultem a advocacia pública, ainda que a lei não exija sempre essa consulta. Mesmo quando quer praticar um ato ilícito, a autoridade quer fazê-lo com base em parecer jurídico; para esse fim, ela pede e pressiona o órgão jurídico para obter um parecer que lhe convenha. Ela quer, na realidade, dar aparência de legalidade a um ato ilegal e, para esse fim, quer refugiar-se atrás de um parecer jurídico, até para ressaltar a sua responsabilidade. O advogado público que cede a esse tipo de pressão amesquinha a instituição e corre o risco de responder administrativamente por seu ato.

O papel do advogado público que exerce função de consultoria não é o de representante de parte. O consultor, da mesma forma que o juiz, tem de interpretar a lei para apontar a solução correta; ele tem de ser *imparcial*, porque protege a legalidade e a moralidade do ato administrativo; ele atua na defesa do interesse público primário, de que é titular a coletividade, e não na defesa do interesse público secundário, de que é titular a autoridade administrativa.

Por isso mesmo, a atividade de consultoria tem de estar fora da hierarquia administrativa para fins funcionais, ou seja, para desempenhar com independência as suas atribuições constitucionais. Tratando-se de competência absolutamente exclusiva, a atividade de consultoria afasta qualquer possibilidade de controle por órgãos superiores, ficando o órgão praticamente fora da hierarquia da Administração Pública, no que diz respeito à sua função. Ainda que os órgãos consultivos funcionem junto a ministérios e secretarias estaduais e municipais — já que integram o Poder

⁶³MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais**, p. 88-89.

Executivo —, eles estão fora da hierarquia, não recebem ordens, instruções, para emitir o parecer neste ou naquele sentido. Não se submetem a decisões políticas de governo que sejam emanadas ao arrepio do direito. Quem emite um parecer, tem absoluta liberdade de apreciar a lei e de dar a sua interpretação. Isto é inerente à própria função que o órgão exerce. Ou ele é independente ou não precisa existir.⁶⁴

A autora elucida ainda que o parecer pode ser facultativo, obrigatório ou vinculante:

O parecer é facultativo quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se for indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la, por corresponder a própria motivação do ato.

O parecer é obrigatório quando a lei exige como pressuposto para a prática do ato final. A obrigatoriedade diz respeito à solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). [...] Mas a autoridade que não o acolher deverá motivar a sua decisão ou solicitar novo parecer, devendo lembrar que a atividade de consultoria jurídica é privativa de advogado, conforme artigo 1º, II, do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906, de 4-7-94). No âmbito da Administração Pública, a atividade de consultoria é privativa da Advocacia-Geral da União e das Procuradorias dos Estados, conforme arts. 131 e 132 da Constituição Federal.

O parecer é vinculante quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar a sua conclusão. [...] Também nesse caso, se a autoridade tiver dúvida ou não concordar com o parecer, deverá pedir novo parecer.⁶⁵

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que, quando a consulta é facultativa, o poder de decisão da autoridade não se altera pela manifestação do órgão consultivo; quando a consulta é obrigatória, por sua vez, há vinculação ao parecer emitido e, caso se pretenda praticar o ato de forma diversa, é necessária a subsunção a novo parecer; por fim, quando a lei prescreve que a decisão se submete a parecer vinculante, o administrador só pode decidir nos termos da consulta ou não decidir, *verbis*:

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

⁶⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A Advocacia Pública como função essencial à Justiça**.

⁶⁵ Idem. **Direito Administrativo**, p. 241-242.

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, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00276 RTJ VOL-00204-01 PP-00250).⁶⁶

De qualquer forma, entende-se que, mesmo na hipótese de consulta facultativa, a autoridade deve se pronunciar de forma motivada se pretender deixar de seguir a orientação consubstanciada no parecer. O fato de o poder de decisão da autoridade não se alterar pela manifestação do órgão consultivo não significa que esta não deva motivar os seus atos. Significa tão somente que lhe é facultado agir de maneira diversa da consulta, o que não ocorre nas hipóteses de consulta obrigatória ou de exigência legal de se decidir à luz do parecer vinculante, conforme assentado pelo Supremo Tribunal Federal.

Importante ainda destacar que a responsabilização do advogado público pelo parecer emitido deve ser restrita aos casos de erro grosseiro ou dolo e não pelo simples fato de existência de interpretação diversa. Nesse sentido, leciona José dos Santos Carvalho Filho:

De tudo isso resulta que o agente que emite o parecer não pode ser considerado solidariamente responsável com o agente que produziu o ato administrativo final, decidindo pela aprovação do parecer. A responsabilidade do parecerista pelo fato de ter sugerido mal somente lhe pode ser atribuída se houver comprovação indiscutível que agiu dolosamente, vale dizer, com o intuito predeterminado de cometer improbidade administrativa. Semelhante comprovação, entretanto, não dimana do parecer em si, mas, ao revés, constitui ônus daquele que impugna a validade do ato em função da conduta de seu autor.

Não nos parece correto, portanto, atribuir, a priori, responsabilidade solidária a servidores pareceristas quando opinam, sobre o aspecto formal ou substancial (em tese), pela aprovação ou ratificação de contratos e convênios, tal como exigido no art. 38 da Lei nº 8.666/1993 (Estatuto dos Contratos e Licitações), e isso porque o conteúdo dos ajustes depende de outras autoridades administrativas, e não dos pareceristas. Essa responsabilidade não pode ser atribuída por presunção e só se legitima no caso de conduta dolosa, como já afirmado, ou por erro grosseiro injustificável.⁶⁷

⁶⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24631**.

⁶⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p.139.

Ainda, pela leitura dos ensinamentos de Diogo de Figueiredo poderia se concluir que a assistência jurídica, por sua própria natureza, não se presta como uma atividade exclusiva dos procuradores de Estado, vez que o aconselhamento jurídico pode ser prestado por qualquer agente, até mesmo por pessoa estranha ao direito. Já a consultoria jurídica, por ser uma vontade estatal, deveria necessariamente ser prestada por um órgão jurídico, se revelando, portanto, como atividade exclusiva dos procuradores de Estado, que são os agentes estatais que detém tal atribuição, segundo o texto constitucional.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, em recente julgado publicado em 2015, consignou que tanto a atividade de assessoria, quanto a atividade de consultoria são atribuições exclusivas de procuradores de Estado, *verbis*:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL Nº 8.186/2007 (ALTERADA PELAS LEIS nºs 9.332/2011 e 9.350/2011) DO ESTADO DA PARAÍBA: ART. 3º, INCISO I, ALÍNEA “A” (“na elaboração de documentos jurídicos”) E ANEXO IV, ITENS NS. 2 A 21 (NAS PARTES QUE CONCERNEM A CARGOS E A FUNÇÕES DE CONSULTORIA E DE ASSESSORAMENTO JURÍDICOS) – CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO – FUNÇÕES INERENTES AO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO – APARENTE USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS RESERVADAS A PROCURADORES DO ESTADO E DO DISTRITO FEDERAL PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (ART. 132) – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA PRETENSÃO CAUTELAR – MANIFESTAÇÕES FAVORÁVEIS DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO E DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA – DECISÃO CONCESSIVA DE SUSPENSÃO CAUTELAR DE EFICÁCIA DAS NORMAS IMPUGNADAS INTEIRAMENTE REFERENDADA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, PREJUDICADO O RECURSO INTERPOSTO. O SIGNIFICADO E O ALCANCE DA REGRA INSCRITA NO ART. 132 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: EXCLUSIVIDADE E INTRANSFERIBILIDADE, A PESSOAS ESTRANHAS AO QUADRO DA ADVOCACIA DE ESTADO, DAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DE PROCURADOR DO ESTADO E DO DISTRITO FEDERAL. – É inconstitucional o diploma normativo editado pelo Estado-membro, ainda que se trate de emenda à Constituição estadual, que outorgue a exercente de cargo em comissão ou de função de confiança, estranho aos quadros da Advocacia de Estado, o exercício, no âmbito do Poder Executivo local, de atribuições inerentes à representação judicial e ao desempenho da atividade de consultoria e de assessoramento jurídicos, pois tais encargos traduzem prerrogativa institucional outorgada, em caráter de exclusividade, aos Procuradores do Estado pela própria Constituição da República. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Magistério da doutrina. – A extrema relevância das funções constitucionalmente reservadas ao Procurador do Estado (e do Distrito Federal, também), notadamente no plano das atividades de consultoria jurídica e de exame e fiscalização da legalidade interna dos atos da Administração Estadual, impõe que tais atribuições sejam exercidas por agente público investido, em caráter efetivo, na forma estabelecida pelo art.

132 da Lei Fundamental da República, em ordem a que possa agir com independência e sem temor de ser exonerado “ad libitum” pelo Chefe do Poder Executivo local pelo fato de haver exercido, legitimamente e com inteira correção, os encargos irrenunciáveis inerentes às suas altas funções institucionais. **CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO: A QUESTÃO DO VALOR JURÍDICO DO ATO INCONSTITUCIONAL** (ADI 2.215-MC/PE, REL. MIN. CELSO DE MELLO). O “STATUS QUAESTIONIS” NA JURISPRUDÊNCIA E NA DOUTRINA CONSTITUCIONAIS: PLURALIDADE DE OPINIÕES DOUTRINÁRIAS EM TORNO DOS GRAUS DIFERENCIADOS DE INVALIDADE DO ATO INCONSTITUCIONAL. A POSIÇÃO PREVALECENTE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A MODULAÇÃO TEMPORAL COMO TÉCNICA DECISÓRIA DE ABRANDAMENTO, MEDIANTE JUÍZO DE CONCRETA PONDERAÇÃO, DO DOGMA DA NULIDADE DO ATO INCONSTITUCIONAL. DOUTRINA. PRECEDENTES. – Concessão, “ad referendum” do Plenário, por decisão monocrática do Relator, de medida cautelar em sede de fiscalização abstrata. Possibilidade excepcional. A questão do início da eficácia desse provimento cautelar. Execução imediata, com todas as consequências jurídicas a ela inerentes, dessa decisão, independentemente de ainda não haver sido referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. – O tríplice conteúdo eficaz das decisões (tanto as declaratórias de inconstitucionalidade quanto as concessivas de medida cautelar) nos processos objetivos de controle abstrato de constitucionalidade: (a) eficácia vinculante, (b) eficácia geral (“erga omnes”) e (c) eficácia repristinatória. Magistério doutrinário. Precedentes.⁶⁸

Observe que a Constituição da República não outorgou expressamente aos procuradores do Distrito Federal e dos Estados a atribuição de assessoria jurídica, como o fez em relação à União, mas tão somente as funções de consultoria jurídica e de representação judicial. Todavia, o Supremo Tribunal Federal entendeu que se trata de prerrogativa institucional outorgada constitucionalmente, em caráter de exclusividade, à instituição da Advocacia Pública, independentemente do seu âmbito federativo.

Aliás, está em tramitação no Pretório Excelso proposta de súmula vinculante (PSV nº 18) em que é proponente a União dos Advogados Públicos Federais do Brasil – UNAFE, que visa à edição de súmula com a seguinte sugestão originária de verbete:

O exercício das funções da Advocacia Pública, na União, nos Estados e nos Municípios, nestes onde houver, constitui atividade exclusiva dos Advogados Públicos efetivos a teor dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988.⁶⁹

Este caráter de exclusividade está intimamente ligado ao importante papel constitucional desempenhado pelo advogado público, de carreira, que não se altera em razão

⁶⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4843 MC-ED-Ref.**

⁶⁹ Idem. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de Súmula Vinculante de nº 18.**

do ente federativo a que se encontra vinculado, de modo que devem ser entendidas como comuns as atribuições, prerrogativas e garantias de todos aqueles que exercem a procuratura de Estado. Passa-se então à análise desse relevante papel constitucional.

3.3 O papel constitucional do Advogado Público

Como visto nos tópicos anteriores, a Advocacia Pública, dentro de seu âmbito funcional e federativo, exerce funções tipicamente estatais de fiscalização, zeladoria, promoção, defesa e controle, referentes à estruturação e funcionamento do próprio Estado, contribuindo para a manutenção do equilíbrio entre as diferentes forças partidárias e sociais, bem como para o reequilíbrio de forças entre os Poderes clássicos, garantindo, por conseguinte, a tutela dos valores institucionais.

Nesse contexto, o papel do advogado público se revela como verdadeira função de Estado (função de provedoria da Justiça), que no exercício da representação dos entes públicos, na consultoria e no seu assessoramento jurídico, realiza o controle da juridicidade da atuação estatal, buscando dar efetividade às políticas públicas definidas pelas instâncias políticas competentes, por meio da árdua e complexa missão de harmonizar as escolhas efetuadas pelos representantes eleitos pelo povo com os limites impostos pela ordem jurídica. Gustavo Binenbojm revela que

[...] à Advocacia Pública é reservada a elevada missão de estabelecer a comunicação entre os subsistemas sociais da política e do direito, e a tarefa institucional de compatibilizar as políticas públicas legítimas, definidas por agentes públicos eleitos, ao quadro de possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento jurídico.⁷⁰

José Afonso da Silva enaltece a relevância da Advocacia Pública, na ponderação e no controle da atividade do Estado:

1. A advocacia é uma profissão, mas não é apenas uma profissão, é também um *munus* e "uma árdua fátiga posta a serviço da justiça", como disse Couture. É, especialmente, um dos elementos da administração democrática da Justiça. É a única habilitação profissional que constitui pressuposto essencial à formação de um dos Poderes do Estado: o Poder Judiciário.
2. Pois bem, a *Advocacia Pública* é tudo isso e mais alguma coisa, porque, na medida mesma que se ampliam as atividades estatais, mais ela se torna

⁷⁰BINENBOJM, Gustavo. *A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito*, p. 219.

um elemento essencial ao funcionamento do Estado Democrático de Direito. Toda atividade do Estado se desenvolve nos quadros do direito. Assim é mesmo "quando os preceitos positivos não vinculam a Administração e essa exercita faculdades discricionárias, tende a atuação do justo, suprema e constante aspiração desse organismo essencialmente jurídico que é o Estado". Pois, o "arbítrio é inconcebível na atividade do Estado, regida sempre por um escopo ético e por valoração de interesse público". Esse sentido ético-jurídico da atividade estatal requer avaliação especializada que pondere e controle o seu exercício, ao mesmo tempo em que defende a posição jurídica do Estado em face dos particulares. Despontam, aí, como lembra Tomas Pará Filho, "o exercício dos chamados direitos subjetivos da Administração". Então, pode-se dizer, conclui ele, "anotando o relevo do problema, que os Procuradores estão para os interesses, direitos e obrigações do Estado assim como para a defesa dos interesses e direitos dos particulares estão os advogados em geral. Uns e outros, aliás, têm dignidade profissional própria, expressa por normas de ética profissional. Exercem, efetivamente, os advogados do Estado, ministério próprio e peculiar, indispensável serviço público, que, dada a proeminência da atividade estatal, se constitui em elemento indispensável à administração da Justiça ... Ligados ao Estado, por vínculos jurídico-funcional, por isso mesmo, os seus deveres ainda se acrescem, avultadamente, em virtude da disciplina específica estabelecida na legislação administrativa.⁷¹

Sobre a importância do papel da Advocacia Pública no esclarecimento das questões postas em juízo, leciona Ricardo Antônio Lucas Camargo:

Não raro a própria verificação do nexos de causalidade entre as medidas de política econômica pública e uma situação favorável ao particular termina por desembocar no Judiciário, com o que emerge, mais uma vez a importância da Advocacia Pública enquanto advocacia de Estado, no oferecimento de elementos para a identificação dos pressupostos para a atuação estatal no domínio econômico, seja na modalidade direta, seja na modalidade indireta, bem como a própria razoabilidade do sacrifício imposto a determinados interesses.

[...]

Por outra parte, a própria tributação, sem perder o seu caráter de fonte principal dos recursos públicos, mediante compulsória subtração de uma parcela do patrimônio dos contribuintes veio a assumir o papel de instrumento de políticas públicas, recrudescendo a necessidade de atuação da advocacia pública em face do questionamento que vão desde a tradicional discussão em torno do caráter confiscatório do tributo, passando pelo problema da discriminação entre contribuintes e indo até a possibilidade do comprometimento da própria integridade do território nacional, em função do fenômeno que nos EUA é conhecido como "efeito Delaware".

[...]

O conhecimento específico do advogado público se mostra de particular relevância na precisão dos delicados limites entre a opção lícita, por parte do agente econômico privado, pela operação que se mostre menos onerosa sob o ponto de vista tributário e a tentativa de subtrair ao Fisco o seu crédito.⁷²

⁷¹SILVA, José Afonso da. **A Advocacia Pública e Estado Democrático de Direito**, p. 281-282.

⁷²CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Advocacia Pública Mito e Realidade**, p.68-70.

Registre-se que a Advocacia Pública não possui o papel de formuladora de políticas públicas, mas tão somente de viabilização delas. Quem detém a capacidade de formular as políticas públicas é o administrador eleito que, por mais nobre que seja a sua intenção, não pode deixar de observar a lei e a Constituição a pretexto de uma suposta eficiência no atendimento de demandas sociais, econômicas e políticas. Não se pode confundir discricionariedade com arbitrariedade. Nesse sentido, oportunas as lições de José dos Santos Carvalho Filho:

A liberdade da escolha dos critérios de conveniência e oportunidade não se coaduna com a atuação fora dos limites da lei. Enquanto atua nos limites da lei, que admite a escolha segundo aqueles critérios, o agente exerce a sua função com *discricionariedade*, e sua conduta se caracteriza como inteiramente legítima. Ocorre que algumas vezes o agente, a pretexto de agir discricionariamente, se conduz fora dos limites da lei ou em direta ofensa a esta. Aqui comete *arbitrariedade*, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade. Nesse ponto se situa a linha diferencial entre ambas: não há discricionariedade *contra legem*.⁷³

Por isso mesmo o ideal é que, na fase de elaboração, tenha a assessoria e/ou consultoria jurídicas da instituição jurídica responsável pelo controle interno da administração (Advocacia Pública). Este controle prévio não deve ser visto como um entrave à execução das políticas públicas. Ao contrário, deve ser enxergado como um importante instrumento para viabilizar as políticas eleitas, impedindo que na fase posterior de implementação sejam questionadas, judicial e extrajudicialmente, pelos órgãos de controle externo (Ministério Público, Tribunal de Contas) ou pela própria sociedade, por serem consideradas contrárias ao ordenamento jurídico.

Nesse sentido, as lições de Gustavo Binenbojm:

Nesse sentido, o papel do Advogado Público é o de realizar a mediação entre a vontade democrática e o direito. Mas essa mediação não é estática. Não é o exercício de um “sim” ou um “não”. Não é proferir um *decisum* estático, como faz a magistratura. Nem exercer *opinio delicti*, como faz o Ministério Público. O papel do Advogado Público é compreender a política pública que se deseja implementar, que é a vontade popular, ao fim a ao cabo, e buscar estabelecer mecanismos que viabilizem a realização desta política. Isto pode ensejar, por exemplo, trabalhar na elaboração de uma proposta de emenda constitucional, cujo limite último são as cláusulas pétreas da Constituição, trabalhar na elaboração de uma minuta de um projeto de lei, trabalhar na elaboração de minutas de outros atos normativos, como portarias, decretos, resoluções e assim por diante.

⁷³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p.53

O Advogado Público deve ser aquele que tem a capacidade de dizer um “não”. Mas, sobretudo, deve ter a capacidade de dizer um “talvez”. Isso deve acontecer porque “talvez” se possa alcançar a realização de uma política pública com a alteração da própria ordem jurídica, dentro dos limites constitucionais estabelecidos.

[...]

Uma vez definidas estas políticas públicas, nas quais é imprescindível a participação ativa da Advocacia Pública no âmbito da consultoria jurídica, é papel do Advogado Público dar sustentabilidade a essas políticas perante os órgãos judiciários e as cortes de contas. Desta forma, a defesa judicial deve ser compreendida não como um *capitis diminutio* do Advogado Público, reduzida à mera função de Advogado de governo, mas como uma função institucional essencial à democracia a fim de dar sustentação jurídica aos projetos de governo e contribuir, dessa forma, para a governabilidade.

A defesa judicial de políticas públicas legítimas é missão fundamental da Advocacia Pública, ligada intimamente à própria ideia de democracia.⁷⁴

Não é a toa que o constituinte originário outorgou para uma mesma instituição as atribuições de assessoria, de consultoria jurídica e a de representação judicial. É que é indispensável a comunicação constante entre as duas pontas das políticas públicas – formulação e implementação (com possíveis questionamentos). Se a instituição jurídica participa previamente da conformação de determinada política pública, amoldando a vontade do gestor ao ordenamento jurídico, compreende a exata dimensão e os motivos fáticos, políticos e jurídicos que levaram a sua adoção, possuindo vastos fundamentos e maior envergadura para realizar a esmerada defesa da escolha política posteriormente implementada.

Da mesma forma, quando questionada determinada política pública, seja judicialmente ou extrajudicialmente, a instituição jurídica tem um *feedback* de sua atuação preventiva. Esta resposta é de suma importância vez que, conforme cediço, o direito não é uma ciência exata e admite compreensões distintas sobre o mesmo fato jurídico ou sobre o verdadeiro alcance e sentido da norma, sem que a aceitação de um dos entendimentos resulte na invalidação dos demais. Desse modo, a solução da controvérsia à luz do caso concreto, com a participação efetiva da sociedade por intermédio de agentes jurídicos externos, enriquece, estende e aprofunda o debate, contribuindo, por conseguinte, para o aprimoramento da prestação da assessoria e da consultoria jurídica, que estão porvir acerca destas e de novas políticas públicas que serão formuladas. Assim, quanto maior a conexão, quanto mais estreitos os laços entre a atividade preventiva e contenciosa da Advocacia Pública, maior a chance de êxito das políticas públicas e de se alcançar, por conseguinte, os desígnios constitucionais imputados às pessoas políticas.

⁷⁴ BINENBOJM, Gustavo. **A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito**, p.219-227.

Sobre essa atuação sistêmica do advogado público vale trazer à baila novamente as lições de Gustavo Binenbojm:

Quanto à *atuação sistêmica*, observa-se que a atuação do Advogado Público, como nenhum outro profissional do Direito, tem a possibilidade da visão sistêmica. Atuando na elaboração prévia de políticas públicas o Juiz não tem essa possibilidade. O Ministério Público não tem essa possibilidade. E o Advogado Público tem a possibilidade de conhecer os limites sistêmicos em relação ao orçamento, em relação ao quadro de pessoal, ao quadro de estrutura material, em relação aos possíveis efeitos colaterais de uma política pública, colaborando para a correção dos rumos, contribuindo para a elaboração de políticas mais efetivas e mais eficientes. A atuação singular do Juiz do quadro concreto, assim como dos membros do Ministério Público e dos Advogados particulares coloca-os na condição de alguém que vê a árvore sem ver a floresta. E a Advocacia Pública, através dos seus órgãos de cúpula, através de seus órgãos de atuação institucional, deve ter essa possibilidade de ter a perspectiva geral dos órgãos de governo, para que possa melhor cumprir o seu papel.⁷⁵

Por outro lado, verifica-se que os interesses defendidos pelos Advogados Públicos não se resumem à defesa do interesse direto do ente público a que se encontra vinculado ou a de seu erário, mas sim da harmonização desse interesse com o interesse da coletividade, que é a razão de ser do Estado.

Para melhor elucidação, vale trazer os ensinamentos de Maria Sylvia di Pietro:

O advogado público, porém, ao agir como intermediário entre a parte e o juiz, não defende o interesse privado, mas o interesse público que ao Estado cabe proteger. E aqui surge uma primeira dificuldade que frequentemente o advogado público enfrenta: *o interesse público nem sempre coincide com o interesse da autoridade pública.*

Não se pode dizer que o interesse público (entendido como interesse da coletividade) seja sempre coincidente com o interesse do aparelhamento administrativo do Estado. Embora o vocábulo “público” seja equívoco, pode-se dizer que, quando utilizado na expressão “interesse público”, ele se refere aos beneficiários da atividade administrativa e não aos entes que a exercem. A Administração Pública não é a titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção. Daí o *princípio da indisponibilidade do interesse público.*

Se a Administração não é titular dos interesses que administra, ela não pode deles dispor. Daí a distinção entre interesses públicos *primários* e *secundários*, feita por Renato Alessi: “*Estes interesses públicos, coletivos, cuja satisfação está a cargo da Administração, não são simplesmente o interesse da Administração entendida como ‘aparato organizativo’, mas o que se chamou de interesse coletivo primário, formado pelo conjunto de interesses individuais preponderantes em uma determinada organização da coletividade, enquanto o interesse do aparelhamento (se é que se pode conceber um interesse do aparelhamento unitariamente considerado) seria*

⁷⁵ BINENBOJM, Gustavo. **A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito**, p.219-227.

simplesmente um dos interesses secundários que se fazem sentir na coletividade, e que podem ser realizados somente em caso de coincidência com o interesse coletivo primário e dentro dos limites de dita coincidência. A peculiaridade da posição da Administração Pública reside precisamente nisto, em que sua função consiste na realização do interesse coletivo público, primário.”

Em consequência, havendo conflito, o interesse público primário deve prevalecer sobre o interesse público secundário, que diz respeito ao aparelhamento administrativo do Estado. Por isso mesmo, é possível afirmar, sem medo de errar, que a advocacia pública, no exercício de suas atribuições constitucionais, não atua em defesa do aparelhamento estatal ou dos órgãos governamentais, mas em defesa do Estado, pois este é que titulariza o interesse público primário.⁷⁶

Oportunas também as lições de Luciane Moessa de Souza, que trata dos interesses tutelados pelo advogado público, *verbis*:

Quando se trata de questionar o papel que cabe ao advogado público na defesa dos interesses estatais, é muito comum invocar-se o princípio da supremacia do interesse público para justificar uma defesa cega dos atos praticados pelo ente público defendido. Este argumento simplório ignora, contudo, a complexidade da definição de interesse público. Já é de todos conhecida a distinção elementar, traçada por Renato Alessi, entre interesse público primário (interesse da coletividade, razão da existência do Estado) e interesse público secundário (interesse direto do órgão público, normalmente encarado como reduzido ao erário). Não se ignora, por evidente, que a proteção do interesse público primário requer sejam garantidos os recursos necessários mediante a proteção do interesse público secundário, já que todas as atividades estatais, além de planejamento e competência, demandam disponibilidade de verbas para que sejam realizadas. Outrossim, não se pode tampouco olvidar a possibilidade de situações em que surge conflito entre o interesse público primário e o interesse público secundário. É o que se verifica quando da prática de um ato ilícito (por ação ou omissão) pelo Estado pode resultar eventual condenação. Neste caso, o manejo do argumento da supremacia do interesse público é de todo despropositado, já que o que se está de fato a defender, quando se defende o ilícito, é a supremacia do interesse público secundário ilegítimo (de manter os efeitos do ato ou omissão ilícita) sobre o interesse público primário legítimo, consubstanciado no dever de o Estado respeitar e garantir os direitos de seus cidadãos – o que é absolutamente inaceitável. Na prática, o que temos, então, nesta situação surreal (porém extremamente comum) é uma atividade financiada pelos contribuintes (a advocacia pública) posta a serviço da defesa de ilícitos praticados contra esses mesmos contribuintes! [...] Assim, é forçoso concordar com o que sustentam Olavo Augusto Viana Alves Ferreira e Ana Paula Andrade Borges de Faria: “não há outra opção ao agente público que não seja agir sempre buscando o interesse público primário, é dizer, a vontade estatal consagrada na lei, por isto se diz que a 'Administração e suas pessoas auxiliares têm caráter meramente instrumental'”. [...] Outro princípio sempre invocado, quando se trata de definir os interesses públicos que cabem ao advogado defender, é o da chamada 'indisponibilidade do patrimônio público'. Ora, patrimônio é, por

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A Advocacia Pública como função essencial à Justiça.**

essência, transferível, negociável, renunciável, portanto, disponível. Quando se trata, porém, de patrimônio público, por óbvio, tal transferibilidade há de sofrer limitações. Não se reconhece, todavia, seja em sede constitucional, seja em sede infraconstitucional, qualquer fundamento normativo para a suposta indisponibilidade do patrimônio público. Revestidos de indisponibilidade, isto sim, são os direitos fundamentais. Se o patrimônio público não passa de instrumento para realização de interesses públicos primários, por evidente que aquele pode ser renunciado para atender a estes.⁷⁷

Luciane Moessa⁷⁸ complementa ainda que não se sustenta o argumento de que a missão da Advocacia Pública se restringiria à defesa do interesse público secundário (apenas do Estado), enquanto que ao Ministério Público caberia, com exclusividade, a defesa do interesse primário (da sociedade), rememorando as palavras de Marcus Carpes, que defende que “não há monopólio da defesa do interesse público”⁷⁹. Sendo certo que Estado e Sociedade são conceitos diferentes, não é menos correto afirmar que sempre deverá haver compatibilidade dos interesses daquele (interesses públicos secundários) com os da sociedade (interesses primários).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a tutela do interesse público secundário só se justifica quando “a norma donde defluem os qualifique como *instrumentais* ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa *ipso facto*, simultaneamente a defesa dos interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles”.⁸⁰

Para Juarez Freitas, em caso de colisão dos interesses primários e secundários, “deve preponderar a vontade geral legítima sobre a vontade egoisticamente articulada”, concluindo que:

[...] o sistema administrativista não se coaduna com o domínio despótico do todo sobre o particular, porque exige o primado (não supremacia) da vontade geral legítima em relação àquela que se revelar claramente conspiratória contra o interesse comum. Desse modo, não consulta, o interesse público, por exemplo, que persista o modelo iníquo de desobediências às ordens judiciais pela Administração Pública, incorrendo no abuso de recursos judiciais meramente protelatórios. Com efeito, a invocação do interesse público, maculado por supostas razões subalternas do Estado, não pode servir de biombo ou argumento para o desacato ou crônico descumprimento de decisões judiciais, nem para o acintoso menosprezo dos direitos fundamentais e, não raro, para manobras protelatórias ofensivas à dignidade da prestação da tutela jurisdicional.⁸¹

⁷⁷SOUZA, Luciane Moessa de. **Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros**, p. 94-100.

⁷⁸Ibidem.

⁷⁹CARPES, Marcus Carpes. **Advocacia da União e Estado de Justiça**, p.29-30.

⁸⁰BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, p. 66.

⁸¹FREITAS, Juarez de. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**, p. 34-35.

Neste contexto, se faz necessária uma mudança de postura dos Advogados Públicos, quando atuam em juízo, na busca pela concretização da Justiça. Não se pode mais valer-se do processo como meio de litigiosidade voltado exclusivamente para a protelação de cumprimento das obrigações impostas ao Poder Público, “com o objetivo de atender à mera conveniência da Administração de postergar o pagamento de seus débitos”⁸². A legitimação de atuação dos procuradores de Estado deve ser guiada pela realização do bem comum e da satisfação geral.

Sobre esse dever da Advocacia Pública de ceder diante das situações em que se entende que a presunção da legitimação dos atos do Poder Público foi elidida, leciona Gustavo Binenbojm:

É papel da Advocacia Pública reconhecer quando os limites da juridicidade foram ultrapassados e opinar, com efeito vinculante, no sentido da confissão a direitos postulados pelos particulares, da desistência de ações, da realização de transação e da uniformização de entendimentos administrativos que abreviem esses litígios e contribuam para a redução da pleora de demandas que assola o Poder Judiciário do país.⁸³

Entretanto, parece que esta forma de atuação ainda não foi muito bem compreendida. Por isso mesmo, recentemente, com a edição do Novo CPC – Lei 13.105/2015, criaram-se mecanismos importantes de estímulo ao reconhecimento do pedido e à autocomposição, desestimulando pecuniariamente conduta diversa (litigiosidade meramente protelatória), conforme analisaremos a seguir.

3.4 O papel do Procurador Público e o Novo CPC – a busca pela autocomposição e as amarras legais

O Novo CPC (Lei: 13.105/2015) positivou no Brasil uma política pública de solução de conflitos que fomenta a autocomposição, prescrevendo que o “Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e que

[...] a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos

⁸²CARDOSO, Germano Bezerra, **Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros**, p. 301.

⁸³ BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito, p. 222.

e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (§§2º e 3º, do artigo 3º).

Com isso, buscou-se romper a cultura jurídica nacional de resolução de conflitos por meio do *poder de império* do Estado.

Sobre essa nova política pública de tratamento de conflitos, vale trazer as lições de Fredie Didier Jr:

Instituiu-se no Brasil, a política pública de tratamento adequado dos conflitos, com claro estímulo à autocomposição (Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça).

Compreende-se que a solução negociada não é apenas um modelo eficaz e econômico de resolução de litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático.

[...]

O sistema processual civil brasileiro é, enfim, estruturado no sentido de estimular a autocomposição.

[...]

Até mesmo no âmbito do Poder Executivo, a solução negociada é estimulada. A criação de regras que permitem a autocomposição administrativa (por exemplo, a possibilidade de acordos de parcelamento envolvendo dívidas fiscais) e a instalação de câmaras administrativas de conciliação revelam bem esta tendência [...]

Pode-se, inclusive, defender atualmente a existência de um *princípio do estímulo da solução por autocomposição* – obviamente para os casos em que ela é recomendável. Trata-se de princípio que orienta toda a atividade estatal na solução de conflitos jurídicos.⁸⁴

Marcelo Veiga Franco destaca que

[...] é preciso superar a cultura da sentença adjudicatória jurisdicional – advinda do processo judicial – mediante a sua substituição por uma mentalidade de solução negociada das controvérsias – decorrente da mediação e da conciliação.⁸⁵

Como forma de aprimoramento do sistema, transcreve o conceito de “*multiportas*”, definido por Elena Highton:

Está concebido com um centro de resolução de disputas e desvantagens para um caso específico em que se fazem aconselháveis diferentes formas de resolução de disputas. Então, ao invés de instalar apenas uma porta para obter um serviço de justiça, deve dar-se a opção de que os usuários possam acessar a porta que seja mais apropriada, para natureza do caso ou das partes.

⁸⁴ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Processo Civil**, v. 1, p.271-272.

⁸⁵FRANCO, Marcelo Veiga. **Processo Justo**, p. 132-133.

Em certo sentido, esse modelo de tribunal para o futuro inclui entre os serviços não somente a jurisdição como também uma variedade de programas e métodos alternativos de solução de disputas nas possíveis derivações.⁸⁶

Sobre o modelo multiportas no Novo CPC, vale trazer as lições de autorizada doutrina:

Nos termos propostos, vislumbra-se que, para além de pensar na jurisdição como última via para dimensionar um conflito, hoje é possível pensar que as chamadas técnicas *integradas* podem ser utilizadas como vias plúrimas e adequadas para a solução mais apropriada, quando bem estruturadas e levadas a cabo de modo profissional, independentemente do nível de complexidade do conflito que se apresente.

[...]

Nesses termos, no Novo CPC, verifica-se que a mediação e a conciliação, de técnicas alternativas, passam a compor um quadro de soluções integradas, de modo que uma vez proposta a demanda, haveria a possibilidade de escolha da técnica mais adequada para o dimensionamento de cada conflito.

[...]

Assim, apesar das duras críticas que se podem fazer à tendência de absorção dessas técnicas no bojo do processo jurisdicional, o Novo CPC, buscando reduzir os déficits de sua eficiência, diante até da ausência de profissionalismo do uso das técnicas, tenta promover um peculiar modelo multiportas no qual o processo judicial encampa a solução adjudicada (jurisdicional), além da possibilidade endoprocessual de uma conciliação e/ou mediação profissionalizada (art. 167).

Apesar da obviedade de tal constatação, o CPC/2015 tenta se afeiçoar e aprimorar às perspectivas delineadas pela Resolução 125, de 29.11.2010, com as alterações de 31.03.2013, de aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, de modo que se promova uma efetiva profissionalização e adequação desses meios ainda tão negligenciados no direito brasileiro.⁸⁷

Para Luiz Guilherme Marinoni, o sistema de “Justiça Multiportas” brasileiro engloba a heterocomposição judicial, a heterocomposição arbitral e a autocomposição por meio da conciliação e mediação:

No Estado Constitucional, os conflitos podem ser resolvidos de forma *heterocompositiva* ou *autocompositiva*. Há heterocomposição quando um *terceiro resolve* a ameaça ou a crise de colaboração na realização do direito material entre as partes. Há autocomposição quando as *próprias partes* resolvem seus conflitos.

Nessa linha, note-se que também por essa razão é impróprio pensar a jurisdição como meio de resolução de uma lide por sentença. Na verdade, o conflito deve ser tratado como técnica processual mais apropriada às suas peculiaridades – que inclusive podem determinar o recurso à jurisdição como *ultima ratio*. Não é por outra razão que o novo Código explicitamente coloca a jurisdição como uma das possíveis formas de resolução de litígios

⁸⁶ HIGHTON, Elena I. **Justicia em cambio**, p.79-80. Tradução livre.

⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC**, p. 247-257.

e de forma expressa incentiva os meios alternativos de resolução de controvérsia (art.3º do CPC). Ao fazê-lo, nosso Código concebe a Justiça Civil dispondo não apenas de um único meio para a resolução do conflito 0 uma única “porta” que deve necessariamente ser aberta pela parte interessada. Pelo contrário, nosso Código adota um sistema de “Justiça Multiportas” que viabiliza diferentes técnicas para a solução de conflitos – com especial ênfase na conciliação e na mediação.⁸⁸

Pois bem. Para que esta política nacional de estímulo à autocomposição alcance o êxito almejado, se faz necessária a colaboração dos chamados litigantes habituais (bancos, telefonia e setor público),⁸⁹ de modo a, de fato, se dar efetividade às *multiportas* desenhadas no novo digesto processual.

Leonardo Carneiro da Cunha esclarece as principais características dos litigantes habituais:

Considerando as diferenças existentes na dimensão e nos recursos financeiros e, ainda, no direito aplicável, há os que se socorrem, repetidas vezes, da Justiça, envolvendo-se, ao longo do tempo, em litígios similares, enquanto há os que recorrem aos órgãos jurisdicionais, ocasional ou esporadicamente. Aqueles são chamados de *litigantes habituais* ou *litigantes frequentes*, ao passo que estes últimos são os *litigantes eventuais* ou *litigantes esporádicos*. Conforme demonstram Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão, João Pedroso e Pedro Lopes Ferreira, o que faz com que um litigante seja *frequente* ou *habitual* não é apenas o tipo de litígio que o envolve, mas também sua dimensão e os recursos disponíveis que tornam menos custosa e mais próxima sua relação com os órgãos judiciais. O *litigante habitual* é o que tem tido e prevê que vai ter litígios frequentes, que corre poucos riscos relativamente ao resultado de cada um dos casos e que tem recursos suficientes para prosseguir os seus interesses de longo prazo. Segundo esclarecem Mauro Cappelletti e Bryant Garth, os *litigantes habituais* tem inúmeras vantagens, tais como (a) maior experiência com o Direito, o que lhe possibilita melhor planejamento do litígio; (b) economia de escala, porque têm mais casos; (c) oportunidades de desenvolver relações informais com os membros das instâncias decisórias; (d) possibilidade de diluir os riscos da demanda por maior número de casos; (e) possibilidade de testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.⁹⁰

Especificamente em relação à Fazenda Pública, além das “vantagens” decorrentes da praxe da litigância habitual, verifica-se que as principais causas que levam ao protelamento de ações judiciais e à excessiva litigiosidade podem ser atribuídas à cultura política e ao

⁸⁸ MARINONI Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo civil**, p. 173-174.

⁸⁹ Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, o setor público (federal, estadual e municipal) os bancos e a telefonia representam juntos aproximadamente 35,5% do total de processos ingressados entre 1º de Janeiro e 31 de Outubro de 2011 do consolidado das Justiças Estadual, Federal e do Trabalho. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 100 **maiores litigantes**).

⁹⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**, p. 796-797.

engessamento dos Advogados Públicos em relação à possibilidade de firmar acordos e/ou de reconhecer pedidos.

Nos termos da legislação vigente e das garantias constitucionais conferidas aos membros da Advocacia Pública (ou ausência de prerrogativas constitucionais), é muito mais fácil e seguro ao procurador público apresentar defesa, litigar e se valer de todos os recursos possíveis, do que buscar a autocomposição ou o reconhecimento dos pedidos. É mais cômodo e seguro aguardar a prolação de uma decisão judicial, do que diligenciar para que a questão seja resolvida administrativamente. Fácil e cômodo porque, muitas vezes, é mais simples recorrer do que enfrentar a burocracia envolvida na dispensa de recursos ou no reconhecimento do pedido. Seguro porque, em geral, não há garantias positivadas na legislação para se abrir mão do interesse público secundário (reduzido ao erário), em favor do interesse público primário (interesse da coletividade). Sempre se renova a discussão acerca da indisponibilidade do direito pecuniário da Fazenda Pública e sobre os limites de atuação do advogado público.

A chance de um advogado público vanguardista, consciente do seu papel na sociedade, sofrer represálias, perseguições, ser questionado por meio de processos administrativos e até perder o cargo, por ter realizado o interesse primário em detrimento do interesse mediático secundário, mesmo em se tratando de questões superadas pela jurisprudência e de causas fadadas ao insucesso, é muito maior do que daquele advogado público burocrata que se vale de todos os meios processuais cabíveis até que a decisão prolatada seja cometida pelo manto da coisa julgada.

Observe que, ao final, o resultado pode ser o mesmo (prevalência do interesse primário), mas o caminho totalmente diferente: um rápido, singelo e eficiente, realizado pelo Poder Público, por meio do procurador de Estado, mas com risco de consequências pessoais a esse agente; e outro tortuoso e moroso, realizado pelo Poder Público, por meio de decisão judicial, em que não há riscos a nenhum dos agentes públicos envolvidos (magistrados, que gozam de prerrogativas constitucionais para atuação independente; e procurador, que atuou burocraticamente se valendo de todos os recursos postos à sua disposição), mas que se revela mais dispendioso à Administração, tanto em sentido amplo (custeio a máquina pública: do Judiciário e da Advocacia Pública), quanto em sentido estrito (aumento do gasto com o caso concreto, com a incidência de condenações acrescidas de correção monetária, juros, multa, etc.), e menos eficiente ao administrado, que tem que aguardar por um interstício de tempo maior para a efetivação de seu direito.

Assim, a questão não envolve somente burocracia e legislação, mas, principalmente, vontade política. Na maioria das vezes, as autoridades competentes estão muito mais preocupadas na efetivação mediática, consubstanciada na concretização do interesse público secundário (erário), mesmo que se atrepele o interesse público primário (interesse da coletividade). É certo que, em tese, esta conduta não resolve nem o interesse secundário, já que às condenações são acrescidos juros e correção monetária, de forma que há um dispêndio maior do erário do que se fosse sanado o problema antes, pela via administrativa. Por outro lado, se posterga o pagamento, é dizer, “empurra” para o próximo governante, que provavelmente vai “empurrar” outros pagamentos, e assim sucessivamente. Nesse ínterim, criam-se leis, altera-se a Constituição, para que as correções monetárias e os juros sejam mais brandos para Fazenda Pública. Por vezes, tais alterações são declaradas inconstitucionais⁹¹, gerando ainda mais passivo...

Todavia, com a edição do Novo CPC criou-se um estímulo para se buscar a efetivação do interesse público primário, ainda que por via oblíqua, já que a litigiosidade não mais satisfaz nem mesmo o interesse público secundário mediático. Com o novo digesto processual inaugurou-se a sucumbência recursal na Justiça comum (§11 do artigo 85 do CPC)⁹², antes prevista somente na lei dos Juizados Especiais (artigo 55 da Lei 9.099/95)⁹³, desmotivando a utilização desarrazoada de recursos, com a majoração do ônus financeiro a ser suportado pela parte que restar sucumbente. Criou-se também outro mecanismo pecuniário de combate à litigiosidade, assegurando-se para o réu que reconhecer a procedência do pedido e,

⁹¹ Na ADI 4357 julgada em 2014, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 e por arrastamento o art. 1º-F da Lei 9.494/97, introduzido pela Lei nº 11.960/2009, que dentre outras disposições, determinava que nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, a atualização monetária, a remuneração do capital e a compensação da mora, seriam feitas por meio dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, por entender, em síntese, que tal regramento é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão, violando o direito fundamental de propriedade, promovendo uma discriminação arbitrária, vulnerando a isonomia entre devedor público e devedor privado, ofendendo a cláusula constitucional do Estado de Direito, o princípio da separação de poderes, a garantia do acesso à justiça, a efetividade da tutela jurisdicional e o direito adquirido e a coisa julgada.

⁹² Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2o a 6o, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2o e 3o para a fase de conhecimento (BRASIL. **Lei Federal 13.105, 16 mar. 2015**).

⁹³ Art. 55. A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa” (BRASIL. **Lei nº 9.099, 26 set. 1995**).

simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, a redução dos honorários pela metade (§4º do artigo 90 do CPC)⁹⁴.

Desse modo, se antes mesmo já cabia à Fazenda Pública perseguir o interesse público primário, cumprindo deveres, reconhecendo e respeitando os direitos do administrado, em homenagem aos princípios constitucionais da legalidade, da moralidade, da eficiência e da impessoalidade, agora também o deve fazer em razão da busca pelo interesse secundário.

Contudo, ainda se faz necessária a adequação da Constituição e da legislação, com a conferência de prerrogativas mínimas aos procuradores de Estado (estas prerrogativas serão tratadas em tópico próprio), para que exerçam de forma plena, independente e autônoma a sua função de apresentação do ente público em juízo, firmando acordos e/ou reconhecendo pedidos. Deve-se reconhecer a competência dos procuradores públicos de averiguar, de concluir e de decidir objetivamente no caso concreto se há razão para se apresentar defesa ou para se firmar acordo ou para se reconhecer o pedido.

Afinal de contas, é o procurador público o órgão de Estado que detém a competência para apresentar em juízo o ente federativo, que detém a competência exclusiva de emitir o entendimento jurídico da Fazenda Pública no caso concreto, que detém o conhecimento técnico-jurídico necessário para se avaliar os riscos da demanda (tanto em razão de sua atuação preventiva – consultoria e assessoria jurídicas, quanto em virtude de sua atuação contenciosa nos processos judiciais), de modo que somente pode ser ele, única e exclusivamente, o agente com competência para verificar se é caso de se apresentar defesa, reconhecer o pedido ou de se firmar acordo.

Desse modo, uma vez ajuizada uma ação e designado procurador responsável para acompanhar o feito, se revela despicienda prévia autorização da autoridade administrativa competente para o cumprimento da obrigação exigida pelo particular para que seja realizado acordo ou reconhecimento do pedido. Primeiro, por uma questão de lógica: ora, se o procurador público prescinde de mandato para apresentar o ente federativo, por se tratar de outorga legal, obviamente não lhe pode ser exigida autorização de qualquer autoridade para se manifestar nos autos judiciais de sua responsabilidade. Segundo porque, como visto, cabe ao procurador público, a seu juízo, analisar os riscos da demanda e decidir qual é a melhor

⁹⁴“Art. 90. Proferida sentença com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu.

[...]

§ 4º Se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade” (BRASIL. **Lei Federal 13.105, 16 mar. 2015**).

estratégia jurídica a ser adotada no caso concreto para se atingir o interesse público, se é a de buscar a autocomposição ou a de perseguir uma decisão judicial favorável à Fazenda.

Não se trata aqui de usurpação de competências. O papel da autoridade responsável pela conduta é o de esclarecer a matéria fática que a levou a praticar determinada decisão política, de sua competência, fornecendo informações e documentos. A partir disso, se o procurador verificar que se trata de hipótese que se enquadra naquele tipo de ação em que assiste razão ao particular, esta autoridade administrativa será obrigada, de uma forma ou de outra, a cumprir a incumbência, seja por reconhecimento da instituição jurídica a que se encontra vinculada, seja por determinação judicial. Aliás, se for por ordem judicial, talvez nem seja o melhor caminho, já que fundada no poder de império do Estado, na autoridade, e não na análise conjunta dos interesses públicos primários e secundários, apreciados pelo procurador público quando toma a decisão de buscar a autocomposição.

Observe que, igualmente, não se trata de conceder uma “*carta branca*” ao procurador de Estado, mas sim de se evitar que seja contrariado o interesse público primário e o interesse público secundário, otimizando o serviço jurídico para que não haja a defesa protelatória de ilícitos praticados pela Administração contra os seus administrados.

Aliás, a Lei 13.140/2015⁹⁵, que disciplinou a mediação sobre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, dispõe expressamente que, quando se tratar de direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve o acordo ser precedido da oitiva do Ministério Público e homologado em juízo, (§2º do artigo 3º). Assim, eventual autocomposição, realizada em processo judicial por intermédio do procurador da Fazenda, necessariamente passará pela fiscalização do *parquet* na função de *custos legis* e pelo crivo de um juiz, ou seja, há um triplo controle de legalidade do ato.

O Novo CPC (artigo 174) prevê ainda a possibilidade de criação de câmaras administrativas de mediação e de conciliação, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, com competência para dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; para avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; e para promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

A referida Lei 13.140/2015, publicada logo após o novo código, dispôs, em seu artigo 32, que estas câmaras de prevenção de resolução administrativa de conflitos devem funcionar

⁹⁵BRASIL. Lei 13.140, 26 jun. 2015.

no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública (Advocacia Geral da União - AGU, Procuradoria Geral do Estado - PGE e Procuradoria Geral do Município - PGM), o que revela a necessidade de organização destas instituições jurídicas e de conferência de prerrogativas aos seus membros para que tenham a necessária independência para resolver administrativamente os conflitos, evitando-se o ajuizamento de demandas desnecessárias. Registre-se que aludida lei afastou da competência das referidas câmaras as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos à autorização do Poder Legislativo (§4º do artigo 32), respeitando-se, portanto, a independência dos poderes e o princípio da reserva legal.

Em relação à Administração Pública federal, aludida lei autoriza a chamada transação por adesão, ou seja, autoriza a celebração de um acordo com todos os interessados e o Poder Público, nas condições por ele oferecidas (artigo 35 da Lei 13.140/2015). Esta transação por adesão poderá ser feita com fundamento em autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores, ou por meio de parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a Administração Pública federal, a Lei 13.140/2015 outorgou à Advocacia-Geral da União a competência para realizar a composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União, sendo que na hipótese de não haver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta (artigo 36). Facultou-se ainda aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da Administração Pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito (artigo 37 da Lei 13.140/2015).

Ainda no âmbito federal, a Lei Federal 10.259/2001⁹⁶, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, autorizou, de forma genérica, aos representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais (artigo 10º, parágrafo único).

No entanto, se tal norma for interpretada em conjunto com a Lei Federal 9.469/97⁹⁷, que regulamenta as hipóteses em que a Administração Pública federal poderá realizar acordos ou

⁹⁶BRASIL. Lei 10.259, 12 jul. 2001.

⁹⁷Id. Lei 9.469, 10 jul. 1997.

transações, não parece que há esta autorização aberta. Afinal, exige-se sempre, como condição à autocomposição, inclusive para terminar litígios judiciais, prévia autorização do Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, bem como de outras autoridades, conforme o caso (dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto; Ministro de Estado a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário; ou do Ministério Público da União, Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal, o Procurador-Geral do Banco Central do Brasil), *verbis*:

Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais. (*"Caput" do artigo com redação dada pela Lei nº 13.140, de 26/6/2015, publicada no DOU de 29/6/2015, em vigor após decorridos 180 dias de sua publicação*)

§ 1º Poderão ser criadas câmaras especializadas, compostas por servidores públicos ou empregados públicos efetivos, com o objetivo de analisar e formular propostas de acordos ou transações. (*Parágrafo com redação dada pela Lei nº 13.140, de 26/6/2015, publicada no DOU de 29/6/2015, em vigor após decorridos 180 dias de sua publicação*)

§ 2º (*Revogado pela Medida Provisória nº 496, de 19/7/2010, convertida na Lei nº 12.348, de 15/12/2010*)

§ 3º Regulamento disporá sobre a forma de composição das câmaras de que trata o § 1º, que deverão ter como integrante pelo menos um membro efetivo da Advocacia-Geral da União ou, no caso das empresas públicas, um assistente jurídico ou ocupante de função equivalente. (*Parágrafo acrescido pela Lei nº 11.941, de 27/5/2009, com redação dada pela Lei nº 13.140, de 26/6/2015, publicada no DOU de 29/6/2015, em vigor após decorridos 180 dias de sua publicação*)

§ 4º Quando o litígio envolver valores superiores aos fixados em regulamento, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização dos dirigentes de que trata o *caput*. (*Parágrafo acrescido pela Lei nº 13.140, de 26/6/2015, publicada no DOU de 29/6/2015, em vigor após decorridos 180 dias de sua publicação*)

§ 5º Na transação ou acordo celebrado diretamente pela parte ou por intermédio de procurador para extinguir ou encerrar processo judicial,

inclusive os casos de extensão administrativa de pagamentos postulados em juízo, as partes poderão definir a responsabilidade de cada uma pelo pagamento dos honorários dos respectivos advogados. (Parágrafo acrescido pela Lei nº 13.140, de 26/6/2015, publicada no DOU de 29/6/2015, em vigor após decorridos 180 dias de sua publicação)

Art. 2º O Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal, o Procurador-Geral do Banco Central do Brasil e os dirigentes das empresas públicas federais mencionadas no *caput* do art. 1º poderão autorizar, diretamente ou mediante delegação, a realização de acordos para prevenir ou terminar, judicial ou extrajudicialmente, litígio que envolver valores inferiores aos fixados em regulamento. ("Caput" do artigo com redação dada pela Lei nº 13.140, de 26/6/2015, publicada no DOU de 29/6/2015, em vigor após decorridos 180 dias de sua publicação)

§ 1º No caso das empresas públicas federais, a delegação é restrita a órgão colegiado formalmente constituído, composto por pelo menos um dirigente estatutário. (Parágrafo acrescido pela Lei nº 13.140, de 26/6/2015, publicada no DOU de 29/6/2015, em vigor após decorridos 180 dias de sua publicação)

§ 2º O acordo de que trata o *caput* poderá consistir no pagamento do débito em parcelas mensais e sucessivas, até o limite máximo de sessenta. (Parágrafo acrescido pela Lei nº 13.140, de 26/6/2015, publicada no DOU de 29/6/2015, em vigor após decorridos 180 dias de sua publicação)

§ 3º O valor de cada prestação mensal, por ocasião do pagamento, será acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do mês subsequente ao da consolidação até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento relativamente ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado. (Primitivo § 1º renumerado com redação dada pela Lei nº 13.140, de 26/6/2015, publicada no DOU de 29/6/2015, em vigor após decorridos 180 dias de sua publicação)

§ 4º Inadimplida qualquer parcela, após trinta dias, instaurar-se-á o processo de execução ou nele prosseguir-se-á, pelo saldo. (Primitivo § 2º renumerado com redação dada pela Lei nº 13.140, de 26/6/2015, publicada no DOU de 29/6/2015, em vigor após decorridos 180 dias de sua publicação)

Todavia, entende-se que, em se tratando de litígios judiciais, não se pode exigir do procurador responsável pelo feito autorização de qualquer autoridade para que se firme determinado acordo, vez que, conforme visto, é o advogado público o órgão de Estado que detém a competência constitucional para apresentar em juízo o ente federativo, que detém a competência exclusiva de emitir o entendimento jurídico da Fazenda Pública no caso concreto, e que detém o conhecimento técnico-jurídico necessário para se avaliar os riscos da demanda, de modo que somente pode ser ele, única e exclusivamente, o agente com competência para verificar se é caso de se apresentar defesa, reconhecer o pedido ou de se firmar acordo.

A partir de uma leitura constitucional, depreende-se que a legislação infraconstitucional somente pode dispor sobre critérios objetivos para a realização de acordos, mas jamais subtrair a competência deliberativa ou decisória decorrente da independência técnico-

funcional do agente público, que tem a missão constitucional de apresentar o Estado em juízo e, portanto, a liberdade de consciência e de orientação científica para decidir se o melhor caminho para se alcançar o interesse público no caso concreto passa ou não pela autocomposição.

A legislação infraconstitucional deve, portanto, ser editada para se conferir maior segurança àqueles que apresentam o Estado em juízo, estimulando-os a buscar a solução consensual de conflitos, realizando acordos, vez que, como visto, não é porque se trata de direito indisponível que não se pode transacionar, sobretudo quando se busca a realização do interesse público primário.

Entretanto, por vezes, a legislação infraconstitucional que busca a conciliação e a transação acaba por atingir objetivo inverso, reforçando a cultura de litigiosidade. É o que se verifica em relação à Lei 12.153/2009⁹⁸, que dispôs sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, autorizando os representantes judiciais dos réus presentes à audiência conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação (artigo 8º). Isso porque, ao exigir lei específica da respectiva pessoa política, promoveu-se o “engessamento” dos procuradores Públicos, vez que, enquanto não editada lei (o que pode jamais acontecer), não há segurança para se buscar a solução consensual para o conflito (justamente por se temer as consequências desta conduta), estimulando-se, por conseguinte, a apresentação de defesas até que seja prolatada uma decisão judicial.

Sobre esta lei específica de cada ente federativo, leciona Luiz Manoel Gomes Junior:

Legislação específica de cada ente abrangido pela Lei 12.153/2009 deverá disciplinar os limites e possibilidades de conciliações, acordos e anuência com pedidos de desistência em ações que tramitem nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, com óbvia vedação quanto a qualquer tipo de posição que vá além dos limites que tenham sido fixados. Aliás, referida norma deverá indicar quem é o representante judicial com autonomia legal para praticar os atos previstos no referido art. 8.º da Lei 12.153/2009, inclusive se haverá necessidade de procedimento administrativo para realizar a autorização do acordo.

[...]

O certo é que a regra do art. 8.º da Lei 12.153/2009 não poderá ser utilizada para justificar tratamentos diferenciados entre pessoas em idêntica situação

⁹⁸BRASIL. Lei nº 12.153, 22 dez. 2009.

jurídica, sob pena de vulneração ao Princípio Constitucional da Igualdade Jurídica [...]»⁹⁹

Talvez os motivos que levaram a se adotar norma diferente entre os juizados especiais da Fazenda Pública seja o pacto federativo e a consequente autonomia dos entes para regular a autocomposição em seus âmbitos. Por isso a lei federal do juizado especial federal autorizou de forma genérica os advogados públicos federais e a lei federal do juizado especial dos Estados, do DF e dos Municípios declinou à lei local a regulamentação das hipóteses de autocomposição.

Todavia, não é razoável tal *discrímen*, vez que se entende que se trata de norma de caráter nacional e não federativo. Afinal, todos os advogados públicos têm o dever constitucional de perseguir e defender o interesse público primário, independentemente de regulamentação infraconstitucional. Assim, eventual lei autorizando expressamente que os procuradores públicos, organizados em carreira, de todas as esferas, podem realizar a autocomposição, não representa usurpação de competência das pessoas políticas envolvidas. Ao contrário, decorre dos próprios designios constitucionais para se atender os anseios da sociedade, efetivando o sistema de *multiportas* para soluções de conflitos.

Desta forma, como se trata de um movimento de caráter nacional, que não mais se resume às causas de competência dos juizados especiais, sugere-se que a legislação infraconstitucional delimite, em todas as esferas, os contornos para a realização de acordo judicial, conferindo maior segurança para a atuação do advogado público.

Pode-se acrescentar, por exemplo, um artigo no Novo CPC ou, melhor, na Lei 13.140/2015 (que dispõe sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública), prescrevendo expressamente que é autorizado ao procurador público buscar a autocomposição nos casos em que este verificar que assiste razão à pretensão formulada contra a Administração Pública, criando-se ainda os seguintes critérios objetivos: a) dever de prévia oitiva da autoridade da área afeta ao assunto; b) dever de prévia oitiva de profissionais especializados ligados à pessoa jurídica de direito público correspondente (engenheiros, auditores fiscais, médicos, etc.), quando for necessário o esclarecimento técnico especializado acerca da matéria fática tratada nos autos; c) dever de prévia consulta a órgão colegiado da Advocacia Pública, quando se tratar de causas em que o valor supere 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; 500

⁹⁹ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luiz Otávio Sequeira de. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública**, p.125/126

(quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados; 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

Observe que os critérios sugeridos (dever de oitiva e de consulta) não retiram a competência decisória do órgão estatal responsável pelo feito, mas contribuem para que a *melhor* decisão seja tomada. Obviamente que, se o procurador responsável contrariar parecer do órgão jurídico colegiado, deverá fazê-lo por ato motivado, assumindo, nesse caso, os riscos pela sua conduta.

Esclarece-se ainda que o último critério proposto (dever de consulta em razão do valor) possui fundamento na necessidade de se conferir uma tutela adequada à defesa do patrimônio público, de forma similar ao que ocorre quando se exige a remessa necessária para que se dê eficácia à sentença prolatada contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público (artigo 496 do CPC). Sobre a finalidade de reexame, vale trazer as lições de Mirna Ciani:

Embora sob o confronto de críticas e opiniões desfavoráveis, sobrevive robusto o princípio do duplo grau de jurisdição, posto que garante ao jurisdicionado que, diante da falibilidade humana, a decisão proferida pelo juízo venha a ser reexaminada pelo órgão ad quem, de sorte a ser apreciada por um Colegiado, além de estabelecer um saudável controle da atividade judicial, a que, de resto, estão também sujeitos os tribunais, quando confrontado o direito objetivo, mediante a utilização de apelos extremos.

Mantenha-se presente que tal previsão não guarda discriminação, de sorte que revela-se antes como decorrência do *due processo of law*, que a todos atende, nas mais variadas oportunidades e posições que figurem os atores da relação jurídica processual.

[...]

Não resulta, de outra face, em desprestígio ao julgador de primeiro grau, posto que este proporciona ao tribunal superior a correta cognição da causa por ele instruída e julgada, com o pleno exercício do contraditório, tudo a harmonizar a questão submetida ao reexame, devidamente municuada, dando ao ato jurisdicional a indispensável certeza que nasce do saudável debate que aflora do aperfeiçoamento de ideias.¹⁰⁰

Destarte, como se positivou no ordenamento jurídico que é prudente e necessário que um órgão público colegiado proceda ao reexame de matérias em razão do valor, entende-se que tal regra deve ser estendida *mutatis mutandis* também para os casos de acordo. A diferença é que, no caso de autocomposição, se trata de consulta e deve ser feita pelo órgão

¹⁰⁰CIANCI, Mirna. *A Remessa Necessária no Novo Código de Processo Civil*, p. 362-363.

colegiado da Advocacia Pública, que é o instituto público competente para tanto, sendo que a decisão final permanece com o procurador público, que é o órgão estatal responsável pelo feito.

Noutro giro, em se tratando de litígios administrativos, entende-se que é imprescindível a participação do advogado público, vez que é o órgão estatal que tem a competência para realizar a consultoria e a assessoria jurídicas, de modo que é necessária a sua manifestação, na função de *custos legis* interno, para verificar se os acordos propostos estão em harmonia com o ordenamento jurídico. Todavia, nesse caso, o advogado público não detém a competência exclusiva de apresentar o ente político. Tal competência pode lhe ser afeta no caso de litígio da administração *versus* particulares, mas, em se tratando de litígio entre órgãos da própria administração, não é possível. Nesses casos, é a própria autoridade da área afeta ao assunto (ministro, secretário, dirigente) ou quem receba delegação para tanto que apresenta o respectivo órgão no litígio administrativo.

Ademais, tais acordos são regidos pelas normas do respectivo ente público que, eventualmente, pode, inclusive, limitar os valores envolvidos ou outorgar ao chefe-máximo da instituição jurídica a competência para dirimir o conflito, caso não se chegue a um consenso, conforme restou previsto na Lei 13.140/2015. É diferente, portanto, do que ocorre no litígio judicial, em que o ente federativo é apresentado necessariamente pelo procurador público e que, em caso de ausência de acordo, a controvérsia jurídica é solucionada por meio de uma decisão judicial, independentemente dos valores envolvidos.

De qualquer forma, para que o procurador público exerça plenamente o seu *múnus* público, inclusive celebrando acordos, se faz necessária uma adequação constitucional, com a conferência de certas prerrogativas, conforme se demonstrará adiante.

4 PRERROGATIVAS INERENTES E MÍNIMAS PARA O EXERCÍCIO DO MISTER PÚBLICO

4.1 Prerrogativas necessárias às Procuraturas Constitucionais

As garantias dadas às instituições e as prerrogativas conferidas aos respectivos membros das “funções essenciais à Justiça” objetivam o pleno e independente exercício de seu múnus público, livre de perseguições e de temores que inibam a realização funcional e consequente de sua função pública.

No caso específico da Advocacia Pública, leciona Ricardo Antônio Lucas Camargo:

E, de outra parte, aqui se tem, inclusive, a ligação entre os fins da instituição e as prerrogativas que se asseguram a seus integrantes.

No caso da advocacia, é intuitiva tal ligação.

Prerrogativas como a de poder exercer o seu mister sem que se tenha o temor de cair em impopularidade ou no desagrado das autoridades, a de ter vista dos autos para a produção da defesa do seu constituinte, a de despachar com os magistrados, a inviolabilidade por manifestações no exercício de seu mister, todas elas indispensáveis ao bom exercício do trabalho advocatício, embora, claro, isto não traduza um *bill* de indenidade em relação aos deveres inerentes à lealdade processual.¹⁰¹

Pois bem. Como vimos, atualmente, a Constituição da República confere ao Ministério Público e à Defensoria Pública os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, bem como as garantias da autonomia funcional, administrativa e financeira.

O princípio institucional da unidade erige que os membros da carreira integram um só órgão, sob a direção de um único chefe. O princípio institucional da indivisibilidade estabelece que os membros da carreira, dentro de seus respectivos âmbitos funcionais e federativos, podem ser substituídos uns pelos outros. O princípio da independência funcional significa que, no cumprimento de seus deveres funcionais, os membros da carreira se submetem unicamente à Constituição, à lei e à sua própria consciência jurídica.

As garantias institucionais de autonomia funcional, administrativa e financeira, por sua vez, conferem verdadeiro poder de autogoverno à instituição e estão intimamente ligadas ao exercício do múnus público confiado a cada uma das Procuraturas Constitucionais.

¹⁰¹ CAMARGO. Ricardo Antônio Lucas. *Advocacia Pública Mito e Realidade*, p.48-50

O Ministério Público é autônomo, por exemplo, porque precisa de independência para exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, VII da CR/88); para expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública; promover a ação penal pública; para instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos; para promover a responsabilidade dos executores ou agentes do estado de defesa ou do estado de sítio, pelos ilícitos cometidos no período de sua duração; para requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos; e para propor ação civil coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos (Lei Complementar 75/93) ¹⁰².

A Defensoria Pública é autônoma desde 2004, nos Estados, e desde 2013 na União, porque também precisa de independência para promover a orientação jurídica dos necessitados, independentemente da vontade dos Governantes ou de infiltrações políticas; para buscar a solução extrajudicial de litígios; para promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; para representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; para promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; para atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência (Lei Complementar 80/94) ¹⁰³.

Veja que, hodiernamente, a Advocacia Pública é a única Procuratura Constitucional que não têm assegurados constitucionalmente os princípios e as garantias institucionais, que são comuns ao Ministério Público e à Defensoria Pública. Apesar disso, tem o dever de exercer função tão relevante quanto às das demais Procuraturas Constitucionais. Detém a competência de prestar consultoria e assessoramento jurídicos, que viabilizam a adoção de políticas públicas consentâneas com a ordem jurídica. Detém a competência de apresentar judicialmente o Estado, respondendo pelo ente federativo a que se encontra vinculado e por todas as demais funções, instituições, poderes, entidades e órgãos do Estado, na medida em que lhe é reservada a legitimidade para atuar como Estado.

É o procurador de Estado que apresenta o Estado, tanto no polo ativo como no polo passivo nas ações civis públicas (Lei 7.347/85), nas ações provenientes da lei de licitações e contratos administrativos (Lei 8.666/93), de concessões e permissões (Lei 8.987/2003), nas

¹⁰²BRASIL. Lei Complementar nº 75/1993.

¹⁰³BRASIL. Lei Complementar nº 80/1994.

ações em que envolve o regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/2011), nas ações administrativas e judiciais previstas na nova lei de combate à corrupção (Lei 12.846/2013), nas ações de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, nas ações de desapropriação (Decreto-Lei 3.365/41), nas ações em que envolve o direito ambiental e urbanístico, nas ações tributárias, nas ações individuais em que o Estado, instituições, poderes, entidades e órgãos sejam partes.

Há assim manifesto descompasso constitucional entre as Procuraturas prejudicando, por conseguinte, o exercício independente de sua competência institucional deliberativa ou decisória, vez que a instituição fica sujeita a represálias da autoridade contrariada e a infiltrações indevidas de natureza política.

Desse modo, para que Advocacia Pública cumpra o múnus público confiado pela Constituição, é necessário o aperfeiçoamento do atual desenho constitucional, assegurando à instituição certas prerrogativas e garantias, de modo que não fique mais submetida a eventuais arbítrios do Poder Executivo ou de quaisquer dos outros Poderes ou funções estatais de controle, como o próprio Ministério Público, Tribunais de Contas etc.

Diogo de Figueiredo¹⁰⁴ sugere que o aprimoramento institucional das funções essenciais à Justiça deve seguir a linha apontada pelos princípios dessumidos do próprio ordenamento constitucional vigente, do qual se extrai os princípios da essencialidade, da institucionalidade, da igualdade, da unidade, da organicidade unipessoal, da independência funcional, da inviolabilidade, da autonomia administrativa e da autonomia de impulso.

O princípio da essencialidade advém do postulado de que as funções essenciais à Justiça não podem deixar de existir, vez que relacionadas com a própria manutenção do Estado Democrático de Direito. É dizer, as Procuraturas Constitucionais são essenciais à estruturação e ao funcionamento do próprio Estado.

O princípio da institucionalidade decorre da própria criação constitucional. No Estado Democrático de Direito, as instituições essenciais à Justiça exercem o patrocínio dos interesses públicos, bem como individuais, coletivos e difusos que a ordem jurídica lhes acometer. Desse modo, é intrínseca às Procuraturas Constitucionais a institucionalidade.

O princípio da igualdade está relacionado à inexistência de hierarquias entre os interesses cometidos a cada uma das Procuraturas Constitucionais. Para a consecução de suas finalidades constitucionais, a relação entre as funções estatais deve ser reticular e horizontal, e

¹⁰⁴MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais**, p. 79-102.

não hierarquizada e piramidal, com a prevalência deste ou daquele, vez que na Constituição atual não há funções mais ou menos essenciais à Justiça. Não é porque o constituinte, inicialmente, não as tratou com a minúcia que devotou ao Ministério Público que se deve haver uma valoração diferente entre as Procuraturas Constitucionais, visto que todas, dentro de suas peculiaridades, são fundamentais para a realização da Justiça e do Estado Democrático de Direito. Até porque a prevalência de determinado interesse sobre outro deve ser aferida no caso concreto e dependerá da natureza de cada relação.

Com efeito, Maria Sylvia di Pietro destaca que a posição da Advocacia Pública é idêntica àquela ocupada pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública:

A posição da Advocacia da União e das procuradorias estaduais na organização do Estado é idêntica àquela ocupada pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública. Nem poderia ser diferente, já que todas foram incluídas no mesmo título que trata da Organização dos Poderes, no capítulo referente às *funções essenciais à Justiça*. Todos exercem *atividade típica de Estado*, razão pela qual mereceram tratamento diferenciado na Constituição. Aliás, a advocacia pública desempenha algumas funções muito semelhantes às do Ministério Público, na medida em que dispõe de legitimidade para representar a União na propositura de ações civis públicas (artigo 5º da Lei 7.347/85, fundamentado no artigo 129, parágrafo único, da Constituição); também tem legitimidade para a propositura da ação de improbidade administrativa (artigo 17 da Lei 8.429/92), e para responsabilização judicial das pessoas jurídicas que praticam atos danosos contra a Administração Pública (artigo 19 da Lei 12.846/13).¹⁰⁵

O princípio da unidade nos remete à inadmissibilidade de criação ou existência de instituições concorrentes para o exercício das funções cometidas a cada uma das Procuraturas Constitucionais.

Nesse particular, chama atenção a situação da Advocacia Pública *stricto sensu*. É ainda comum a usurpação de competências de advogados públicos, principalmente em relação à consultoria e à assessoria jurídicas. A questão é tão delicada que, como visto, está em estudo uma proposta de súmula vinculante para coibir esta praxe inconstitucional (PSV nº 18). A situação deflagrada em muitos Municípios é ainda pior. É que ainda é relativamente comum, no âmbito municipal, a contratação de escritórios de advocacia ou a nomeação de cargos em comissão para o exercício da advocacia pública, principalmente em locais em que a estrutura das procuradorias instaladas é deficitária e em que não há proteção legal para o exercício da função pelos seus titulares. Sem falar nos Municípios em que sequer há cargo de procurador...

O princípio da organicidade unipessoal decorre da condição da qual se investem os titulares das Procuraturas Constitucionais quando tomam posse no respectivo cargo, vez que

¹⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A Advocacia Pública como função essencial à Justiça**.

passam a ser considerados órgãos individuais, com natureza institucional ligada ao cargo. Passam, então, a *presentar* as Procuraturas Constitucionais, sendo incorreto aludir-se a representação¹⁰⁶.

O princípio da independência funcional revela que as Procuradorias Constitucionais não podem ficar sujeitas a qualquer outro poder do Estado no que se refere ao exercício de suas funções, devendo lhes ser assegurada liberdade de consciência e de orientação científica. Esse princípio decorre justamente da necessidade de se evitar represálias, às Procuraturas Constitucionais, decorrentes daquelas autoridades contrariadas, ou mesmo de impedir infiltrações indevidas de natureza política no exercício de sua competência institucional deliberativa ou decisória. Com efeito, as Procuraturas Constitucionais exercem importante função estatal, devendo, portanto, ser destacadas dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), uma vez que não integram nenhum deles.

Em decorrência de tal princípio, deve-se restringir a escolha do chefe-máximo da instituição dentre os membros da respectiva carreira, mediante a eleição de lista tríplice apresentada ao Chefe do Poder Executivo, justamente para se evitar infiltrações de natureza política na consecução das atividades afetas à Advocacia Pública. Vale para a espécie o mesmo entendimento adotado para a nomeação do Procurador-Geral da República. Sobre a confusão entre hierarquia administrativa e hierarquia técnica, potencializada pela investidura de pessoa estranha à carreira na condição de chefe-máximo da instituição, vale trazer as contribuições de Luciane Moessa de Souza:

O fato é que, seja no âmbito da Administração direta, seja na esfera da Administração indireta, os órgãos gerenciais, isto é os cargos de confiança das Procuradorias ou Consultorias Jurídicas, quase sempre, são de livre nomeação do dirigente da instituição correspondente, normalmente com a participação do Advogado-Geral da União (no caso federal), o qual, porém, como vimos, guarda dependência umbilical do Presidente da República. Agregando-se com isso ao fato de que é absolutamente comum a confusão de hierarquia administrativa e hierarquia técnica no seio dos órgãos da Administração Pública e se conclui que, de fato, os membros de tais instituições estão constantemente sujeitos a interferências do Poder Executivo no exercício de suas atribuições – sem falar no fato de que também se sujeitam a estes do ponto de vista correicional... Tal situação é por demais eloquente, a demonstrar a total ausência de garantias para os órgãos da Administração Pública desempenharem a sua missão

¹⁰⁶ “[...] o órgão torna presente, portanto apresenta a respectiva pessoa jurídica de cujo organismo faz parte. Esta é a razão pela qual não se haverá de exigir a outorga de mandato pela União e demais entidades de direito público a seus respectivos procuradores” (SILVA, Ovídio. A. Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 1, p. 96).

constitucional, à exceção de alguns Estados e Municípios, cujas normas garantem maior grau de autonomia às suas Procuradorias.¹⁰⁷

Observe que a escolha de pessoa estranha à carreira para chefiá-la influi em toda a instituição, provocando um efeito cascata sobre os demais cargos de direção (mesmo aqueles ocupados por integrantes da carreira), que passam a ser escolhidos pela afinidade interpessoal, subjetiva e, por vezes, partidária dos envolvidos com o chefe-máximo da Advocacia Pública, tal como ocorre em órgãos políticos da Administração Pública. Evidentemente, em se tratando de um órgão estatal técnico-jurídico especializado e guiado pelo princípio da independência funcional, não é isso o desejado, mas sim a investidura daqueles membros da carreira que detêm o perfil e a expertise necessária para ocupar tais cargos, admitindo-se a sua substituição em razão de meritocracia e não por conchavos políticos.

Entende-se que, não obstante a Advocacia Pública esteja vinculada ao Poder Executivo, a quem deve prestar consultoria e assessoramento jurídico, não deve integrá-lo e muito menos ser a ele estar subordinada, sob pena de mutilação de sua função constitucional.

Aliás, alguns Estados¹⁰⁸ e Municípios¹⁰⁹ já regulamentaram esse ponto específico em suas Constituições Estaduais ou legislações infraconstitucionais, no sentido de restringir a escolha do chefe-máximo para os membros pertencentes à carreira. Algumas destas disposições foram objetos de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, que oscilou sobre a matéria.

Na ADI 2581, o Pretório Excelso entendeu, por maioria de votos, que a norma prevista no artigo 235, VIII, da CR/88¹¹⁰ permite *ipso facto* ao constituinte estadual o poder de definir os termos da nomeação do Procurador-Geral, podendo restringir para os membros da carreira. Ou seja, o constituinte estadual não está preso à norma prevista para a Advocacia Pública federal, segundo a qual o chefe-máximo da instituição pode ser escolhido dentre cidadãos que

¹⁰⁷SOUZA, Luciane Moessa de. **Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros**, p. 107.

¹⁰⁸Artigo 6º - O Procurador Geral do Estado, responsável pela orientação jurídica e administrativa da instituição, será nomeado pelo Governador, em comissão, entre os Procuradores em atividade confirmados na carreira, e terá tratamento, prerrogativas e representação de Secretário de Estado, devendo apresentar declaração pública de bens, no ato da posse e da exoneração. (SÃO PAULO. **Lei Complementar nº 1.270/2015**).

¹⁰⁹Art. 7º Ao Procurador-Geral, nomeado em comissão pelo Prefeito dentre Procuradores estáveis no cargo, com prerrogativas e representação de Secretário Municipal, compete:[...]"(RIO DE JANEIRO. **Lei Complementar n.º 132/2013**).

¹¹⁰Art. 235. Nos dez primeiros anos da criação de Estado, serão observadas as seguintes normas básicas:

[...]

VIII - até a promulgação da Constituição Estadual, responderão pela Procuradoria-Geral, pela Advocacia-Geral e pela Defensoria-Geral do Estado advogados de notório saber, com trinta e cinco anos de idade, no mínimo, nomeados pelo Governador eleito e demissíveis "ad nutum". (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**).

não fazem parte da carreira, mas que preenchem os requisitos constitucionais. Aludido acórdão restou assim ementado:

ATO NORMATIVO - INCONSTITUCIONALIDADE. A declaração de inconstitucionalidade de ato normativo pressupõe conflito evidente com dispositivo constitucional. PROJETO DE LEI - INICIATIVA - CONSTITUIÇÃO DO ESTADO - INSUBSISTÊNCIA. A regra do Diploma Maior quanto à iniciativa do chefe do Poder Executivo para projeto a respeito de certas matérias não suplanta o tratamento destas últimas pela vez primeira na Carta do próprio Estado. PROCURADOR-GERAL DO ESTADO - ESCOLHA ENTRE OS INTEGRANTES DA CARREIRA. Mostra-se harmônico com a Constituição Federal preceito da Carta estadual prevendo a escolha do Procurador-Geral do Estado entre os integrantes da carreira.

(ADI 2581, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 16/08/2007, DJe-152 DIVULG 14-08-2008 PUBLIC 15-08-2008 EMENT VOL-02328-01 PP-00035).¹¹¹

Na ADI 2682, confirmou-se que o entendimento de que a forma de provimento do cargo de Procurador-Geral do Estado, não prevista pela Constituição da República, pode ser definida pela Constituição Estadual, competência esta que se insere no âmbito de autonomia de cada Estado-membro, de modo que é possível que o constituinte estadual determine que a escolha seja feita entre pessoas estranhas à carreira. Afastou-se a tese de que o Procurador-Geral do Estado e seu substituto devem, necessariamente, ser escolhidos dentre membros da carreira, *verbis*:

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Expressão "preferencialmente" contida no art. 153, § 1º, da Constituição do Estado do Amapá; art. 6º da Lei Complementar 11/1996, do Estado do Amapá, na parte em que conferiu nova redação ao art. 33 da Lei Complementar 6/1994 do mesmo Estado; e redação originária do art. 33, § 1º, da Lei Complementar 6/1994, do Estado do Amapá. 3. Rejeitada a preliminar de inépcia da petição inicial. A mera indicação de forma errônea de um dos artigos impugnados não obsta o prosseguimento da ação, se o requerente tecer coerentemente sua fundamentação e transcrever o dispositivo constitucional impugnado. 4. Provimento em comissão, de livre nomeação e exoneração pelo Governador, dentre advogados, dos cargos de Procurador-Geral do Estado, Procurador de Estado Corregedor, Subprocurador-Geral do Estado e Procurador de Estado Chefe. Alegada violação ao art. 132 da Constituição Federal. A forma de provimento do cargo de Procurador-Geral do Estado, não prevista pela Constituição Federal (art. 132), pode ser definida pela Constituição Estadual, competência esta que se insere no âmbito de autonomia de cada Estado-membro. Precedentes: ADI 2.581 e ADI 217. Constitucionalidade dos dispositivos impugnados em relação aos cargos de Procurador-Geral do Estado e de seu substituto, Procurador de Estado Corregedor. Vencida a tese de que o Procurador-Geral do Estado, e seu substituto, devem,

¹¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2581.**

necessariamente, ser escolhidos dentre membros da carreira. 5. Viola o art. 37, incisos II e V, norma que cria cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, o qual não possua o caráter de assessoramento, chefia ou direção. Precedentes. Inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados em relação aos cargos de Subprocurador-Geral do Estado e de Procurador de Estado Chefe. 6. Ação julgada parcialmente procedente. (ADI 2682, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2009, DJe-113 DIVULG 18-06-2009 PUBLIC 19-06-2009 EMENT VOL-02365-01 PP-00024 RTJ VOL-00210-02 PP-00573 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 63-85)

Já no julgamento da ADI 291, *data máxima vênia*, distorceu-se o que fora decidido na ADI 2682, consignando-se que naquela ocasião houve uma “mudança” de entendimento, decidindo-se que o cargo de Procurador-Geral do Estado é de livre nomeação e exoneração pelo Governador do Estado, que pode escolher o Procurador-Geral entre membros da carreira ou não, por uma exegese do texto constitucional, independentemente de previsão na Constituição Estadual. Para demonstrar, vale trazer trecho do voto do ministro Joaquim Barbosa, relator do processo:

No julgamento da ADI 2.581 manifestei-me no sentido da inconstitucionalidade de norma da Constituição do Estado de São Paulo, cujo teor é muito similar ao do presente dispositivo. No entanto esta corte julgou constitucional aquela norma por entender que não havia ofensa à Constituição Federal. Contudo, no julgamento da ADI 2.682, rel. min. Gilmar Mendes, DJE de 19.06.2009, esta Corte modificou o seu entendimento, e afirmou que a nomeação do Procurador-Geral do Estado deve ser de livre escolha do Governador de Estado.¹¹²

Observe que se trata de interpretação equivocada do precedente citado. De qualquer forma, tal fato revela que é necessária uma adequação da Constituição da República, para que exegeses casuísticas não prevaleçam sobre os princípios que devem nortear a Advocacia Pública.

O princípio da inviolabilidade reflete a proteção outorgada aos membros titulares dos órgãos das Procuraturas Constitucionais, que não podem ser constrangidos por nenhum dos outros Poderes. Este princípio está intimamente ligado ao princípio da independência funcional, sendo seu consectário lógico.

Chama novamente atenção o âmbito municipal, em que muitas vezes esses dois princípios (princípio da independência funcional e da inviolabilidade) acabam seriamente comprometidos, tendo em vista a ausência de Procuraturas instaladas por meio de lei, bem como ante a ausência de previsão legal de garantias e prerrogativas aos titulares do órgão.

¹¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 291.**

O princípio da autonomia administrativa e financeira é intrínseco ao exercício das funções essenciais à Justiça, vez que permite a gestão dos meios administrativos necessários e inerentes à tutela de uma atuação independente, mesmo contra o interesse de qualquer dos Poderes. A autonomia administrativa está entrelaçada à autonomia financeira, visto que ninguém decide de fato praticar qualquer ato administrativo que dependa de realização de despesas, sem lhe ser assegurada a fonte de custeio correspondente.

Em relação à Advocacia Pública, este princípio é ainda mais raro de ser observado, sobretudo porque grande parte da legislação pertinente à matéria, na esfera federal, estadual e municipal, mantém a Advocacia Pública subordinada administrativamente e financeiramente ao Poder Executivo, o que revela a necessidade de aperfeiçoamento do atual desenho constitucional¹¹³.

Por fim, o princípio da autonomia de impulso, que revela o poder-dever dos órgãos das Procuraturas Constitucionais de tomar todas as iniciativas necessárias à tutela da defesa dos interesses que lhe foram confiados pelas Constituições (da República e Estadual), ou pelas Leis Orgânicas Municipais, ou pelas demais normas infraconstitucionais, no âmbito de suas competências funcional e territorial própria, independentemente de provocação de qualquer outro Poder, órgão ou entidade.

Todavia, o que se observa, principalmente em relação à Advocacia Pública *stricto sensu*, é que a aplicação deste princípio acaba sendo restrita aos casos de perseguição de patrimônio, reduzidas praticamente às execuções fiscais e às hipóteses em que há provocação, por meio de solicitações, requerimentos ou recomendações do Chefe do Poder Executivo ou de órgãos integrantes do Poder Executivo. Isso se dá justamente em decorrência da não aplicação do princípio anteriormente minuciado (princípio da autonomia administrativa e financeira), pela grande maioria dos Estados, Municípios e pela própria União, de forma que a Advocacia Pública acaba por ficar subordinada ao Poder Executivo, deixando, por vezes, em razão de ingerências políticas, de exercer sua função fundamental para a realização da Justiça.

Assim, é apropriado o aperfeiçoamento do atual desenho constitucional para que as Procuraturas tenham, no texto constitucional, os mesmos princípios (unidade, indivisibilidade e independência funcional) e garantias (autonomias funcional, administrativa e financeira) institucionais positivados, vez que os princípios dessumidos no próprio ordenamento constitucional vigente (essencialidade, institucionalidade, igualdade, unidade, organicidade

¹¹³Entretanto, já existe avanço sobre essa matéria. O Município do Rio de Janeiro deu passo importante nessa seara, vez que ao instituir a Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Município (RIO DE JANEIRO. **Lei Complementar n.º 132/2013**), assegurou-se à PGM autonomia técnica, administrativa e financeira.

unipessoal, independência funcional, inviolabilidade, autonomia administrativa, financeira e de impulso) não podem ser subtraídos de funções essenciais à Justiça que exercem papel de mesma envergadura, fundamentais para a realização da Justiça e do Estado Democrático de Direito. Não há, repita-se, funções mais ou menos essenciais à Justiça, sobretudo porque a prevalência de determinado interesse público sobre outro deve ser aferida no caso concreto e dependerá da natureza de cada relação.

4.2 Prerrogativas dos membros das Procuraturas Constitucionais

Não são somente às Procuraturas Constitucionais, como instituição, que devem ser conferidas prerrogativas e garantias para o seu correto funcionamento. Aos membros que as apresentam também devem ser concedidas certas prerrogativas, com o fim de garantir a liberdade e a imparcialidade do exercício da função.

A atual Constituição assegurou aos membros do Ministério Público a vitaliciedade, após dois anos de efetivo exercício na carreira; a inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão de órgão colegiado; bem como a irredutibilidade de subsídio. Aos membros da Defensoria Pública, assegurou-se a estabilidade e a inamovibilidade. À Advocacia Pública assegurou-se apenas a estabilidade e a inviolabilidade profissional.

Novamente, chama atenção a diferença de tratamento dada aos membros que exercem funções essenciais à Justiça de igual envergadura. Se para os membros do Ministério Público foi conferida a garantia da vitaliciedade, segundo a qual somente perde-se o cargo por sentença judicial transitada em julgado, proferida em ação civil própria, não há nenhuma razão que justifique conferir aos demais membros das Procuraturas Constitucionais apenas a garantia da estabilidade, possibilitando a perda do cargo destes mediante simples processo administrativo.

Ou há necessidade da garantia da vitaliciedade para todos aqueles que exercem funções essenciais à Justiça ou não há, bastando a estabilidade. Nunca é demais lembrar que não há hierarquia entre os interesses cometidos a cada uma das Procuraturas Constitucionais. Desta forma, não se pode admitir um desequilíbrio de forças, de garantias, por meio de tratamento desigual dado àqueles que exercem funções essenciais e que muitas vezes estão patrocinando interesses públicos adversos, em que a prevalência deste ou daquele somente será aferida no caso concreto. Afinal, a diferença de tratamento promove o desencorajamento daquele que se

encontra mais vulnerável e que pode sofrer represálias mais duras do que o seu *ex adverso*, resultando em um desequilíbrio da relação jurídica, com a consequência indesejável de prevalência de interesse em razão da relação hierarquizada e piramidal, e não em razão da persecução do interesse público aferido no caso concreto.

Em relação à inamovibilidade, nota-se que somente os procuradores de Estado ficaram desprovidos de tal garantia. Mais uma vez, não se vê qualquer razão que justifique esta segregação. A inamovibilidade acompanhou os agentes que exerciam a representação judicial do Estado desde a Constituição de 1946. Inexplicavelmente, com a Constituição de 1988 foi retirada dos agentes que representam o Estado tal garantia do texto constitucional.

Sem dúvida alguma, houve a exposição desses agentes a represálias de autoridade contrariada, que, eventualmente, pode se valer deste subterfúgio para ameaçar ou, de fato, alterar a lotação desses membros, já que não é tão difícil utilizar o interesse público como pretexto para fazer valer interesses escusos. Ademais, sem tal garantia, é ainda possível a remoção de procurador para atender a interesses particulares do próprio membro ou de alguma autoridade, o que certamente não representa o interesse público. Talvez, por isso mesmo, a garantia da inamovibilidade foi conferida aos demais membros das Procuraturas Constitucionais, exigindo-se que a remoção, por interesse público, venha somente no caso de decisão *colegiada* do órgão competente integrante da própria Procuratura, evitando-se que a alteração de lotação se dê de forma desarrazoada, para atender a interesses particulares, pessoais ou escusos.

Luciane Moessa de Souza propõe que ao menos quatro prerrogativas

[...] sejam reconhecidas como necessárias para o pleno exercício do papel de controle da juridicidade da atividade administrativa: independência técnica-funcional, a inamovibilidade, a distribuição de feitos segundo critérios equitativos e previamente estabelecidos, e, por ultimo, a lotação segundo critérios objetivos e garantindo-se a objeção de consciência.¹¹⁴

A estas proposições acrescenta-se somente a garantia da vitaliciedade, pelos motivos expostos acima.

Além de garantir as prerrogativas funcionais inerentes ao exercício do cargo, é necessário criar mecanismos aptos a sanar as situações em que as prerrogativas sejam afrontadas ou desrespeitadas, com a consequente punição daqueles agentes que cometam tais ilicitudes.

¹¹⁴SOUZA, Luciane Moessa de. **Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros**, p. 115.

Quando o superior hierárquico é advogado e afronta prerrogativas de colegas, é possível acionar a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, que, inclusive, editou algumas súmulas administrativas em defesa da Advocacia Pública, na tentativa de atenuar tais distorções e preservar as prerrogativas dos procuradores públicos (o papel da OAB na Advocacia Pública será estudado no tópico seguinte). Mas, com toda certeza, apenas a intervenção da OAB não é suficiente para coibir atos atentatórios às prerrogativas dos advogados públicos, sobretudo porque tal instituição não possui poder disciplinar sobre agentes que não estão inscritos em seus quadros.

Desse modo, resta evidente a necessidade de adequação do texto constitucional em relação às prerrogativas conferidas aos membros que apresentam as Procuraturas Constitucionais, bem como a necessidade de criação de mecanismos que façam com que tais prerrogativas sejam observadas, quando do exercício da função pública, tanto pelos agentes internos da administração, quanto pelos agentes das demais funções estatais.

5 A SUBMISSÃO DEONTOLÓGICA DO ADVOGADO DO ESTADO E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)

5.1 A submissão deontológica do Advogado de Estado

Diogo de Moreira Figueiredo Neto aponta que “existe uma tríplice submissão deontológica do advogado de Estado: (1) às normas comportamentais da advocacia, em geral; (2) às da advocacia de Estado, em especial; (3) às do servidor público, em geral”¹¹⁵.

O advogado de Estado possui o *status* de advogado e é, portanto, membro da Ordem dos Advogados do Brasil, investido em virtude de inscrição, em razão do preenchimento dos requisitos legais. Desta forma, se submete ao Código de Ética e Disciplina da Advocacia¹¹⁶, devendo observar os deveres funcionais no patrocínio dos interesses que lhe foram confiados, bem como respeitar, nas relações com os colegas, autoridades, servidores e o público em geral, o dever de urbanidade, tratando a todos com respeito e consideração, ao mesmo tempo em que preservará suas prerrogativas e o direito de receber igual tratamento das pessoas com as quais se relacione.

O advogado de Estado possui também o *status* constitucional de procurador público, decorrente da sua investidura em cargo público, em virtude de aprovação em concurso público, se investindo das funções de procuratura dos interesses públicos afetos ao ente federativo, para o qual prestou o seu concurso admissório. Desta forma, se submete às definições constitucionais que regem a sua procuratura, e à lei orgânica de seu cargo, se houver.

O advogado de Estado possui ainda o *status* de servidor público, decorrente de sua investidura em cargo pertencente a quadro de pessoa jurídica de direito público a que se vincula. Desta forma, se submete, no que couber, ao estatuto do servidor público e à

¹¹⁵FIGUEIREDO NETO, Diogo Moreira de. **Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros**, p. 45.

¹¹⁶“CAPÍTULO II DA ADVOCACIA PÚBLICA

Art. 8º As disposições deste Código obrigam igualmente os órgãos de advocacia pública, e advogados públicos, incluindo aqueles que ocupem posição de chefia e direção jurídica.

§ 1º O advogado público exercerá suas funções com independência técnica, contribuindo para a solução ou redução de litigiosidade, sempre que possível.

§ 2º O advogado público, inclusive o que exerce cargo de chefia ou direção jurídica, observará nas relações com os colegas, autoridades, servidores e o público em geral, o dever de urbanidade, tratando a todos com respeito e consideração, ao mesmo tempo em que preservará suas prerrogativas e o direito de receber igual tratamento das pessoas com as quais se relacione” (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Resolução nº 02/2015**).

legislação extravagante, desde que compatíveis tanto em relação às prerrogativas quanto com os deveres gerais do *status* de advogado, bem como em relação às prerrogativas e deveres específicos do *status* constitucional de procurador público.

5.2 Da submissão deontológica do Advogado de Estado à OAB

Em polêmico julgamento, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB não faz parte da Administração Indireta, se tratando, na verdade de um serviço público independente, de categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro, não se sujeitando, portanto, a controle da Administração. Reconheceu-se que a OAB é uma entidade autônoma, que não se confunde com as autarquias especiais e tampouco pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional, vez que, ao contrário deles, não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas, mas tem finalidade institucional. Restou assim ementada a decisão:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI N. 8.906, 2ª PARTE. "SERVIDORES" DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELESTISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A Lei n. 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos "servidores" da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria. 2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências". 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração,

nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. 7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional. 8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente. 9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao caput do artigo 79 da Lei n. 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB. 10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB. 11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade. 12. Julgo improcedente o pedido. (ADI 3026, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2006, DJ 29-09-2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-03 PP-00478 RTJ VOL-00201-01 PP-00093)¹¹⁷

Desta forma, a OAB hoje é considerada uma categoria *sui generis*, destacada dos poderes, fora da Administração Direta e Indireta, que presta um serviço público permanente e independente, essencial à Justiça, zelando pelo exercício probo e eficiente da advocacia, voltado para o cumprimento de seus desígnios institucionais de

[...] defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.” (art. 44, I, da Lei n.º: 8.906/1994).

Nos termos de seu Estatuto¹¹⁸, a OAB é a entidade responsável pela regulamentação da atividade de advocacia no território brasileiro, fixando critérios avaliativos para o ingresso na profissão, cadastrando os habilitados no mercado profissional, tutelando os direitos dos advogados, promovendo a fiscalização da qualidade dos serviços prestados, podendo ainda apurar infrações e aplicar sanções disciplinares pertinentes ao exercício indevido da advocacia.

A princípio o Estatuto da Ordem se aplica aos Advogados Públicos, sobretudo porque o §1º do artigo 3º da Lei 8.906/94, dispõe que:

¹¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3026.**

¹¹⁸BRASIL. **Lei nº 8.906, 04 jul. 1994.**

Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

Entretanto, esse artigo está sendo objeto de ação declaratória de inconstitucionalidade¹¹⁹, em que o Procurador-Geral da República pretende que seja declarada a inconstitucionalidade do parágrafo primeiro, e, quanto ao *caput*, que seja emprestada interpretação conforme a Constituição, para entender-se ser tal preceito alusivo apenas aos advogados privados.

A argumentação despendida pelo Ministério Público Federal é, em linhas gerais, no sentido de que os advogados públicos, apesar de exercerem atividade de advocacia, se sujeitam a regime próprio (estatuto específico) e, portanto, não devem ser obrigados a se inscrever na OAB nem a ela se submeter; que o Estado não delegou à OAB a fiscalização dos Advogados Públicos, mantendo-se o próprio Estado na incumbência de selecioná-los, fiscalizar suas atuações e, eventualmente, aplicar-lhes penalidades disciplinares ou mesmo excluí-los de seus quadros; que há impossibilidade jurídica e fática da OAB exercer controle sobre atividades desempenhadas pelos advogados públicos no exercício de suas funções institucionais, ou submetê-los ao seu regramento disciplinar, vez que não é entidade componente da Administração Pública, não tem poder correccional e tampouco pode imiscuir-se na disciplina e vinculação funcional dos advogados públicos; que a capacidade postulatória desses advogados públicos decorre da própria relação estatutária e não da inscrição na ordem; que os integrantes das carreiras afetas à Advocacia Pública têm deveres e direitos próprios, expressos na legislação de regência, autônomos e alheios à OAB; que a OAB possui legitimidade e competência para aferir se bacharel em Direito está apto ao exercício da advocacia privada, cabendo ao Estado o controle de qualificação técnica dos bacharéis candidatos a Advogados Públicos, mediante concurso de provas e títulos.

Por fim, o *parquet* conclui que advogado público só deve se vincular e se submeter à OAB quando e se atuar como advogado privado, e que essa interpretação não exclui a obrigatória inscrição na OAB apenas dos advogados públicos que, em virtude de seus especiais regimes estatutários, possam acumular o exercício da advocacia pública com o da privada, para a qual estará sujeito à fiscalização da OAB.

Em resumo, o Ministério Público Federal defende que o Estatuto da Ordem só vale para os advogados privados. Portanto, para os advogados públicos, só valeria quando esses

¹¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5334.**

atuassem como advogados privados, na hipótese de autorizados pelos seus regimes especiais, sendo que na hipótese de vedação para o exercício privado da advocacia aplicar-se-ia tão somente a Constituição e os estatutos próprios que regem as respectivas carreiras.

A questão posta nesta ação é delicadíssima. Isto porque, ao longo do trabalho, apesar de adotar-se a premissa de que a Procuratura Constitucional é gênero e se subdivide em três espécies: a advocacia dos interesses difusos e indisponíveis da sociedade (atribuída à instituição do Ministério Público), a advocacia dos hipossuficientes (atribuída à Defensoria Pública) e a advocacia dos interesses públicos constitucionalmente cometidos à administração do Estado (atribuída à Advocacia Pública *stricto sensu*), apontou-se o descompasso do regramento constitucional conferido à Advocacia Pública *stricto sensu*, que exige adequação do texto constitucional, para que as “funções essenciais à Justiça” tenham, no texto constitucional, os mesmos princípios (unidade, indivisibilidade e independência funcional) e garantias (autonomia funcional, administrativa e financeira) institucionais positivados, bem como para que sejam dadas as mesmas prerrogativas aos seus membros (inamovibilidade, vitaliciedade).

Outro ponto importante é que não há lei orgânica de caráter nacional da Advocacia Pública, tal como ocorre com o Ministério Público¹²⁰ e com a Defensoria Pública¹²¹, de modo que, se afastada a aplicação do Estatuto da OAB aos advogados públicos, não haveria nenhuma norma de caráter nacional que regulamentasse a sua atividade, a não ser o singelo tratamento conferido pela Constituição. Os estatutos próprios das carreiras até podem, eventualmente, suprir essa omissão. Entretanto, há carreiras que possuem estatuto modesto, sem previsão de direitos básicos para o exercício da atividade, e outras que sequer possuem estatuto próprio. Como ficariam esses profissionais? Seria possível admitir tratamento desigual para aqueles que exercem atividades idênticas? A resposta só pode ser negativa.

Por outro lado, há o Estatuto da OAB, que é o estatuto da advocacia, que regulamenta a atividade profissional de advogado. E é justamente pelo fato da OAB ser uma entidade *sui generis*, destacada dos poderes, fora da Administração Direta e Indireta e voltada para fins institucionais, que se entende que possui legitimidade, competência e independência necessária para regulamentar direitos e deveres tanto dos advogados privados quanto dos procuradores públicos. Com efeito, os fins institucionais da OAB de “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo

¹²⁰BRASIL. Lei 8.625/1993.

¹²¹BRASIL. Lei Complementar nº 80, 12 jan. 1994.

aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas” também fazem parte dos desígnios institucionais das Procuraturas Constitucionais.

Sobre a submissão deontológica dos advogados públicos ao Estatuto da OAB, vale trazer as lições de Paulo Lôbo:

A advocacia pública é espécie do gênero advocacia, porque integra a administração da justiça e não tem natureza nem atribuições da Magistratura ou do Ministério Público. Como os demais advogados, seus integrantes postulam em juízo ou realizam serviços de consultoria, assessoria ou direção jurídicas que são justamente as atividades de advocacia tipificadas no art. 1º da Lei n. 8.906/94.

O Estatuto não disciplina apenas a advocacia privada. Os arts. 131 a 134 da Constituição devem ser interpretados de modo temático, integrado e harmônico. A Constituição não cuida de atividades paralelas ou excludentes, umas de outras, mas de uma atividade de mesma natureza ontológica e jurídica, a advocacia, pouco importando o interesse patrocinado (estatal ou de pessoa juridicamente necessitada) ou o tipo de vínculo público ou privado do profissional que a exerce.

[...]

A Constituição (art. 22, XVI) atribui à União a competência privativa para legislar sobre condições para o exercício das profissões, seja no setor privado, seja no setor público. O Estatuto configura a lei geral da advocacia, supletiva de cada legislação específica da advocacia pública, mas exclusiva em matéria que diga com a atividade privativa de advocacia.¹²²

Observe que os direitos previstos no Estatuto da OAB, tal como o de exercer com liberdade a profissão; o da inviolabilidade de seu local de trabalho; de ingressar livremente nas salas de sessões dos tribunais, de dependências de audiências, secretarias; de dirigir-se diretamente aos magistrados, estão intimamente ligados à própria função da advocacia e à capacidade postulatória, seja ela pública ou privada, de modo que não se vislumbra incompatibilidade em aplicar, no que couber, tais direitos às Procuraturas Constitucionais. Até porque tais direitos não possuem o condão de excluir os direitos próprios previstos nos estatutos especiais.

O mesmo se observa em relação aos deveres previstos no Código de Ética e Disciplina da Ordem¹²³, tal como o de atuar com independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé; de pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos direitos individuais, coletivos e difusos; de adotar conduta consentânea com o papel de elemento indispensável à administração da Justiça; de ter consciência de que o Direito é um meio de mitigar as desigualdades para o encontro de soluções justas e que a lei é

¹²²LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**, p.47-49.

¹²³ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Resolução nº 02/2015**.

um instrumento para garantir a igualdade de todos, também perfeitamente aplicáveis às Procuraturas Públicas.

Todavia, entende-se que o Estatuto da OAB não se aplica indiscriminadamente às Procuraturas Constitucionais, mas sim no que couber. Portanto, não se aplica ao Ministério Público, por ausência de previsão, e tampouco questões meramente corporativistas, ligadas exclusivamente ao exercício privado da advocacia.

Paulo Lôbo acrescenta que não se aplica também às matérias em que envolvem a função pública em si, *verbis*:

O Estatuto não trata, nem poderia tratar, das matérias em que envolvem a função pública em si, exercida pelo advogado público; a organização da instituição estatal, a carreira, a forma de investidura, os direitos e deveres específicos, as infrações disciplinares específicas. Sobre elas, a legislação própria é específica e prevalente.

Não se argumente com o aspecto formal de hierarquia normativa, por ser o Estatuto lei ordinária e a Advocacia-Geral da União ou da Defensoria Pública serem regidas por leis complementares, nem com observância do antigo brocardo *lex posterior generalis non derogat priori speciali*. As matérias, como acima demonstramos, não se confundem, são de distinta natureza, mas harmonizáveis, sendo inaplicáveis tais critérios de interpretação. Por outro lado, ressalte-se que o Estatuto é lei geral em matéria de advocacia.¹²⁴

Em relação à incumbência da OAB de exercer controle sobre atividades desempenhadas pelos advogados públicos no exercício de suas funções institucionais, fiscalizando suas atuações, submetendo-os ao seu regramento disciplinar e, eventualmente, aplicando-lhes penalidades, tem-se que aí sim se deve emprestar uma interpretação conforme a Constituição. Isso porque, tendo a Procuratura Constitucional constituído órgão próprio para apurar eventual responsabilidade disciplinar, será deste órgão a competência e não da OAB.

Em sentido contrário, Paulo Lôbo sustenta que cabe à OAB exclusivamente punir o advogado público por falta ética e não funcional relacionada à atividade privativa da advocacia:

Mesmo em seu ministério privado, o advogado presta serviço público (art. 2º, §1º) e não serviço privado. E esse serviço público peculiar, a advocacia, é tutelado pelo Estatuto, sendo irrelevante a origem ou o vínculo profissional que o exerce. Sendo assim, o poder de punir o advogado público, por falta ética ou não funcional e relacionada à atividade privativa da advocacia, é exclusivamente da OAB. Se esse profissional vem a ser suspenso ou excluído, fica proibido de exercer a advocacia, temporária ou permanentemente, afetando as próprias finalidades do cargo que ocupe, embora não produza efeitos quanto a sua relação funcional interna. Contudo,

¹²⁴ LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**, p. 50.

certamente, por suas implicações éticas, a decisão da OAB refletirá na Administração Pública, que tem o dever de observar o princípio da moralidade administrativa (art. 37 da Constituição), que se encontra acima de qualquer regime jurídico funcional, contra ele também instaurando o devido processo disciplinar.¹²⁵

Todavia, não se compartilha de tal entendimento, já que uma vez instituído órgão próprio de fiscalização da respectiva Procuratura, caberá a este também exercer o controle sobre o exercício probo e ético da atividade, que se confunde com a própria fiscalização a ser realizada pela OAB. Assim, não se revela prudente a sujeição dos advogados públicos a dois órgãos de fiscalização desvinculados, que não possuem hierarquia um sobre o outro, sob pena de decisões contraditórias ou de dupla incidência de penalidades. Sustenta-se que o melhor caminho nesse caso seja criar uma exigência de participação obrigatória da OAB em todas as fases do processo disciplinar que envolve a atividade privativa da advocacia, de modo a se garantir a plena observância da lei geral da advocacia.

Por outro lado, entende-se que o advogado público deve se sujeitar à fiscalização da OAB quando atua na qualidade de advogado privado, na hipótese da legislação de regência da respectiva carreira permitir o exercício da advocacia fora de suas atribuições institucionais. Nesse caso, a decisão da OAB deve refletir nas próprias finalidades do cargo que ocupa, sobretudo quando se tratar de pena de proibição temporária ou permanente do exercício da advocacia.

Nos demais casos, deve prevalecer a competência do órgão próprio de fiscalização da respectiva Procuratura Constitucional, em homenagem ao princípio da especificidade. Aliás, o Novo CPC – Lei 13.105/2015¹²⁶ dispôs no mesmo sentido quando estabeleceu que eventual responsabilidade disciplinar dos membros da Advocacia Pública, da Defensoria Pública ou do Ministério Público deverá ser apurada pelo *respectivo* órgão de classe ou corregedoria (artigo 77, §6º).

Desta forma, fica evidente ser perfeitamente regular as vinculações dos procuradores públicos tanto à Constituição, quanto às normas que regulamentam a atividade (normas da OAB), no que couber; quanto aos estatutos próprios, se existirem; quanto ao estatuto do

¹²⁵LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**, p. 51.

¹²⁶Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

[...]

§ 6º Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará⁷⁷(BRASIL. **Lei Federal 13.105, 16 mar. 2015**).

servidor público e à legislação extravagante da pessoa jurídica de direito público a que se vincula, desde que compatíveis, vez que se tratam de vinculações independentes e harmônicas entre si.

5.3 Da atuação da OAB na defesa dos direitos e prerrogativas da Advocacia Pública

Diante da insuficiência legislativa, a Ordem dos Advogados do Brasil, como entidade *sui generis* de caráter nacional e independente, zeladora do exercício probo e eficiente da atividade da advocacia, utilizou-se de sua competência regulatória para elaborar súmulas administrativas¹²⁷ em defesa da Advocacia Pública, tratando da independência técnica funcional, do respeito às prerrogativas profissionais e da inviolabilidade no exercício da advocacia, objetivando a fixação de uma diretriz única para que haja respeito à Advocacia Pública, tanto do ponto de vista da atuação dos membros das procuraturas, como do ponto de vista da estrutura disponibilizada a esses profissionais.

A primeira súmula dispõe que: “O exercício das funções da Advocacia Pública, na União, nos Estados, nos Municípios e no Distrito Federal, constitui atividade exclusiva dos advogados públicos efetivos a teor dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988.” Aludida súmula está intimamente relacionada com o princípio da unidade, vez que ao tratar da exclusividade da competência dos membros da carreira para a defesa dos interesses públicos constitucionalmente a ela cometidos, revela a inadmissibilidade de contratação de serviço terceirizado (contratação de advogados particulares ou de escritórios de advocacia), bem como de criação ou existência de instituições ou concorrentes para o exercício das funções cometidas a advocacia de Estado.

Há, inclusive, como visto, uma proposta de súmula vinculante tramitando no Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido, cujo texto original dispõe que: “O exercício das funções da Advocacia Pública, na União, nos Estados e nos Municípios, nestes onde houver, constitui atividade exclusiva dos advogados públicos efetivos a teor dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988” (PSV 18), o que revela que de fato há constante desrespeito às atribuições constitucionalmente cometidas aos procuradores de Estado, tanto é que se pretende editar uma súmula vinculante para sanar o problema.

¹²⁷ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal traça diretriz em defesa da advocacia pública.

A segunda súmula está em sintonia com o princípio da independência funcional e da inviolabilidade, dispondo que: “A independência técnica é prerrogativa inata à advocacia, seja ela pública ou privada. A tentativa de subordinação ou ingerência do Estado na liberdade funcional e independência no livre exercício da função do advogado público constitui violação aos preceitos Constitucionais e garantias insertas no Estatuto da OAB”.

A terceira súmula pretende evitar desvios de finalidade, dispondo que: “A Advocacia Pública somente se vincula, direta e exclusivamente, ao órgão jurídico que ela integra, sendo inconstitucional qualquer outro tipo de subordinação”.

A quarta súmula guarda sintonia com a necessidade de autonomia administrativa do órgão, de autogoverno, dispondo que: “As matérias afetas às atividades funcionais, estruturais e orgânicas da Advocacia Pública devem ser submetidas ao Conselho Superior do respectivo órgão, o qual deve resguardar a representatividade das carreiras e o poder normativo e deliberativo.”

A quinta súmula volta a tratar do princípio da inviolabilidade, interligando-o a questão das remoções de ofício, dispondo que: “Os Advogados Públicos são invioláveis no exercício da função. As remoções de ofício devem ser amparadas em requisitos objetivos e prévios, bem como garantir o devido processo legal, a ampla defesa e a motivação do ato”.

Ora, a distorção do instituto da remoção de ofício está intimamente ligada à ausência da prerrogativa da inamovibilidade. Se fosse estendido para os procuradores de Estado a garantia da inamovibilidade, tal como ocorre com as demais funções essenciais à Justiça, as remoções somente poderiam ser realizadas por interesse público, mediante decisão de órgão colegiado. Seria absolutamente desnecessária esta súmula. Entretanto, não havendo tal garantia, o mínimo que se espera é a divulgação de regras prévias e objetivas sobre as hipóteses de remoção de ofício, que a remoção seja motivada, bem como que seja aberto um processo administrativo, assegurando ao atingido ampla defesa.

A sexta súmula está também ligada aos princípios da inviolabilidade e da independência funcional, visando resguardar os Advogados Públicos de responsabilização pelo exercício de atividade inerente à função que desempenha, dispondo que: “Os Advogados Públicos são invioláveis no exercício da função, não sendo passíveis de responsabilização por suas opiniões técnicas, ressalvada a hipótese de dolo ou fraude”. O Novo CPC também vem no mesmo sentido, prevendo que somente há responsabilidade civil do procurador de Estado nos casos de dolo ou fraude: “O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções” (artigo 184).

A sétima súmula dispõe que: “Os Advogados Públicos, no exercício de suas atribuições, não podem ser presos ou responsabilizados pelo descumprimento de decisões judiciais. A responsabilização dos gestores não pode ser confundida com a atividade de representação judicial e extrajudicial do advogado público”. Parece óbvio que a competência para cumprir determinada ordem judicial não é dos procuradores públicos, mas sim do agente político responsável pela pasta. Mas não é incomum a imposição de multas pessoais impostas ao advogado público, pelo descumprimento de determinada decisão, como se coubesse ao causídico tal incumbência. Há aí certa distorção. O papel dos procuradores públicos é o de comunicar a tempo e modo a ordem judicial, para que a autoridade competente tome as medidas administrativas para o seu fiel cumprimento. Se o procurador público toma as medidas que lhe cabem, é totalmente descabida a imposição de qualquer penalidade. Afinal, se o agente político competente, devidamente notificado, descumpra deliberadamente a ordem judicial, é ele quem deve responder por sua conduta temerária, e não o advogado público que agiu de forma escoreita.

A súmula número oito trata de uma reivindicação pecuniária antiga dos advogados públicos: os honorários sucumbenciais. Segundo a referida súmula: “Os honorários constituem direito autônomo do advogado, seja ele público ou privado. A apropriação dos valores pagos a título de honorários sucumbenciais como se fosse verba pública pelos Entes Federados configura apropriação indevida”.

Nesse particular, o Novo CPC pôs uma pá de cal sobre a titularidade dos honorários e sobre o direito dos advogados públicos perceberem tal verba. Dispõe o *caput* do artigo 85 do novo digesto processual que: “A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”. É dizer, os honorários sucumbenciais pertencem ao advogado da parte que obteve êxito. O § 19º do mesmo artigo prescreve que: “Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei”. Ou seja, os procuradores públicos terão direito a receber honorários na forma da lei. A lei a que se refere o Novo CPC não é para regular a titularidade do crédito, mas sim as regras pertinentes ao seu recebimento e à forma de rateio. Nesse sentido, as lições de Leonardo Carneiro da Cunha¹²⁸, transcrevendo enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis, *verbis*:

Para que os advogados públicos percebam honorários de sucumbência, é preciso de lei regulamentando a divisão, os valores e os detalhes do recebimento por cada um deles no âmbito da respectiva procuradoria.

¹²⁸CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**, p. 119.

A simples previsão do §19 do art. 85 do CPC não é suficiente para que os advogados públicos percebam honorários. É necessária a edição de lei própria regulamentando sua percepção pelos advogados públicos.

A lei a ser editada não pode, todavia, suprimir esse direito nem subtrair a sua titularidade. Nesse sentido, o enunciado 384 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A lei regulamentadora não poderá suprimir a titularidade e o direito à percepção dos honorários de sucumbência dos advogados públicos”.

A pergunta que surge é qual a necessidade de uma lei adicional para que os advogados públicos percebam honorários.

Talvez a resposta para isso seja a ausência de uma lei orgânica de caráter nacional que regulamente a Advocacia de Estado e, por outro lado, a existência de uma pluralidade de regramentos locais que, dentro de suas competências, regulamentam a percepção de tal verba pecuniária das mais variadas formas possíveis aos advogados públicos a eles vinculados. Assim, se o Novo CPC adentrasse na forma de rateio e nos detalhes para o seu recebimento, talvez poderia trazer uma celeuma jurídica para aqueles sistemas que já estão funcionando de acordo com a premissa estabelecida pela norma, de que os honorários sucumbenciais pertencem ao advogado, seja ele público ou privado. Provavelmente foi por isso (respeitar as peculiaridades de cada cargo) que se remeteu a regulamentação à lei, que deve ser a lei da pessoa jurídica de direito público a que se vincula o advogado público.

Soma-se a isso o fato de que o Estatuto da OAB não se revela suficiente para regulamentar o modelo de divisão e de percepção de honorários para os advogados públicos. Primeiro porque, na Advocacia Pública, não se deve vincular o direito à percepção de honorários de acordo com o procurador público responsável por determinado feito. Há aí risco de desvio de finalidade, com a possibilidade de favorecimento individual em detrimento da carreira, por meio de praxes ilícitas de favorecimento de membros, que ficam responsáveis por causas vultosas, de êxito provável, em prejuízo de outros membros que, a depender da lotação e distribuição, ficam responsáveis por causas sem relevância econômica. Segundo porque não é possível simplesmente deixar a partilha dos honorários na forma estabelecida em acordo, como ocorre advocacia privada, já que os interesses e os interessados estão em constante mutação, de modo que o acordo deve ser mesmo a lei.

A súmula número nove está também relacionada aos princípios da inviolabilidade e da independência funcional, vedando o controle de ponto do procurador de Estado, pela Administração a que se encontra vinculado, dispondo que: “O controle de ponto é incompatível com as atividades do advogado público, cuja atividade intelectual exige flexibilidade de horário”. Aludida súmula foi editada em consonância com a natureza dos

trabalhos intrínsecos à função do advogado e com a responsabilidade peculiar decorrente do exercício do ofício, vez que o procurador público não pode deixar de praticar atos inerentes à sua incumbência, tal como comparecer a uma audiência e lá permanecer até o seu término, diligenciar junto aos diversos foros e tribunais, até mesmo fora da comarca que labora, realizar uma defesa, interpor um recurso, cumprir um prazo ou ficar durante longo período no Tribunal aguardando o momento de realizar a sua sustentação oral, simplesmente porque a sua jornada diária de trabalho expirou.

Por fim, a súmula número dez estende aos procuradores públicos os direitos e prerrogativas previstos no Estatuto da Ordem, dispondo que: “Os Advogados Públicos têm os direitos e prerrogativas insertos no Estatuto da OAB”. Conforme deduzido no tópico anterior, entende-se que é aplicável aos procuradores públicos, no que couber, os direitos e deveres previstos no estatuto da advocacia, que regulamenta a atividade profissional de advogado, justamente pelo fato da OAB possuir fins institucionais e não meramente corporativistas.

6 AS PRINCIPAIS PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA SOBRE ADVOCACIA PÚBLICA

6.1 A Constitucionalização do Direito

Antes de adentrarmos nas propostas de emenda à Constituição, vale trazer breve consideração sobre o movimento de constitucionalização do direito e do atual reconhecimento da força normativa da Constituição.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a ascensão da democracia houve, pouco a pouco, a construção de um novo modelo de Estado, em que a Constituição emerge como centro do Direito, no topo da cadeia interpretativa, de forma que todo o ordenamento jurídico passa a ser lido e compreendido a partir do texto constitucional. Nas lições de José Afonso da Silva, o Estado Democrático de Direito se norteia especialmente pela Constituição, *verbis*:

[...] Estado Democrático de Direito se rege por diversos princípios, tendo, porém, relevo especial o princípio da constitucionalidade que exprime, em primeiro lugar, que o Estado se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre da jurisdição constitucional, já referida.¹²⁹

Sobre esta ideia da Constituição como norma diretiva leciona Lênio Streck:

[...] a Constituição estatui limitações explícitas ao governo nacional e aos estados individualmente e institucionaliza a separação de poderes de tal maneira que um controla o outro (*checks and balances* dos americanos), e o Judiciário aparece como salvaguarda para eventuais rupturas, em particular através do *judicial review*. Mais do que isso, é importante salientar que o constitucionalismo e a teorização jurídico-normativista que posteriormente lhe serviu de suporte ideológico, identificando ordenamento jurídico e Estado, oferecem esses dispositivos formais consolidando a ideia de Estado Democrático de Direito como um dos conceitos políticos fundamentais do mundo moderno. Trata-se de um Estado resultante de um determinado padrão histórico de relacionamento entre o sistema político e a sociedade civil, institucionalizado por meio de um ordenamento jurídico-constitucional desenvolvido e consolidado em torno de um conceito de poder público em que se diferenciam a esfera pública e o setor privado, os atos de império e os atos de gestão, o sistema político-institucional e o sistema econômico, o plano político-partidário e o plano político-administrativo, os interesses individuais e os interesses coletivos.

¹²⁹SILVA, José Afonso da, *A Advocacia Pública e Estado Democrático de Direito*, p. 288.

[...]

A renovada supremacia da Constituição vai além do controle de constitucionalidade e da tutela mais eficaz da esfera individual de liberdade. Com as Constituições democráticas do século XX assume um lugar de destaque outro aspecto, qual seja, o da Constituição como norma diretiva fundamental, que dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais (direitos sociais, direito à educação, à subsistência, ao trabalho). A nova concepção de constitucionalismo une precisamente a ideia de Constituição como norma fundamental de garantia, como noção de Constituição enquanto norma diretiva fundamental.¹³⁰

Por outro lado, verifica-se que esta abertura democrática possibilitou a participação de várias classes sociais na gestão estatal, alterando o sentido de interesse público, que passou a ser dividido em vários interesses públicos, por vezes opostos e conflitantes. No entanto, todos esses interesses encontram amparo da própria Constituição, que além de representar os anseios das diversas classes sociais, passa a exercer função intermediadora, de mediação social, permitindo a convivência harmônica destas várias classes sociais. Nesse sentido, vale trazer à baila as lições de Érico Andrade:

A Constituição assumiu, então, o papel fundamental de representar as aspirações das várias classes sociais, que agora têm acesso ao poder no âmbito do Estado pluriclasse. Daí a função intermediadora da Constituição, ou seja, de intermediar os valores sociais, permitindo a convivência harmônica, razão pela qual se menciona em doutrina que uma das mais importantes características da Constituição moderna é seu papel “mitigador”. [...]

A Constituição, como fundamento maior de toda a ordem jurídica, permeia todo o ordenamento e impõe a leitura do sistema jurídico sob a ótica constitucional, implicando eliminação das normas infralegais conflitantes. Registre-se que a Constituição, diante do pluralismo da sociedade atual, acolhe vários princípios ao mesmo tempo, todos da mesma hierarquia e que devem conviver na mesma sociedade, juridicamente organizada pela via da harmonização, e não por eliminação ou amputação, sendo esse aliás um dos mais importantes papéis da jurisprudência constitucional: harmonizar os princípios, permitindo a convivência entre eles. A convivência de toda essa principiologia exige, por isso, uma constituição mais fluída, que permita maior mobilidade de harmonização, relativizando os princípios.¹³¹

Neste Estado *pluriclasse* há também a propagação vertiginosa da legislação, que traduz os diversos interesses, agindo, por vezes, de forma perversa, vez que banaliza e enfraquece a própria lei. Mas, também por esse viés, a constitucionalização do direito passa a exercer um papel fundamental, eis que permite a harmonização e sistematização normativa, evitando-se a anarquia jurídica, já que toda a legislação deve ser vista sob a ótica constitucional.

¹³⁰STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**, p.95-99

¹³¹ANDRADE, Érico. **Mandado de Segurança**, p. 222-226.

Desse modo, passa-se de um modelo de Estado fundado na lei para um modelo de Estado fundado na Constituição, em que o texto constitucional exsurge como fonte de normas jurídicas. É dizer, a leitura do direito contemporâneo passa a ser feita da Constituição para a legislação infraconstitucional, e não o contrário. Sobre esse atual cenário, vale trazer as contribuições de Daniel Sarmento:

O que hoje parece uma obviedade, era quase revolucionário numa época em que nossa cultura jurídica e hegemônica não tratava a Constituição como norma, mas como pouco mais que um repositório de promessas grandiloquentes, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes de plantão. Para o constitucionalismo da efetividade, a incidência direta da Constituição, sobre a realidade social, independentemente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade. Se, até então, o discurso da esquerda era de desconstrução da dogmática jurídica, a doutrina da efetividade vai defender a possibilidade de um uso emancipatório da dogmática, tendo como eixo a concretização da Constituição.¹³²

Pois bem. No Brasil houve intensa constitucionalização dos principais ramos do direito, conforme elucidada Luis Roberto Barroso:

A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Veja-se como este processo, combinado com outras noções tradicionais, interfere com as esferas acima referidas.

[...]

A Carta de 1988, como já consignado, tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e de ter contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política da história do país. Não é pouco. Mas não se trata, por suposto, da Constituição da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios corporativos. A euforia constituinte – saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil – levaram a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa. Quanto ao ponto aqui relevante, é bem de ver que todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição. A catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas,

¹³²SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil.**

levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário, tributário, internacional e mais além. Há, igualmente, um título dedicado à ordem econômica, no qual se incluem normas sobre política urbana, agrícola e sistema financeiro. E outro dedicado à ordem social, dividido em numerosos capítulos e seções, que vão da saúde até os índios.¹³³

Nesse contexto, as Procuraturas Constitucionais desenhadas no texto constitucional de 1988 assumem o papel de promover a defesa destas várias classes sociais e dos diversos interesses públicos envolvidos. Em caso de conflito, podem atuar como partes adversas, cada uma na defesa de um interesse público específico (interesses difusos x interesses da administração do Estado x interesses de hipossuficientes), sendo que a prevalência do interesse público somente pode ser alcançada a partir da análise do caso concreto.

Desta forma, é importante que haja um regramento constitucional consistente que regulamente em caráter nacional estas Procuraturas Constitucionais, justamente para se evitar que a efetivação dos direitos públicos por elas tutelados fiquem a mercê da boa vontade do legislador local ou de governantes de plantão.

Tal regramento foi conferido ao Ministério Público, pelo constituinte originário, e também à Defensoria Pública, após o aprimoramento de seu desenho constitucional pelo constituinte derivado (Emenda Constitucional 45/2004 e Emenda Constitucional 74/2013).

Entretanto, em relação à Advocacia Pública o que se vê é a propagação vertiginosa de legislações locais, cada qual dispendo de direitos e deveres diversos, que por vezes mutilam o exercício escorreito da atividade constitucional outorgada à instituição. Não é a toa que foram editadas diversas súmulas da Ordem dos Advogados do Brasil em defesa das prerrogativas da Advocacia Pública. Não é a toa que há várias ações judiciais em que se discute usurpação de atribuições da Advocacia Pública e vulneração de prerrogativas de seus membros. Não é a toa que está em discussão proposta de súmula vinculante no Supremo Tribunal Federal acerca da competência constitucional da Advocacia Pública. Assim, é evidente que a situação atual justifica o aperfeiçoamento da estrutura constitucional da Advocacia Pública, permitindo uma harmonização e sistematização normativa, de modo que a instituição possa exercer plenamente os desígnios constitucionais a ela cometidos. Para tanto, estão em discussão, no Congresso Nacional, algumas Propostas de Emendas Constitucionais, dentre as quais destacamos a PEC 82/2007, a PEC 445/2009 e a PEC 17/2012, que serão analisadas a seguir.

¹³³BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*, p. 111-120.

6.2 A Proposta de Emenda à Constituição 82/2007

A Proposta de Emenda Constitucional 82/2007¹³⁴, batizada como PEC da Probidade, é abrangente e busca corrigir a disparidade do tratamento constitucional dado à Advocacia Pública, como Procuratura Constitucional, atribuindo prerrogativas à instituição similares às conferidas às demais funções essenciais à Justiça tal como as autonomias funcional, administrativa e financeira, bem como o poder de iniciativa de suas políticas remuneratórias e das propostas orçamentárias anuais, além de conferir aos seus membros as garantias da inamovibilidade, irredutibilidade e da independência funcional. Veja o inteiro teor da Proposta de Emenda:

Art. 1º Ficam acrescentados os seguintes Artigos 132-A e 135-A à Constituição Federal:

“Art. 132-A. O controle interno da licitude dos atos da administração pública, sem prejuízo da atuação dos demais órgãos competentes, será exercido, na administração direta, pela Advocacia-Geral da União, na administração indireta, pela Procuradoria-Geral Federal e procuradorias das autarquias, e pelas Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, as quais são asseguradas autonomias funcional, administrativa e financeira, bem como o poder de iniciativa de suas políticas remuneratórias e das propostas orçamentárias anuais, dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias.”

“Art. 135-A. Aos integrantes das carreiras da Defensoria Pública, bem como da Advocacia da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Procuradoria-Geral Federal, dos procuradores autárquicos e das procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão garantidas:

- a) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa;
- b) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;
- c) independência funcional.”

Art. 2º O art. 168 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias Gerais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até

¹³⁴BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição 82 de 2007**.

o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º da Constituição Federal.

A justificativa parlamentar¹³⁵ para a adequação constitucional passa pela necessidade de “avanço para o controle prévio de regularidade dos atos administrativos” e pelo princípio da simetria, vez que “a sistemática da Constituição da República preza pelo paralelismo entre as instituições públicas nele contida”.

Assim, a extensão das autonomias funcional, administrativa e financeira, bem como das prerrogativas da inamovibilidade, irredutibilidade e da independência funcional,

[...] representam fator indispensável para que a função constitucional dos referidos órgãos seja alcançada pelos respectivos titulares [...], visando garantir melhores condições institucionais para que os membros da Advocacia de Estado exerçam suas funções em favor da sociedade.¹³⁶

Foi instaurada uma Comissão Especial para apreciação do mérito e para emissão de parecer sobre a PEC 82/2007. Em reunião deliberativa de dita comissão foi aprovada a realização de seminários regionais e audiências públicas¹³⁷ para fins de aprofundamento da discussão da matéria. Em tais encontros houve amplo e rico debate. Houve ponderações sobre

¹³⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição 82 de 2007.**

¹³⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição 82 de 2007.**

¹³⁷ “Audiência Pública para discussão da Proposta de Emenda Constitucional nº 82-A/2007 ocorreu no dia 19/11/2013, às 14h30min e contou com a participação da Procuradora-Geral do Distrito Federal e representantes das entidades associativas da Advocacia Pública nas esferas federal, estadual e municipal envolvidas no Movimento Nacional pela Advocacia Pública.

Foram ainda realizados 8 (oito) seminários regionais, sob a coordenação dos Deputados Federais: Jerônimo Goergen, em Porto Alegre/RS, na sede da OAB/RS, no dia 21/11/2013; Fábio Trad, em Campo Grande/MS, na Assembleia Legislativa, no dia 25/11/2013; Lelo Coimbra, em Vitória/ES, na OAB/ES, no dia 28/11/2013; Alessandro Molon, no Rio de Janeiro/RJ, na sede da Procuradoria Geral do Estado do RJ, no dia 02/12/2013; Luiz Carlos, em Macapá/AP, no Plenário do TJAP, no dia 02/12/2013; Efraim Filho, em João Pessoa/PB, no Plenário da Assembleia Legislativa, no dia 05/12/2013; Diego Andrade, em Belo Horizonte/MG, na OAB/MG, no dia 06/12/2013; e Carlos Magno, em Porto Velho/RO, na OAB/RO, no dia 09/12/2013.

Como atividades paralelas aos trabalhos desta Comissão, a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional São Paulo – e o Conselho Federal da OAB, em conjunto com a sua Seccional Bahia, realizaram, respectivamente, seminários na capital paulista e na cidade de Salvador, no dia 25 de novembro, com a participação dos presidentes das Seccionais, Marcos Costa (SP) e Luiz Viana (BA), os presidentes das Comissões da Advocacia Pública, conselheiros seccionais e federais, além do Presidente do Conselho Federal, Marcus Vinícius Furtado Coelho, e dos membros vitalícios Roberto Busato e César Britto.

Na cidade de Porto Alegre/RS, em 21/11/2013, sob a coordenação do Deputado Federal Jerônimo Goergen, houve a participação de Fabiana Azevedo da Cunha Barth, Vice-Presidente da APERGS e Presidente, em exercício, da Comissão Nacional da Advocacia Pública da OAB; Carlos Henrique Kaipper, Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul; Cristiane da Costa Nery, Procuradora-Geral Adjunta do Município de Porto Alegre; Marcello Terto e Silva, Presidente da ANAPE; Guilherme Rodrigues, Presidente da ANPM; Telmo Lemos Filho, Presidente da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul; Arodi de Lima Gomes, representante da ANPAF; Marcus Ronald Carpes, representante da ANAUNI; Samir Bahlis Dalmas, Delegado da UNAFE no Rio Grande do Sul; Wilson Klippel Schichonany, Presidente da Associação dos Procuradores do Município de Gravataí; Armando Domingues, Presidente da Associação dos Procuradores do Município de Porto Alegre.”(BRASIL. Câmara dos Deputados. DINO, Flávio et al. Parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 82-A, de 2007. **Relatório.** 2013).

a importância da autonomia e do resguardo do exercício das prerrogativas dos advogados públicos, limitando o campo de responsabilidade, inclusive na atividade consultiva, ao mesmo espectro de responsabilização dos membros das demais carreiras jurídicas de Estado, ou seja, nas hipóteses de dolo ou fraude¹³⁸. Ponderou-se sobre a clareza de papéis das instituições públicas, que impede a apropriação de espaços públicos por interesses meramente privados. Consignou-se que, sendo o advogado público um agente essencial ao funcionamento da Justiça e um elemento indispensável para realizar o Estado Democrático de Direito, compete-lhe também colaborar para que as políticas públicas sejam formuladas e executadas de acordo com o ordenamento jurídico, vez que o espaço de atuação da atividade jurídica do Estado não se confunde com o campo das escolhas políticas legítimas dos representantes do povo. Assim, destacou-se o papel dos advogados públicos de refletir sobre os caminhos constitucionais, legais e normativos para a execução das políticas públicas, sem impor posições ideológicas a respeito das alternativas de escolhas políticas. Refletiu-se que o debate em torno da Advocacia Pública deve ser avaliada como uma política estratégica de Estado, que fortalece a cidadania e fecha ralos para a corrupção, a malversação do dinheiro público. Para o Deputado Federal Fábio Trad:

[...] esta PEC livra a Advocacia Pública dos caprichos e veleidades dos governantes. Os procuradores terão autonomia funcional para garantir que as ações dos dirigentes sejam revestidas de legalidade, sem o risco de sofrerem retaliações funcionais, com remanejamentos que sejam prejudiciais aos servidores. A autonomia financeira vai garantir melhores condições de trabalho e um quadro de servidores qualificados. Órgãos como a Procuradoria e a Controladoria da União em Mato Grosso do Sul estão sucateados. No caso da Procuradoria, são três procuradores para atuar em Mato Grosso do Sul com uma carga de 45 mil processos. Faltam recursos para reparos simples como consertar o telhado do prédio onde funciona a procuradoria. Com a aprovação da PEC 82-A/2007, a sociedade ganhará e a Advocacia Pública será parceira do bom governante. Os governantes não precisam temer a autonomia da advocacia pública. Pelo contrário, o seu fortalecimento, é a garantia de que não estarão expostos a incorrer na ilegalidade.¹³⁹

Em audiência realizada na cidade do Rio de Janeiro/RJ, no auditório da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, em 02 de dezembro de 2013, Diogo de Figueiredo Moreira Neto expôs suas considerações sobre o progresso institucional das instituições públicas:

¹³⁸ Como visto, esta questão já foi positivada na Lei 13.105, 16 mar. 2015, que instituiu o Novo CPC – “Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.”

¹³⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. DINO, Flávio et al. Parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 82-A, de 2007. **Relatório**. 2013.

1. construção histórica de todas as instituições que entronizaram e garantiram a justiça nas relações humanas foi labor de gerações no correr de séculos de civilização. 2. Institutos de que hoje nos orgulhamos foram lentamente desenvolvidos, quando não penosa e heroicamente alcançados. Assim o foi com a conquista das liberdades, com a implantação da democracia formal, que garantiu a vontade das maiorias e, recentemente, de sua nova expressão, da democracia material, que agregou valores juridicamente garantidos. Também assim o foi com as instituições funcionais, tais como os Parlamentos, as Cortes de Justiça e, mais recentemente, com o Ministério Público e a Defensoria Pública. Toca, pois, a vez da Advocacia Pública neste longo processo e, nesta quadra, para atender o especial objetivo de aperfeiçoamento da cidadania e do controle de juridicidade da coisa pública. 3. Com efeito, a defesa da justiça não é nem poderia ser exclusividade de uma instituição, mas sempre um dever geral de todas, de modo especial se aplicando às quatro instituições constitucionais, por isso, adequadamente intituladas essenciais à justiça. 4. Todavia, a mais delicada de todas essas quatro funções, em razão de seu caráter preventivo, é a de consultoria de Estado, que é exclusiva da Advocacia Pública e vedada aos demais ramos, pois, como é sabido, as funções governativas e administrativas, por serem aquelas que mais diretamente tocam aos cidadãos e lhes impõem incontáveis perdas e prejuízos, o que se reflete em altos índices de litigiosidade em todos os Tribunais do País, são justamente aquelas que exigem essa demandada explicitação constitucional das garantias dos advogados públicos para que, sem qualquer receio ou sobressalto, conformem uma primeira e eficiente linha de defesa da juridicidade em benefício da cidadania, no exercício desassombrado de suas funções, quando tantas vezes terão que se contrapor a pretensões injurídicas de autoridades administrativas e políticas, hoje, até com riscos para suas respectivas carreiras. 5. No entender do autor destas modestas, mas sinceras ponderações, tal única razão bastaria para justificar sobejamente as pretensões republicanas constantes dessa PEC 82-A- 2007. Por certo, ela não atenderá aos que não gostem ou receiem a ação tão próxima de zelosos guardiões da juridicidade, contudo, acima do interesse de Advogados Públicos de se sentirem protegidos e garantidos em suas funções, alieia-se o precípuo interesse dos cidadãos deste País, que o aspiram governado e administrado sob o respeito do Direito e da Justiça.¹⁴⁰

Em Macapá/AP, no dia 02 de dezembro de 2013, o então presidente da ANPM defendeu a aprovação da PEC 82-A/2007, apontando o fenômeno contemporâneo da judicialização da política:

O interesse público reclama que a administração municipal conte com profissionais qualificados e comprometidos com a defesa intransigente da coisa pública, mormente nos dias atuais em que observamos uma judicialização intensa da política. O trabalho do advogado público preserva a governabilidade, otimiza a gestão, e o resultado disso é a garantia da implementação das políticas públicas.¹⁴¹

¹⁴⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. DINO, Flávio et al. Parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 82-A, de 2007. **Relatório**. 2013.

¹⁴¹ Ibidem.

No mesmo evento, o Deputado Luiz Carlos, membro da Comissão e coordenador do Seminário no Amapá, assegurou que a PEC defende a autonomia para proteger a independência técnica própria de qualquer advogado, impedindo tentativas de obrigá-lo a encobrir atos contrários à lei: “Advogado público é personagem fundamental para o combate à corrupção, uma das minhas bandeiras de atuação. Conquistar a autonomia e melhores condições de exercer o seu papel é defender o que é do povo brasileiro”¹⁴².

Em João Pessoa/PB, o Deputado Federal Efraim Filho destacou que:

[...] a PEC busca equilibrar as funções que hoje exercem, por exemplo, o Poder Judiciário e o Ministério Público, que têm autonomia e independência e não ficam submissos à vontade do gestor de plantão. Eles têm a liberdade de expor seus pensamentos e de, inclusive, controlar previamente a legalidade dos atos administrativos. Ao contrário do que ocorre hoje, quando a função é exercida por cargos de confiança¹⁴³.

Em Seminário Regional promovido pela Comissão Especial na sede da OAB/MG, em Belo Horizonte, o procurador do Estado do Mato Grosso do Sul, Ulisses Schwarz, fez uma pequena palestra defendendo que:

É preciso deixar a fronteira entre o direito e a política. Com a aprovação da PEC vamos fortalecer a instituição. Justiça se faz em um sistema equilibrado e se em outras esferas a autonomia já existe, também precisamos dela para trabalhar e defender o Estado, além da população.¹⁴⁴

Após a realização de vários seminários regionais e de audiências públicas, com o devido amadurecimento da causa, foi proferido parecer favorável pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados Federais, de relatoria do Deputado Lelo Coimbra, do qual destacam-se os seguintes trechos:

[...] Logo, não se pode conceber o exercício da função advocatícia dos entes públicos sem a proteção institucional e paritária que assegure a independência técnica e a inviolabilidade, posta aquela em cheque por aqueles que ainda não identificam a força soberana que está no povo, e não exatamente na figura de quem lhes representa e deve atuar em conformidade com as leis que esse próprio povo edita. Do ponto de vista da inviolabilidade, também não se pode admitir que continuem os advogados públicos, como quaisquer outros advogados, à mercê de juízos que os tentem responsabilizar num campo de subjetividade só justificável quando se tenta diminuir a importância dessa função também essencial e subjugá-la a força de controle de outros órgãos igualmente independentes.

¹⁴² Ibidem.

¹⁴³ BRASIL. Câmara dos Deputados. DINO, Flávio et al. Parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 82-A, de 2007. **Relatório**. 2013.

¹⁴⁴ Ibidem.

O certo é que, seja em regimes autoritários, seja em regimes democráticos, a Advocacia corre o risco de ser apoderada por interesses menores. Daí porque se faz necessário que o ramo público da Advocacia tenha assegurada por meio da PEC 82-A/2007 a garantia de autonomia, para um mais perfeito desempenho de suas funções, sem riscos de cooptações, de ingerências indevidas ou de tentativas de sua utilização a serviço de estruturas partidárias, que não se confundem com o vigor e permanência que caracterizam os interesses defendidos pelo Estado.

Precisamos aclarar, por sua vez, a série de princípios que orientam o perfil de atuação dos advogados públicos, para que estes não desnaturem o seu papel constitucional, como se teme nos corredores da República, de modo que o texto deve se ater, neste primeiro momento, a aprimorar a instituição Advocacia Pública e apontar o caráter inviolável e independente do exercício das suas funções, sem esquecer da necessária observância à juridicidade, racionalidade, uniformidade, defesa do patrimônio público, justiça fiscal, segurança jurídica e à fonte legítima das políticas públicas, nos limites estabelecidos na Constituição e nas leis pertinentes.

[...]

A orientação e defesa jurídica do patrimônio e interesses do Estado não é atribuição específica dos “Poderes clássicos”, mas constitui competência própria da Advocacia Pública, que, por consequência, da mesma forma que as demais funções essenciais à Justiça, não pode nem deve manter relação de submissão ou subordinação em relação às demais, como fazem crer algumas fontes de resistência, sob pena de transformá-la em manto para encobrir desvios das mais variadas ordens.

Sendo importante conversor da linguagem política para os espaços jurídicos, por estarem mais próximas da gestão pública, as carreiras da Advocacia Pública também não podem servir de mera instância executora de comandos do Ministério Público, da Defensoria Pública ou demais órgãos de controle externo. Daí porque a inviolabilidade e independência, asseguradas pelo melhor reforço institucional, servem, inclusive, para proteger as inovações defensáveis juridicamente.

[...]

Esse nada modesto espectro de atribuições faz da Advocacia Pública a responsável primeira pela legalidade dos atos e negócios da Administração. É, portanto, um serviço que merece condições orgânicas e gerenciais autônomas no mesmo nível assegurado às demais funções essenciais à Justiça, como forma de equilibrar e racionalizar o sistema jurídico do País e, desse modo, reduzir o custo Brasil.

A missão da Advocacia Pública, para ser exercida na extensão e dimensão que lhe confere a Constituição, exige que a sua instituição seja complementada com o atributo próprio às funções essenciais à Justiça e que ainda lhe falta: a necessária autonomia.

A maior sintonia entre as políticas públicas realizadas e aquelas desejadas pela população inequivocamente é tarefa dos Poderes clássicos constituídos. Podem, em alguns casos, receber correções de rumo tanto pela ação do Ministério Público, quanto da Defensoria Pública.

Mas no que toca às aspirações coletivas de um Estado mais presente e menos corrupto, de um Estado ativo e reto, que pautar suas ações, seus atos e principalmente seus negócios pelos ditames da legalidade e pela moralidade, aí a tarefa primeira está a cargo da Advocacia Pública, em razão de sua missão e posição estratégicas de prestar a advocacia consultiva à Administração e de fazer a defesa judicial do patrimônio e interesse públicos.

Assim, alcançados 25 anos da promulgação da Constituição, e diante do cenário político vigente no País, aliado ao papel institucional a cargo das carreiras da Advocacia Pública, fundamental que o modelo constitucional de repartição de competências seja implementado por completo e que se reconheça à Advocacia Pública a mesma autonomia conferida às demais funções essenciais à Justiça.

Finalmente, ressaltamos que as autonomias propostas são razoáveis e submetidas ao controle parlamentar, visando garantir melhores condições institucionais para que os membros da Advocacia Pública exerçam suas funções em favor da sociedade.

Toda a Administração se beneficiará disso. Toda a sociedade se beneficiará com isso. Afinal, somente uma Advocacia Pública autônoma propicia um aparato jurídico de Estado efetivamente comprometido com os valores maiores da Constituição, livre de peias partidárias ou de interesses administrativos secundários. Somente uma Advocacia Pública autônoma será capaz de enfrentar os desafios de sanear, orientar, aperfeiçoar, dar segurança, eficiência e transparência ao trabalho diário de gestão dos interesses públicos.¹⁴⁵

Nesse passo, a adequação constitucional proposta se revela suficientemente debatida e aprofundada, amoldando-se aos fundamentos, argumentos e princípios expostos no presente trabalho, se mostrando como uma alteração estrutural e sistêmica necessária, que, certamente, trará benefícios a toda sociedade.

6.3 A Proposta de Emenda à Constituição 452/2009

A Proposta de Emenda Constitucional 452/ 2009¹⁴⁶ também busca um rearranjo do atual desenho constitucional da Advocacia Pública, como função essencial à justiça. A PEC 452/2009 não confere expressamente as autonomias funcional, administrativa e financeira, mas traz a figura da autonomia institucional, em todos os níveis (federal, estadual, municipal e no Distrito Federal), que pode se revelar justamente nas autonomias funcional, administrativa e financeira.

Em relação à PEC 82/2007, assegura mais prerrogativas aos advogados públicos, dispondo que, além das garantias da inamovibilidade, da irredutibilidade e da independência funcional, devem ser assegurados a garantia da vitaliciedade e o direito à percepção de honorários, bem como a aplicação subsidiária do Estatuto da Advocacia aos advogados públicos. Inova, ainda, ao trazer disposição sobre a escolha do Advogado-Geral da União, que

¹⁴⁵BRASIL. Câmara dos Deputados. DINO, Flávio et al. Parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 82-A, de 2007. **Relatório**. 2013.

¹⁴⁶BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição Federal nº 452/2009**.

passa a ser selecionado dentre os membros da carreira, tal como ocorre com as demais Procuraturas Constitucionais. Veja o inteiro teor da Proposta de Emenda:

Art. 1º O art. 131 e os parágrafos 1º, 2º e 3º, da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 131 A Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União, suas autarquias e fundações públicas, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação do Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, dentre membros das carreiras previstas no § 3º deste artigo, maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, aplicando-se-lhe o art. 102, I, “b” e “d”.

§ 2º - O Advogado-Geral da União terá mandato de dois anos, permitida a recondução, e sua destituição, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal, em escrutínio secreto.

§ 3º - Os membros das carreiras de Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal e Procurador do Banco Central do Brasil, aprovados mediante concursos públicos específicos de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão, com exclusividade e observadas as suas respectivas atribuições, as competências previstas no caput deste artigo.”

Art. 2º Inclua-se um parágrafo, a ser enumerado como § 4º, com a redação seguinte, em substituição ao § 3º do art. 131 da Constituição:

“§ 4º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão subordinado técnica e administrativamente ao Advogado-Geral da União, observado o disposto em lei complementar.”

Art. 3º O art. 132 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 132 Os Procuradores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, 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.”

Art. 4º Ficam incluídos os seguintes artigos na Constituição Federal:

“Art. 132-A São princípios da Advocacia Pública a autonomia institucional, a fiel observância aos princípios gerais da administração aos quais incumbe zelar, defender e promover, a lealdade ao ente público que representa e a independência funcional de seus membros, sendo este último regulado pelo poder normativo de cada Conselho Superior e que será exercido de forma a manter harmonia, coerência, eficiência e agilidade em sua atuação.

Art. 132-B Aos membros da Advocacia Pública são asseguradas as seguintes garantias:

I – vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;

II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do Conselho Superior, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa;

III – irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37 X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I e sua equiparação aos percebidos pelos demais membros das Funções Essenciais à Justiça;

IV – percepção como verba profissional autônoma, não oriunda dos cofres públicos, dos honorários advocatícios havidos nos processos em que atua, com o seu depósito em fundo próprio e rateio mensal e igualitário entre todos os membros de cada instituição;

V – aplicação subsidiária do Estatuto da Advocacia.

Art. 132-C Aos membros da Advocacia Pública são impostas as seguintes vedações:

I – contrariar súmula, parecer, ato normativo ou orientação técnica adotada pelo chefe da instituição, ao qual competirá, dentre outras funções, o exercício do poder normativo e disciplinar;

II – exercer a administração de sociedade comercial, conforme dispuser a lei.

A justificativa parlamentar¹⁴⁷ para a adequação constitucional passa pelo reconhecimento da relevância da Advocacia Pública,

[...] na medida em que são os Advogados Públicos que asseguram a juridicidade da atuação administrativa e dos Governos. As políticas públicas, legitimamente formuladas pelos mandatários eleitos pelo povo brasileiro, terão constitucionalidade e legalidade asseguradas pela Advocacia Pública.

A PEC 452/2009 visa “aperfeiçoar o sistema de Advocacia Pública, inserindo mudanças no desenho da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias Estaduais e Municipais; e equilibrar o tratamento constitucional entre as denominadas Funções Essenciais à Justiça”, vez que os seus membros “necessitam de garantias de que poderão exercer as funções que lhes são cometidas, constitucionalmente, na missão de viabilização das políticas públicas da União, Estados e Municípios”. A justificativa parlamentar destaca ainda a relevância da positivação desta instituição pública no âmbito municipal, dispondo que: “Dada a importância dos Municípios na execução de políticas públicas, notadamente saúde, saneamento básico e educação, as Procuradorias dos Municípios devem ser igualmente contempladas.”

Dada à correlação das matérias, a PEC 452/2009 foi apensada à PEC 82/2007.

6.4 A Proposta de Emenda à Constituição 17/2012

¹⁴⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição Federal nº 452/2009.

A Proposta de Emenda Constitucional de 17/2012¹⁴⁸ estende expressamente aos Municípios a obrigatoriedade, já presente no âmbito federal, estadual e do Distrito Federal, de organizar a carreira de procurador para fins de representação judicial e consultoria jurídica, garantindo tão somente a estabilidade aos seus membros, assim como ocorre com os seus congêneres. Veja o inteiro teor da Proposta de Emenda:

Art. 1º O art. 132 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 132. Os Procuradores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, 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 dos respectivos entes federados.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias."

A PEC 17/2012 simplesmente inclui a obrigatoriedade da instituição da Procuratura Constitucional Municipal, sem avançar na disparidade do regramento constitucional conferido à Advocacia Pública quando comparado com as demais funções essenciais à Justiça.

Trata-se de adequação constitucional baseada no princípio da essencialidade das Procuraturas Constitucionais¹⁴⁹. É certo que os Municípios também não possuem Ministério Público e Defensoria Pública municipais, mas tal ausência não gera prejuízo que justifique uma adequação constitucional, vez que estas Procuraturas exercem as suas funções constitucionalmente estabelecidas, indistintamente, na esfera federal, estadual e municipal. O mesmo, no entanto, não se verifica em relação à Advocacia Pública *stricto sensu*, vez que a Advocacia Pública Federal e a Estadual, no exercício de suas funções, não patrocinam os interesses dos Municípios, bem como não exercem em relação a eles a função de representatividade e tampouco de consultoria ou assessoria jurídicas.

No âmbito municipal, a Advocacia Pública *stricto sensu* é desempenhada pelos procuradores municipais, quando criado o cargo por lei, ou por escritórios de advocacia contratados para esse fim, ou ainda por meio de pessoas investidas em cargos comissionados.

¹⁴⁸BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição Federal nº 17/2012.

¹⁴⁹ Como visto em tópico próprio, o princípio da essencialidade advém do postulado de que as funções essenciais à justiça não podem deixar de existir, vez que relacionadas com a própria manutenção do Estado Democrático de Direito. É dizer, as Procuraturas Constitucionais são essenciais à estruturação e ao funcionamento do próprio Estado.

Desse modo, o Município é o único, dentre os entes federativos, em que não há exigência expressa de criação de uma instituição permanente para o exercício da defesa dos interesses públicos constitucionalmente cometidos à sua administração. Quando criada a carreira de procurador por lei local, este se submete ao regime constitucional concebido à Advocacia Pública, mas quando não há a criação do cargo, o Município se vê descoberto constitucionalmente desta função essencial à Justiça, o que representa evidente descompasso em uma interpretação lógico-sistemática da Constituição.

É importante ressaltar que a função essencial à Justiça da Advocacia Pública não pode ser substituída pela contratação de escritórios de advocacia ou por meio de nomeação de cargos comissionados para o exercício deste *múnus*. É que os escritórios de advocacia exercem um *múnus* privado, decorrente de uma relação contratual com o Poder Público, que não possui eficácia direta sobre a atuação estatal. Não representam, pois, os interesses da sociedade, não são instrumentos para a manifestação da vontade do Estado. Assim, apesar de muitas vezes serem úteis, não são essenciais, já que é o contratante que decide, sob sua conta em risco, qual atitude irá tomar, independentemente da orientação prestada pelo escritório particular, podendo, inclusive, dispensá-lo ou substituí-lo caso não esteja satisfeito ou não possua mais interesse nos serviços prestados. Quantos aos cargos comissionados, a ressalva é a mesma, já que exercem suas funções em caráter precário, podendo ser exonerados a qualquer momento a critério do órgão, agente, ou entidade a qual estejam vinculados.

Diferem, portanto, substancialmente, da Advocacia Pública *stricto sensu*, vez que esta deve ser composta por membros concursados que exercem verdadeiro *múnus* público, vinculados à Constituição e às leis, que buscam, dentro de sua competência, os desígnios constitucionais que refletem os anseios da sociedade. O titular do órgão jurídico emite uma decisão técnico-administrativa, motivada, inerente ao seu cargo e função, sob sua responsabilidade, correspondente a uma vontade estatal. Assim, caso o órgão destinatário pretenda seguir orientação diversa, deverá fazê-lo somente por meio de ato motivado, sob pena de nulidade (artigo 5º, LIV e LV; artigo 93, X, da CR/88) ¹⁵⁰.

¹⁵⁰ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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;

[...]

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

Além do mais, é remansosa a jurisprudência dos Tribunais de Justiça e a orientação prestada por diversos Tribunais de Contas do Estado no sentido da ilegalidade de nomeações de cargos em comissão para o desempenho de cargos cujas atribuições que lhes são afetas são características do cargo de provimento efetivo, tal como ocorre com a Advocacia Pública¹⁵¹.

A Associação Nacional dos Procuradores Municipais emitiu nota técnica favorável à PEC 17/2012¹⁵², no sentido de que: a) a PEC 17/2012 (na Câmara PEC 153/2003) é norma programática, com o objetivo de que cada Município tenha um procurador concursado; b) tendo o Município ao menos um procurador efetivo, preservada estará a sua memória jurídico-institucional, o que evitará a perda de informações sobre processos judiciais que podem ocasionar graves prejuízos ao erário e ao gestor público. A PEC não obriga a criação de Procuradoria, mas tão somente ter um procurador concursado no Município; c) com a realização do concurso, fiscalizado pela OAB, serão selecionados os mais capacitados intelectualmente em benefício da municipalidade, de forma a permitir a implementação das políticas públicas com respaldo técnico. Ou seja, com segurança jurídica aos gestores públicos; d) a doutrina, dentre eles a Ministra Carmem Lucia Antunes Rocha e Celso Antonio Bandeira de Mello, tem ensinado que os procuradores municipais já estão implicitamente no texto constitucional. A PEC 017/2012 pretende corrigir a omissão da Constituição de 1988 e melhor estruturar o Município como ente federativo e autônomo que é, a fim de fazer frente às demandas que se apresentam, garantindo especialidade e segurança jurídica na prática dos atos; e) a PEC preserva o agente político, em especial o Prefeito, pois deixa explícito que há a obrigatoriedade de realização de concurso para provimento do cargo de procurador. Hoje muitos Prefeitos são réus em ações de improbidade pelo fato de não terem realizado o concurso. Cabe ressaltar que o texto constitucional hoje vigente já exige a realização desses concursos para procurador municipal, de acordo com que dispõe o artigo 37, I e II; f) a PEC não vincula a remuneração dos procuradores municipais a qualquer outra carreira jurídica (Magistratura, Ministério Público ou Defensoria Pública), pela própria vedação constitucional (artigo 37, XIII). O artigo 132 do texto constitucional, quando menciona carreira, está simplesmente a dizer que existirão níveis para efeito de promoção

X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros [...] (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**).

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1141/GO (2002)**; Idem. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1141/GO (1994)**; ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. **Processo TC-1916/2003**; RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2009.007.00019**; Idem. **Apelação Cível nº 2003.001.36220 (2004)**; PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. **Processo nº 238250/2006**;

¹⁵² ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES MUNICIPAIS. **Nota Técnica à PEC17/2012**.

funcional (exemplo: nível 1; nível 2. Ou seja, professor nível 1; professor nível 2; procurador nível 1; procurador nível 2. Portanto, o Município poderá ter somente um procurador, que após anos de serviço poderá chegar ao nível 2; g) a responsabilidade é de cada ente municipal, em respeito à sua autonomia, em disciplinar o regime jurídico e a remuneração de seus servidores, de acordo com a capacidade financeira própria, peculiaridades e conveniência locais; h) a PEC não trata da escolha do Procurador-Geral, isto também é matéria da lei local; i) a Frente Nacional de Prefeitos, o Fórum de Procuradores Gerais das Capitais, o Conselho Federal da OAB, as entidades associativas da Advocacia Pública, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, entre outras, apoiam expressamente a PEC 17/2012; j) na Câmara dos Deputados, todos os líderes partidários, governo e minoria, encaminharam o voto SIM pela aprovação da PEC (153/03 na Câmara), a qual em segundo turno obteve 406 votos favoráveis.

Diante desta nota técnica, verifica-se que não há qualquer razão que justifique a manutenção desse regramento anômalo em relação ao serviço jurídico dos Municípios. A PEC 17/2012, em si, visa simplesmente corrigir uma imperfeição do texto constitucional, não alterando o regramento constitucional positivado conferido à Advocacia Pública, tal como se entende ser necessário.

Obviamente, em um futuro próximo, na hipótese de ser realizado o aprimoramento constitucional defendido ao longo do presente trabalho, será necessário criar balizas objetivas em relação à Advocacia Pública, como instituição, em Municípios de diminuta população. Até porque não é razoável exigir de todos os Municípios a criação de uma estrutura jurídica complexa, com autonomias funcional, administrativa e financeira. Talvez a exigência deva recair aos Municípios que constituam capitais do Estado e de outros que possuam determinado número de habitantes. Para os demais, deve-se exigir apenas que criem e organizem a carreira de procurador municipal, por lei, nem que seja um único cargo, a ser preenchido mediante concurso público, assegurando-se ao seu membro as garantias da inamovibilidade, da irredutibilidade, da vitaliciedade e da independência funcional. Registre-se que a diferenciação de Municípios em razão de suas peculiaridades não é nova na Constituição da República (artigo 29, IV e VI) e tampouco na legislação extravagante (§3º, do artigo 496 do Novo CPC) ¹⁵³.

¹⁵³ O texto constitucional prescreve que para a composição das câmaras deve ser observado um número máximo, de acordo com o número de habitantes. Há também limitação do subsídio dos vereadores em razão do número de habitantes. No Novo CPC – Lei 13.105/2015, o valor da remessa necessária se altera no caso de se tratar de Município que constitua capital.

De qualquer forma, é perfeitamente coerente, ao menos, o aperfeiçoamento constitucional para que a Advocacia Pública, como função essencial à Justiça, alcance a todos os entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, indistintamente, criando-se a exigência constitucional expressa de que a representação judicial e a consultoria e assessoria jurídica devam ser prestadas por procurador municipal, organizado em carreira.

6.5 Possibilidade de modificação e de aprimoramento da estrutura orgânica do Estado por meio de Emenda Constitucional de origem parlamentar – julgamento da ADI 5296

As propostas de emenda à Constituição que buscam aprimorar a estrutura orgânica da Advocacia Pública possuem origem parlamentar. Daí surge o questionamento se tal adequação seria inconstitucional, por vulnerar a competência privativa do Chefe do Executivo, em se tratando de alteração de regime jurídico de servidores que pertencem atualmente ao Poder Executivo, bem como por violar o princípio da separação dos poderes, o que é vedado pelo artigo 60, §4º, III da CR/88¹⁵⁴.

Esse mesmo questionamento ocorreu quando da aprovação da Emenda Constitucional 74/2013, de origem parlamentar, que atribuiu à Defensoria Pública da União autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

Na ocasião, a então Presidente da República Dilma Rousseff, por meio da Advocacia Geral da União, ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁵⁵, que recebeu o número de 5296, alegando vulneração ao artigo 61, §1º, II, “c” da CR/88¹⁵⁶, que fixa como

¹⁵⁴ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

III - a separação dos Poderes;” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**).

¹⁵⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5296**.

¹⁵⁶“Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

[...]

II - disponham sobre:

[...]

competência privativa do Presidente da República a iniciativa de leis que disponham sobre servidores públicos da União, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria. Defendeu-se que essa regra seria extensível às "Emendas Constitucionais". Defendeu-se, ainda, que as matérias reservadas à iniciativa de cada um dos Poderes da República referem-se a aspectos da autonomia, autogoverno e autoadministração de cada um deles, razão pela qual a não observância da iniciativa reservada acaba por vulnerar o postulado da separação dos poderes, esculpido no artigo 2º da CR/88¹⁵⁷, encontrando a Emenda óbice no artigo 60, §4º, III da CR/88.

Enviado ao Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro Barros opinou pelo indeferimento do pedido cautelar de suspensão da eficácia da EC 74/ 2013 e, em definitivo, pela improcedência do pedido¹⁵⁸. Consignou que o fato de Emenda Constitucional conferir autonomia a órgão antes pertencente à estrutura do Executivo, por si, não configura afronta ao preceito, uma vez que seria necessário que a proposta de mudança lhe afetasse o núcleo intangível, o cerne do princípio, aquele conteúdo relativo à independência orgânica entre os poderes, mediante estabelecimento de subordinação ou dependência que afetasse o exercício das funções precípua do Executivo, ou as transferisse a outro poder. Consignou que se a Constituição originária pode criar e organizar a estrutura orgânica essencial do Estado, nada impede que Emenda Constitucional sobre isso disponha ou modifique e aprimore aquela estrutura, a fim de nela promover ajustes impostos pelo câmbio social. Enfim, não viu óbices à ampliação que tenha por objetivo aprimorar o sistema de freios e contrapesos.

Ao analisar a ADI 5296, o Plenário do STF, em conclusão de julgamento e por maioria¹⁵⁹, indeferiu pedido de medida cautelar que pretendia a suspensão da eficácia do § 3º do art. 134 da CR/88 introduzido pela EC 74/2013. Consignou-se que a jurisprudência da Corte reconhece, com apoio no princípio da simetria, a inconstitucionalidade de Emendas a Constituições estaduais, por inobservância da reserva de iniciativa do Chefe do Executivo, mas que não há, por outro lado, precedente do Colegiado a assentar, no plano federal, a sujeição do poder constituinte derivado à cláusula de reserva de iniciativa do chefe do

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998).”(BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**).

¹⁵⁷ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**).

¹⁵⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5296**.

¹⁵⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 826**.

Executivo, prevista de modo expresse no artigo 61, § 1º, da CR/88 para o Poder Legislativo complementar e ordinário (poderes constituídos).

O Tribunal consignou¹⁶⁰ que os limites formais ao poder constituinte derivado são os inscritos no artigo 60 da CR/88 e que a iniciativa privativa de leis sobre determinadas matérias é assegurada, no plano federal, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos tribunais superiores e ao Procurador-Geral da República, não existindo, portanto, identidade entre o rol dos legitimados para a propositura de Emenda à Constituição¹⁶¹ (membros da Câmara e do Senado Federal - mínimo um terço; Presidente da República; e membros das Assembleias Legislativas das unidades da federação - mais da metade, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros) e o dos atores aos quais é reservada a iniciativa legislativa sobre determinada matéria.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, não pode propor Emenda à Constituição. Entretanto, é dele a iniciativa de propor lei dispendo sobre a organização da magistratura, seus órgãos, regime jurídico de seus membros, etc. (Estatuto da Magistratura), observando os princípios elencados no artigo 93 do texto constitucional. Ora, se é do Supremo tal iniciativa de lei e não dispendo de competência para propor emendas à CR/88, seguindo o raciocínio dos defensores da ADI 5296, o artigo 93 da Constituição da República jamais poderia ser alterado, jamais poderia ter sido criado um órgão da magistratura por meio de Emenda. Ora, aludida exegese é, *data máxima vênia*, absurda, restringindo drasticamente a atuação do constituinte derivado, criando cláusulas pétreas que não existem em nosso ordenamento jurídico. Tanto não existem que já foram alteradas, por meio de Emendas Constitucionais (EC 19/98 e EC 45/2004), com a inclusão até de órgão ao Poder Judiciário, por meio de Emenda - Conselho Nacional de Justiça (EC 45/2004).

Portanto, como consignado pelo Plenário¹⁶², é insubsistente condicionar a legitimação para propor Emenda à Constituição, nos moldes do artigo 60 da CR/1988, à leitura conjunta desse dispositivo com o artigo 61, § 1º.

O Plenário¹⁶³ assentou ainda que o artigo 60, § 4º, da CR/1988, não veda ao poder constituinte derivado o aprimoramento do desenho institucional de entes com sede na

¹⁶⁰ Ibidem.

¹⁶¹“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**).

¹⁶²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 826**.

¹⁶³ Ibidem.

Constituição, mormente por meio das Emendas Constitucionais, com vista a seu aperfeiçoamento, desde que observadas, no processo, as garantias constitucionais voltadas a impedir a deturpação do próprio mecanismo e a preservar a essência constitucional. Todavia, consignou-se que nem sempre são legítimas alterações de outra ordem ou em outros segmentos, sendo indispensável o exame de cada caso, em face do artigo 60, § 4º, III, da CR/88. Registrou-se que as atribuições da Defensoria Pública não têm vinculação direta com a essência da atividade executiva.

Pois bem. Partindo das premissas assentadas pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5296, nota-se que, igualmente, não há vedação ao aprimoramento do desenho institucional da Advocacia Pública por meio de Emenda Constitucional de origem parlamentar.

Primeiro porque o constituinte originário já conferiu um *status* especial a esta instituição, qualificando-a como essencial à Justiça, em capítulo apartado, fora dos capítulos que tratam das estruturas dos demais poderes da República. Assim, eventual aprimoramento do arquétipo constitucional da Advocacia de Estado não representa vulneração à independência orgânica do Poder Executivo. Pelo contrário, as mudanças visam conferir maior independência e isenção para o exercício de atribuições que já estão cometidas à Advocacia Pública e não subtrair competências do Poder Executivo ou de qualquer outro poder. A Advocacia Pública já exerce, dentro de seus respectivos âmbitos funcionais e federativos, funções tipicamente estatais de fiscalização, de zeladoria, de promoção, de defesa e de controle, referentes à estruturação e funcionamento do próprio Estado Democrático de Direito. Só não possui o regramento constitucional adequado para o pleno exercício de sua missão.

Salienta-se que a atribuição de autonomias funcional, administrativa e financeira não retira funções precípuas do Poder Executivo, mas apenas promove um rearranjo de uma estrutura orgânica do Estado que, desde a promulgação da Constituição de 1988, detém a competência de representar judicialmente o Estado e prestar consultoria e assessoria ao Poder Executivo. Destaca-se que a formulação de políticas públicas não se confunde com a atividade jurídica de colaboração para que estas políticas sejam viabilizadas e executadas de acordo com o ordenamento jurídico. Ademais, a autonomia da Advocacia Pública representa inegável avanço para o controle prévio de regularidade dos atos administrativos, conferindo maior segurança e resguardo à própria Administração, que se reveste de segurança jurídica ao adotar orientação independente de Procuratura Estatal. Por outro lado, consolida-se mais um importante instrumento de prevenção e combate à corrupção, o que representa mais um ganho à sociedade.

Segundo, porque o aperfeiçoamento da Advocacia Pública decorre de princípios dessumidos do próprio ordenamento constitucional vigente (princípios da essencialidade, da institucionalidade, da igualdade, da unidade, da organicidade unipessoal, da independência funcional, da inviolabilidade, da autonomia administrativa e da autonomia de impulso), de modo que o rearranjo serve é para corrigir distorções, positivando o que já se extrai de uma interpretação lógico-sistemática do texto constitucional. Aliás, como visto, tais distorções foram corrigidas em relação às Defensorias Públicas, justamente por Emenda Constitucional de origem parlamentar.

Terceiro porque, como já defendido várias vezes no curso do presente trabalho, as Procuraturas Constitucionais exercem papel de mesma envergadura, fundamentais para a realização da Justiça e do Estado Democrático de Direito, não havendo funções mais ou menos essenciais à Justiça, sobretudo porque a prevalência de determinado interesse público sobre outro deve ser aferida no caso concreto e dependerá da natureza de cada relação. Assim, a relação entre as instituições e os membros deve ser reticular e horizontal e não hierarquizada e piramidal. Desse modo, a extensão aos membros da Advocacia Pública das prerrogativas conferidas aos demais membros das outras funções essenciais à Justiça representa tão somente um reequilíbrio de forças daqueles que muitas vezes estão patrocinando interesses públicos adversos.

Destarte, não se vislumbra qualquer impedimento para que, por meio de Emenda Constitucional de origem parlamentar, sejam realizadas alterações estruturais e sistêmicas no arquétipo constitucional da Advocacia Pública, para que esta instituição estatal exerça de forma plena e independente os seus desígnios constitucionais, livre de infiltrações políticas indevidas, perseguições e de temores que inibam a realização funcional e consequente de sua função pública, aprimorando-se, por conseguinte, o sistema de freios e contrapesos, em favor da sociedade.

6.6 Da sugestão de aprimoramento constitucional da estrutura orgânica da Advocacia Pública

Conforme defendido ao longo do trabalho, o aprimoramento constitucional da estrutura orgânica da Advocacia Pública deve seguir a linha apontada pelos princípios dessumidos do próprio ordenamento constitucional vigente (princípios da essencialidade, da

institucionalidade, da igualdade, da unidade, da organicidade unipessoal, da independência técnico-funcional), conferindo-se garantias à instituição (autonomias funcional, administrativa e financeira) e prerrogativas aos seus membros (inamovibilidade, inviolabilidade, vitaliciedade, independência funcional e autonomia de impulso), para o pleno e independente exercício desse relevante *múnus* público. Para tanto, sugere-se o seguinte texto de Emenda à Constituição:

Art. 1º O art. 131 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 131. A Advocacia Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a representação judicial, a assessoria e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas e, sem prejuízo da atuação dos demais órgãos competentes, o controle interno da licitude dos atos da administração pública.

§ 1º São princípios institucionais da Advocacia Pública a autonomia institucional, a essencialidade, a institucionalidade, a unidade, a organicidade unipessoal e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.

§ 2º Lei complementar organizará a Advocacia Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados e nos Municípios, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, assegurada a seus integrantes as seguintes garantias:

- a) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa;
- b) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;
- c) independência funcional e autonomia de impulso;
- d) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;
- e) inviolabilidade, por seus atos e manifestações no exercício da profissão;
- f) aplicação subsidiária do Estatuto da Advocacia.

§ 3º - Os membros das carreiras de Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal, Procurador do Banco Central do Brasil, Procurador do Estado, Procurador do Distrito Federal e Procurador do Município exercerão, com exclusividade e observadas as suas respectivas atribuições, as competências previstas no *caput* deste artigo.

§ 3º Os membros da Advocacia Pública formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida a recondução.

§ 4º À Advocacia Pública são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de suas políticas remuneratórias e das propostas orçamentárias anuais, dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias.”

Art. 2º O art. 132 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 132. Nos Municípios com menos de quinhentos mil habitantes é facultada a instituição da Procuradoria Geral do Município, podendo ser criado apenas o cargo efetivo de Procurador Municipal, que deverá ser provido mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, sendo-lhe garantidas as mesmas prerrogativas dos demais integrantes da Advocacia Pública.

Parágrafo único: Sendo criada a Procuradoria Geral do Município aplica-se à instituição o disposto no art. 131.”

Art. 3º O art. 168 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias Gerais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º da Constituição Federal.”

Observe-se que o texto sugerido engloba as ideias e teses principais trabalhadas no presente estudo, bem como as concepções amplamente debatidas no âmbito da PEC 452/2009, da PEC 17/2012 e, principalmente, da PEC 82/2007, buscando-se aperfeiçoar o desenho constitucional da Advocacia Pública, sem corporativismos, na busca pela necessária segurança jurídica para o correto exercício desta função pública em prol de toda a sociedade.

Não se descuidou dos Municípios de pequeno porte (aqui considerados os de população inferior a quinhentos mil habitantes), aos quais se entende que, por questões econômico-financeiras, deve ser facultada a instituição de uma Procuratura, mas não a do cargo de procurador municipal.

Afinal, como visto, a criação de pelo menos um cargo de procurador municipal não representa ônus relevante ao Município de pequeno porte, que disciplinará, por meio de lei, a sua remuneração, de acordo com a capacidade financeira própria, peculiaridades e conveniência locais.

Ademais, a criação de pelo menos um cargo de procurador vinculado à Administração, mas não subordinado a ela, pode representar, em verdade, economia ao Município, com a seleção de profissional capacitado intelectualmente que preservará a sua memória jurídico-institucional, defendendo de maneira imparcial e apartidária os interesses públicos, tanto por meio de acompanhamento de processos relevantes (que seguramente duram mais de um mandato), quanto por meio da consultoria e assessoria jurídica, que viabilizam a

implementação de políticas públicas (compatibilizando-as ao ordenamento jurídico) e que alertam sobre escolhas equivocadas que podem gerar graves prejuízos ao erário e, pessoalmente, ao gestor público frente aos órgãos de controle externo (Ministério Público e Tribunal de Contas).

Pelo exposto, se mostra pertinente a conformação normativa, nos termos sugeridos.

7 CONCLUSÃO

Pelo exposto, confirmou-se a hipótese de que, apesar da ausência de menção expressa no texto constitucional, deve ser aplicado às Procuraturas e aos procuradores municipais o regime conferido pela Constituição de 1988 à Advocacia Pública Federal e aos procuradores dos Estados e do Distrito Federal, principalmente em relação às atribuições do órgão jurídico (representação judicial, consultoria e assessoria jurídica), havendo, inclusive, proposta de súmula vinculante nesse sentido em andamento (PSV 18), que trata como comuns as competências da Advocacia Pública, nos três planos federativos.

Entretanto, verificou-se que o atual estatuto constitucional da Advocacia Pública não é satisfatório. Apesar de terem sido outorgadas competências relevantes, não foram conferidas quaisquer garantias à Advocacia Pública como instituição, sendo que aos membros que *presentam* o Estado foi dada somente a garantia da estabilidade, que não se mostra suficiente para assegurar a necessária independência ao advogado público para que realize plenamente os seus desígnios constitucionais, sem represálias da autoridade contrariada, perseguições e temores que inibam o exercício de sua competência institucional deliberativa ou decisória.

Assim, restou evidente que a omissão não é só em relação às Procuraturas Municipais e aos seus membros, mas para com toda a Advocacia Pública, que se vê a mercê da boa vontade do legislador local ou de governantes de plantão para proceder à correta tutela dos direitos públicos a ela cometidos.

Com efeito, não obstante as três Procuraturas Constitucionais (Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública) terem assumido o papel de promover, dentro das respectivas competências funcional e federativa, a defesa de várias classes sociais e de diversos interesses públicos envolvidos, foi conferido tratamento constitucional dispare, que redundava em um desequilíbrio de forças para instituições que podem, inclusive, funcionar como partes adversas.

Não foi por outra razão que a Ordem dos Advogados do Brasil, na qualidade de entidade *sui generis*, saiu em defesa da Advocacia Pública, buscando conferir maior segurança jurídica para a atuação dos Advogados Públicos, editando súmulas administrativas em defesa de prerrogativas inerentes à função. Todavia, a questão é complexa, vez que há Ação Direta de Inconstitucionalidade, ainda não julgada, que questiona justamente a vinculação do advogado público à OAB e a consequente aplicação do estatuto da advocacia, que pode eventualmente afastar, na prática, o entendimento ora defendido, de que os

advogados públicos são invioláveis, por seus atos e manifestações no exercício da profissão, e que também se submetem deontologicamente, no que couber, às normas que regulamentam a atividade da advocacia (normas da OAB).

Noutro giro, verificou-se que há um intenso movimento para se romper a cultura jurídica nacional de resolução de conflitos por meio do *poder de império* do Estado, buscando-se a implementação de uma política nacional de estímulo à autocomposição, com a edição e aprimoramento de diversas leis sobre o assunto (Novo CPC – Lei 13.105/2015; lei da mediação de particulares e da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública - Lei 13.140/2015; lei do juizado especial da Fazenda Pública Federal - Lei Federal 10.259/2001 e do juizado especial da Fazenda Pública Estadual e Municipal - Lei 12.153/09), que necessariamente passa pela mudança de postura dos litigantes habituais (bancos, telefonia e setor público).

Todavia, para se modificar a forma de atuação dos agentes que *presentam* o Estado, tanto na fase pré-processual, como na fase contenciosa, otimizando-se o serviço jurídico, igualmente se fazem necessárias mudanças na estrutura orgânica da Advocacia Pública, conferindo-se prerrogativas mínimas à instituição e aos seus membros, reconhecendo-se expressamente a competência da instituição, por intermédio de seus integrantes, de averiguar, concluir e decidir, no caso concreto, se há razões suficientes para realizar a autocomposição, ou se os interesses públicos controvertidos devem ser dirimidos por meio do poder de império do Estado, pela via judicial.

Aludida reestruturação passa necessariamente pelo aprimoramento do desenho constitucional da Advocacia Pública, sobretudo ante a concepção atual de Constituição como norma diretiva fundamental que norteia as funções públicas. O aperfeiçoamento constitucional deve ser feito a partir de princípios dessumidos do próprio texto constitucional (princípios da essencialidade, da institucionalidade, da igualdade, da unidade, da organicidade unipessoal, da independência técnico-funcional e da autonomia institucional), que orientam as atividades das Procuraturas Públicas.

Aliás, viu-se que alguns poucos Estados e Municípios vanguardistas se valeram justamente desses princípios para normatizar o regime jurídico de suas Procuraturas, evoluindo na positivação da matéria, seja no âmbito de suas Constituições Estaduais, seja no âmbito das respectivas legislações infraconstitucionais. No entanto, por vezes, tais normas foram submetidas ao controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, que prolatou decisões diversas, por meio de julgados em que houve muita divergência, votos vencidos, alternância de prevalência de entendimentos de acordo com a composição do

plenário, ora entendendo pela autonomia de cada Estado-membro, ora entendendo pela necessária observância do modelo federal (que, repita-se, está longe do ideal). Tal fato revela que, realmente, é necessária uma adequação da Constituição da República para que exegeses casuísticas não prevaleçam sobre os princípios que devem nortear a Advocacia Pública.

Entretanto, eventual Emenda à Constituição deve conferir tratamento especial aos Municípios de pequeno porte (considerados o de população inferior a quinhentos mil habitantes), que por questões econômico-financeiras podem não ter condições de arcar com a estrutura de uma Procuratura Municipal. Em casos como tais, deve ser facultada a instituição da Procuratura, mas não a do cargo de procurador municipal, que necessariamente deve ser instituído, vez que se trata de função essencial também no plano municipal, que não pode ser substituída por contratação de escritórios, advogados particulares ou cargos comissionados, que não possuem vínculo real com o ente que representam e tampouco a independência necessária para o correto exercício desse mister público. Registre-se que a criação de pelo menos um cargo de procurador não representa ônus relevante ao Município, que disciplinará, por meio de lei, a sua remuneração, de acordo com a capacidade financeira própria, peculiaridades e conveniência locais.

Cumprindo ainda acrescentar que o aprimoramento do arquétipo constitucional da Advocacia Pública representa inegável ganho para toda a sociedade, com a consolidação de um importante instrumento de controle prévio de regularidade dos atos administrativos e de conformação de políticas públicas de acordo com o ordenamento jurídico, revestindo a gestão pública de segurança jurídica, prevenindo e combatendo à corrupção, além de representar um importante passo para se concretizar de forma mais eficaz o interesse público primário, promovendo a solução consensual de conflitos e combatendo a proliferação de processos judiciais e a litigiosidade dispendiosa, exacerbada e sem sentido, notadamente quando envolve o Poder Público e assiste razão ao particular.

Desta forma, para que a Advocacia Pública e seus membros exerçam de forma plena e independente o seu papel constitucional e legal, viabilizando a implementação de políticas públicas e tutelando o interesse público primário, inclusive por meio da autocomposição, se faz necessário o aperfeiçoamento do atual desenho constitucional conferindo-se, em geral, garantias à instituição (autonomias funcional, administrativa e financeira) e prerrogativas aos seus membros (inamovibilidade, inviolabilidade, vitaliciedade, independência funcional e autonomia de impulso).

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico. **Mandado de Segurança** - a busca da verdadeira especialidade. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2010.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES MUNICIPAIS – ANPM. **Nota Técnica à PEC 17/2012**. Disponível em:

<https://www.anpm.com.br/?go=publicacoes&bin=noticias&id=886&title=nota_tecnica_pec_172012>. Acesso em: 24 jun. 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v.1.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.). **Constituição e Crise Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 111-120.

BARROS, Manoel de. **Memórias Inventadas: a terceira infância**. São Paulo: Planeta, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF**. Belo Horizonte, a. 1, jan./dez. 2011, p. 219-227.

BRASIL. Câmara dos Deputados. DINO, Flávio et al. Parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 82-A, de 2007, que “acresce os arts. 132-A e 135-A e altera o art. 168 da Constituição da República de 1988. **Relatório**. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1DF7EE55E28D86EBD1FD0C92CA31A6B0.proposicoesWeb2?codteor=1235128&filename=PaParec-PEC08207-11-03-2014>. Acesso em: 10 mar. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição Federal 452/2009**. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=727034&filename=PEC+452/2009>. Acesso em: 19 jun. 2016.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891).**

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>.

Acesso em: 02 abr. 2016.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934).**

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>.

Acesso em: 02 abr. 2016.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937).** Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946).** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

_____. **Constituição da Republica Federativa do Brasil (1967).** Disponível

em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 02 abr. 2016.

_____. **Decreto nº 848, 11 out. 1890.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em: 19 jun. 2016.

_____. **Decreto nº 967, 2 jan. 1903.** Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-967-2-janeiro-1903-584211-norma-pl.html>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

_____. **Emenda Constitucional nº 1, 17 out. 1969.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. **Emenda Constitucional nº 7, 13 abr. 1977.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. **Emenda Constitucional nº 19, 04 jun. 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. **Emenda Constitucional nº 45, 30 dez. 2004.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. **Lei nº 12.016, 07 ago. 2009.** Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 28 mar. 2016.

_____. **Lei nº 8.906, 04 jul. 1994.** Estatuto da OAB. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 12 abr. 2016.

_____. **Lei nº 9.099, 26 set. 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm> Acesso em: 23 abr. 2016.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13140-26-junho-2015-781100-publicacaooriginal-147366-pl.html>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

_____. **Lei nº 8.625/1993.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. **Lei nº 10.259, 12 de jul. 2001.** Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm> Acesso em: 29 abr. 2016.

_____. **Lei nº 9.469, 10 jul. 1997.** Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1997/lei-9469-10-julho-1997-365364-normaatualizada-pl.html>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

_____. **Lei nº 221, 20 nov. 1894.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/1851-1900/L0221.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. **Lei Complementar nº 80, 12 jan. 1994.** Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 05 mai. 2016.

_____. **Lei Complementar nº 75, 20 mai. 1993.** Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 21 jun. 2016.

_____. **Lei Complementar nº 73, 10 jan. 1993.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. **Lei Federal nº 10.480, 02 de jul. 2002.** Dispõe sobre o Quadro de Pessoal da Advocacia-Geral da União, a criação da Gratificação de Desempenho de Atividade de Apoio Técnico-Administrativo na AGU – GDAA, cria a Procuradoria-Geral Federal, e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10480.htm>. Acesso em: 13 abr. 2016.

_____. **Lei Federal nº 13.105, 16 mar. 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 abr. 2016.

_____. Ministério Público Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5215. **Parecer.** Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-pgr-procuradoria-autarquica.pdf>> Acesso em: 14 abr.2016.

_____. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição Federal nº 17/2012.** Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/105491.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1141/GO.** Relatora: Min. Ellen Gracie. Tribunal Pleno. Julgado em: 29 ago. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346849>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4357.** Relator: Min. Ayres Britto. Relator p/ Acórdão: Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em:

14 mar. 2013. Publicado em: 26 set. 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000247183&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 22 abr. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4843 MC-ED-Ref.** Relator: Min. Celso De Mello. Tribunal Pleno. Julgado em: 11 dez. 2014.

Publicado em: 19 fev. 2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000260154&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5215.**

Relator: Min. Luis Roberto Barroso. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5215&classe=A DI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5296.**

Relatora: Min. Rosa Weber. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4752359>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2581.**

Relator: Min. Maurício Corrêa. Relator p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno.

Julgado em: 16 ago. 2007. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2581%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2581%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kcyde7h>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 291.**

Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Julgado em: 07 abr. 2010. Publicado em: 10 set. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614078>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5334.**

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4794666>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3026.**

Relator: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em: 08 jun. 2006. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3026%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3026%2EAC>>

MS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b9rz69r>. Acesso em: 04 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 821**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo821.htm#Procurador%20municipal%20e%20teto%20remunerat%C3%B3rio%20-%202>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 826**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo826.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24631**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Julgado em: 09 ago. 2007. Publicado em: 01 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000090056&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.298**. Relator: Min. Cezar Peluso. Plenário. Julgado em: 07 out. 2009. Publicado em: 27 nov. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606294&pgI=1&pgF=100000>>. Acesso em: 06 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1141/GO**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 10 out. 1994. Publicado em: 12 abr. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346849>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de Súmula Vinculante nº 18**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2667247>> Acesso em: 16 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 558.258/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 1ª Turma. Julgado em: 09 nov. 2010. Publicado em: 18 mar. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620689>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Advocacia Pública** Mito e Realidade. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. 8. reimpressão. Portugal: Almedina, 2003.

CARDOSO, Germano Bezerra. Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. In GUEDES, J. C.; SOUZA, L. M. (Coord.). **Advocacia de Estado**. Questões Institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CARPES, Marcus Carpes. **Advocacia da União e Estado de Justiça**. Debates em Direito Público. Brasília: Revista de Direito dos Advogados da União, a. 6. n. 6. Out. 2007, p.29-30.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CIANCI, Mirna. A Remessa Necessária no Novo Código de Processo Civil. In DIDIER JR. Fredie; ARAUJO, José Henrique Mouta Araújo; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). **Coleção Repercussões do Novo CPC**. Advocacia Pública. Salvador: Editora Juspodvm, 2015, v.3, p. 362-363.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf> Acesso em 18 abr.2016.

CORDARO, Cesar Antônio Alves; GUEDES, Jefferson Carús Guedes; SOUZA, Luciane Moessa de. **Advocacia de Estado**. Questões Institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 24-26.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. Rio Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Processo Civil**. 18.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A Advocacia Pública como função essencial à Justiça**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. Processo TC-1916/2003. **Parecer**. Disponível em: <<http://www.tce.es.gov.br/portais/Portals/14/Arquivos/Biblioteca/AtosNormativos/PC002-04.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2016.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Comentários à Constituição**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, v.3.

FRANCO, Marcelo Veiga. **Processo Justo: Entre efetividade e legitimidade da jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

FREITAS, Juarez de. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luiz Otávio Sequeira de. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública**. Lei 12.153/2009. 2.ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HIGHTON, Elena I. **Justicia em cambio: sociedad civil, abogados y jueces – Un nuevo proyecto para la administración de Justicia**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

JUNIOR, Cláudio Grande. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. In GUEDES, J. C.; SOUZA, L. M. (Coord.). **Advocacia de Estado**. Questões Institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 84.

LEONCY, Léo Ferreira. **Princípio da simetria e argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente**. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 7. ed. São Paulo. 2013. 3. triagem, 2014.

MARINONI Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo civil. Teoria do Processo civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v.1.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In GUEDES, J. C.; SOUZA, L. M. (Coord.) **Advocacia de Estado**. Questões Institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 29, n. 116, p. 79-102, out./dez. 1992.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Código de Ética**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2016.

_____. **Conselho Federal traça diretriz em defesa da advocacia pública**. Publicado em: 06 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/24762/conselho-federal-traca-diretriz-em-defesa-da-advocacia-publica>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. **Processo n° 238250/2006**. Relator: Nestor Baptista. Protocolado em: 22 mai. 2006. Autuado em: 24 mai. 2006. Disponível em: <http://servicos.tce.pr.gov.br/servicos//srv_consultaprocesso.aspx?processoMaster=238250/06>. Acesso em: 06 set. 2016.

RIO DE JANEIRO. **Lei Complementar n.º 132, 20 dez. 2013**. Disciplina a organização e o funcionamento da PGM-RJ. Disponível em: <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/a99e317a9cfec383032568620071f5d2/2c453db565684d6f03257c470055d421?OpenDocument>>. Acesso em: 11 mai. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2009.007.00019**.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível n° 2003.001.36220**. 11ª Câmara Cível. Relatora: Des. Helena Belc Klausner. Julgado em: 15 set. 2004.

SÃO PAULO. **Lei Complementar nº 1.270, 25 ago. 2015.** Lei orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2015/lei.complementar-1270-25.08.2015.html>>. Acesso em: 11 mai. 2016.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Acesso em: 13 jun.2016.

_____. As lacunas constitucionais e a sua integração. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais.** Vitória, n. 12, jul./dez. 2012, p. 30. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/313223737/As-Lacunas-Constitucionais-e-Sua-Integracao-pdf>> Acesso em: 06 abr. 2016.

SILVA, José Afonso da. A Advocacia Pública e Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 230, out./dez. 2002, p. 281-282.

_____. **Curso de direito constitucional positivo.** 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Ovídio. A. Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2000, v.1.

SOUZA, Luciane Moessa de. Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. In GUEDES, J. C.; SOUZA, L. M. (Coord.). **Advocacia de Estado. Questões Institucionais para a construção de um Estado de Justiça.** Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 94-100.

STRECK. Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.** Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

THEODORO Júnior, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOSTA. Jorge. **Do reexame necessário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VERGOTTINI, Giuseppe de. **Derecho constitucional comparado**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

VOCABULÁRIO JURÍDICO. **Procuradoria**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. III.