

Responsabilidade do Advogado Público

I.- A ADVOCACIA PÚBLICA.

I.1.- Advocacia Pública: uma instituição?

Ao lado do Ministério Público, da Advocacia e da Defensoria Pública, a Advocacia Pública é descrita pela Constituição como “função essencial à Justiça”.

Ministério Público e Defensoria têm *status* diferenciado: são “instituições essenciais à função jurisdicional do Estado”.

A Advocacia Pública não é definida como “instituição”; tal qualidade é reservada apenas à Advocacia-Geral da União (art. 131), à qual cabe a representação judicial e extrajudicial da União e as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

A Constituição ainda se refere à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, à qual compete a execução da dívida ativa tributária, e aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira.

Não há qualquer alusão aos Procuradores Municipais.

Dai a evidente dificuldade em situar a Advocacia Pública como objeto de estudo, restrição que se transfere à identificação da natureza da atividade do Advogado Público e ao tema enfocado neste ensaio, a sua responsabilidade.

O “Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa”¹ define uma instituição, pelo prisma sociológico, como “estrutura decorrente de necessidades sociais básicas, com caráter de relativa permanência, e identificável pelo valor de seus códigos de conduta, alguns deles expressos em leis.”

¹ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, 2ª. Edição, 16ª. Impressão, Editora Nova Fronteira, verbetes “Instituição” e “Instituições”, p. 953

Sob tal significado, será a "Advocacia Pública" uma instituição, ou conceito designativo apenas de uma função essencial à Justiça?

Enfim, como lidar com as heterogêneas "instituições" que integram este conjunto natureza fugidia, a "Advocacia Pública"?

I.2.- Advocacia Pública: uma novidade?

A inédita inserção da Advocacia Pública na Constituição pode gerar a falsa percepção de novidade, como se a "advocacia de Estado", ou representação judicial do Estado, tivesse sido criada e descoberta pelo Poder Constituinte de 1988.

A representação judicial da União era exercida pelo Ministério Público. O art. 126, § único, da Constituição de 1946 assim estabelecia: "A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local."

Tanto os "Procuradores da República" quanto os Promotores, quando ausentes os primeiros, tinham a atribuição de representação judicial da União.

Coexistiam com o Ministério Público as Procuradorias Estaduais Municipais, porém não mencionadas nas Constituições anteriores à de 1988.

A advocacia pública, como "função" não é, nem poderia ser, uma novidade.

O Estado Democrático de Direito – essência da República Federativa Brasileira – impôs a especificação das preexistentes funções essenciais à Justiça, e a criação ou aperfeiçoamento de "instituições", com competências estanques e definidas, sob a inspiração da abertura política.

A gradativa assunção de atribuições cujo exercício, no regime democrático de direito, exige independência – defesa do próprio regime, da ordem jurídica, de interesses sociais indisponíveis – ensejou o aperfeiçoamento institucional do Ministério Público e o seu inevitável afastamento dos interesses do "Estado".

A Advocacia Pública, pelos seus diversos órgãos, assumiu parcela

daquelas funções essenciais à Justiça, de modo que é possível afirmar, com liberdades metafóricas, que houve verdadeira “cisão” do Ministério Público, e a segmentação clara das competências das “instituições” resultantes.

Embora a função – representação judicial do Estado – não seja novidade, não se pode dizer o mesmo da instituição, ou conceito genérico de função, “advocacia pública.”

1.3.- De tanto se repetir, a mentira vira verdade: “O Ministério Público representa a Sociedade, e Advocacia Pública representa o Governo”.

O termo “procurador” é usado para designar os integrantes do Ministério Público e da Advocacia Pública, o que reforça a afinidade histórica de ambas. É um resquício semântico da antiga sobreposição.

Há Procuradorias Estaduais de Justiça e Procuradorias do Estado e dos Municípios; há um Procurador Geral da República e também um Procurador Geral da União, além do Procurador Geral da Fazenda Nacional, dos Estados *etc.*

Para leigos, entre eles a maioria dos integrantes da Imprensa, a mal delineada “cisão” institucional e a nomenclatura dela herdada geram óbvia confusão.

Daí calhar a corriqueira e superficial explicação: o Ministério Público e seus integrantes representam a Sociedade; a Advocacia Pública e seus integrantes representam o Governo.

Até entre os profissionais do Direito a distinção costuma ser divulgada e acolhida.

É, porém, inapropriada.

No Brasil há eleições diretas, o pleito é obrigatório e secreto. Os governantes são escolhidos pela Sociedade e, a rigor, representam seus interesses. Os integrantes do Ministério Público não são escolhidos pelo voto popular.

Sob tal enfoque, é inadequada a identificação, *a priori*, da fórmula “governo x sociedade”, nos freqüentes embates entre o Estado, representado pelos seus advogados, e o Ministério Público.

Advogados públicos não são destituídos de compromissos com a Sociedade.

Ministério Público e Advocacia Pública têm atribuições diferentes, mas convergentes: servem ao Estado Democrático de Direito, à República Federativa e à Constituição.

Nem promotores, nem advogados públicos, podem submeter-se a governantes que ajam de forma contrária àqueles princípios e valores.

Este óbvio ponto de convergência não visa tratar paritariamente, nem muito menos unificar, atribuições e competências diversas. Presta-se, porém, para soterrar a superficial e indevida explicação que intitula este item.

Ao dar suporte ao poder de polícia, ao exercício regular dos atos administrativos e às políticas públicas, o advogado público age de acordo com o pressuposto social de valor.

Também o faz, quando ajuda a amoldar os mesmos atos e políticas à correta direção constitucional e legal; quando exerce o controle interno de legalidade e de moralidade, e profere parecer que não recomenda a realização de algum ato avesso a estes preceitos.

Habita, porém, universo notabilizado pela dialética, pelo conflito de interesses; daí ocorrerem naturais embates entre o Estado, representado por seus advogados, e o Ministério Público, notadamente em seara reveladora de conflitualidade interna *in re ipsa*, onde os conflitos habitualmente se desenvolvem, a dos interesses metaindividuais.

Ora, numa ação civil pública, na qual o Ministério Público se bate, por exemplo, pela construção de escolas de educação infantil, e o Estado resiste, calcado na reserva do possível, eis que os recursos existentes foram diluídos na construção de creches, de hospitais, em transporte público etc. não se instala o maniqueísta conflito entre o "bem" e o "mal", entre o interesse social primário e o secundário, a sociedade e o espoliador etc., mas entre o "ideal utópico" e a realidade material de nação economicamente subdesenvolvida.

É preciso desfazer aquela simplista confusão; infelizmente, não há fórmula simplificada e satisfatória para definir as diferentes atribuições institucionais.

"Advogados públicos" exercem atividade qualificada pela "função

social", imediatamente não coincidente, mas remotamente convergente, com aquela do Ministério Público.

A responsabilização do advogado público, tanto civil quanto disciplinar, deve ser concebida de forma condizente com esta "função social".

1.4.- Advocacia e Estado Democrático de Direito.

A advocacia é um seguro indicador da natureza dos regimes políticos.

Em regimes totalitários ou conservadores, a advocacia costuma ser incipiente, mal organizada e pouco representativa; quando muito, é concebida como mera profissão liberal, ligada aos conflitos privados de interesses.

Não são poucos os exemplos históricos de aversão do poder totalitário aos advogados. Napoleão revelou a vontade de cortar-lhes a língua; para Hitler, sofreriam de demência nata ou adquirida.

Nos regimes democráticos liberais, a advocacia costuma ser independente, é protegida por garantias e prerrogativas legais, e tem significativa influência política e social.

É capaz de revelar a existência de um Poder Judiciário independente, imparcial e respeitado, além da garantia de acesso popular à Justiça.

A advocacia pública permite outra aferição: ao organizar representação judicial própria, o Executivo revela necessidade de se defender e de recorrer ao Judiciário, quando necessário, e de se subordinar às suas decisões. Ou seja, advocacia pública organizada é prova da independência e paridade entre os Poderes.

Quando o Executivo controla o Judiciário e absorve o Ministério Público, não precisa temer processos judiciais e nem de advogados para se defender.

Ora, se a mera existência organizada da advocacia pública pode revelar a plenitude do estado liberal e democrático de direito, a manutenção deste implica, por comutatividade, a consolidação e o fortalecimento da advocacia pública, que o ampara e prestigia.

Para exercer este relevante papel, a advocacia pública precisa de garantia legal de suas prerrogativas.

Advogados são indispensáveis à administração da justiça – e, por esse motivo, “são invioláveis por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Dessa forma, a Constituição reconhece explicitamente as colocações aqui realizadas, e confere aos advogados a inviolabilidade profissional.

Tal prerrogativa também acolhe o advogado público?

Antes, porém, e enfim, o que é um advogado público?

1.5.- O advogado público.

A Constituição dá exemplos de advogados públicos, e por meio deles é possível se alcançar alguma definição conceitual.

São: os advogados da União, os procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e de títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil. Adquirem estabilidade após três anos de exercício efetivo. Representam judicial e extrajudicialmente as pessoas jurídicas de direito público às quais pertencem, e lhes cabe a as funções de assessoramento e consultoria jurídica, além da cobrança da dívida ativa.

Pelo princípio da simetria, é possível afirmar que, quando organizados em carreira, que guarde as características acima referidas, os advogados ou procuradores municipais também são advogados públicos.

A Constituição, porém, não criou categoria profissional específica, nem estabeleceu garantias ou vedações, e tampouco remeteu a uma lei complementar a incumbência de organizar a carreira, como ocorreu com o Ministério Público (art. 128, § 5º).

Advogados públicos pertencem à categoria profissional dos *advogados*, que passam a exercer as funções típicas, definidas em lei. Há ênfase na *função exercida*, e não na *“institucionalização”*. A *“advocacia pública”* se aproxima do modelo da *“advocacia”*, como elemento essencial da Justiça, e não do Ministério Público. São diferentes modelos, não se podendo concluir pela superioridade hierárquica ou funcional de um sobre o outro.

Não se abordará, aqui, a questão da Defensoria Pública; este estudo se limitará a tratar da responsabilidade dos "advogados de Estado", e não dos defensores públicos, de modo que as conclusões aqui traçadas não os tomaram como paradigma.

A Lei 8906/94, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, no seu artigo 3º, § 1º, define que advogados públicos exercem atividade de advocacia, e são sujeitos a duplo regime: o do próprio Estatuto e o funcional próprio, da carreira a que se subordinam. Antes de serem advogados públicos são, portanto, advogados.

I.6.- Crise de Identidade.

Tamanha dificuldade na identificação da natureza das próprias funções gera freqüentes crises de identidade nos advogados públicos.

Alguns passam a agir como defensores de uma abstrata e idealizada imagem do "Estado", esquecendo-se que é pessoa jurídica que se concretiza apenas no âmbito da realidade técnica, e a ele transfere valores e ideologias pessoais. É geralmente preconceituoso, avesso a defender políticas públicas (das quais discorda invariavelmente), e se deixa dominar ou por um estado crítico paralisante, ou por um estado crítico destrutivo, hipótese na qual pensa se portar, ou às vezes passa a se portar, como um promotor de justiça, mas de conceitos próprios de justiça, e se desassocia da essência de sua função.

Outro exemplo de perda de identidade é observado no advogado público que envereda por senda oposta e adere cegamente a qualquer orientação governamental. A patologia impura é impulsionada por cargos, desvarios de poder ou pusilanidade, mas não são estes defeitos de caráter que simbolizam o arquétipo, ou a patologia em sua total pureza, decorrente da sincera convicção de que atos de governo, na condição de exercício imperial, devem ser defendidos a qualquer custo, ainda quando ilegais, ilegítimos ou oriundos dos defeitos humanos que também acometem os governantes. Neste caso, o advogado público se afasta de sua função social e deixa de amoldar as políticas públicas ao Direito (ao contrário, a elas se amolda como um camaleão), contribuindo para sua imperfeição e possível derrocada jurídica.

O exercício da advocacia pública exige eqüidistância dos exem-

plos radicalizados, uma boa dose de serenidade e seriedade, e diferentes “éticas”.

No contencioso, o advogado público se obriga à parcialidade, na defesa dos atos administrativos e políticas públicas, e, como qualquer advogado, deve evitar valorações pessoais. Age de forma vinculada e se sujeita à hierarquia, ressalvada a independência técnica e o dever de prudência.

Na área consultiva, deve agir imparcialmente; um parecer não deve ser proferido para atender a um ou outro interesse, pelo óbvio motivo de que, assumindo tal escopo, deixa de ser um parecer consultivo. A “imparcialidade”, porém, não deve ser confundida com irrealismo ou abstracionismo acadêmico; da mesma maneira que o juiz não deve se restringir à confecção de silogismos, ao aplicar a norma ao fato concreto, de maneira desconectada do valor social, o advogado público consultor deve e pode “criar”, absorvendo, na sua análise, os valores da política ou do ato administrativo que se deseja implementar.

O universo do advogado público é, portanto, complexo, abstraindo-se a já natural complexidade resultante da submissão a um regime jurídico duplo, que lhe impõe responsabilidade à classe dos advogados e também ao Estado.

Deve-se comprometer com a viabilização de políticas públicas, o que o leva a, inevitavelmente, auxiliar no controle interno de legalidade, revelando sua responsabilidade social.

Imiscui-se com atos de império, a exemplo da tributação e exercício do poder de polícia.

É manifesta, portanto, a necessidade de garantias para o exercício de tais atividades.

A Constituição lhe atribui, como aos outros advogados, a inviolabilidade profissional.

II.- A INVIOLABILIDADE PROFISSIONAL.

O art. 133 da Constituição estabelece que o advogado é inviolável, por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

A inviolabilidade é relativa. Há limitação de natureza objetiva, explícita no texto constitucional, que é a contenção da garantia aos atos e manifestações ligados ao exercício profissional.

Mas há tópico pouco explorado desta evidente relatividade: além do limite por ela mesmo estabelecido, a Constituição se refere a outro, que decorre de "lei".

A "lei" não pode ser outra, senão aquela relativa à atividade profissional da advocacia, ou a Lei 8906/94 (o "Estatuto"), à qual cabe não somente definir os limites da inviolabilidade, mas, principalmente, qualificá-la e especificá-la, de modo a propiciar sua aplicação.

Da inviolabilidade constitucional, o Estatuto extraiu os "Direitos do Advogado", previstos nos seus artigos 6º e 7º, dos quais é possível extrair um importante sub-princípio, o da *independência técnica*.

O exercício legítimo da advocacia exige a independência profissional; é preceito universal (ao menos no Estado de Direito). O Código de Conduta dos Advogados Europeus, adotado pelo "CCBE – Conseil des Barreaux Européens – Council of Bars and Law Societies of Europe" enfatizou a independência como princípio geral da atividade, na "Declaração de Perugia":

2.1. "O exercício das atividades de advocacia exige a absoluta independência do advogado, livre de qualquer influência, especialmente aquelas decorrentes de seus próprios interesses ou pressões externas. Tal independência é tão necessária à lisura de um processo judicial, quanto a imparcialidade de um juiz. Esta independência é necessária na advocacia contenciosa e também na não contenciosa. Pareceres fornecidos pelos advogados aos clientes não serão válidos, se o advogado os tiver fornecido apenas para agradá-lo, para servir aos seus interesses pessoais ou em decorrência de pressão externa."

A inviolabilidade e a independência técnica são garantias ao exercício da advocacia, que devem ser necessariamente levadas em consideração, na configuração de sua responsabilidade.

O advogado público, como já afirmado, subordina-se a duplo regime jurídico: aquele da regência de sua própria carreira e o da Lei 8906/94.

A sobreposição é possível fonte de antinomias.

Neste caso, observado o princípio da especialidade, devem prevalecer as normas gerais da atividade dos advogados, previstas no Estatuto da Advocacia, que defluem da indispensabilidade e da inviolabilidade constitucional. No que concerne às questões funcionais típicas da natureza do vínculo funcional – carga horária, local dos serviços, critérios de promoção, vencimentos etc. – devem prevalecer as normas próprias da carreira.

De maneira tão ou mais intensa que a média dos advogados da área privada, os advogados públicos lidam diuturnamente com a contradição, a dialética, conflitos, embates políticos e emoções humanas.

A inviolabilidade e a independência técnica também são preceitos de garantia da atividade dos advogados públicos, e devem conduzir a sistematização da sua responsabilidade.

III.- RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO.

O tema tem sido abordado, pela doutrina, sob o singular enfoque da atividade consultiva, ou pelos pareceres proferidos por advogados públicos em processos administrativos.²

Parte-se da natureza jurídica dos pareceres e suas diferentes espécies para a definição da correspondente responsabilidade do advogado público.

Segundo a visão tradicional, pareceres não são considerados atos administrativos, por não traduzirem a vontade administrativa; são atos de conhecimento, de juízo, têm caráter meramente opinativo.

A rigor, atos opinativos não poderiam gerar responsabilidade.

Quando observados, contudo, sob o ângulo de seus efeitos ou influência, podem ser assim classificados, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello: "(i) facultativos, quando a autoridade não é obrigada a solicitá-los, fazendo-o para melhor se ilustrar, sem que a tanto esteja obrigada; (ii) obrigatórios, quando sua ouvida é imposta como impostergável, embora não seja obrigatório seguir-lhes a orientação; e (iii) vinculantes, quando a autoridade não pode deixar de atender às conclusões neles apontadas".³

² Por exemplo, "O Advogado Público na Função Consultiva, os Pareceres Jurídicos e a Responsabilidade deles Decorrente", de Gustavo Henrique Pinheiro de Amorim, publicado em "Leituras Complementares de Direito Administrativo / Advocacia Pública", Editora Podium, 2008, p. 239, com menção a vários artigos com o mesmo enfoque."

³ "Curso de Direito Administrativo", Malheiros, 22ª Edição, p. 138.

Os pareceres vinculantes passam a integrar o próprio ato administrativo, dada a sua indispensabilidade, gerariam a responsabilidade do advogado público; o destino do ato, no que toca à sua legalidade, passaria a ser o destino do parecer (e do parecerista), em virtude da acessoriedade.

Pareceres facultativos e obrigatórios, mas não vinculantes, não seriam hábeis para gerar a responsabilidade do advogado público.

O Supremo Tribunal Federal proferiu recentes decisões sobre o tema, nas quais a classificação dos pareceres jurídicos, sob o enfoque de seus efeitos, teve notável consequência.

O acórdão proferido no Mandado de Segurança n.º 24.584-1 é de riqueza ímpar, dada a qualidade dos debates travados. Procuradores Federais impetraram *writ* contra ato do Tribunal de Contas da União, que determinou a apuração de sua responsabilidade por manifestações jurídicas proferidas em processo administrativo relativo a convênio celebrado entre o INSS e o Centro Educacional de Tecnologia da Administração.⁴

Com votos vencidos dos Ministros Eros Grau, Ellen Gracie e Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a responsabilidade dos advogados públicos pode ser apurada pelo Tribunal de Contas.

O Supremo não julgou a natureza, ou mesmo existência da responsabilidade, no caso concreto. O acórdão delimitou os limites da inviolabilidade profissional, incapaz de evitar que a *apuração* da mesma responsabilidade se realizasse. São ricos os debates relativos à maneira pela qual a responsabilidade do advogado público deve ser abstratamente concebida.

Opuseram-se os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

Entendeu o Ministro por último referido que a *apuração* deveria prosseguir, para delimitação da natureza do parecer proferido e, em função da mesma, definir-se a responsabilidade. Calcado na doutrina de René Chapuis, defendeu que, em pareceres vinculantes, há partilha do poder decisório, apta a ensejar a repartição de responsabilidades:

⁴ADVOGADO PÚBLICO / RESPONSABILIDADE / ARTIGO 36 DA LEI 8666/93 / TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO / ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 36 da Lei 8666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.

“Por fim, quando a lei estabelece a obrigação de ‘decidir à luz do parecer vinculante ou conforme’, o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

A doutrina brasileira, embora tradicionalmente influenciada pela doutrina francesa nesta matéria, não desce a essa sofisticação de detalhes, preferindo manter-se fiel à noção de que o parecer jurídico relevante tem sempre caráter opinativo. O que é relevante nesta classificação é que, no caso do parecer vinculante, há efetiva partilha do poder decisório. Nessa via é que esse mesmo autor aponta como maculado, por vício de competência, o ato administrativo expedido sem observância do ‘avis conforme’, nos casos em que a lei o exige.

Isto porque nesses casos em que o parecer favorável de órgão consultivo é, por força de lei, pressuposto de perfeição do ato, reafirmo, há efetiva ‘partilha do poder de decisão’.

Com base em tal raciocínio, lançou as seguintes premissas:

“A) No silêncio da lei, o exercício de função consultiva técnico-jurídica meramente opinativa não gera, em princípio, responsabilidade do parecerista. B) Nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim o parecerista responde conjuntamente com o administrador, pois é também administrador nesse caso.”

O Ministro Joaquim Barbosa relatou outro acórdão, proferido no Mandado de Segurança n.º 24.631-DF, no qual confirmou sua posição: deferiu a segurança, para excluir da investigação promovida em auditoria do TCU o impetrante, procurador do DNER, porque o parecer por ele proferido não possuía caráter vinculante.⁵

O Ministro Gilmar Mendes fugiu de considerações abstratas e preferiu ater-se ao caso concreto. Despreendendo-se da retórica, entendeu

5 Extratos da ementa: “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”. “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 tanto 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.”

que os impetrantes não poderiam responder pela execução imperfeita de convênios, ou falta de prestação de contas, que nenhuma ligação tem com pareceres relativos tão somente à formalização do ato. Uma vez inócua *a priori* a apuração de responsabilidade, seu voto rezou da exclusão dos impetrantes daquele processo administrativo.

Há trecho aparentemente secundário do raciocínio argumentativo, capaz de revelar que o voto do Ministro Mendes originou-se de enfoque distinto daquele proposto pelo Ministro Joaquim Barbosa: “Não considero que o advogado público esteja isento de responsabilidade, especialmente em matéria de licitação. Ela há, porém, de ser pertinente à própria atividade de consultoria jurídica” (destaque ora inserido). Ou seja, o Ministro Gilmar Mendes entende relevante destacar a natureza da atividade do advogado público, e não a natureza do produto dessa mesma atividade.

Munido do visível receio de transmutar a inviolabilidade profissional em imunidade absoluta, o Tribunal denegou a segurança, o que ensejou a permanência dos Procuradores no processo administrativo, de cujo desfecho não se tem notícia.⁶

Interessante observar a presença de insidioso paradoxo: a responsabilização do advogado público pode reforçar sua independência, na medida em que reconhecida a efetividade de sua atuação, mesmo que voltada contra ele próprio; a irresponsabilidade é capaz de estimular a falta de compromisso e a irrelevância de sua função.

A observação do Ministro Ayres Brito revela que tal percepção influenciou, ainda que inconscientemente, o julgamento: “Isso implicou, parece-me, uma valorização da carreira jurídica, que tem uma contrapartida: a maior responsabilidade por parte dos titulares desses órgãos eminentemente jurídicos”.

O acórdão comentado evidenciou o novo *status* atingido pela advocacia pública, protagonizado pelo reconhecimento dos efeitos concretos de sua atuação, e o implícito dever de controle da moralidade administrativa.

⁶ Extrato de voto do Relator, Ministro Marco Aurélio: “Pesando dúvidas sobre os contratos por eles aprovados quanto à legalidade estrita, à lisura comportamental, tão reclamada quando se atua no setor público, deverão, em prol da mudança dos tempos e da segurança jurídica, defender-se. A assim não se concluir, grassará não o ato técnico e responsável, mas a conveniência de plantão, o oneroso fácil à ótica do administrador maior, pouca importando, nessa subserviência, os prejuízos à coisa pública.”

Dá oportunidade para importante reflexão: a limitação de pareceres jurídicos à condição de meros atos opinativos, destituídos de qualquer consequência, lhes confere certa inutilidade ou inocuidade, que se transporta aos próprios advogados públicos. A admissão de que pareceres são “voluptuários”, mero enfeite no universo dos atos administrativos, pode gerar o corolário da irresponsabilidade de quem os profere, mas, por sua feita, gera nocivo desestímulo ao aperfeiçoamento técnico e profissional.

A responsabilização do advogado público pelo parecer por ele proferido indica a relevância do produto de sua atividade e de seu conhecimento, e se presta de estímulo ao desenvolvimento profissional, à cautela no trato da coisa pública, além de, como referido, reforçar a obrigação de controle interno da moralidade e da legalidade. Ao contrário de indicar *capitais deminutio* do profissional, revela, na verdade, a consolidação da advocacia pública e possibilita melhor apreensão da natureza de suas funções e dos benefícios sociais que dela decorrem.

É imprescindível, porém, indicar os parâmetros jurídicos desta responsabilidade.

A definição da responsabilidade do advogado público consultor, a partir da natureza predeterminada do parecer por ele proferido, além de limitada pelo enfoque excessivamente estreito, pode gerar incongruências.

Exemplo: um parecer, mesmo não obrigatório e não vinculante, pode ter incentivado a prática de um ato administrativo irregular (com abuso ou desvio de poder) e causado prejuízo a terceiros. O Estado poderá ser civilmente processado, como também o agente que, tendo agido com plena confiança no parecer jurídico, e tão somente nele, tiver praticado o ato irregular. E o advogado público? Será isento de responsabilidade, *a priori*, simplesmente porque o parecer era facultativo?

Soa inadequada a irreflexiva definição de sua responsabilidade, em decorrência da singela verificação da natureza do parecer.

É importante notar que, pese a os preconceitos com a plena inserção do parecer entre os atos administrativos típicos, é impossível negar-lhe a produção de efeitos concretos.

Ato jurídico e ato administrativo são conceitos paralelos, de origem comum.

Pietro Perlingieri define o fato jurídico como aquele “que seja idôneo, segundo o ordenamento, a ter relevância jurídica” ⁷, ou “... não somente aquele produtor de conseqüências jurídicas que podem ser bem individuadas, mas qualquer fato, enquanto expressão positiva ou negativa (fato ilícito) de valores ou de princípios presentes no ordenamento”.

Transportado o raciocínio para o Direito Administrativo, nota-se que um “parecer” terá, ou poderá ter, “relevância jurídica”, embora dele não decorram, necessariamente, efeitos materiais concretos.

O que deve ser verificado é a **relação causal** entre o parecer e o ato administrativo executório.

Mesmo um parecer classificado de antemão como facultativo, quando adotado pelo administrador, passa a integrar a motivação do ato; pode indicar a direção técnica a ser seguida, confirmar e incentivar a escolha administrativa.

Causa estranheza, aliás, observar que apenas o parecer que permite a prática do ato administrativo executório, tem suscitado preocupações sobre a responsabilidade do advogado público. Tal enfoque padece daquele defeito original, ou a avaliação da natureza da responsabilidade tão somente pela natureza do produto da atividade.

Um parecer pode não recomendar, ou recomendar limitações ao ato administrativo. Suponha-se que o advogado público tenha proferido parecer com o deliberado intuito de obstar a prática do ato, munido de interesse pessoal (político, ideológico) ou sob influência de algum interesse econômico concorrente. A atuação profissional viciada terá se consumado, da mesma maneira, sem que o administrador tenha praticado atos executórios. Ao contrário, não os terá praticado, em virtude da confiança depositada no parecer jurídico. Por exemplo, poderá, inadvertidamente, evitar uma intervenção administrativa legítima, calcada no poder de polícia, incorrendo em proibição por defeito.

A responsabilidade do advogado público não deve ser concebida em função do produto de sua atividade, mas em razão da própria atividade, de maneira semelhante à responsabilidade profissional geral de advogados.

⁷ Perlis do Direito Civil, Renovar, 3ª Edição, 2007, p. 89/90.

A inviolabilidade e a independência profissional são, sob tal enfoque, parâmetros da responsabilização do advogado público; devem atuar como "cláusulas gerais" de forma semelhante àqueles limites que, no art. 187 do Código Civil, divisam a licitude do exercício regular de direito da ilicitude do abuso⁸.

Oportuna a adoção da técnica hermenêutica propiciada pela abertura conceitual da norma, de inegável inspiração tridimensionalista, devendo-se buscar o preenchimento do sentido nos valores e peculiaridades inerentes à advocacia pública e ao Direito Público.

Um advogado público poderá ou não ser responsabilizado pelos danos suportados pela Administração ou terceiros, ou pela prática de ato de improbidade, abstraído-se, nesta análise, a natureza do parecer proferido.

Não se defende a ampliação das hipóteses de responsabilização, mas a sua delimitação em parâmetros jurídicos pertinentes. A fixação da responsabilidade em função da natureza do parecer é que se mostra nociva, quase irreflexiva, ao envolver o advogado público como necessário co-autor de um ilícito administrativo, sem observar a imunidade profissional e outros elementos da atividade. Sob tal enfoque, uma decisão de Tribunal de Contas, que considere irregular um procedimento licitatório ensejará fatalmente a responsabilidade do advogado público que tiver proferido parecer jurídico obrigatório, mesmo que tenha havido mera divergência interpretativa.

O advogado, sob tal enfoque, é simples "acessório" processual, cujo destino seguirá a sorte do ato administrativo ou do agente público, numa esdrúxula aplicação do "Princípio da Gravitação".

Ou seja, responsabilidade sem clara definição do nexa causal, surpreendente e estranha num ambiente jurisprudencial que reluta até na adoção do princípio da Equivalência das Condições, e que costuma rejeitar que uma ação remota, de efeitos mediatos e que concorra com ações paralelas ou supervenientes, possa gerar a responsabilidade de alguém.

⁸ Art. 187 do Código Civil: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Nunca é demais recordar que os artigos 403 e 927 do Código Civil levam à convicção de que por aqui se adotou o princípio da Causalidade Adequada, o que a jurisprudência confirma.⁹

Outra questão a afligir advogados públicos resulta da deliberada vocação em puni-los com a *capitis diminutio* de uma posição necessariamente inferior em conflitos jurídicos exegéticos.

São pródigos os exemplos da hermenêutica realizada nas auditorias de Tribunais de Contas ou pelos Promotores, em inquéritos civis ou de apuração de improbidade administrativa, que sobrepujam interpretações jurídicas diversas de advogados públicos, simplesmente porque seus opositores são munidos de competência privilegiada. Ou seja, o “duelo interpretativo” é sempre vencido, naqueles procedimentos, por quem detém o poder da palavra final.

Em tais casos, a responsabilização do advogado público será arquétipo da violação da inviolabilidade profissional. É exatamente nesse momento do devido processo legal, do embate jurídico de idéias, dos conflitos argumentativos, que a inviolabilidade deve atuar em sua plenitude, de modo a proteger o advogado público das sanções decorrentes de interpretações “melhores” que a sua.

É evidente a tentação do advogado público, ao ser pressionado e acuado, de aceitar teses destinadas a propiciar a fuga imediata, entre elas a da insignificância, a da produção de simples atos de conhecimento, a inocuidade, ineficácia etc.

A advocacia pública, em virtude de seu compromisso social e da relevância de suas funções, deve se defender por meio de suas prerrogativas legais. O exercício de tal direito de defesa é uma virtual obrigação profissional.

Se não o fizer, corre-se o risco de supressão do direito pelo desuso¹⁰, além de má-formação dialética da jurisprudência relativa ao tema.

9 1.- Recurso Extraordinário 130764, j. 12.05.92, Relator Ministro Moreira Alves: “o dano decorrente de um assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da dila, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão.”

2.- Recurso Especial 325822-RJ, j. 28.10.98, Ministro Convocado Carlos Fernando Mathias: “... vigora, no direito brasileiro, o princípio da causalidade adequada, também denominado de dano direto e imediato... ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa e somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso.”

10 Citebre o voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar no Recurso Especial n.º 214.680-SP (j. 10.08.1999), num conflito de Direito Privado, mas com princípios que se subsumem à abolição de uma prerrogativa: “A supressão tem sido considerada com predominância como uma hipótese de exercício inadmissível do direito (Menezes Cordeiro, Da teoria do Direito Civil, II.810) e pode bem ter aplicado neste caso, pois houve o prolongado comportamento dos titulares, como se não tivessem o direito ou não mais quisessem exercê-lo.”

IV.- OUTRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO.

A responsabilidade civil dos advogados é subjetiva (art. 32 da Lei 8.906/94). Uma vez que os advogados públicos exercem atividade de advocacia, subordinando-se às normas gerais do Estatuto, é de se concluir que a norma a eles também se aplica.

Interpretação restritiva concluiria que a responsabilidade subjetiva prevista no Estatuto se refere apenas aos profissionais liberais, e não aos advogados públicos, numa análise que evoca inserção contextual em preceitos genéricos, decorrentes do artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.¹¹

Armada, então, a controvérsia: a responsabilidade subjetiva do profissional da advocacia, destacada como exceção num regime jurídico em que prepondera a responsabilidade objetiva (risco naturalmente criado pela atividade – art. 927, § único, *in fine* do Código Civil), decorre das características econômicas liberais – autonomia, inexistência de subordinação – ou da formação técnica superior exigida de tais profissionais?

As características econômicas da atividade liberal, ontologicamente próximas daquelas que marcam a atividade empresarial, não devem ser o norte da distinção.

A responsabilidade de empresas e empresários individuais é objetiva (art. 931 do Código Civil). Quem “exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores”, não é empresário, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa (art. 966, parágrafo único, do Código Civil).

Logo, consideradas tais premissas, a responsabilidade objetiva é inerente à atividade empresarial, mas não deve ser aplicada à atividade não empresarial. O que distingue o empresário do não empresário é a natureza técnica (intelectual, científica) dessa mesma atividade, e não seu caráter econômico-liberal. Ou seja, a exceção à regra da responsabilização objetiva das atividades geradoras de risco deve decorrer da natural falibilidade das atividades exercidas individualmente por profissionais de formação técnica superior (leia-se intelectual, científica).

¹¹ Art. 14, § 4º, do CDC: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa.”

A Ley de Defensa Del Consumidor Argentina - Ley 24.420/93 - define as profissões liberais como aquelas que "requerem para seu exercício título universitário"¹²; fornece inspiração mais precisa, ou mais completa, se comparada à lacônica congênere brasileira, acima referida como duvidoso paradigma exegético.

Entre advogados públicos e advogados liberais há, em comum, a formação técnica superior, de modo que a responsabilidade de um e de outro só pode ser a subjetiva, aquela que exige como pressuposto de sua constituição a presença de elemento volitivo (dolo ou culpa).

A avaliação dessa mesma culpa deve encontrar parâmetro em obrigação de meio, e não de resultado; mas, compreenda-se, uma operação de meio voltada ao resultado.

Nenhuma utilidade possui uma magnífica peça de suspensão de uma decisão liminar ou antecipatória do mérito, permeada de citações doutrinárias, resultado de dias de intensa atividade e pesquisa, se ausentes os seus pressupostos de cabimento (grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, segundo o art. 4º da Lei 8437/92). Neste caso, o "meio" não terá se prestado adequadamente ao "fim"; a opção correta teria sido o agravo de instrumento.

Em tais casos - escolha equivocada da opção processual, ou a perda de um prazo, sem oportunidade de reversão - têm aflorado debates a respeito da responsabilidade do advogado pela "perda de uma chance".

Embora vetusta no direito comparado, a responsabilidade civil pela perda de chance ainda não se sedimentou no direito pátrio, no qual deverá ter criação jurisprudencial, à mingua de previsão legal expressa.

Mantendo o exemplo dado, o advogado público optou pela suspensão de segurança e perdeu a única oportunidade de obter um resultado propício, concedida pelo agravo de instrumento, e provocou o trânsito em julgado de decisão desfavorável. O resultado do recurso seria eventual, de modo que não pode ser atribuída ao advogado a perda do

¹² Art. 2º: "No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieren para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento."

direito postulado na ação. O nexo causal, adotado o princípio da causalidade adequada, não se estabeleceria. Mas a perda da oportunidade recursal é real, e algum dano dela decorreu.

A jurisprudência tem superado o natural desconforto do dilema constituído entre a imposição de um ressarcimento material virtual, de causa improvável, e a rejeição sistemática ao ressarcimento de lesão de um direito (a perda da chance). Pragmática, adotou o ressarcimento moral como sucedâneo (exemplos, apelações 875.850-0/5, 875005-7, 729.632-5/8-00 e 1.194.874-0/9, todas do Tribunal de Justiça de São Paulo), desde que provável a obtenção do resultado almejado, cuja chance se esvaiu em virtude do vício profissional.

É criticável a opção; afinal, ou a perda de chance gera dano material cuja probabilidade de ocorrência é elevada, ou não gera, hipótese na qual também seria indevida a reparação moral.

Para Rafael Peteffi, autor de louvável monografia¹³, "... acredita-se que a reparação pelo dano moral foi, mais uma vez, um subterfúgio para escapar das grandes dificuldades técnicas que a quantificação do dano patrimonial poderia acarretar".

Poderia o Estado, na qualidade de prejudicado naquele exemplo referido, valer-se da jurisprudência e pleitear danos morais do advogado público que perdeu a oportunidade recursal?

Para argumentar, parte-se da suposição de que o agravo de instrumento teria, quase certamente, gerado a suspensão e revogação da incômoda liminar, em virtude de precedentes seguros, súmula jurisprudencial etc.

Uma pessoa jurídica pode sofrer dano moral, segundo a Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça; a ela devem ser aplicados, no que foram cabíveis, os direitos da personalidade (art. 52 do Código Civil).

Mas o dano moral de uma pessoa jurídica, ente tecnicamente criado, difere essencialmente da "dor moral" de uma pessoa natural, como acentuou o Ministro Ruy Rosado Aguiar, ao citar o Ministro Barros Monteiro em seu voto, na qualidade de Relator do Recurso Especial n.º 129428-RJ, um dos arestos que deu origem à Súmula 227:

¹³ "Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance", Atlas, 2007, p. 199.

"Quando se trata de pessoa jurídica, o tema da ofensa à honra propõe uma distinção inicial: a honra subjetiva inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida como atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, auto-estima etc., causadores de dor, humilhação, vexame: a honra objetiva, externa ao sujeito, que consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa. Por isso se diz ser a injúria um ataque à honra subjetiva, à dignidade da pessoa, enquanto que a difamação é ofensa à reputação que o ofendido goza no âmbito social onde vive. A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua."

As pessoas jurídicas de direito público possuem "honra objetiva" calcada em valores um tanto quanto diversos, alheios a atividades econômicas e à reputação comercial exigida para exercê-las. Não precisam do "crédito na praça" para cumprir suas funções.

Além do que, a alternatividade no Poder Executivo confere às pessoas jurídicas de direito público características mutáveis, de acordo com práticas políticas e éticas. Em alguns casos há contaminação subjetiva, transferindo-se ao Município, ao Estado e até mesmo à União os traços de caráter do Chefe do Executivo ou a ideologia de seu partido.

Em caso interessante, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o Município de Sobral, Estado do Ceará, alegou dano moral em virtude de abalo ao crédito. O INSS bloqueou verbas do Fundo de Participação dos Municípios, à que Sobral teria direito, em virtude de dívida previdenciária supostamente inadimplida. Provou o Município, pela singela apresentação das guias de recolhimento, que havia realizado o pagamento aquela contribuição. Entendeu-se ofendido e ajuizou a ação, que culminou em improcedência, como se pode verificar:

"Para a configuração do dano moral da pessoa jurídica de direito público exige-se que o ato causador do dano acarrete um mínimo de repercussão no meio social em que ela atua, abale a reputação ou acarrete a diminuição da posição jurídica que o ente público desfrute perante o meio social" (Apelação Cível n.º 345.710, Relator Desembargador Edilson Nobre).

Há caso, porventura não registrado, que o Autor julga importante resgatar de sua memória, e que poderia ter resultado em veredicto diverso. Em meados da década de 1990 – entre 1994 e 1995 – uma equipe de automobilismo já extinta – a “Benetton Racing”, de Fórmula 1 – editava boletins em cada cidade na qual eram realizados grandes prêmios. O boletim relativo a São Paulo era altamente ofensivo; entre alguns trechos de maior expressividade, constava que a “cidade tinha odor de urina”, havia menção à sua feiúra e à de seus cidadãos, exceto algumas mulheres, à confusão do trânsito de veículos, poluição, sujeira e outros.

As reações foram tão negativas que o Departamento Judicial da Procuradoria Geral do Município foi instado a estudar o ajuizamento de uma demanda indenizatória; o estudo foi redigido, tendo-se concluído pela ocorrência de efetiva lesão à “honra objetiva” da cidade.

Além de seus cidadãos, a própria “cidade” havia sido ofendida; na ocasião, Rio de Janeiro e São Paulo disputavam o privilégio de realizar o evento desportivo, e a diminuição do *status* urbanístico e turístico poderia angariar valiosos pontos à primeira.

Havia lesão de caráter difuso, decerto, eis que atingia vítimas indeterminadas, mas também à pessoa jurídica de direito público, que teve seu nome imagem arranhados.

Relações públicas de ambos os contendores foram a campo e evitaram o ajuizamento de demanda, que talvez tivesse primado pelo ineditismo.

Voltando ao tema, a perda de uma chance processual não é normalmente hábil para gerar lesões à “honra objetiva” da pessoa jurídica de direito público. Salvo em situações extremas, a frustração na obtenção de resultado processual favorável é incapaz expor negativamente a imagem do Estado.

Também há que se considerar que o Estado não é um litigante comum. O exercício do poder de polícia, a prática de atos de império são geradores de permanentes conflitos de interesses e de lides, das quais brotam elevadíssimo número de processos, envolvendo as mais variadas matérias. Acidentes processuais e vícios profissionais, nesse universo de litigiosidade massificada, são inevitáveis e incapazes de gerar algum ônus especial, que possa afetar a imagem do Estado de maneira particularmente destacada da existência dos próprios conflitos.

Não se deseja defender a irresponsabilidade do advogado público negligente, mas revelar as flagrantes dificuldades de adaptação e aplicação de soluções, mesmo as inovadoras, do Direito Privado.

A essa altura, é inevitável concluir que a melhor solução reside na prevenção. Condições de trabalho razoáveis, equipamentos modernos, informatização, procuradores, servidores administrativos e estagiários em número suficiente ou, dada a triste constatação de que limitações orçamentárias às vezes não contemplam tais condições, até o mais acerbo crítico dos "privilégios processuais" haverá de concordar que o recurso voluntário e outras vantagens se fazem de "seguro processual" da Sociedade.

Enfim, que algumas supostas vantagens do Estado no processo têm função social e distributiva, ou, emprestando a lição de Anderson Schreiber¹⁴, em livre adaptação, "Longe de representar uma novidade social, a solidarização da reparação dos danos já se opera por meio de instrumentos indiretos. De um lado, o próprio legislador tem priorizado a expansão das hipóteses de responsabilidade solidária e das técnicas de prevenção e precaução de danos que, em última análise, distribuem por toda a sociedade ou, ao menos, pela coletividade de agentes potencialmente lesivos os custos da administração dos riscos".

V- RESPONSABILIDADE DISCIPLINAR DO ADVOGADO PÚBLICO. SANÇÕES DISCIPLINARES PREVISTAS NO ESTATUTO E A SIMETRIA VALORATIVA.

Segundo o Estatuto da Ordem do Brasil, os advogados podem sofrer as seguintes penas disciplinares: censura, suspensão, exclusão e multa (art. 35 da Lei 8906/94).

Diante de elementos atenuantes, a censura admite conversão em pena de menor gravidade, denominada advertência. A diferença é que a advertência não é apontada no prontuário do advogado, mas a ele comunicada por meio de ofício reservado.

A censura e a advertência podem ser suspensas e deixar de ser

14 In "Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil - Da Erosão dos Filhos da Reparação à Diluição dos Danos", Atlas, São Paulo, 2007, p. 243.

aplicadas, quando oferecida ao advogado, necessariamente primário, alternativa de frequência a curso que verse sobre ética profissional (art. 59 do Código de Ética de Disciplina).

A suspensão implica a proibição total de exercício profissional, pelo prazo mínimo de 30 dias e máximo de 12 meses, que pode ser prorrogado em algumas hipóteses (v. g., inépcia profissional até aprovação em novo exame de ordem; até pagamento, quando devidas contas ao cliente ou não pagas contribuições anuais à Ordem¹⁵).

A exclusão gera o cancelamento da inscrição e a perda da condição profissional. Somente pode ser pronunciada pelo Conselho Seccional, exigindo-se votação de dois terços de seus membros.

A multa é pena necessariamente acessória, às de censura e suspensão.

As infrações disciplinares são relacionadas no artigo 34 da lei, em vinte e nove incisos. Às condutas descritas nos incisos I a XVI e XXIV equivale a pena de censura; àquelas dos incisos XVII a XXV, a pena de suspensão; a exclusão é aplicável às infrações capituladas nos incisos XXVI a XXVII. Caberá suspensão, também, quando houver reincidência específica em conduta apenada com censura, e exclusão, quando aplicadas três penas de suspensão, ainda que por diferentes fundamentos.

Não se aplica o princípio da tipicidade estrita; o advogado também poderá ser punido pela violação a preceito ético (art. 36, II, da Lei 8906/94).

A gradação das condutas apenadas parece ser completamente aleatória.

Não parece razoável, de fato, que “prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio” (art. 34, inciso IX) submeta o advogado à pena de censura, e a “retenção abusiva de autos processuais recebidos com vista” (art. 34, XXII), possa gerar a suspensão da atividade profissional.

Leitura mais atenta, porém, permite divisar interessante metodologia de distribuição valorativa das punições.

É possível segmentá-las, e às respectivas infrações, da seguinte forma:

¹⁵ Art. 37 e parágrafos da Lei 8906/94.

a.- Quando os efeitos da infração se restringirem à relação do advogado com seu cliente, ou à atividade da advocacia, em sentido estrito, a pena é de censura.

Por exemplo: exercício irregular da profissão, manutenção de sociedade irregular, captação de causas, abandono de causas, recusa injustificada à prestação de assistência judiciária etc.

b.- Se os efeitos da conduta forem capazes de lesar a Justiça (como valor e Instituição) e interesses sociais e coletivos, ou configurarem delitos criminais, extravasando os limites do universo profissional e suas necessárias relações, a pena é de suspensão.

Exemplos: aplicação ilícita de recursos, prática de erros profissionais reiterados, manutenção de conduta incompatível com a advocacia, retenção de autos processuais etc.

c.- A pena será de exclusão, nas hipóteses em que, se praticadas anteriormente à inscrição, a teriam impedido ou obstado.

Exemplos: falsa prova dos requisitos da inscrição; tornar-se moralmente inidôneo para exercício da advocacia (a idoneidade moral é pressuposto da inscrição – art. 8º, VI, § 3º e § 4º, da Lei 8906/94)

Há um sistema lógico, que se caracteriza por refletir valores escalonados em função da inviolabilidade e da independência profissional.

Tal estratificação valorativa deve se refletir em códigos de conduta e similares, aplicáveis aos advogados públicos que, repita-se, são submetidos a duplo regime jurídico (art. 3º, § 1º, da Lei 8906/94).

Dessa forma, punições aplicadas no âmbito do regime funcional próprio, calcadas em valores dissonantes daqueles estabelecidos no Estatuto, poderão ser tidas como abusivas e ter sua eficácia questionada, no âmbito do conflito normativo. Teriam violado o princípio da proporcionalidade, considerando-se que o Estatuto da OAB é a norma definidora e limitativa da inviolabilidade, competente para traçar os paradigmas valorativos a serem necessariamente observados.

Dessa forma, se um advogado profissional liberal, que goze da atenuante da primariedade, perder um prazo em virtude de descuido profissional e prejudicar seu cliente, poderá ser punido pela OAB com a simples advertência (artigos 34, IX e 36 do Estatuto).

Se um advogado público perder um prazo, em circunstância assemelhada, poderá ser punido com a pena de demissão?

A resposta é necessariamente negativa. A ele deverá ser aplicada, no âmbito do regime funcional próprio, pena de efeitos equivalentes, calcada nos mesmos valores que ensejaram a correlação das condutas infracionais e respectivas sanções, no Estatuto dos Advogados.

Do contrário, o advogado público seria tratado com indevida *capitis diminutio*, em patente violação às suas garantias e prerrogativas profissionais.

A Associação Nacional dos Procuradores do Estado – ANAPE, levou ao Supremo Tribunal Federal arguição de inconstitucionalidade calcada em violação à isonomia entre advogados públicos e privados, que, embora sob enfoque diverso, gerou decisão cujos fundamentos reforçam o raciocínio ora desenvolvido.

Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.652-6/DF, cuja ementa é a seguir transcrita:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 10358/2001. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1.- Impugnação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, na parte em que ressalva os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB' da imposição de multa por obstrução à Justiça. Discriminação em relação aos advogados vinculados a entes estatais, que estão submetidos a regime estatutário próprio da entidade. Violação ao princípio da isonomia e ao da inviolabilidade no exercício da profissão. Interpretação adequada, para afastar o injustificado discrimen.

2.- Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para, sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil conforme a Constituição Federal e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos a outros regimes jurídicos.”

O Supremo Tribunal Federal definiu, dessa forma, que a prerrogativa profissional da inviolabilidade não deve padecer de distinção de grau ou natureza, e ampara tanto advogados públicos como privados.