

# **Advocacia Pública**

**Maria Sylvia Zanella Di Pietro**

---

*Professora Titular de Direito Administrativo da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
Advogada em São Paulo.*

## **1. Advogado público**

A expressão advogado público, utilizada em oposição ao advogado que atua como empregado do setor privado ou como profissional liberal, designa aqueles que, com vínculo de emprego estatutário, integram a Advocacia Geral da União, a Procuradoria Geral do Estado e a Procuradoria do Município (embora esta última não esteja referida na Constituição). E abrange também os advogados que representam as autarquias e fundações de direito público alcançados pelo regime jurídico único a que se refere o artigo 39 da Constituição Federal.

Ainda que a Constituição não se refira especificamente a estes últimos, no que diz respeito à sua posição frente ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, não há dúvida de que há uma identidade de situações.

De um lado, um regime estatutário que o vincula à entidade pública, prestadora do serviço público e defensora de interesses públicos indisponíveis, e, de outro lado, regime estatutário diverso, que o liga a outra entidade prestadora de serviço definido como público e com normas próprias que se impõem a todos os que exercem a atividade de advogado.

Note-se que o artigo 2º, parágrafo 1º, do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906, de 4.7.94), afirma que "no seu **ministério privado**, o advogado presta **serviço público** e exerce função social". E, pelo artigo 3º, parágrafo 1º, "exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, **além do regime próprio a que se subordinem**, 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 da administração indireta e fundacional".

Paralelamente, o advogado público, na posição institucional definida na Constituição Federal, exerce o **serviço público** de representação judicial e extrajudicial de ente público, além das atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Não há dúvida, pois, de que o advogado público exerce serviço público em dois sentidos.

Como advogado sujeito ao estatuto da OAB, ele presta serviço público, não no sentido próprio da expressão, utilizada para designar uma atividade que o Estado assume como sua, para atender a necessidades públicas sob regime jurídico total ou parcialmente público. Nesse sentido, a atividade do advogado não é serviço público, porque não constitui atividade assumida pelo Estado com o referido objetivo. Mas é serviço público porque ele é essencial à administração da justiça. Ele sempre foi essencial à administração da Justiça, ainda que somente hoje a Constituição o diga expressamente.

E, como advogado público, ele tem um **munus** a mais: além de exercer a advocacia, que já é, por si, função essencial à Justiça, ele desempenha outra função que a Constituição também inclui entre as funções essenciais à Justiça, mas aí no sentido próprio, já referido, da expressão **serviço público**. No desempenho desse duplo mister, sujeito, cada qual, a regime jurídico próprio, podem surgir, por vezes, determinados conflitos.

É interessante notar que, 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 incluindo o Ministério Público, a Advocacia Geral da União, a Advocacia, a Defensoria Pública e a Procuradoria Geral do Estado.

É importante realçar que a Constituição não colocou essas instituições dentro de um ou outro dos Poderes do Estado; colocou-as no mesmo nível daqueles, englobando-as num bloco único, quase como se constituissem um quarto Poder dentro do Título IV da Constituição, pertinente à organização dos Poderes. Isto não significa que exista um quarto Poder, mas permite inferir que as funções ali referidas são do mesmo nível de importância que as desempenhadas pelos três Poderes do Estado.

Outra observação relevante diz respeito ao fato de que, ao enquadrá-las como "**funções essenciais à Justiça**", acabou por permitir um duplo sentido à expressão "**justiça**", ambos perfeitamente aceitáveis:

a) **Justiça como instituição**, ou seja, como sinônimo de Poder Judiciário, tal como aparece nas expressões **justiça trabalhista**, **justiça eleitoral**, **justiça federal**; e realmente as carreiras apontadas como essenciais à justiça são indispensáveis ao funcionamento do Poder Judiciário, porque este, embora detenha a mais relevante e eficaz forma de controle da Administração Pública e de proteção dos direitos individuais e coletivos, não tem legitimidade para dar início às ações judiciais; ele decide sobre os conflitos que lhe são postos e nos limites postos pelo advogado, pelo Defensor Público, pelo Advogado da União, pelo Procurador do Estado ou do Município, pelo Promotor Público (quanto este atua como parte). Sem estes profissionais, a Justiça – entendida como sinônimo de Poder Judiciário – não é acionada. Ela não existe.

b) **Justiça como valor**, incluído já no preâmbulo da Constituição entre os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, e que consiste na “vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu” (**justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi**). Vale dizer que o advogado, seja público, seja privado, atua sempre em prol da Justiça, entendida como valor, mesmo quando desempenha suas funções perante o Poder Executivo.

Na medida em que os conflitos de interesses têm que ser levados ao Judiciário, necessariamente por meio de advogado, a ele cabe a tarefa de lutar pela correta aplicação do Direito, seja por parte dos particulares, seja pelos Poderes instituídos.

Seja agindo como profissional liberal (o **ministério privado** a que se refere o Estatuto da OAB), seja agindo como empregado da empresa privada, seja como advogado público, ele atua como intermediário entre a parte e o juiz.

Precisamente por ser o advogado o intermediário obrigatório entre as partes e o juiz, por ser quem fundamenta os pedidos e instrui o processo, é que sua função é considerada como **serviço público**, pelo Estatuto da OAB, e **indispensável à administração da Justiça**, pela própria Constituição.

Com as palavras de Tomás Pará Filho, “se buscarmos ver o advogado em face do Poder Judiciário, nada melhor do que repetir a lição de Calamandrei, que o vê como elemento integrante da organização judiciária, órgão intermediário entre juiz e parte. Noutras palavras, o interesse particular de obter sentença favorável e o interesse público de obter sentença justa viabilizam-se mediante essa intermediação (**A dignidade da advocacia e o Poder Público**, in Revista da Procuradoria Geral do Estado, São Paulo, vol. 9, p. 87-101).

Cabe aqui lembrar a lição de Pedro Lessa, transcrita por Tomás Pará Filho:

“A missão da Justiça é descobrir e fixar a verdade, tanto de fato, como de direito. Entregues a si mesmos, sem o auxílio dos advogados, que poderiam fazer os mais inteligentes e provecos juízes?”

Para que estes se apossassem dos múltiplos e complexos elementos que lhes facultam uma decisão verdadeira e justa, ou, quanto possível próximo da Justiça e da verdade, é mister sujeitar-se a causa diante deles a uma análise profunda, esquadrinhá-la em todos os sentidos, pôr em relevo tudo o que ela encerra, dela extrair por uma poderosa compreensão o pró e o contra, debatê-la, esmerilhá-la, vascolejá-la, minuciosamente medi-la em todas as partes, isto é, instruí-la e arrazoá-la”.

Rui Barbosa, na “Oração aos Moços”, afirmava:

“Na missão do Advogado também se desenvolve uma espécie de magistratura. As duas se entrelaçam, diversas nas funções, mas idênticas no objeto e na resultante: Justiça; com o advogado, Justiça militante. Justiça imperante. no magistrado”.

Vista a advocacia como serviço público, no sentido assinalado de atividade intermediária entre juiz e parte, na busca do valor “Justiça”, não difere em nada o papel do advogado público e do advogado privado. Ambos exercem função essencial à Justiça.

O advogado público, porém, ao agir como intermediário entre a parte e o juiz, não defende o interesse público do Estado, da coletividade. E aqui surge uma primeira dificuldade que freqüentemente o advogado público enfrenta: **o interesse público nem sempre coincide com o interesse da autoridade pública a que o advogado está subordinado.**

Já tivemos oportunidade de tratar do assunto no livro “Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988” (São Paulo: Atlas, 1991), no qual foi dedicado um capítulo ao tema do “interesse público”, com base na lição de grandes mestres.

Ali foi realçado que não se pode dizer que o interesse público seja sempre aquele próprio da Administração Pública; 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; nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (**Elementos de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 1989:11), "sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-lo – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a **intento legis**".

Precisa, a respeito do assunto, é a lição de Renato Alessi, com a sua distinção, baseada em Carnelutti, entre interesses **primários e secundários**: "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 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."

Vale dizer que, em caso de conflito, o interesse público primário deve prevalecer sobre o interesse público secundário, que diz respeito ao aparelhamento administrativo do Estado.

Ora, a Administração Pública é organizada hierarquicamente em uma relação de coordenação e **subordinação** entre os vários órgãos; o Chefe do Poder Executivo detém um poder de orientação geral em relação aos subordinados; a Advocacia Pública está integrada nessa hierarquia, sob o ponto de vista da organização administrativa. O advogado público subordina-se hierarquicamente ao Advogado Geral da União ou ao Procurador Geral dos Estados ou Municípios, que, por sua vez, ocupam cargos de livre nomeação e exoneração.

Indaga-se, pois: **qual a independência de que gozam os advogados públicos no exercício de seu mister?**

Aqui é necessário distinguir duas funções básicas: a de consultoria e a de representação judicial ou extrajudicial.

## ***2. O advogado público nas funções de consultoria e assessoramento***

Não há dúvida de que na função de consultor, o advogado público é e deve ser muito mais independente; ele tem que ter independência, no sentido de que não pode vincular-se a ninguém no que diz respeito à emissão de seus pareceres.

Isto porque, na função de consultor, o advogado público participa, de forma intensa e ativa, do **controle da Administração Pública**.

Com efeito, além do controle externo, exercido pelo Poder Judiciário e pelo Legislativo, este último com auxílio do Tribunal de Contas, a Administração Pública sujeita-se a um controle interno, administrativo, que é exercido no interesse da Administração, por autoridade e órgãos da própria Administração; dentre esses órgãos de controle inserem-se os que exercem advocacia pública.

Esse controle se exerce mediante provocação dos particulares, por meio do direito de petição, assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal, ou por via de recursos administrativos interpostos perante a autoridade superior à que proferiu o ato impugnado. Mas, independentemente de provocação pelo interessado, o controle ainda se exerce "ex officio", dentro do poder de **autotutela** de que dispõe a Administração Pública, consistente em revogar os atos inconvenientes ou inoportunos, e anular os atos ilegais. Esse poder está reconhecido pela súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.

No exercício desse controle, as autoridades socorrem-se da advocacia pública. Esta não age por iniciativa própria. Ela não tem função de auditoria, de fiscal da autoridade administrativa. Ela se limita a responder a con-

sultas que lhe são formuladas pelas autoridades, quer sobre atos que ainda vão praticar (e, nesse caso, o controle é **prévio**), quer sobre atos já praticados, sobre os quais surjam dúvidas quanto à legalidade (e, nesse caso, o controle é **posterior**).

A regra é que as autoridades administrativas, mesmo quando revelam 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. É interessante que, mesmo quando quer praticar um ato ilícito, a autoridade quer fazê-lo com base em parecer dado pelo órgão jurídico; para esse fim, ela pede, pressiona, exige um parecer que lhe convenha. Ela quer, na realidade, dar uma aparência de legalidade a um ato ilegal; e, para esse fim, quer refugiar-se atrás de um parecer jurídico. Na hora da responsabilidade, poderá proteger-se com a escusa de que agiu com base em parecer do órgão jurídico. O advogado público que cede a esse tipo de pressão amesquinha a instituição e corre o risco de responder administrativamente por seu ato.

O advogado público que exerce uma função de consultoria deve ter presente vários pontos incontroversos:

a) O seu papel é muito diferente do advogado público que representa o Estado em juízo. Este assume a posição de **parte**. Daí a sua posição ser **parcial**. 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.

b) A atividade de consultoria está fora da hierarquia administrativa. Com efeito, sabe-se que duas idéias são básicas na organização administrativa: uma delas é a de distribuição de competências; e o próprio direito positivo prevê quais os órgãos que compõem a Administração Pública e faz uma distribuição de competências entre esses órgãos todos. Mas não basta essa previsão legal de competências; sabe-se que na Administração Pública toda competência está prevista em lei. Além da idéia de distribuição de competências, há necessidade de estabelecer-se uma relação de coordenação e de subordinação entre os vários órgãos administrativos, a fim de se assegurar



rar uniformidade de orientação, unidade de direção. Esta segunda idéia corresponde àquilo que se chama de **princípio da hierarquia**. Toda a Administração Pública é organizada hierarquicamente de tal maneira que os órgãos inferiores ficam subordinados aos superiores, até chegar, num escalonamento, ao Chefe do Poder Executivo. O Chefe do Poder Executivo expede as suas orientações, instruções, normas para os subordinados e os órgãos subordinados, por sua vez, preparam, fornecem os elementos para que os órgãos superiores tomem as suas decisões.

A distribuição de competências pode ser feita de maneira diferenciada: alguns órgãos recebem maior rol de competências; às vezes, a competência é distribuída entre vários órgãos de maneira concorrente, outras vezes é distribuída com exclusividade. Quanto maior for o grau de concorrência de competências, maior a possibilidade de controle dos órgãos superiores sobre os órgãos subordinados, porque eles têm competências dentro da mesma matéria; nesses casos, o órgão superior sempre tem a possibilidade de controle dos órgãos inferiores.

Sendo competência absolutamente exclusiva, isto afasta qualquer possibilidade de controle e o órgão fica praticamente fora da hierarquia da Administração Pública, no que diz respeito à sua função.

Dentre os órgãos em que isto ocorre estão precisamente os **consultivos**. Ainda que eles funcionem junto a um Ministério ou a uma Secretaria de Estado ou do Município, eles estão fora da hierarquia, não recebem ordens, instruções, para emitir o parecer neste ou naquele sentido. Quem emite um parecer, tem absoluta liberdade de apreciar a lei e de dar a sua interpretação. Isto é inerente à própria função, mais do que ao órgão; ou ele é independente, ou não precisa existir.

c) O parecer proferido pelo consultor, quando acolhido pela autoridade administrativa, integra o ato praticado por esta última, por corresponder à **motivação**, requisito concernente à formalidade, hoje considerado essencial à própria validade do ato administrativo. De modo que, se o ato for considerado ilegal por vício quanto à motivação, o advogado é tão responsável quanto a autoridade que decidiu.

É evidente que existe sempre a possibilidade de divergências de interpretação; o simples fato de o advogado proferir um parecer cuja inter-

pretação seja afastada pelo Poder Judiciário ou mesmo pelo Tribunal de Contas não é suficiente para acarretar a sua responsabilidade; mas isto poderá ocorrer, em caso de erros grosseiros, culpa grave ou dolo.

Por tudo isto, é essencial que o corpo de advogados públicos, em especial na área de consultoria, seja protegido pelo instituto da estabilidade.

Os problemas maiores da advocacia pública consultiva são:

a) a sua dispersão por vários órgãos, o que tira, muitas vezes, a uniformidade de interpretação; haveria necessidade de o Procurador Geral fixar o entendimento das matérias já pacificadas, de modo que, a partir de então, os órgãos consultivos se limitassem a aplicar a orientação adotada pela Procuradoria Geral em caráter normativo;

b) o caráter em regra opinativo de suas manifestações, afastadas com muita facilidade pelos órgãos consulentes: perde-se de vista a idéia de que a interpretação da lei é atividade complexa que incumbe ao profissional da área jurídica; o próprio artigo 1º do Estatuto da OAB inclui entre as atividades privativas de advogado as de consultoria, assessoria e direção jurídicas. Se o órgão de cúpula da Advocacia Pública consultiva proferiu o parecer, dando a sua interpretação da lei, esta só poderia ser afastada por outro profissional da área jurídica. Isto porque, se o assunto envolve apenas aspectos jurídicos, não se pode aceitar que sobre o mesmo acabe por prevalecer a decisão política, que envolve grande dose de discricionariedade, porém sempre dentro dos limites fixados pela lei. A discricionariedade não existe quando o trabalho de interpretação aponta a única solução possível perante o Direito; o ideal seria que a lei estabelecesse, com certa dose de precisão, os casos em que a manifestação do órgão jurídico é obrigatória, o que só acontece em determinadas hipóteses;

c) o advogado público da área consultiva é sempre visto como um profissional que "atrapalha", porque é a ele que incumbe dizer à autoridade aquilo que a lei permite e o que a lei não permite fazer; daí, mais uma vez, a idéia de que é indispensável a garantia da estabilidade para os profissionais da área; os cargos em comissão, comuns nas funções de assessoria, constituem, muitas vezes, um convite às falsas interpretações, colocando em risco a dignidade da instituição, por ofensa aos princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Na obra, já citada, **Discricionariedade adminis-**

**trativa na Constituição de 1928**, p. 112-114, tivemos oportunidade de apontar a importância da aplicação do princípio da moralidade administrativa na interpretação das normas jurídicas. Ali foi realçado que “o uso dos métodos mais desvinculados da letra da lei, se idealizados com o propósito de buscar a melhor interpretação, pode, no entanto, levar a resultados funestos, quando o intérprete usa de seus conhecimentos para dar à lei uma significação que ela na realidade não possui, desrespeitando, freqüentemente, aqueles mesmos valores que deveria proteger. Nesses casos, a interpretação é utilizada como instrumento ou como artifício para escapar ao comando da lei. Este tipo de comportamento amesquinha o trabalho de interpretação, por ofensa aos preceitos éticos da Administração Pública, que lhe atribuem o papel de defesa e garantia da legalidade, da moralidade administrativa e do interesse público. A tal ponto chega essa forma de interpretação que pode levar e realmente leva ao aparecimento de um sistema jurídico paralelo àquele oficialmente estabelecido. Agustín A. Gordillo, em sua obra sobre a “administração paralela” (*La administración paralela*, Buenos Aires, Editorial Civitas S.A., 1982, p. 60-61), realça a existência de uma Constituição formal e, ao lado desta, de uma Constituição real, que equivale a um sistema paraconstitucional; a primeira é a efetivamente promulgada pelo poder constituinte e, a segunda, aquela que, na realidade, se aplica. O mesmo se pode dizer de inúmeras leis ordinárias que, por força de interpretação, acabam tendo significado completamente diverso daquele que seria o ideal”.

Está certo que o consultor ou assessor jurídico não se limite a levantar óbices jurídicos àquilo que a autoridade quer fazer; ele deve apontar alternativas ou opções; mas, o que não pode fazer é falsear a interpretação para atender a pressões dos superiores hierárquicos.

### ***3. O advogado público na função contenciosa***

No caso do advogado público que atua em funções de representação judicial, a sua independência é muito menor do que a daquele que atua no órgão consultivo. Neste aspecto, a posição do advogado público não é muito diferente da posição do advogado da empresa privada. Em ambos os casos, a idéia de **liberdade** do advogado e a sua **competência exclusiva** na orientação técnica da causa parecem conflitar com a idéia de hierarquia inerente à sua posição dentro da entidade em que trabalham.

Em alguns países, como França, Bélgica e alguns cantões da Suíça, não se admite a possibilidade de o advogado ser um assalariado (cf. Ruy de Azevedo Sodré, **apud** Francisco Xavier da Silva Guimarães, **Questões Profissionais da Advocacia**). Segundo esse autor, “independência e subordinação são idéias antagônicas que a legislação daqueles países não tolera, por isso que o advogado subordinado a vínculo empregatício não pode postular em juízo. A sua atuação se limita ao campo da assessoria ou consultoria.”

Na Alemanha, pela mesma razão, ele pode advogar, mas não para a empresa à qual se vincula.

Em outros países, que são a maioria, como é o caso de Portugal, Inglaterra e parte dos Estados Unidos, o princípio é o da ampla liberdade; o advogado pode exercer a profissão, mesmo que vinculado a relação de emprego e mesmo em defesa da própria empresa de que é empregado.

No Brasil, uma vez que se adota a posição mais liberal, hão de se harmonizar os dois estatutos a que se subordina o advogado público. Ele está, evidentemente, sujeito ao Código de Ética de sua profissão e aos direitos e deveres do Estatuto do Advogado. Mas também se submete à legislação estatutária que disciplina a advocacia pública na esfera de governo em que atua.

O Estatuto da OAB estabelece, no artigo 18:

“Artigo 18 – A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia.”

Mas essa independência é, evidentemente, relativa; se existe um corpo de advogados trabalhando para o mesmo cliente, que é o Estado, não é possível que cada qual aja individualmente, sem atentar para a orientação uniforme que o órgão deve seguir. Se cada qual tivesse absoluta liberdade para atuar, sob o ponto de vista técnico, muito maiores seriam os riscos de conduzir a decisões contraditórias para casos idênticos, o que já acontece, infelizmente, com grande freqüência. A independência do advogado deve limitar-se à busca de melhor argumentação, da melhor fundamentação. Isto não significa negar cumprimento à referida norma estatutária, mas dar-lhe

cumprimento na medida do possível para conciliá-la com as exigências da Administração Pública. O próprio artigo 3º do Estatuto da OAB diz que os advogados públicos sujeitam-se às suas normas, **além do regime próprio a que se subordinam**.

Não pode o advogado público recusar-se a fazer um acordo determinado pelas autoridades competentes sob o pretexto de que pode ganhar a questão; da mesma forma que não pode o advogado privado atuar contra a vontade de seu cliente.

O mesmo se diga ao redigir uma informação em mandado de segurança; ele não pode recusar-se a fazê-lo, ainda que esteja convicto de que o impetrante faz jus ao que pleiteia. Tem que limitar-se a sugerir à autoridade coatora que reconheça o direito.

O que o advogado pode e deve fazer é manifestar a sua opinião, representar, sugerir, até para proteger o órgão e a si mesmo contra injustas acusações. Jamais pode fazer a sua opinião sobrepor-se à vontade do cliente.

O advogado que atua no contencioso, como representante do Estado, atua como representante de **parte**; a sua posição é, portanto, parcial, diversamente da do consultor; ele defende a tese preferida pelo seu cliente, ainda que vá contra a sua convicção pessoal.

O que ele não está obrigado, até por constituir infração disciplinar, é a **"advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior."** (art. 34, VI, do Estatuto da OAB).

Em hipótese como essa, o advogado pode e deve recusar-se a assumir a causa, desde que o faça justificadamente perante a superior autoridade. Trata-se de aplicação pura e simples do princípio da legalidade, tal como está expresso no artigo 5º, inciso II, da Constituição: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Qual a atitude do Procurador quando se verifique a má-fé da Administração Pública em juízo?

Não há dúvida de que é imoral o procedimento da Administração Pública quando ela sabe que vai perder a ação judicial mas insiste no prosseguimento do processo. Como não existe no Brasil o princípio da força obrigatória do precedente judicial, a Administração insiste em ações, sabendo que vai perder.

Ações idênticas de servidores públicos se repetem de tal modo que a elas se atribuem determinados títulos, como repique, repiquinho, adicional em cascata etc.

Essa má-fé caracteriza desvio de poder (hoje inserido entre os atos de improbidade administrativa, conforme artigo 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2.6.92), porque a Administração insiste em causas perdidas com o objetivo de retardar o pagamento das importâncias a que será certamente condenada. A Administração conta com a demora do processo judicial e dos ofícios precatórios.

A má-fé é agravada pela sucessão de recursos meramente protelatórios, com o evidente intuito de retardar o pagamento. Esse procedimento constitui desrespeito à moralidade administrativa, ao administrado, ao Poder Judiciário, que tem que ficar repetindo a mesma decisão por vezes sucessivas, isto sem falar no volume de processos iguais que hoje atravancam a Justiça.

Se nos casos em que a jurisprudência é vacilante a Administração tem justificativa para insistir nas demandas judiciais, para tentar fazer prevalecer a sua interpretação, o mesmo não ocorre em hipóteses em que a jurisprudência é pacífica, às vezes já fixada em incidentes de uniformização de jurisprudência ou em súmulas.

Vários aspectos devem ser realçados:

- a) essa má-fé é contrária aos interesses do Erário porque, no afã de deixar para governos futuros o pagamento de precatórios judiciais, a Administração está sobrecarregando os cofres públicos com todos os ônus decorrentes da demanda judicial;
- b) essa má-fé é prejudicial à Justiça, seja ela considerada como **valor**, mencionado na Constituição (consistente em dar a cada um o que é

seu), seja à Justiça considerada como sinônimo de Poder Judiciário, que tem o seu volume de trabalho consideravelmente acrescido em decorrência desse comportamento; também constitui desrespeito ao Poder Judiciário, como instituição, e um desprestígio à coisa julgada, pelo menosprezo por uma verdade legal já reiteradamente declarada pelo Poder Judiciário;

c) a má-fé, nesses casos, caracteriza a litigância de má-fé prevista no artigo 17 do CPC.

Repita-se, pois: qual a posição do Advogado Público nesses casos?

1) Não tendo ele poderes para confessar, transigir, desistir, firmar compromisso, deve representar à autoridade competente; trata-se de **poder-dever**, ao qual o Advogado não pode renunciar: primeiro, porque tem que alertar a autoridade sobre a jurisprudência existente e sobre a inutilidade da demanda; segundo, porque ressalva a sua própria responsabilidade em caso de condenação da Fazenda por litigância de má-fé.

2) Com relação aos **recursos**, a rigor, as leis conferem a atribuição de dispensar a sua interposição a determinadas autoridades da própria Procuradoria; ocorre que, às vezes, o prazo é tão curto que não dá tempo para representar e aguardar a resposta, além do fato de que a existência de modelos prontos de recurso torna mais fácil a sua interposição do que o pedido de dispensa. Cabe lembrar, no entanto, que os recursos judiciais estão sujeitos a pressupostos definidos em lei e a vinculação do Procurador ao regime estatutário da Procuradoria não pode tolher a sua independência ao ponto de levá-lo a interpor recurso sem qualquer fundamento legal. A repetição desse tipo de recurso, principalmente perante os tribunais federais somente serve para desprestigiar a própria instituição da Advocacia Pública. Um recurso indevidamente interposto, principalmente nos casos em que é manifesto o seu não cabimento, enseja a responsabilidade pessoal do Procurador por litigância de má-fé e até por ineficiência no desempenho do cargo.

#### ***4. A posição do advogado público na ação popular***

Outro aspecto a salientar é o que diz respeito à obrigatoriedade, ou não, de o advogado público defender a autoridade na ação popular. Sabe-se que sujeitos passivos, na ação popular, são as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, que administrem total ou parcialmente, o patrimônio público; as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado,

aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão; e os beneficiários diretos do ato (art. 6º, da Lei nº 4.717, de 29.6.65).

É freqüente, na prática, ser designado um advogado público para defender as autoridades citadas na ação popular.

Trata-se de irregularidade incompatível quer com as atribuições do cargo, quer com a própria posição da pessoa jurídica na ação popular.

Em relação às atribuições, porque o advogado público, por força da própria Constituição, representa a pessoa jurídica; ele é investido no cargo para essa finalidade.

Em relação à posição da pessoa jurídica, a incompatibilidade existe, porque a mesma pode assumir diferentes posições no processo da ação popular: pode contestá-la ou não e pode reconhecer a procedência do pedido e passar a atuar do lado do autor. Não poderia o mesmo órgão jurídico assumir a defesa da pessoa jurídica e da autoridade responsável, por haver possibilidade de colidência de interesses. O autor defende, presumivelmente, o interesse público, que coincide com o da pessoa jurídica contra a qual é proposta a ação; a autoridade atua na defesa de seu interesse pessoal, que nem sempre coincide com o interesse público.

Esta é uma das hipóteses em que o advogado público pode e deve recusar o patrocínio da causa.

Mais uma razão haverá se a lei impuser ao advogado a dedicação exclusiva que o impeça de advogar para outros clientes que não a própria pessoa jurídica a que está vinculado.

## ***5. A Advocacia Pública diante do ideal de privatização***

Muitas críticas vem sofrendo a instituição da Advocacia Pública, em vários níveis, especialmente no âmbito de alguns Estados e Municípios, em que o ideal de tudo terceirizar parece ter tomado conta de alguns governantes mais afoitos e pouco preocupados com o Direito.



Fala-se em perda de prazos, em defesas de ações de interesse pessoal dos próprios advogados públicos, de excesso de trabalho, de corporativismo, de desinteresse, de negligência. Tudo isto não consegue esconder o real objetivo de terceirizar os serviços afetos à advocacia pública, dentro dos ideais da privatização. Por outras palavras, isto tudo nada mais é do que mais um dos inúmeros movimentos cujo objetivo é o de tentar demonstrar a ineficiência das instituições do Estado e justificar a transferência de atribuições públicas para o setor privado.

Há que se lembrar que a Advocacia Pública é apenas uma das instituições que teve as suas atribuições desmesuradamente acrescidas, sem que a esse acréscimo no volume de trabalho correspondesse o necessário crescimento de estrutura, de melhoria de condições de trabalho, quer em termos de recursos humanos quer em termos de recursos materiais.

Uma das razões do crescimento das atribuições da Advocacia Pública foi a mudança na forma de conceber-se o controle da Administração Pública e que repercutiu sobre todos os órgãos de controle.

Sabe-se que, no período do Estado Liberal, as relações entre o Estado e cidadão eram pouco frequentes, porque o Estado se limitava a exercer atividades essenciais. Com o crescimento desmesurado do Estado, em decorrência de sua atuação nos mais variados setores da sociedade e com a crescente preocupação com a proteção dos interesses coletivos os mais variados, o acesso à Justiça também se ampliou de forma desmesurada, sem que o Poder Judiciário tivesse acompanhado essa evolução, seja em tamanho, seja em preparo dos magistrados, seja em estrutura, seja em forma de atuação, de modo a poder atender a todas as demandas que chegam às suas portas.

Charles Debbasch, que coordenou a publicação da obra "Administration et Administrés en Europe", fez uma introdução, já em 1984, sobre as tendências atuais do controle da Administração Pública:

1) uma primeira que consiste em **passar de meios de controle individuais para formas de ação coletiva sobre a administração**, pela atuação de associações, partidos políticos, sindicatos, imprensa; a grande vantagem da ação coletiva é a de conseguir resultados uniformes para toda a

coletividade que se encontra em igualdade de condições, favorecendo a isonomia, além de desatrarancar a Justiça do excesso de ações individualmente propostas, com idênticos objetivos e com o risco de resultados diversos;

2) uma segunda evolução se traduz pela **passagem dos métodos de controle formal para métodos de controle mais informais**, com a criação de institutos como o Ombudsman dos países escandinavos;

3) **passar de uma ação exterior à Administração (pelo Legislativo ou Judiciário) para um controle interno à Administração**; isto ocorre pela instituição de procedimentos variados que visam a agir sobre a Administração para proteger o administrado por via de participação do cidadão, motivação, direito à informação e outros instrumentos que facilitem a proteção dos interesses dos administrados, sem necessidade de ir a juízo.

A essas três tendências pode-se acrescentar uma outra: a de passar de um exame de legalidade externa do ato da Administração para o exame de uma legalidade interna. A ampliação do conceito de legalidade para abranger valores e princípios faz com que o controle sobre a Administração Pública passe a abranger aspectos como o desvio de poder, a moralidade, a economicidade, a legitimidade, a razoabilidade, a adequação dos fatos à norma, a qualificação jurídica dos fatos feita pela Administração.

A consequência inevitável dessas alterações foi a de ampliar a tarefa de órgãos de controle, como a Advocacia Pública em seus vários níveis, o Tribunal de Contas e o Ministério Público.

Com efeito, a Advocacia Pública teve as suas atribuições sensivelmente ampliadas. De um lado, por ter-lhe sido conferida legitimidade para propor ação civil pública. De outro lado, pelo aumento de sua responsabilidade. A título de exemplo, mencione-se a obrigatoriedade de exame, por órgão jurídico, de todos os editais de licitação e minutas de contratos, prevista na Lei nº. 8.666, de 21.6.93.

Além disso, a Constituição Federal, no artigo 71, parágrafo 3º, veio determinar que "as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito

ou multa terão eficácia de título executivo". Ocorre que o Tribunal de Contas, em grande parte dos casos, encaminha os autos às Procuradorias, "para as providências cabíveis", não identificando os responsáveis nem o valor do débito, deixando para a Advocacia Pública esse mister.

Outro problema com que se defronta a Advocacia Pública é a já referida sobrecarga de ações iguais, interpostas em matéria de direito público, principalmente em assuntos envolvendo servidores públicos e matéria tributária, graças, em grande parte, à má-fé da Administração Pública, que insiste em manter decisões que o Judiciário, em casos precedentes, afirmou e reafirmou serem ilegais. E também a má-fé quando a Administração faz despesas sem dispor de dotação orçamentária para arcar com as mesmas, levando os prejudicados às portas do Judiciário, a exemplo do que ocorre com as desapropriações.

Todo o acréscimo de atribuições da Advocacia Pública e todos os problemas que enfrenta não foram compensados com o acréscimo de recursos humanos e materiais. Os quadros de advogados públicos vêm diminuindo, em decorrência das várias formas de vacância, sem que haja reposição pela abertura de novos concursos públicos.

Nesse como em outros setores da Administração Pública, a nítida impressão é a de que se pretende **desmontar** instituições inteiras com o objetivo único de justificar a terceirização, sem maiores preocupações com o custo, com a economicidade, com a viabilidade jurídica, com a qualidade do serviço a ser prestado por profissionais que não passaram por qualquer processo de seleção.

Sob o ponto de vista jurídico, há que se lembrar que, sendo a Advocacia Pública uma instituição prevista em âmbito constitucional, a terceirização de suas atividades por pessoas jurídicas que tenham o seu corpo de advogados, organizado em carreira, não encontra fundamento legal, a não ser em hipóteses devidamente justificadas, como é o caso, por exemplo, de defesa de assunto de interesse pessoal da própria categoria, ou de hipótese que envolva maior complexidade, a exigir profissional mais especializado.

## **6. Conclusões**

O ideal para a Advocacia Pública seria, pelo menos:

- 1) que fosse ampliado o rol de ações com efeitos “erga omnes”,
- 2) que a função consultiva não ficasse dispersa por vários órgãos, porque isto facilita a proliferação de interpretações diferentes;
- 3) que os órgãos consultivos atuassem desvinculados de órgãos essencialmente políticos, já que os mesmos, precisamente por sua natureza, comprometem a independência da instituição;
- 4) que o Advogado Geral tivesse mandato determinado, para poder atuar com maior independência;
- 5) que suas manifestações, em matéria jurídica, fossem vinculantes para toda a Administração Pública;
- 6) que aos órgãos contenciosos fosse dada a atribuição obrigatória de representar perante as autoridades governamentais para que as decisões uniformes da jurisprudência se aplicassem a todas as situações iguais.