
DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

EDIÇÃO ESPECIAL SOBRE
ADVOCACIA PÚBLICA

REVISTA JURÍDICA
DA PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DO PARANÁ

2017

DIREITO
DO ESTADO
EM DEBATE

Conselho Editorial

Adriane Reis de Araújo
Aldacy Rachid Coutinho
Carlos Frederico Marés de Souza Filho
Celso Luiz Ludwig
Érica de Oliveira Hartmann
Eros Belin de Moura Cordeiro
Eroulths Cortiano Junior
Fernando Borges Mânica
Fernando Campos Scaff
Guilherme Roman Borges
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Jair Lima Gevaerd Filho
Joe Tennyson Velo
Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho
José Anacleto Abduch Santos
José Antonio Peres Gediel
Jozélia Nogueira
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Luiz Osório Moraes Panza
Manoel Caetano Ferreira Filho
Marcia Carla Pereira Ribeiro
Miguel Gualano de Godoy
Paulo Ricardo Schier
Ricardo Saavedra Hurtado
Rodrigo Luís Kanayama
Rodrigo Xavier Leonardo
Roland Hasson
Safira Orçatto Meirelles do Prado
Sandro Marcelo Kozikoski
Sérgio Cruz Arenhart

Comissão Editorial

Andréa Margarethe Rogoski Andrade
Audrey Silva Kyt
Leila Cuéllar
Raquel Maria Trein de Almeida

Coordenadoria de Estudos Jurídicos da PGE-PR

Leila Cuéllar

DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

EDIÇÃO ESPECIAL SOBRE
ADVOCACIA PÚBLICA

REVISTA JURÍDICA
DA PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DO PARANÁ

2017

Dados internacionais de catalogação na publicação
Bibliotecária responsável: Neuza Lúcia Staub CRB 9/763

REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO
PARANÁ. Curitiba : PGE, 2017

v. 8 - 2017

Anual

ISSN : 2316-3070

1. DIREITO – PERIÓDICOS. I. PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
DO PARANÁ.

CDD - 340.05

CDU - 35(05)

As opiniões e os entendimentos externados nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores, não se confundindo com os adotados pelo Conselho Editorial, Comissão Editorial ou pela instituição Procuradoria-Geral do Estado do Paraná.

Todos os textos aqui publicados foram aprovados pelo sistema ‘double blind peer review’ por dois professores membros do Conselho Editorial, sem interferência da Comissão Editorial.

comissaoeditorial@pge.pr.gov.br

Revisão

Annalice Del Vecchio

Capa e Editoração Eletrônica

Glauce Midori Nakamura

Apresentação

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná deste ano apresenta-se numa edição especial: comemora os 70 anos da Instituição e homenageia a advocacia pública.

Dentre as muitas transformações vivenciadas pela Procuradoria nos anos mais recentes, a gradativa assunção das atividades consultivas reflete-se, por certo, como novidade maior, induzindo reformulações profissionais e readequações estruturais na carreira e no próprio Estado.

À parte dos óbvios benefícios trazidos à Administração Pública, surgem novos problemas: o advogado público vive dilemas que não são observáveis em outras carreiras jurídicas, especialmente pelos limites de suas responsabilizações. Se tais balizamentos estão fixados de maneira clara na legislação, a prática jurisprudencial acaba por ofuscar e, por vezes, não compreender a importância de fortalecer a advocacia pública como principal mecanismo de combate à ineficiência e à corrupção.

Ao mesmo tempo em que a Procuradoria do Estado é convocada a agir com maior desenvoltura, o procurador vê-se premido pelos constantes atentados às suas prerrogativas, fragilizadas pelas tentativas de responsabilizações objetivas, como se fosse ele gestor e não apenas consultor. Ao contrário do que uma visão superficial poderia indicar, a responsabilização do advogado em casos em que não se faz presente dolo ou fraude implica indiretos prejuízos ao interesse público, porquanto limita sua atuação profissional e termina por obrigá-lo a adotar posições conservadoras, justamente num momento em que se fazem prementes soluções criativas diante de um Estado que precisa ser imediatamente repensado. Cria-se o grande e invisível prejuízo das “soluções que

não acontecem”, já que inovações podem, naturalmente, não ser bem-sucedidas e redundar em responsabilização pessoal daquele que ousou se aventurar.

Assistimos, chocados, a decisões que simplesmente olvidam que o parecer exarado de forma independente pelo profissional da área jurídica não pode ser julgado como certo ou errado por quem quer que seja, ainda que amparado em corrente minoritária ou quando se revestir de ideias totalmente inovadoras. Trata-se, talvez, de uma nova espécie de responsabilização por opinião, o que, de per si, estaria vedado pela Constituição, ainda que fossem suplantados todos os regramentos de proteção direta às prerrogativas de advogado.

Nos próximos anos, essa tensão terá de ser por algum modo solucionada, sob pena de se inviabilizarem os resultados que todos esperam da advocacia pública.

Eis a razão que levou a comissão editorial a direcionar o tema central desta edição e, creio eu, foi magnificamente atendida pelos diversos artigos enviados e selecionados, escritos por ilustres e conceituados profissionais da área que têm em comum a crença na importância de uma advocacia pública forte, ética e respeitada.

Paulo Sergio Rosso
Procurador-Geral do Estado do Paraná

Sumário

APRESENTAÇÃO	5
---------------------------	---

Paulo Sergio Rosso

Controvérsias interpretativas entre Advocacia de Estado e Tribunais de Contas <i>Interpretative disagreements between State Legal Counsel and Courts of Accounts</i>	9
---	---

Guilherme Soares

A responsabilização do parecerista na jurisprudência do TCE-PR: análise crítica <i>Legal expert punishment according to TCE-PR jurisprudence: critical analysis</i>	33
--	----

Eduardo Moreira Lima Rodrigues de Castro

A responsabilização do parecerista na jurisprudência dominante e no Novo CPC: análise crítica <i>Legal advisor's accountability in the dominant jurisprudence and in the New Civil Procedure Code: critical analysis</i>	65
---	----

Amanda Louise Ramajo Corvello Barreto

Prerrogativas da Advocacia Pública: instrumento de defesa do interesse público e de valorização de uma carreira de Estado <i>Prerogatives of the Public Advocacy as a defense instrument of public interest and valuation of a State career</i>	95
--	----

Luiz Henrique Sormani Barbugiani

<p>Os honorários de sucumbência da Advocacia Pública: breve análise sob o olhar do Direito Financeiro <i>Attorney's fees arising from law: brief analysis under the Public Finance Law</i></p> <p><i>Renato Alberto Nielsen Kanayama</i> <i>Rodrigo Luís Kanayama</i></p>	147
<p>A impossibilidade de controle ponto na Advocacia Pública <i>The impossibility of punching card attendance system in Public Advocacy</i></p> <p><i>Miguel Adolfo Kalabaide</i></p>	163
<p>As técnicas de conciliação e mediação pelo Poder Público no CPC e a judicialização da saúde: ensaio para o aprimoramento da Advocacia Pública <i>Public power techniques of conciliation and mediation in the Civil Procedure Code and judicialization of public health policies: essay for the Public Advocacy's improvement</i></p> <p><i>Cristina Leitão</i></p>	181
<p>A atuação dos advogados de Estado na defesa do meio ambiente: biodiversidade, clima e água <i>Public attorneys' activity in defending the environment: biodiversity, climate and water</i></p> <p><i>Márcia Dieguez Leuzinger e César Augusto Binder</i></p>	211
<p>A constitucionalização dos Fundos Especiais: o caso das Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal <i>The constitutionalization of Special Funds: the case of the State and Federal District Attorney General Offices</i></p> <p><i>Diogo Luiz Cordeiro Rodrigues</i></p>	245

Controvérsias interpretativas entre Advocacia de Estado e Tribunais de Contas

Interpretative disagreements between State Legal Counsel and Courts of Accounts

Guilherme Soares¹

RESUMO: Este estudo enfrenta o problema das controvérsias interpretativas entre Advocacia de Estado e Tribunais de Contas. Para tanto, desenvolve uma argumentação em quatro estágios. Primeiro, estabelece a relação entre legalidade e autoridade na resolução de controvérsias interpretativas. Segundo, redefine as prerrogativas institucionais da Advocacia de Estado como normas de atribuição de autoridade. Terceiro, argumenta que o princípio da legalidade deve balizar as controvérsias interpretativas entre órgãos não hierarquizados de controle da administração pública. Ao final, sustenta, contra a tese da desvinculação absoluta, que os pareceres da Advocacia de Estado ostentam autoridade persuasiva frente aos Tribunais de Contas.

PALAVRAS-CHAVE: Estado; advocacia; interpretação; legalidade; autoridade.

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal da Santa Catarina – UFSC, Procurador do Estado do Paraná, atualmente exercendo a função de Procurador-Chefe da Coordenadoria do Consultivo da Procuradoria-Geral do Estado.

ABSTRACT: This paper addresses the problem of interpretative disagreements between State Legal Counsel and Courts of Accounts. The argument is developed in four stages. First, it establishes the relation between legality and authority in the resolution of interpretative disagreements. Second, it redefines the institutional prerogatives of State Legal Counsel as norms of attribution of authority. Third, it argues that the principles of legality must guide the resolution of interpretative disagreements among non-hierarchical organs of control of the public administration. In the end, it contends, against the argument of absolute non-binding, that the opinions of the State Legal Counsel have persuasive authority for the Courts of Accounts.

KEYWORDS: State; counsel; interpretation; legality; authority.

1. INTRODUÇÃO

Encontram-se amplamente difundidas na literatura jurídica, sem maiores contestações, afirmações como a de Adilson de Abreu DALLARI segundo a qual: “Direito é divergência. Diferentes intérpretes, partindo de diferentes premissas, podem chegar a diferentes conclusões. A doutrina já avançou o suficiente para perceber que os textos legais comportam uma pluralidade de interpretações”².

Afirmações como essa dão conta de que a experiência de viver segundo regras jurídicas é permeada pela existência de controvérsias interpretativas.

2 DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade da transação entre o poder público e particular. In: *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, n. 13, ano 4, jan.-mar. 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=51337>>. Acesso em: 18 set. 2017. Ver, ainda, ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1987, p. 9-10.

Uma controvérsia interpretativa existe quando dois ou mais sujeitos, igualmente comprometidos com a obediência a um dado sistema jurídico, sustentam interpretações rivais e inconciliáveis de um mesmo texto de lei diante de um mesmo fato.

Assumindo-se que a divergência é inerente ao Direito, deve-se admitir que a resolução de controvérsias interpretativas é antes um ato de autoridade que um ato de convencimento. Num sistema jurídico em que há uma pluralidade de controles jurídicos não hierarquizados e parcialmente sobrepostos, essas controvérsias interpretativas ganham contornos mais dramáticos, pois, em rigor, deixam de ser meras disputas sobre o sentido de uma dada norma jurídica para se transformarem em conflitos entre instituições.

É frequente, nesse sentido, que os integrantes das carreiras da Advocacia de Estado, encarregados, por disposição constitucional, da representação judicial e da consultoria jurídica dos Estados-membros e do Distrito Federal³, vejam seus entendimentos jurídicos questionados, às vezes de forma veemente, por órgãos de controle externo, em especial pelos Tribunais de Contas. Isto gera uma situação particularmente desafiadora, à medida que o sistema jurídico não estabelece um vínculo de subordinação entre os órgãos da Advocacia do Estado e as Cortes de Contas.

Nesse estudo almeja-se enfrentar este caso específico de controvérsia interpretativa entre órgãos dotados de autoridade e não subordinados entre si, tendo por foco potenciais divergências entre manifestações

3 A expressão Advocacia de Estado ou Advogado de Estado é usada aqui com um sentido bastante restrito, englobando apenas os profissionais descritos no art. 134 da Constituição da República. É mais frequente, no entanto, que estas expressões apareçam no discurso jurídico com um sentido mais amplo, como, por exemplo, o utilizado por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, que designa por Advogado de Estado “o advogado que desempenha suas funções a serviço institucional de entidades de direito público” (Responsabilidade do advogado público. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 63, p. 95-118, 2008, p. 95).

institucionais das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal em sua atividade de consultoria jurídica, ordinariamente expostas na forma de pareceres, e as decisões dos Tribunais de Contas destas unidades federadas. Pretende-se com isso responder às seguintes indagações: A existência de uma manifestação da Advocacia de Estado sobre uma questão jurídica controvertida deve gerar algum constrangimento sobre a ação do Tribunal de Contas na análise da mesma questão? Quais constrangimentos são esses? São eles de natureza vinculante ou de outra espécie?

A resposta a esses questionamentos será desenvolvida em quatro estágios.

Primeiro, será feita a reconstrução teórica do problema apresentado, de modo a estabelecer a relação entre legalidade e autoridade na resolução de controvérsias interpretativas.

Segundo, será proposto que as assim chamadas prerrogativas institucionais da Advocacia de Estado, na forma em que previstas na Constituição da República Federativa do Brasil, podem ser adequadamente lidas como normas de competência que atribuem autoridade a estes órgãos para resolver controvérsias sobre o sentido e a aplicação das normas que compõem o sistema jurídico brasileiro.

Num terceiro tópico, será apresentado o argumento segundo o qual o compromisso com o princípio da legalidade impõe parâmetros que incidem sobre a maneira como devem ser solucionadas controvérsias interpretativas entre órgãos dotados de autoridade e não subordinados entre si.

Por fim, serão expostos alguns critérios sobre como as manifestações das Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal devem influenciar os atos de controle de legalidade realizados pelos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, concluindo-se que os pareceres da Advocacia de Estado possuem perante os Tribunais de Contas aquilo que a doutrina dos precedentes denomina *autoridade persuasiva*.

2. LEGALIDADE, AUTORIDADE E CONTROVÉRSIAS INTERPRETATIVAS

As democracias constitucionais contemporâneas pretendem ser um governo de leis e não de homens. O império da lei e não a vontade de uma pessoa ou de uma divindade qualquer é o que justifica a existência de direitos e deveres de uns indivíduos para com os outros, cujo respeito é assegurado, em último grau, pelo uso da força coletiva. Essa ideia legitimadora básica aparece ordinariamente traduzida no princípio da legalidade, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”⁴.

A consagração do princípio da legalidade faz com que caiba à lei definir, com primazia, quais comportamentos são obrigatórios, proibidos e permitidos. Isso não é tudo, porém. Enunciados que definem obrigações, proibições e permissões são normas. Leis são, pois, declarações solenes, mais ou menos perfeitas, de normas. Falar em legalidade, assim, é falar na submissão do comportamento humano ao governo de normas⁵.

Para que a conduta humana possa se submeter ao governo de normas faz-se necessária a existência de uma série de condições sem as quais este empreendimento estará condenado ao fracasso⁶. Ninguém pode guiar sua conduta por um conjunto de normas que desconhece ou não compreende ou, então, que não definem qualquer direção para a ação. Da mesma forma, uma pessoa não consegue cumprir normas que estabelecem rumos de ação que estão além das suas capacidades ou que são contraditórios entre si. Tampouco podem ser seguidas normas que são ininterruptamente alteradas antes mesmo de serem cumpridas.

4 Art. 5º, inc. II, Constituição da República Federativa do Brasil.

5 FULLER, Lon. L. *The morality of law*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1969, p. 46.

6 Para o que segue, ver FULLER, op. cit, p. 33-94.

Existem, portanto, condições que fazem a legalidade possível. Alguém que queira orientar seu comportamento por normas não conseguirá fazê-lo se não estiver diante de enunciados preexistentes de obrigação, proibição ou permissão, acessíveis ao seu conhecimento, dotados de grau suficiente de clareza e generalidade, possíveis de serem cumpridos, não contraditórios entre si e cujo conteúdo permaneça minimamente constante no decorrer do tempo.

Outra exigência da legalidade é que as eventuais disputas de interesses entre pessoas submetidas ao mesmo conjunto de normas sejam efetivamente resolvidas de maneira congruente com essas normas. O governo das normas é negado quando se verifica discrepância entre a norma publicamente promulgada e a norma efetivamente aplicada através de mecanismos estabelecidos de resolução de conflitos⁷.

O princípio da legalidade, enquanto parâmetro de justificação do exercício do poder numa comunidade politicamente organizada, incorpora, pois, a exigência de que haja congruência entre as normas de obrigação, proibição ou permissão solenemente declaradas no texto da lei e as determinações produzidas por instâncias formais que resolvem disputas respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, alguma dessas normas foi violada.

Pode-se, pois, seguindo a visão de Lon FULLER, afirmar que a legalidade para ser possível exige o atendimento pelas normas que compõem o sistema jurídico das seguintes condições, que ele chamou de *princípios da legalidade*: generalidade, promulgação, não retroatividade, clareza, não contradição, constância, possibilidade de cumprimento, e congruência entre a ação estatal e a lei⁸.

Para além dessas condições que fazem possível a legalidade, deve-se reconhecer, também, a existência de condicionantes de eficácia ou efetividade

7 FULLER, op. cit., p. 81.

8 Ver nota 7.

das normas legais. Para que a submissão da conduta humana às normas não apenas seja possível, mas efetivamente ocorra, impõe-se que as disputas entre os indivíduos sobre aquilo que é obrigado, proibido ou permitido num caso concreto sejam resolvidas por uma instância reconhecida pelos destinatários das normas como autorizada a solucioná-lo. Do contrário, as disputas sobre se uma regra foi ou não violada poderão prosseguir interminavelmente, postergando ao infinito a efetiva aplicação das normas legais ao caso em litígio. A necessidade de se dar aplicação efetiva às normas legais exige, assim, o estabelecimento de uma instância oficial para dirimir, com autoridade, dúvidas ou conflitos acerca da violação dessas normas⁹.

Ocorre que a feição característica de uma determinação dotada de autoridade é que a sua força cogente é independente do seu conteúdo¹⁰. A força de uma determinação dotada de autoridade não vem da correção de seu conteúdo, mas de sua fonte. Em outras palavras, a obediência à diretiva dotada de autoridade não decorre do seu conteúdo verdadeiro ou desejável, mas de onde ela emana, da sua origem. Por isso, como elucidou Herbert L. A. HART em sua célebre obra sobre o conceito de Direito, se determinadas instâncias tiverem poderes para proferir determinações dotadas de autoridade quanto ao fato de uma norma ter sido ou não violada, estas não podem deixar de ser tomadas como determinações dotadas de autoridade daquilo que as normas são¹¹.

Logo, a pretensão de submeter efetivamente uma comunidade política ao governo de leis envolve também e necessariamente a submissão desta comunidade a uma ou mais instâncias oficiais que, no exercício da

9 HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Armino Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996, p. 103.

10 SCHAUER, Frederick. Authority and authorities. In: *Virginia Law Review*, n. 94, p. 1931-1961, 2008, p. 1935/1937.

11 HART, op. cit., 107.

sua atribuição de identificar situações de violação das leis, acabam por definir o que as leis são.

Não se quer dizer com isso que não existam parâmetros intersubjetivos aptos a constranger a atuação dessas instâncias oficiais incumbidas de determinar quais comportamentos são e quais não são ofensivos às leis. Com efeito, os afazeres de juízes e advogados consistem essencialmente em, diante de um caso ou de uma controvérsia, avançar argumentos que pretendem justificar uma decisão em favor de um entre diferentes sentidos possíveis de um ou mais textos de lei.

Seja como for, independentemente de haver boas razões para justificar decisões sobre a interpretação de textos legais, fato é que para que leis que estabelecem obrigações possam reivindicar eficácia faz-se necessária a existência de instâncias com poder de decidir com autoridade controvérsias em torno de seu significado e aplicação. É dizer, instâncias aptas a produzir decisões cuja força obrigatória em relação às partes em confronto não decorre somente de algum critério de correção de seu conteúdo, mas, em larga medida, da fonte que as produziu.

Isso significa que a resolução eficaz de dúvidas sobre o que uma lei em particular determina num caso ou série de casos é, além de uma questão de congruência com normas gerais de ação preestabelecidas e publicamente promulgadas, também, uma questão de autoridade do agente ou órgão controlador.

O controle de legalidade dos atos e comportamentos dos sujeitos submetidos a um determinado sistema jurídico é, assim, numa importante medida, uma questão de autoridade. Numa situação em que dois sujeitos, igualmente comprometidos com a obediência às normas do sistema jurídico, sustentam interpretações rivais de um mesmo texto de lei, não é o próprio texto que sozinho soluciona a divergência. Instaurada uma controvérsia interpretativa acerca de uma determinada norma, ela não se resolve por referência estrita ao conteúdo dessa mesma norma. Além disso, é essencial o fato de que a resolução da controvérsia se dá em razão de haver o pronunciamento de um órgão a quem o sistema jurídico atribui

poder de determinar com autoridade se houve ou não violação daquele específico texto de lei.

3. PRERROGATIVAS INSTITUCIONAIS DA ADVOCACIA DE ESTADO COMO NORMAS DE ATRIBUIÇÃO DE AUTORIDADE

O papel dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal na solução de dúvidas e controvérsias interpretativas acerca do sentido e da aplicação de normas jurídicas está definido no art. 132 da Constituição da República. Este dispositivo, previsto no contexto da qualificação da Advocacia de Estado como Função Essencial à Justiça, reserva aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, o exercício da representação judicial e da consultoria jurídica das unidades federadas.

O desempenho dessas duas funções expressamente asseguradas pelo texto constitucional, representação judicial e consultoria jurídica, especialmente da última, traz implícito o exercício de uma terceira função que tem sido unanimemente reconhecida aos Advogados de Estado, o controle de legalidade dos atos da Administração Pública¹². De fato, a tarefa de controle de legalidade do agir administrativo é constitutiva do exercício das funções de representação judicial e consultoria jurídica¹³.

12 SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da administração. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, n. 28, ano 6, nov.-dez. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=50173>>. Acesso em: 18 set. 2017.

13 GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 64-68.

Não há como exercer estas sem desincumbir-se daquela. Uma vez que cabe aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, em juízo ou fora dele, manifestar-se acerca do que as normas jurídicas obrigam, proíbem e permitem à Administração, as manifestações destes advogados do Estado se constituem num mecanismo evidente de controle de legalidade do agir administrativo. Com efeito, essas manifestações identificam as situações em que uma norma jurídica foi ou potencialmente será violada, e sugerem as providências necessárias à obediência à legalidade.

Ao disciplinar a existência da carreira da Advocacia de Estado com atribuições expressamente reservadas, a Constituição limitou aquilo que os Poderes constituídos podem fazer ou deixar de fazer em relação à Advocacia de Estado, estabelecendo, deste modo, garantias em favor destas instituições e de seus integrantes. Essas garantias, que são dirigidas a assegurar que os Advogados de Estado desempenhem a contento as funções que lhes foram designadas, têm sido chamadas *prerrogativas institucionais* dos Advogados de Estado. Quais são exatamente essas prerrogativas é um tema controvertido em sede doutrinária e jurisprudencial¹⁴. Nada obstante, algumas prerrogativas têm sido consensualmente admitidas, encontrando seguro respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Duas prerrogativas merecem destaque para os propósitos deste estudo. A primeira é prerrogativa de *exclusividade* do exercício das atribuições de representação judicial e consultoria jurídica das unidades federadas por integrantes das carreiras de Procurador do Estado e do Distrito Federal. O que determina, de um lado, que apenas os agentes públicos investidos no cargo de Procurador do Estado ou do Distrito Federal possam atuar em juízo como representantes desses entes federados

14 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça na Constituição de 1988. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 43, 1991, p. 30-40. Ver, também: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 241-258.

e, de outro, que no âmbito interno da Administração Pública dos Estados e do Distrito Federal somente estes mesmos Advogados de Estado podem emitir posicionamentos jurídicos destinados a orientar a sua conduta administrativa, seja para conformá-la à legalidade, seja para corrigir alguma ilegalidade. Essas atribuições são intransferíveis, não podendo ser exercidas por servidores comissionados ou outros quaisquer agentes públicos estranhos aos quadros da Advocacia de Estado. Como decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4843 MC-ED-Ref, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/2014:

É inconstitucional o diploma normativo editado pelo Estado-membro, ainda que se trate de emenda à Constituição estadual, que outorgue a exercente de cargo em comissão ou de função de confiança, estranho aos quadros da Advocacia de Estado, o exercício, no âmbito do Poder Executivo local, de atribuições inerentes à representação judicial e ao desempenho da atividade de consultoria e de assessoramento jurídicos, pois tais encargos traduzem prerrogativa institucional outorgada, em caráter de exclusividade, aos Procuradores do Estado pela própria Constituição da República.

A segunda prerrogativa é a *independência funcional*. Ela consiste numa redoma que cerca os Procuradores do Estado e do Distrito Federal no exercício das suas atribuições. Isto significa que na análise da questão jurídica que lhes é posta eles não se sujeitam à vontade de quem quer que seja. Decorre daí que seus atos típicos não estão submetidos à anuência por parte de nenhum agente ou autoridade externa aos quadros da Advocacia de Estado para que possam se perfectibilizar.

O que não significa que internamente aos órgãos da Advocacia de Estado essa anuência não se possa fazer necessária. Conforme bem esclarece Cláudio MADUREIRA¹⁵ em obra oriunda da sua tese de doutorado defendida perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,

15 Op. cit., p. 265.

o órgão da Advocacia de Estado se apresenta no exercício de suas funções constitucionais próprias “como uma estrutura orgânica hierarquizada, de modo a orientar, mediante o emprego de expedientes internos que possibilitem a uniformização de seus posicionamentos jurídicos, uma atuação administrativa desprovida de contradições”. Por isso, não é estranha à Advocacia de Estado a exigência de que as manifestações de seus integrantes estejam sujeitas à aprovação superior.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem distinguido, nessa linha, a *independência funcional* dos Procuradores do Estado e do Distrito Federal, ao ver da Corte assegurada pela Constituição de 1988¹⁶, daquilo que se tem chamado “*autonomia funcional*” da Advocacia de

16 EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 500, DE 10 DE MARÇO DE 2009, DO ESTADO DE RONDÔNIA. ERRO MATERIAL NA FORMULAÇÃO DO PEDIDO. PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO PARCIAL REJEITADA. MÉRITO. CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE ACESSORAMENTO JURÍDICO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Conhece-se integralmente da ação direta de inconstitucionalidade se, da leitura do inteiro teor da petição inicial, se infere que o pedido contém manifesto erro material quanto à indicação da norma impugnada. 2. A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados é de ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, nos termos do art. 132 da Constituição Federal. Preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica e *independência funcional* desses especiais agentes públicos. 3. É inconstitucional norma estadual que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo. Precedentes. 4. Ação que se julga procedente. (ADI 4261, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-02 PP-00321 RT v. 99, n. 901, 2010, p. 132-135 LEXSTF v. 32, n. 381, 2010, p. 88-93)

Estado, que no entender do Supremo Tribunal Federal não foi concedida aos Advogados de Estado pela Constituição da República¹⁷.

De acordo com essa distinção, a ausência de *autonomia funcional* da Advocacia de Estado implica, ao menos, três notas características dessas instituições: a) As Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal integram o Poder Executivo¹⁸; b) os órgãos da Advocacia do Estado são subordinados aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal¹⁹; c) Procuradores dos Estados e do Distrito Federal estão sujeitos às diretrizes fixadas pelos órgãos superiores das Procuradorias-Gerais dos Estados para fins de atuação uniforme²⁰.

Ainda que o Supremo Tribunal não tenha reconhecido a autonomia funcional da Advocacia de Estado, cumpre notar que a abordagem combinada das prerrogativas concernentes à *exclusividade* e à *independência funcional*, que indiscutivelmente recobrem Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, tem consequências dignas de nota. Essas prerrogativas que cercam o exercício das suas funções de representação judicial, consultoria jurídica e controle de legalidade do agir administrativo, implicam que a

17 EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NORMAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO MATO GROSSO. RESTRIÇÃO DO PODER DO CHEFE DO EXECUTIVO. PRERROGATIVAS AOS PROCURADORES DO ESTADO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMAS DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. (...) A Constituição Estadual não pode impedir que o Chefe do Poder Executivo interfira na atuação dos Procurados do Estado, seus subordinados hierárquicos. É inconstitucional norma que atribui à Procuradoria-Geral do Estado *autonomia funcional* e administrativa, dado o princípio da hierarquia que informa a atuação dos servidores da Administração Pública. (...) (ADI 291, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 07/04/2010, DJe-168 DIVULG 09-09-2010 PUBLIC 10-09-2010 EMENT VOL-02414-01 PP-00001)

18 ADI 291, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 07/04/2010.

19 ADI 291, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 07/04/2010.

20 MADUREIRA, Claudio. Op. cit., p. 257.

prática dos atos típicos da Advocacia de Estado por seus membros não está sujeita à ingerência de nenhum outro órgão ou Poder do Estado.

O Poder Legislativo, o Poder Judiciário, o Ministério Público, os Tribunais de Contas e a Defensoria Pública certamente não estão obrigados a seguir posicionamentos jurídicos manifestados pelos órgãos da Advocacia de Estado. Eles podem, até mesmo, impugnar, sustar, suspender, revisar ou anular, nas suas respectivas esferas de atuação, atos administrativos praticados em conformidade com pareceres exarados por Advogados de Estado. Todavia, nenhum desses Poderes e órgãos autônomos está constitucionalmente autorizado, diante das prerrogativas da exclusividade e da independência funcional da Advocacia de Estado, a se imiscuir na atuação funcional reservada pela Lei Fundamental aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal.

Assim, como demonstra exemplarmente o exercício da função de consultoria jurídica, a Constituição da República outorgou aos órgãos da Advocacia de Estado a atribuição de dizer o direito em situações concretas que lhes são apresentadas. Como essa função de dizer o direito, ainda que não seja definitiva, é exercida, conforme determinação constitucional, com exclusividade e sem qualquer interferência de terceiros, é forçoso concluir que a Constituição defere aos órgãos de Advocacia de Estado o poder de dirimir, com autoridade, dúvidas e controvérsias sobre o sentido das normas jurídicas que conformam o comportamento da Administração Pública.

Um parecer consultivo produzido por um órgão da Advocacia de Estado goza, portanto, de autoridade perante seus destinatários, de modo que ele tem uma especial força jurídica, não apenas em virtude da correção de seu conteúdo, mas, antes, pelo simples fato de ser oriundo da Advocacia de Estado. Essa especial força jurídica consiste, internamente à Administração, em afastar a automática presunção de legalidade dos atos administrativos praticados em desconformidade com ele.

Nos tópicos seguintes, pretende-se verificar qual a sua força jurídica perante os órgãos externos.

4. EXIGÊNCIAS DA LEGALIDADE PARA A RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS INTERPRETATIVAS

Um sistema jurídico relativamente simples pode se contentar em dotar uma única instância com autoridade para dizer o direito em situações duvidosas e controvertidas. O modelo tradicional da tripartição dos poderes, em sua exposição canônica, atribui essa autoridade exclusivamente ao Poder Judiciário. Não é isso, contudo, o que faz a Constituição de 1988. Posto resguarde uma posição de destaque ao Poder Judiciário, ela atribui autoridade para dirimir controvérsias jurídicas a múltiplos órgãos, todos competentes para, pelos mais diversos mecanismos, assegurar a observância das normas jurídicas que integram o ordenamento jurídico pátrio.

Essa multiplicação dos controles, típica dos Estados contemporâneos, tem sido particularmente enfatizada por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO. São suas palavras:

(...) a técnica de controle por freios e contrapesos, que havia sido inovada pela Constituição norte-americana para harmonizar um governo com três grandes centros funcionais, teve que necessariamente se expandir para abranger as novas configurações assumidas pelo Poder do Estado, pois que precisavam ser também devidamente controladas, dispondo-se, assim, novas funções de fiscalização e de correção, a compor uma ampla e complexa técnica de controles funcionais recíprocos, por certo, com sua necessária previsão e delimitação constitucionalmente definidas.²¹

Essa observação parece fiel às estruturas de controle modeladas pela Constituição de 1988, cuja descrição não pode ignorar que em seu texto estão previstos múltiplos órgãos de controle dotados de autoridade e não subordinados entre si. Com efeito, além dos tradicionais Poderes

21 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Responsabilidade do advogado público. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 63, p. 95-118, 2008, p. 101.

Legislativo, Executivo e Judiciário (CRFB, art. 2º), a Lei Fundamental estabeleceu outros órgãos que, sendo titulares de atribuições exclusivas e sem estar subordinados a quem quer que seja, têm por função identificar situações de violação da lei, designadamente os Tribunais de Contas (arts. 70, 71 e 75, CRFB) e as Funções Essenciais à Justiça (arts. 127 a 134).²²

A existência de uma multiplicidade de órgãos de controle não hierarquizados coloca o problema de saber como resolver controvérsias que eventualmente se estabeleçam entre estes órgãos sobre o sentido da lei. Controvérsias interpretativas entre esses órgãos, no entanto, têm uma feição particular. É que como esses órgãos a um só tempo ostentam a chancela da soberania estatal e não estão hierarquizados entre si, nenhum deles está autorizado a impor uma resolução com força cogente aos demais²³.

Essa situação de pluralidade de centros de decisão sem vinculação rigorosa entre eles parece destoar do princípio da legalidade. Com efeito, se cada órgão de controle da legalidade puder definir individualmente qual o sentido de uma determinada norma jurídica, sem que esta definição vincule os demais órgãos ou esteja por eles vinculada, não haverá um sentido comum da norma pelo qual os seus destinatários poderão orientar a sua ação e avaliar suas condutas. A cada nova interpretação oficial da norma surgirá um novo sentido para orientar a ação dos seus destinatários e para mensurar a licitude ou a ilicitude de suas condutas. Isto sem que os sentidos anteriormente estabelecidos sejam substituídos e sem qualquer garantia da inexistência de contradição entre os sentidos antigos e novos.

22 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos tribunais de contas. In: SOUZA, Alfredo José de E outros. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.75.

23 Exceção feita ao Poder Judiciário, cujas decisões são dotadas de definitividade (art. 5º, XXXVI, CRFB) e, ocasionalmente, de efeitos vinculantes (art. 102, § 2º, e art. 103-A, CRFB).

Acaso se retome a exposição acerca dos princípios da legalidade apresentada anteriormente com apoio no magistério de Lon Fuller, vislumbra-se que tal estado de coisas vai contra certas exigências inerentes à legalidade, colocando-a em risco.

A maneira como esses princípios, condições ou exigências da legalidade são ofendidos pela existência de interpretações divergentes de uma mesma lei pelos órgãos de controle da legalidade não é difícil de perceber.

A título de exemplo, tem-se que a aplicação por um órgão controlador de uma lei a um fato passado, dando a ela sentido diverso daquele que anteriormente ao fato foi estabelecido por outro órgão de controle, configura desrespeito à exigência de *não retroatividade da lei*. Com efeito, se o sentido da norma muda após a prática do ato, não havia como orientar a ação por essa norma no momento em que o ato foi praticado.

Da mesma forma, o estabelecimento concomitante de duas ou mais interpretações inconciliáveis da mesma lei por diferentes órgãos de controle da legalidade, que exercem autoridade sobre os mesmos atos ou pessoas, configura ofensa à exigência de *não contradição*. Afinal, essas pessoas terão orientações para a ação repugnantes umas às outras, o que ocasiona que o cumprimento de uma norma como interpretada por um órgão de controle configurará o descumprimento da mesma norma como interpretada por outro controlador.

Além disso, a aplicação concreta, pelos órgãos de controle, de interpretações divergentes de uma mesma lei para solucionar um mesmo caso que lhes seja apresentado configura ofensa ao princípio da *congruência*. Com efeito, se a cada vez que um órgão controlador for resolver uma mesma disputa, regulada pela mesma lei, ele der a essa lei um sentido distinto, não será mais a lei que estará governando a solução do caso, mas, sim, o arbítrio do controlador.

Se a legalidade, contudo, é um critério essencial para se justificar o exercício do poder em conformidade com o sistema jurídico, ela necessariamente impõe restrições àquilo que os órgãos que exercem o poder podem fazer no desempenho de suas funções. Logo, as exigências

impostas pelo ideal de legalidade devem constranger e balizar a atuação dos órgãos de controle da legalidade.

Pode-se observar, nesse contexto, que as seguintes exigências essenciais à legalidade devem orientar o estabelecimento de critérios para solução das controvérsias interpretativas entre os órgãos de controle:

- a) a exigência de que o estabelecimento das normas de conduta anteceda os comportamentos por elas disciplinados (não retroatividade);
- b) a exigência de que a lei não veicule orientações contraditórias para ação de seus destinatários (não contradição);
- c) a exigência de que os conflitos entre sujeitos submetidos à lei sejam, de fato, resolvidos pelas instituições oficiais mediante a aplicação da lei a que eles se submetem (congruência)²⁴.

Assim, quando um desses órgãos se propõe a reinterpretar uma norma que já foi objeto de interpretação por outro, ele estará obrigado a respeitar estas exigências de *não retroatividade*, *não contradição* e *congruência*.

Para *mostrar respeito ao princípio da não contradição*, exige-se que o órgão de controle que reaprecia uma questão sobre a qual outro órgão já se posicionou leve em consideração a solução dada anteriormente e, na ausência de outras razões que indiquem o equívoco da decisão anterior, aplique novamente a mesma solução.

Para o *princípio da incongruência*, exige-se que qualquer afastamento da interpretação anteriormente dada seja devidamente motivado. Só assim poder-se-á demonstrar que a nova interpretação é uma aplicação justificada da norma que rege o caso e não uma mera opção arbitrária do órgão de controle.

24 Note-se que além de serem exigências inerentes à legalidade, estes elementos também são consagrados como normas constitucionais no Texto Magno de 1988, do que dão exemplo o seu art. 5º, XXXVI, que agasalha o princípio da não retroatividade, e seu art. 37, *caput*, que consagra o princípio da legalidade administrativa.

Finalmente, para *obedecer ao princípio da não retroatividade* da lei, exige-se que qualquer mudança de interpretação de um órgão de controle para outro, salvo situações excepcionais, devidamente justificadas, tenha eficácia prospectiva, ou seja, para o futuro, preservando as condutas já praticadas em conformidade com o sentido da lei oficialmente adotado até então.

Como se vê, o ideal de legalidade impede que se fale numa desvinculação absoluta entre os posicionamentos jurídicos sustentados pelos diversos órgãos constitucionais independentes de controle da legalidade. A tese da desvinculação absoluta simplesmente não leva a sério as condições sem as quais o respeito à legalidade não se faz possível.

5. CONCLUSÃO: A AUTORIDADE PERSUASIVA DAS MANIFESTAÇÕES DA ADVOCACIA DE ESTADO FRENTE AOS TRIBUNAIS DE CONTAS

É lugar comum a afirmação de que os Tribunais de Contas não são vinculados por pareceres editados pelos órgãos da Advocacia de Estado. Essa afirmação é bastante convincente, uma vez que, em geral, nem mesmo os administradores públicos se consideram obrigados a seguir os pareceres dos órgãos de consultoria jurídica, diante da sua propagada natureza meramente opinativa.²⁵

Emerson Cesar da Silva GOMES, em seu alentado estudo sobre o direito dos gastos públicos no Brasil, dá notícia de que “o Tribunal de Contas da União entende que o parecer da AGU [Advocacia-Geral da União] não vincula os seus julgamentos, considerando que a

25 Para uma elaboração qualificada desse argumento, ver: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Responsabilidade do advogado público. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 63, 2008, p. 109.

independência e jurisdição do TCU acham-se delineadas nos artigos 70 e 73 da Constituição Federal²⁶.

As considerações levantadas no curso do presente trabalho possibilitam que esse entendimento seja reexaminado sob novas luzes. Agora, a questão se recoloca a partir da premissa de que o compromisso em fazer efetivas as exigências da legalidade impede que um ato estatal de aplicação de uma lei possa mostrar indiferença em relação aos atos estatais anteriores de aplicação dessa mesma lei.

É incontroverso que a Constituição de 1988 outorgou tanto à Advocacia de Estado quanto aos Tribunais de Contas a atribuição de aplicar a lei a casos concretos, sem estabelecer subordinação hierárquica entre estes órgãos. Ocorre, porém, que, num sistema jurídico comprometido com o império da lei, os atos estatais que dizem qual o direito aplicável a um caso concreto não são atos puros de autoridade, uma vez que, como visto, ostentam um dever de congruência para com normas jurídicas formalmente preestabelecidas. Esse dever de congruência impõe que qualquer autoridade que tenha por atribuição aplicar a lei a um caso esteja obrigada a interpretar a lei como uma declaração de normas não contraditórias e não retroativas.

Na esteira do que foi consignado no tópico anterior, tem-se que a obediência aos princípios de não contradição e de não retroatividade das normas jurídicas, que vinculam tanto quem produz as leis quanto quem as interpreta, determina que os posicionamentos jurídicos produzidos pelos

26 GOMES, Emerson Cesar da Silva. *O direito dos gastos públicos no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 1999. Os pronunciamentos do Tribunal de Contas da União – TCU referidos pelo autor são: Acórdãos n.s 1.366/2006 – Plenário, 1.370/2006 – Plenário e 2.332/2006 – 2ª Câmara. O mesmo autor também sustenta que o melhor entendimento é o de que os pareceres da Advocacia Geral da União – AGU não atingem as unidades administrativas dos demais Poderes da República, em atenção ao princípio da separação dos poderes.

órgãos da Advocacia de Estado, embora não sejam vinculantes, devem influenciar os atos de controle de legalidade realizados pelos Tribunais de Contas de, ao menos, quatro maneiras:

- 1.^a) os Tribunais de Contas têm o dever de considerar em suas decisões as manifestações anteriores da Advocacia de Estado, não podendo, pura e simplesmente, ignorá-las;
- 2.^a) qualquer afastamento das decisões dos Tribunais de Contas em relação a um posicionamento anterior da Advocacia de Estado deve ser expressamente justificado;
- 3.^a) ao reapreciar uma questão sobre a qual a Advocacia de Estado já tenha se posicionado, os Tribunais de Contas, na ausência de outras razões que indiquem o equívoco da decisão anterior, devem adotar o mesmo posicionamento definido pela Advocacia de Estado;
- 4.^a) se o Tribunal de Contas superar o entendimento adotado pelo órgão da Advocacia de Estado, a sua decisão produzirá, em regra, efeitos para o futuro. Apenas em situações excepcionais, devidamente justificadas, essas decisões poderão produzir efeitos retroativos.

Conclui-se, assim, que, embora não haja vinculação propriamente dita entre os pareceres emitidos pela Advocacia de Estado e as decisões dos Tribunais de Contas, as manifestações da Advocacia de Estado ostentam perante os Tribunais de Contas aquilo que na doutrina dos precedentes costuma chamar-se “autoridade persuasiva”²⁷. Ao fim e ao cabo, portanto, parece que é por meio de uma teoria dos precedentes e não no âmbito de uma teoria da separação dos poderes que as controvérsias interpretativas entre a Advocacia Pública e os Tribunais de Contas podem ser melhor compreendidas. Esta, todavia, é uma pista a ser investigada em outra ocasião.

27 Sobre a diferença entre “autoridade vinculante” e “autoridade persuasiva” dos precedentes ver: SCHAUER, Frederick. Op. cit., p. 1943-1952.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1987.

DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade da transação entre o poder público e particular. In: *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, n. 13, ano 4, jan.-mar. 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=51337>>. Acesso em: 18 set. 2017.

FULLER, Lon. L. *The morality of law*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1969.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 59-86.

GOMES, Emerson Cesar da Silva. *O direito dos gastos públicos no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2015.

HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996.

MADUREIRA, Claudio. *Advocacia pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça na Constituição de 1988. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 43, 1991, p. 30-40.

_____. O Parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de e outros. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 33-86.

_____. Responsabilidade do advogado público. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 63, p. 95-118, 2008.

SCHAUER, Frederick. Authority and authorities. In: *Virginia Law Review*, n. 94, p. 1931-1961, 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da administração. *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, n. 28, ano 6, nov.-dez. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=50173>>. Acesso em: 18 set. 2017.

A responsabilização do parecerista na jurisprudência do TCE-PR: análise crítica

Legal expert punishment according to TCE-PR jurisprudence: critical analysis

Eduardo Moreira Lima Rodrigues de Castro¹

RESUMO: Discorre-se, no presente trabalho, sobre o tema da responsabilização do parecerista jurídico nos processos em trâmite perante o Tribunal de Contas do Estado do Paraná – TCE-PR. Além dos limites do poder jurisdicional da referida Corte de Contas e de julgados representativos de seu entendimento dominante, são analisados, à luz da legislação vigente e de doutrina mais abalizada, as principais inconsistências no trato da matéria. Confere-se especial atenção, no trabalho, aos julgados referentes aos processos de licitação, dispensa de licitação e inexigibilidade de licitação.

PALAVRAS-CHAVE: Parecer jurídico; responsabilização; parecerista; Tribunal de Contas.

1 Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor dos cursos de Pós-Graduação em Direito Tributário e Processual Tributário e Direito Aduaneiro do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Procurador do Estado do Paraná.

ABSTRACT: In this paper, we discuss legal expert punishment in cases judged by Paraná State Court of Accounts. In the light of current legislation and the most respected studies, the main inconsistencies in the treatment of the matter are subject of study, as well as the limits of the jurisdictional power of the Court and the judgments that represent its dominant understanding. We study in a deeper way the decisions regarding the processes of public acquisitions.

KEYWORDS: Legal opinion; punishment; legal adviser; Court of Accounts.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tem-se tornado cada vez mais frequente, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial, a responsabilização de advogados públicos e privados em decorrência de pareceres por eles emitidos no exercício da função de consultoria jurídica de órgãos da Administração Direta e Indireta de União, Estados e Municípios.

A proliferação de condenações e o tratamento indevido dado à matéria, mais do que proporcionar um maior grau de retidão no gasto do dinheiro público, têm impedido a Administração de lançar mão, em toda sua amplitude, dos instrumentos que a lei lhe confere para agir de maneira mais eficiente e, por conseguinte, econômica, na medida em que acaba por fomentar, na esfera dos órgãos de consultoria, “a cultura do medo (...) e a prática reiterada do ‘não’”².

2 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. O controle preventivo procedimental e as soluções especiais para situações extraordinárias. In: FORTINI, Cristiana; IVANEGA, Miriam Mabel. *Mecanismos de controle interno e sua matriz constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 128.

No presente trabalho, estudaremos o tratamento dado à matéria pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná – TCE-PR, analisando em detalhes, e de maneira crítica, as diferentes situações em que advogados, assessores jurídicos e procuradores públicos são chamados a responder pelos seus atos.

Num primeiro momento, porém, com o objetivo de facilitar a compreensão da controvérsia, traçaremos *breves considerações sobre os regimes constitucional e legal dos Tribunais de Contas*, abordando questões relacionadas às suas atribuições, à sua autonomia em relação aos demais poderes e ao seu papel de *órgão neutral* no cenário republicano-democrático brasileiro, oportunidade em que destacaremos os *limites da função julgadora* das referidas Cortes.

Em seguida, feitas as introduções devidas, discorreremos sobre a jurisprudência do TCE-PR nos casos de responsabilização de advogado – público ou privado – por emissão de *parecer obrigatório*, compreendido, nas lições de Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, como “opinião emitida por solicitação de órgão ativo ou de controle em virtude de preceito normativo que prescreve sua solicitação, como preliminar à emanção do ato que lhe é próprio.”³⁴.

Em um terceiro momento, discorreremos sobre as decisões proferidas pelo TCE-PR em processos de tomadas de contas e representações em que se discutiu a responsabilidade do parecerista jurídico pela emissão de *parecer facultativo*, entendido como “opinião emitida por solicitação de

3 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 583.

4 No mesmo sentido, dentre outros, confira-se: GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. atual. por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 143; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. rev. e atual. até a EC 71, de 29 nov. 2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 444; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 237.

órgão ativo ou de controle, sem que qualquer norma jurídica determine sua solicitação, como preliminar à emanção do ato que lhe é próprio”⁵.

Por fim, levaremos a efeito uma análise crítica dos precedentes supramencionados, à luz da legislação vigente, da jurisprudência dominante e dos ensinamentos doutrinários mais abalizados, de forma a tentar identificar não só os principais acertos, mas, sobretudo, as inconsistências mais relevantes e, por conseguinte, mais lesivas ao interesse público.

2. TRIBUNAIS DE CONTAS: AUTONOMIA E FUNÇÃO JURISDICIONAL

Os Tribunais de Contas são *órgãos de estatura constitucional* instituídos essencialmente para realizar o *controle das contas públicas*, isto é, para identificar se agentes políticos, gestores e demais responsáveis pelo dinheiro público estão agindo em conformidade com os princípios e regras fundamentais da Administração Pública, sobretudo no momento da realização da despesa.

Como bem pondera Regis Fernandes de OLIVEIRA, “Ainda que sua atribuição seja o estrito exame das contas públicas, sua dignidade é ínsita na estrutura republicana e democrática”. Sobre o tema, o professor da Universidade de São Paulo ensina também que “Prestação de contas decorre de outros princípios e dá a imprescindível garantia jurídica do exercício adequado e probo das funções públicas. Integra, em tal sentido, a natureza da república”⁶.

5 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios...*, op. cit., p. 583.

6 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2. tir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 504.

Em que pese a existência de controvérsia doutrinária, é majoritário o entendimento de que *os Tribunais de Contas são órgãos independentes e autônomos em relação aos demais poderes do Estado*, inclusive em relação ao Poder Legislativo. Isso decorre do regime estabelecido na Constituição de 1988 – de *reprodução quase inteiramente obrigatória* para Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como para Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios (CF/88, art. 75)⁷ –, que, além de estabelecer, no art. 70, parágrafo único, um *rol de atribuições próprias* dos Tribunais de Contas, confere a seus membros *prerrogativas* similares àquelas fixadas para os membros do Poder Judiciário (CF/88, art. 73, § 3º). Some-se a isso a regra que dispõe que “O Tribunal de Contas da União (...) tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96” (CF/88, art. 73, *caput*).

A Constituição em nenhum momento estabelece que o Tribunal de Contas é mero órgão auxiliar do Poder Legislativo. Dispõe, em verdade, nas lições de Odete MEDAUAR, que “o controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas; a sua função, portanto, é de exercer o controle financeiro e orçamentário da Administração em auxílio ao Poder responsável, em última instância, por essa fiscalização”⁸. Em complemento, a mencionada professora da USP explica que, “Se a sua

7 Sobre o assunto, Mariana Montebello WILLEMANN explica que “(...) a Constituição de 1988, em matéria de controle externo das finanças públicas, adotou postura de *rigida limitação ao experimentalismo* das unidades federativas, impondo amplamente o modelo federal nessa área, a ponto de promover uma total asfixia dos Estados-membros ao elaborarem suas Constituições”. (WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 177).

8 MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1993, p. 140.

função é de atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição, é a de órgão independente desvinculado da estrutura de qualquer dos três Poderes”⁹.

Não à toa, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.190, deixou assentado que:

Os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanação que resulta, primariamente, da própria Constituição da República¹⁰.

As Cortes de Contas são verdadeiros *instrumentos de democracia indireta*, tendo em vista que retiram sua legitimidade não do voto popular, mas dos *atributos de neutralidade e imparcialidade*, assim como ocorre com os Tribunais do Judiciário.

Sobre o assunto, Mariana Montebello WILLEMANN leciona que:

(...) os Tribunais de Contas no Brasil ostentam posição que, avançando no dogma tradicional da separação funcional de poderes, legitima sua aproximação teórica com instituições as quais se reconhece o exercício de funções neutras, com ênfase para sua capacidade de reforçar e alargar a concepção democrática para além da entropia representativa. A divisão de poderes nas democracias contemporâneas não tem como fechar seus olhos para a existência e para a importância de organismos que, à semelhança dos Tribunais de Contas, conformam modelos de democracia

9 Ibidem, p. 140-141.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ADI 4190 MC-REF*, rel. Min. Celso de Mello, Acórdão publicado no Diário da Justiça, em 10 jun. 2010. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jul. 2017.

indireta ou de contrademocracia e que se colocam em tensão com a esfera dos poderes majoritários¹¹.

Para o exercício do controle externo das contas públicas, a Constituição de 1988 concedeu aos Tribunais de Contas atribuições associadas às seguintes funções: a) *função opinativa*, consistente na competência para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo mediante parecer prévio (CF/88, art. 71, I); b) *função jurisdicional*, consistente na competência para julgar as contas dos administradores e daqueles que derem causa a prejuízos ao erário (CF/88, art. 71, II); c) *função fiscalizadora*, consistente na aptidão para apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal e concessões de aposentadorias, reformas e pensões, bem como realizar inspetorias e auditorias, fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe e fiscalizar a aplicação de recursos públicos repassados por um ente federativo a outro (CF/88, art. 71, III, IV, V e VI); d) *função informativa*, consistente na atribuição de prestar ao Congresso Nacional ou a Comissões Parlamentares de Inquérito informações referentes ao exercício de suas funções fiscalizatórias (CF/88, art. 71, VII e art. 72, *caput* e § 1º); e) *função sancionadora*, decorrente da função jurisdicional e consistente na competência para aplicar sanções àqueles que cometerem ilegalidade durante a realização de despesas públicas (CF/88, art. 71, VIII); f) *função corretiva*, consistente na atribuição de assinar prazo para adoção de providências necessárias ou sustar a execução de atos, quando não atendida a ordem para adoção de providências (CF/88, art. 71, IX e X); g) *função de ouvidoria*, consistente na aptidão para receber denúncias ou representações, oriundas de autoridades públicas, cidadãos ou mesmo pessoas jurídicas, acerca de irregularidades ou ilegalidades no gasto do

11 WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability...*, op. cit., p. 199.

dinheiro público (CF/88, art. 74, §§ 1º e 2º); h) *função regulamentar*, consistente na já mencionada aptidão para auto-organização estrutural¹².

Quando se fala em *função jurisdicional*, objeto central do presente trabalho, da qual decorrem as funções sancionadora e corretiva, está-se a falar de um *modelo atípico de jurisdição*, não exercido pelo Poder Judiciário, mas regido também pelos princípios constitucionais fundamentais do processo, como contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

A função jurisdicional atípica exercida pelos Tribunais de Contas também é dotada do atributo da *coercibilidade*¹³, na medida em que “As decisões (...) de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo” (CF/88, art. 71, § 3º), sendo admissível até mesmo que as referidas Cortes prolatem *medidas cautelares*, com vistas, em regra, à sustação do ato ilegal ou ao bloqueio do patrimônio do investigado¹⁴. Apesar disso, tais *decisões*, quando condenatórias, *não são dotadas de definitividade*, podendo os acórdãos das referidas Cortes serem revistos

12 Além das mencionadas funções essenciais dos Tribunais de Contas, J. R. Caldas FURTADO faz menção à chamada função consultiva, consistente na aptidão prevista na Lei n. 8443/92 (e leis orgânicas dos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios) para responder a consultas de natureza abstrata acerca de controvérsias relacionadas ao controle de contas públicas. (FURTADO, J. R. Caldas. *Direito financeiro*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 581-583).

13 Nesse sentido, confira-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 190.985*, rel. min. Néri da Silveira, Acórdão publicado no Diário da Justiça, em 24 ago. 2001. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2017.

14 Nos autos de Mandado de Segurança n. 24.510, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “a atribuição de poderes explícitos ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 24.510*, rel. min. Ellen Gracie, voto do min. Celso de Mello. Acórdão publicado no Diário da Justiça de 19 mar. 2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2017).

na esfera judiciária, seja por vícios de natureza procedimental, seja por questões de ilegalidade ou inconstitucionalidade – isto é, por questões jurídico-meritórias – da decisão¹⁵.

Da leitura das competências constitucionalmente atribuídas aos Tribunais de Contas, pode-se concluir que, no exercício de sua função julgadora, *os membros das referidas Cortes devem levar em consideração não apenas aspectos contábeis, econômicos e financeiros, indispensáveis ao equilíbrio das contas públicas, mas também, e sobretudo, jurídicos*. Ao fixar-lhes competência para aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade ou irregularidade de contas, sanções previstas em lei (CF/88, art. 71, VIII), bem como para assinar prazo para que órgãos ou entidades adotem providências para o exato cumprimento da lei (CF/88, art. 71, IX), *a Constituição inequivocamente confere também aos Tribunais de Contas a função de dizer o direito no caso concreto*. Nesse sentido, J. R. Caldas FURTADO explica que os processos de contas “são julgados sob critérios objetivos, com aplicação da técnica jurídica, submetendo-se condutas de pessoas à incidência das normas jurídicas, aplicando-se a lei mediante a subsunção de casos concretos aos tipos legais”¹⁶.

A aplicação de sanções por parte dos Tribunais de Contas, porém, não prescinde dos requisitos mínimos para responsabilização de agentes infratores, quais sejam, *ação ou omissão dolosa ou culposa, dano e nexos de causalidade* entre a conduta e o dano. É dizer, para que se possa falar em pena, é preciso que algum responsável por dinheiro público, seja ele ordenador de despesas ou não, *desde que dotado de poder decisório*, atue, no mínimo, de maneira culposa, sendo diretamente responsável pelo

15 Em sentido diverso, J. R. Caldas FURTADO defende que “Tais julgamentos são irretratáveis, definitivos, tanto no âmbito administrativo quanto no Judiciário, salvo vício de procedimento ou manifesta ilegalidade, produzindo, portanto, coisa julgada”. (FURTADO, J. R. Caldas. *Direito...*, op. cit., p. 646).

16 FURTADO, J. R. Caldas. *Direito...*, op. cit., p. 646.

prejuízo à Administração. Em outros termos, *os Tribunais de Contas não têm competência para punir quem não tem competência para decidir*, incluindo-se no conceito de agente decisório aqueles que atuam em conluio com o gestor e os que se beneficiam do ato.

Essas considerações, referentes aos *limites das competências jurisdicional e punitiva dos Tribunais de Contas*, são indispensáveis à compreensão das críticas que serão feitas à postura adotada pelo TCE-PR nos processos destinados a apurar a responsabilidade de consultores jurídicos por pareceres exarados no exercício de suas funções.

Dito isso, passemos à análise de alguns julgados representativos do entendimento do TCE-PR sobre o tema objeto deste trabalho.

3. A RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO POR PARECERES OBRIGATÓRIOS NA JURISPRUDÊNCIA DO TCE-PR

Conforme exposto acima, numerosos são os processos de tomadas de contas em que advogados, assessores jurídicos e procuradores públicos são chamados a responder perante o Tribunal de Contas do Estado do Paraná, em virtude de pareceres por eles emitidos no exercício da função de consultoria jurídica. Na imensa maioria dos casos, busca-se a responsabilização do parecerista após a prolação de manifestações jurídicas em processos de licitação, dispensa de licitação e inexigibilidade de licitação, em que a emissão de parecer se faz obrigatória, por força das regras contidas no art. 38, VI, e parágrafo único¹⁷, da Lei n. 8.666, de 21-

17 Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: (...) VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre

06-1993, e nos artigos 35, § 4º, X¹⁸, 55, IX¹⁹, e 71, *caput*²⁰, da Lei Estadual n. 15.608, de 16-08-2007.

Em linhas gerais, embora com alguns desvios, o TCE-PR, a exemplo do que ocorre no Tribunal de Contas da União²¹, vem aplicando a *ratio decidendi* adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança 24.631, de relatoria do Ministro Joaquim BARBOSA. À época, o Ministro Relator, após diferenciar as diversas modalidades de parecer, concluiu que:

Nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo a manifestação favorável no parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim, em princípio, o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso²².

a licitação, dispensa ou inexigibilidade; (...) Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes, devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

18 Art. 35. (...) § 4º. O processo de dispensa e de inexigibilidade será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: (...) X - pareceres jurídicos e, conforme o caso, técnicos, emitidos sobre a dispensa ou inexigibilidade.

19 Art. 55. O processo licitatório será instruído com os seguintes documentos: IX – parecer jurídico.

20 Art. 71. A minuta do edital deve ser previamente examinada e aprovada pelo órgão jurídico da unidade ou agente por esse designado, devidamente habilitado e qualificado.

21 Dentre outros, confira-se: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Processo 007.277/2003-3*. Pleno. Rel. Min. Raimundo Carreiro. Acórdão 1801/2007. Sessão julgada em 5 set. 2007. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 22 jul. 2017.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS n. 24.631*. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Acórdão publicado no Diário da Justiça, em 1 fev. 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21 jul. 2017.

Em outros termos, as condenações são fundamentadas no argumento de que, *sendo dever do parecerista manifestar-se* sobre dispensa e inexigibilidade de licitação, bem como sobre as minutas de edital e contrato – ao final da fase interna do certame –, *o referido agente será punido caso se omita* – ao menos culposamente – *na análise de ilegalidade sobre a qual deveria ter se manifestado*²³.

Analisaremos, em primeiro lugar, os julgados referentes aos processos de dispensa e inexigibilidade de licitação e, em seguida, aqueles relacionados à apuração de irregularidades em processos licitatórios.

3.1. Processos de dispensa e inexigibilidade de licitação

Julgado n. 1: No Acórdão 2548/17, de relatoria do Conselheiro Ivens Linhares, proferido no âmbito do *Processo 296224/12* (Tomada de Contas Extraordinária), o Tribunal Pleno do TCE-PR, ao analisar a validade de processo de dispensa de licitação para contratação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), condenou o parecerista jurídico à multa prevista no art. 87, IV, “g”, da LC n. 113, de 15 de dezembro de 2005 (Dispõe sobre a “Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Paraná”)²⁴, sob a alegação de que competiria ao referido agente manifestar-

23 No mesmo sentido, dentre outros, confira-se: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimento exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 662-664; BARROS, Márcio dos Santos. *502 comentários sobre licitações e contratos administrativos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora NDJ, 2011, p. 324-325; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. rev. e atual. até a EC 71, de 29 nov. 2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 448.

24 Art. 87. As multas administrativas serão devidas independentemente de apuração de dano ao erário e de sanções institucionais, em razão da presunção de lesividade à ordem legal, aplicadas em razão dos seguintes fatos: (Redação dada pela Lei Complementar 168 de 10/01/2014) (...) IV - No valor de 40 (quarenta) vezes a Unidade Padrão Fiscal do Estado do

se sobre a ausência de orçamentos justificadores do preço praticado, requisito legal indispensável à concretização da contratação direta. Aduziu-se que “os pareceristas não se eximem da responsabilidade por seus atos quando emitem pareceres eivados de vícios de dolo, erro ou fraude, visto que, nesses casos, os mesmos concorrem para a prática de irregularidades ou ilegalidades”, e que a omissão verificada caracterizaria “erro grosseiro” em parecer obrigatório, acarretando responsabilização pessoal²⁵.

Julgado n. 2: Quando do julgamento do *Processo n. 173813/16* (Tomada de Contas Extraordinária), instaurado para averiguar irregularidades em contratação direta de empresa para prestação de serviço de “rodeio”, mediante *inexigibilidade de licitação*, a Primeira Câmara do TCE/PR decidiu por aplicar ao parecerista jurídico a multa prescrita no art. 87, III, “d”, da LC n. 113/2005²⁶. Além de se omitir quanto à inexistência de orçamentos para justificar o preço da contratação, o assessor teria deixado de apresentar “justificativas contundentes para concluir acerca da inviabilidade de competição”. A contratação de “rodeio completo”,

Paraná – UPFPR: (Redação dada pela Lei Complementar 168 de 10/01/2014) (...) g) praticar ato administrativo, não tipificado em outro dispositivo deste artigo, do qual resulte contrariedade ou ofensa à norma legal, independentemente da caracterização de dano ao erário.

25 BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. *Processo 296224/12*. Relator Conselheiro Ivens Zschoerper Linhares. Tribunal Pleno. Acórdão 2.548/17, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado n. 1609, em 7 jun. 2017. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 17 jun. 2017.

26 Art. 87. As multas administrativas serão devidas independentemente de apuração de dano ao erário e de sanções institucionais, em razão da presunção de lesividade à ordem legal, aplicadas em razão dos seguintes fatos: (Redação dada pela Lei Complementar 168 de 10/01/2014) (...) III - No valor de 30 (trinta) vezes a Unidade Padrão Fiscal do Estado do Paraná – UPFPR: (Redação dada pela Lei Complementar 168 de 10/01/2014) (...) d) deixar de observar, no processo licitatório, formalidade determinada em lei, incluindo-se a não exigência de certidões negativas e de regularidade fiscal, podendo ser aplicada ao presidente da comissão de licitação, ao emitente do parecer técnico ou jurídico e ao gestor.

incluindo estrutura e shows, poderia ser objeto de licitação, conforme já realizado diversas vezes – em outras localidades –, restando configurada, assim, *culpa do parecerista*²⁷.

Julgado n. 3: Ao julgar *tomada de contas extraordinária* (Processo 581616/15) aberta para apurar a contratação, pelo município de Mariluz, de profissional do setor artístico e empresa de produção de espetáculos, por *inexigibilidade de licitação*, no valor de R\$ 107.500,00, o TCE/PR, em sua composição plenária, aduzindo ofensa ao que dispõe o artigo 25, III, §1º da Lei 8.666/1993, responsabilizou o prefeito municipal e o parecerista jurídico à multa de que trata o já citado art. 87, III, “d”, da LC n. 113/05. Na oportunidade, o Conselheiro Relator Ivens Linhares esclareceu que a regra do art. 38, VI, e parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, “torna obrigatória a manifestação do parecerista jurídico sobre o procedimento de inexigibilidade, justamente para se aferir a sua compatibilidade com os ditames legais, o que não se faz sem análise dos documentos que instruem o referido processo”. Também aqui, o parecer deixou de se manifestar acerca da ausência de justificativa de preço. No mesmo julgado, foram apostas ressalvas referentes a deficiências das cartas de exclusividade apresentadas pela empresa contratada, bem como à ausência de provas e justificativas que demonstrassem a consagração pelo público ou pela crítica da mesma empresa artística²⁸.

27 BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. *Processo 173813/16*. Relator Conselheiro Ivens Zschoerper Linhares. Primeira Câmara. Acórdão 6204/16, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado n. 1506, em 20 dez. 2016. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 17 jul. 2017.

28 BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. *Processo 581616/15*. Relator Conselheiro Ivens Zschoerper Linhares. Pleno. Acórdão 1526/16, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado n. 1342, em 19 abr. 2016. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 17 jul. 2017.

3.2. Processos de licitação

Julgado n. 1: No Processo 251169/09 (*Representação*), o plenário do TCE/PR, sob a relatoria do Conselheiro Nestor Baptista, analisou a validade de *edital de pregoão* para contratação de empresa de consultoria para prestar suporte técnico de gestão administrativa nas áreas de administração, compras, controle interno, educação, licitações e contratos, meio ambiente, patrimônio e recursos humanos, e condenou tanto os gestores envolvidos quanto o *parecerista jurídico que aprovou o edital*. Argumentou-se, em *primeiro lugar*, estar claramente configurada a *terceirização de atividade-fim*, medida vedada pelo ordenamento jurídico; em *segundo lugar*, que, ainda que fosse possível a contratação do referido objeto, não seria admissível a utilização de pregoão para contratação de “serviços técnicos especializados”; em *terceiro lugar*, não haver base para “se aferir quais os serviços específicos a que a contratada estava obrigada”; *por fim*, não ser possível identificar de que forma a Administração chegara ao preço praticado no certame. Ao aplicar ao parecerista jurídico a multa prescrita no art. 84, IV, “g”, da LC n. 113/05, o Conselheiro Relator manifestou-se no sentido de que “o parecer jurídico é exigido pela Lei 8.666/93, artigo 38, parágrafo único, e tem relação direta com a contratação ilegal”, além disso, afirmou que o parecer jurídico “guarda relação de causalidade com a conduta do gestor, pois se trata de profissional habilitado para exercer a atividade jurídica. Assim, caso existam vícios no procedimento, esses devem necessariamente ser apontados pelo profissional”²⁹.

Julgado n. 2: Em sentido semelhante, o mesmo órgão plenário, sob a relatoria do Conselheiro José Durval do Amaral, ao julgar o Processo 101810/11 (*Representação*) decidiu por condenar o parecerista jurídico à pena do art. 84, IV, “g”, da LC n. 113/05, por ter se omitido quanto à

29 BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. *Processo 251169/09*. Relator Nestor Baptista. Pleno. Acórdão 841/11, publicado nos Atos Oficiais do Tribunal de Contas do Estado n. 302, em 3 jun. 2011. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 18 jul. 2017.

ilegalidade em edital de licitação, consistente na exigência de certificado de propriedade de veículo como requisito de habilitação³⁰. Na ocasião, afirmou-se que:

O não apontamento da flagrante ilegalidade identificada por meio da presente Representação, acima apontada, em parecer obrigatório, exigido pela Lei para a verificação da conformidade com a legislação aplicável (art. 38, parágrafo único, Lei 8.666/938), configura erro grosseiro do advogado³¹.

Julgado n. 3: Quando do *Acórdão 1748/15*, o TCE/PR condenou o parecerista jurídico, assim como alguns gestores, à sanção prescrita no art. 87, III, “d”, da LC n. 113/05, por impropriedades na contratação de fornecimento, instalação e manutenção de equipamentos necessários à implantação de infraestruturas básicas de comunicação, nas Instituições Estaduais de Ensino Superior – IEES, objeto de *Pregão Presencial*. Justificou-se a responsabilização do assessor jurídico no fato de referido agente ter deixado de mencionar, em seu parecer, a *inexistência de projeto básico*. Para o Relator, cabia “à autoridade aprovar ou não a sua opinião, porquanto, no caso específico, detinha natureza vinculante, e, portanto, por não dar margem à deliberação diversa do superior hierárquico, deve ser considerado parte da decisão adotada”.

30 Lei n. 8.666/93. Art. 30 (...) § 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

31 BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. *Processo 101810/11*. Relator Conselheiro José Durval do Amaral. Pleno. *Acórdão 1788/15*, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado n. 115, em 8 mai. 2015. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 18 jul. 2017.

4. A RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO POR PARECERES FACULTATIVOS NA JURISPRUDÊNCIA DO TCE-PR

São pareceres facultativos (ou meramente opinativos), como visto, aqueles proferidos por advogados, assessores jurídicos e procuradores *em resposta a consultas espontâneas formuladas por autoridades administrativas* competentes para exarar algum ato decisório. Aqui, ao contrário do exposto no tópico anterior, não existe qualquer lei determinando a prolação da manifestação técnico-jurídica.

Não existe qualquer norma no ordenamento delimitando os temas passíveis de pareceres facultativos; é suficiente, para sua lavratura, que exista controvérsia jurídica – de natureza administrativa, ambiental, tributária, financeira, processual ou qualquer outra – que precise ser sanada.

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná, também em consonância com a já mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no Mandado de Segurança n. 24.631, entende que, na maior parte dos casos, nas situações de pareceres opinativos, por refletirem o entendimento jurídico do prolator, não há que se falar em responsabilização do parecerista, como fazem prova os julgados abaixo analisados.

Julgado n. 1: No julgamento do *Processo 829851/14* (Recurso de Revista), o TCE-PR, em sua composição plenária, afastou a responsabilidade de parecerista jurídico que havia se manifestado favoravelmente à aposentadoria de servidor público posteriormente não homologada pela Corte de Contas. Constatou-se divergência jurisprudencial e doutrinária, à época do opinativo, acerca da concessão do benefício, no que diz respeito ao cumprimento dos requisitos para conversão do tempo de contribuição comum em especial. Ademais, verificou-se a adoção imediata, pela Administração, de medidas para revogação da aposentadoria, após sua não homologação. No voto vencedor, o Relator Artagão de Mattos LEÃO observou que “Parecer não se configura em ato administrativo, mas visa informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem

estabelecidas nos atos de administração ativa, (...) pelo que se mostra indevida a sua responsabilização”³².

Julgado n. 2: Em sentido diverso, a Primeira Câmara do TCE/PR, ao julgar Tomada de Contas Extraordinária (*Processo 401440/13*), condenou assessora jurídica municipal, após emissão de parecer facultativo, à sanção prescrita no art. 87, IV, “g”, da LC n. 113/2005, argumentando que “a assessora deixou de analisar a matéria à luz da normativa constitucional pertinente (art. 40, inciso III, § 5º, da CF/1988), clara e cristalina quanto à exigência de 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício das funções de Magistério para o caso em tela”. Na ocasião, nenhum comentário acerca da presença (ou ausência) dos requisitos de dolo ou fraude foi realizado³³.

Julgado n. 3: Na *Tomada de Contas Extraordinária n. 410267/10*, por sua vez, instaurada com o objetivo de apurar responsabilidade pela omissão na cobertura de bens depositados no Porto Seco de Cascavel, atingido por incêndio, discutiu-se bastante acerca da relevância de parecer facultativo exarado pela Procuradoria-Geral do Estado para a formação da culpa dos gestores envolvidos (Governador do Estado, Secretário de Estado da Agricultura e do Abastecimento e Diretor Presidente da CODAPAR). Referidos gestores foram processados – e posteriormente condenados – por terem reparado, amigavelmente, com recursos do Tesouro do Estado, os prejuízos das empresas depositantes. À época, à luz do relatório de comissão de sindicância, o órgão de consultoria jurídica do Estado (PGE)

32 BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. *Processo 829851/14*. Relator Conselheiro Artagão de Mattos Leão. Pleno. Acórdão 3894/15, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado n. 1195, em 1 set. 2015. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 19 jul. 2017.

33 BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. *Processo 401440/13*. Relator Conselheiro José Durval do Amaral. Primeira Câmara. Acórdão 197/16, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado 1296, em 12 fev. 2016. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 19 jul. 2017.

manifestou-se no sentido de que não havia elementos suficientes para o ajuizamento de ação de ressarcimento contra eventual causador do incêndio, por não se ter conseguido apurar conclusivamente a causa efetiva do sinistro. O Tribunal entendeu que o parecer foi omissivo quanto a vários pontos relevantes, uma vez que a documentação acostada aos processos “poderia exigir um tratamento mais detalhado da matéria, com a expedição de uma manifestação que contemplasse todas essas circunstâncias”, bem como que, mesmo diante de tal omissão, “o parecer não faz nenhuma recomendação expressa quanto à obrigatoriedade do pagamento”. Embora o parecerista não tenha sido sequer incluído no polo passivo da Tomada de Contas, o Conselheiro Relator Ivens Linhares chegou a asseverar que “a responsabilidade do Gestor não é afastada, pura e simplesmente, em virtude de estar a decisão amparada em pareceres técnicos”³⁴.

5. ANÁLISE CRÍTICA DAS HIPÓTESES DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA JURÍDICO NA JURISPRUDÊNCIA DO TCE-PR

Sendo o parecer, como visto, ato de natureza meramente opinativa, emitido por agente com expertise em determinada matéria, pode-se afirmar que, ao contrário do que ocorre com os atos administrativos propriamente ditos, *referidos pareceres não produzem efeitos jurídicos imediatos*, mas apenas mediatos. Em verdade, tais atos prestam-se apenas a “informar,

34 BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. *Processo 410267/10*. Relator Conselheiro Ivens Linhares. Pleno. Acórdão 381/15, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado 1062, em 13 fev. 2015. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 19 jul. 2017.

elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa³⁵.

Do exposto no parágrafo anterior, pode-se concluir que *o emitente do parecer*, inclusive no caso de parecer jurídico, *não pode ser responsabilizado perante terceiros* (o que inclui as condenações realizadas no âmbito das Cortes de Contas) *em virtude da simples emissão de parecer*. Para que exista responsabilização faz-se indispensável que, além da conduta dolosa ou culposa e do dano, exista *nexo de causalidade entre a conduta e o dano*, algo impossível de ser verificado em decorrência de mera emissão de opinião. É dizer, *quem opina não causa danos*.

Não à toa, a Constituição de 1988 estabelece que “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (art. 133). Essa regra decorre dos direitos fundamentais à *livre manifestação do pensamento*, à *liberdade de consciência*, à *livre expressão da atividade intelectual* e ao *livre exercício da profissão* (CF/88, art. 5º, IV, VI, IX, XIII), e é reforçada pela prescrição contida no art. 2º, § 3º, da Lei n. 8.906, de 04-07-1994 (Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil).

Em direito, *não existe uma verdade incontestável*, ou mesmo um órgão “dono” da verdadeira interpretação da lei. Como bem pondera Denilson Marcondes VENÂNCIO, “Não cabe ao controlador ditar o conteúdo do parecer jurídico. Servidão é conduta incompatível com a advocacia, que, mais do que qualquer outra profissão, existe para assegurar a liberdade, não podendo seu exercício se escravizar³⁶”.

35 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso...*, op. cit., p. 427.

36 VENÂNCIO, Denilson Marcondes. Parecer jurídico e responsabilidade. *Fórum Administrativo* – FA, Belo Horizonte, ano 13, n. 149, jul. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=96150>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

Como visto na primeira parte deste trabalho, os Tribunais de Contas, no exercício das funções jurisdicional e punitiva, não detêm sequer competência para julgar quem não tem competência para decidir.

Sobre o assunto, de maneira não menos contundente, assim leciona José dos Santos CARVALHO FILHO:

Refletindo uma opinião pessoal do parecerista, o parecer não vincula a autoridade que tem competência decisória, ou seja, aquela a quem cabe praticar o ato administrativo final. Trata-se de atos diversos – o parecer e o ato que o aprova ou rejeita. Como tais atos têm conteúdos antagônicos, o agente que opina nunca poderá ser o que decide.

De tudo isso resulta que o agente que emite o parecer não pode ser considerado solidariamente responsável com o agente que produziu o ato administrativo final, decidindo pela aprovação do parecer³⁷.

O raciocínio aplicado aos advogados públicos deve ser o mesmo aplicado aos *membros do Ministério Público* quando exercem a função de *fiscais da lei*, seja na esfera das Cortes de Contas (Ministério Público junto aos Tribunais de Contas), seja na esfera judicial. Promotores e Procuradores do Ministério Público, detentores de independência funcional (CF/88, art. 127, § 1º), não serão responsabilizados por suas opiniões, ainda que elas sirvam de fundamento para decisões posteriormente reformadas ou mesmo reconhecidas, em ações indenizatórias, como fruto de *erro judiciário*³⁸.

Afirmar que o parecerista não responde perante terceiros não equivale a afirmar que ele está livre para, no exercício de suas funções, *escrever qualquer coisa sobre qualquer coisa*, sem correr riscos de sanção. É dever de todo e

37 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 137.

38 VENÂNCIO, Denilson Marcondes. Parecer jurídico e responsabilidade. *Fórum Administrativo* – FA, Belo Horizonte, ano 13, n. 149, jul. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=96150>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

qualquer agente público *agir de maneira zelosa*, fundamentando de maneira clara e escorreita suas opiniões, bem como levando ao conhecimento do consulente eventuais controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais referentes ao tema sob análise, razão pela qual a própria Constituição, ao estabelecer a inviolabilidade do advogado, prescreve que essa inviolabilidade será *limitada pela lei* (CF/88, art.133, parte final).

O parecerista que, ao elaborar sua manifestação, for omissivo ou descuidado quanto a aspectos relevantes a respeito dos quais deveria se manifestar, bem como quando se posicionar contra literal disposição de lei (Lei n. 8.906/94, art. 34, VI), ou em desacordo com doutrina e jurisprudência majoritárias, sem fazer qualquer tipo de alerta ao gestor interessado, embora não responda por danos causados a terceiros (por ausência de nexo de causalidade), deverá responder a *processo administrativo disciplinar* – com vistas à apuração de infração funcional – perante o órgão a que estiver vinculado ou a Ordem dos Advogados do Brasil.

Dito isso, já se pode afirmar, da análise dos três julgamentos do TCE-PR proferidos em processos instaurados em desfavor de pareceristas jurídicos em casos de pareceres facultativos (julgados 1, 2 e 3 do tópico 4 deste trabalho), *não ter andado bem a referida Corte de Contas* quando da prolação do acórdão proferido no Processo 401440/13 (julgado n. 2), em que se decidiu por condenar a assessora jurídica municipal à sanção prescrita no art. 87, IV, “g”, da LC n. 113/2005. Ocorre que, ainda que fosse seu dever de ofício, quando perguntada, manifestar-se sobre os requisitos constitucionais para gozo de aposentadoria especial, *foi o ato do agente competente para decidir sobre o benefício* – e não o parecer jurídico – *que permitiu o gozo da aposentadoria*. Esse agente, não custa salientar, tem o dever de conhecer a legislação aplicável à matéria, não estando sequer obrigado a encaminhar à assessoria jurídica consulta sobre o tema. Aqui, a medida mais correta seria o encaminhamento de representação ao órgão de vinculação do parecerista, assim como à Ordem dos Advogados do Brasil, para apuração de infração funcional e eventual aplicação de sanção disciplinar.

O simples fato de a emissão de parecer decorrer de previsão legal (parecer obrigatório), como ocorre, por exemplo, nos processos para contratação direta mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação (Lei n. 8.666/93, art. 38, VI), nos processos para apuração de infração cometida por empresa contratada pelo Estado do Paraná (Lei n. 15.608/2007, art. 162, VII) e nos processos prévios à celebração de termo de colaboração ou termo de fomento com organizações da sociedade civil sem fins lucrativos (Lei n. 13.019/2014, art. 35, VI), não invalida as conclusões apresentadas nos parágrafos anteriores.

O parecer, mesmo quando exigido por disposição legal, mantém sua natureza de ato de natureza opinativa, não podendo seu prolator, pelo menos enquanto atuar apenas na condição de parecerista, ser caracterizado como causador de um dano. O parecerista não se transforma em administrador apenas por ter a obrigação legal de emitir opinião.

No mesmo sentido, vejamos o que diz José Vicente Santos de MENDONÇA:

De resto, não é possível acreditar que o parecerista vire administrador, com todas as consequências práticas do conceito (prestação de contas ao tribunal de contas etc.), apenas porque a lei determina, em certos casos, a elaboração de opinião. Seguindo a linha acaciana do ministro Marco Aurélio, o administrador administra, e um parecer vai ser sempre um parecer: se é obrigatório ou não, isso não desnatura sua essência opinativa. Trata-se de construção doutrinária e apenas em certo sentido jurisprudencial — já que não foi adotada na íntegra pelo STF, e dois ministros dela discordaram expressamente — que não se encaixa ao nosso Direito. O parecer é obrigatório quanto à sua presença, mas não é, e jamais poderia ser, obrigatório quanto a seu acolhimento: mesmo no caso do art. 38, parágrafo único, da Lei de Licitações, há consenso, no STF e nos tribunais de contas, de que a autoridade administrativa pode deixar motivadamente de segui-lo, arcando, é claro, com os riscos³⁹.

39 MENDONÇA, José Vicente Santos de. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards. *Revista Brasileira de Direito Público* – RBDP, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out.-dez. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006>>.

Disso decorre que o Tribunal de Contas do Estado do Paraná agiu equivocadamente nos três julgados analisados no item 3.1 (Processos de dispensa e inexigibilidade de licitação) deste artigo. Ao contrário do afirmado, não é dever do parecerista jurídico: (a) fiscalizar se os agentes da Administração anexaram aos autos os orçamentos justificadores do preço praticado na contratação (julgado 1), ou mesmo (b) apresentar “justificativas contundentes para concluir acerca da inviabilidade de competição” para contratação direta de “rodeio completo” (julgado 2), assim como (c) analisar em detalhes as cartas de exclusividade apresentadas pelas empresas contratadas (julgado 3).

Ao determinar a prolação de parecer jurídico sobre dispensa e inexigibilidade de licitação como requisito indispensável para contratação direta (Lei n. 8.666/93, art. 38, VI), *o legislador não tinha a intenção de transformar o parecerista em um garantidor (ou fiscal) integral da lisura do procedimento*, responsável inclusive por conferir, com vagar, toda a documentação anexada aos autos pela Administração e pelas empresas interessadas, mas de *permitir que referido especialista se manifestasse sobre as controvérsias jurídicas verificadas no feito*⁴⁰.

Não faria sentido, e a nós isso parece claro, incluir no procedimento a participação de um *expert* e esperar dele que, dentre outras coisas, realizasse uma checagem de documentos exigidos em lei – tarefa realizável por qualquer pessoa com conhecimentos mínimos do tema das licitações.

aspx?pdicntd=64618>. Acesso em: 16 jul. 2017.

40 Nesse sentido, Denilson Marcondes VENÂNCIO explica que “Não se pode pretender transformar o advogado em garantidor universal do processo de contratação ou da prática de qualquer ato administrativo que o valha”. (VENÂNCIO, Denilson Marcondes. Parecer jurídico e responsabilidade. *Fórum Administrativo* – FA, Belo Horizonte, ano 13, n. 149, jul. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=96150>>. Acesso em: 17 jul. 2017)

Chega a ser estarrecedor ver o TCE-PR condenar um advogado público por não ter *justificado de maneira contundente uma contratação direta*.

O parecerista jurídico só pode ser responsabilizado perante terceiros em duas situações distintas, e em nenhuma delas sua responsabilização decorre da mera emissão de opinião a respeito de determinada controvérsia jurídica. Em primeiro lugar, responderá sempre que agir dolosamente com vistas a causar danos a terceiros, em conluio com o agente competente para decidir; em segundo lugar, responderá quando agir ao menos culposamente no exercício da função descrita no art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93 – reproduzida pelo art. 71, *caput*, da Lei Estadual n. 15.608/2007.

A imputabilidade do parecerista por *atuação dolosa ou fraudulenta* está prevista no art. 84 da Lei n. 13.105, de 16-03-2015 (Código de Processo Civil de 2015), de acordo com o qual “O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

Nesse caso, considera-se insuficiente que o emissor do parecer tenha lavrado seu opinativo com o objetivo de lesar terceiro, já que, repita-se, opiniões, mesmo quando não reflitam o real entendimento de seu prolator, não causam danos – por não terem cunho decisório. Para que o dolo do parecerista dê ensejo à responsabilização deve haver algum tipo de *conluio* com o gestor responsável pela realização da despesa, de forma que o parecer integre um ato tipicamente administrativo, apto, assim, a produzir efeitos jurídicos imediatos.

A responsabilidade solidária em caso de parecer doloso, porém, depende de *comprovação da atuação ilícita* pelas instâncias competentes, não se admitindo sua presunção. Como bem leciona Juliano HEINEN, “uma das premissas mais basilares do nosso ordenamento jurídico – talvez

uma das mais incipientes da ciência do direito – é a de que a solidariedade e a responsabilidade não se presumem, derivam da lei ou do negócio jurídico”⁴¹.

O *segundo caso de responsabilização do parecerista* decorre do art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, na redação dada pela Lei n. 8.883/1994. Esse dispositivo, ao prescrever que “As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”, vai além da mera determinação de emissão de parecer jurídico, contida, exemplificativamente, no art. 35, VI, da Lei n. 13.019/2014. Aqui, o parecerista não se limita a opinar – isto é, a atuar como parecerista –, mas *atua, por força de lei, como verdadeiro gestor público*, tendo a incumbência não só de examinar, mas também de *aprovar as minutas de edital e de contrato* – seja nos casos de contratação direta, seja nos casos de contratação precedida de processo licitatório.

Na condição de gestor, admite-se imputar aos assessores jurídicos, advogados ou procuradores públicos eventuais prejuízos suportados pelo erário, desde que, obviamente, fiquem comprovados: (a) dolo ou culpa, (b) dano e (c) nexo de causalidade entre a conduta e o dano⁴². Para aferição do grau de culpabilidade – e consequentemente, da intensidade da sanção –, por sua vez, diversas circunstâncias devem ser consideradas, dentre as quais destacamos o grau de cautela adotado pelo parecerista, a gravidade do equívoco ou da omissão, o nível de controvérsia da matéria em âmbito jurisprudencial e os valores envolvidos na contratação.

41 HEINEN, Juliano. Impossibilidade de responsabilização dos advogados públicos no exercício da função consultiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 167-192, jul.-set. 2014. Disponível em: <www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=181672>. Acesso em: 14 jun. 2017.

42 Dado o escopo deste trabalho, não traremos ao debate as controvérsias relacionadas à constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) da regra contida no art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93.

Sobre a chamada “responsabilidade financeira”, Emerson Cesar da Silva GOMES leciona que:

A responsabilidade financeira tem como requisito subjetivo a culpa no sentido amplo (salvo no tocante à infração constante no art. 58, II, da Lei 8443/92, para a qual entendemos que se exige a culpa grave – item 9.2.1.), o que engloba o dolo e a culpa em sentido estrito, com todas as suas modalidades: negligência, imprudência e imperícia.

(...)

A avaliação de culpabilidade na gestão pública pressupõe a análise dos critérios para o exame, no caso concreto, do grau de reprovabilidade da conduta do administrador público.

Esta avaliação deve levar em conta as circunstâncias, os parâmetros e as informações disponíveis ao gestor vigente à época da conduta ou da decisão administrativa inquinada. É que o controle da gestão pública, via de regra, é exercido a posteriori, e, portanto, já conhece as reais consequências da conduta e não apenas a sua previsão. Ademais, a decisão administrativa é tomada sob a pressão dos acontecimentos, com prazos exíguos, o que não acontece com o exercício da atividade de controle⁴³.

Mesmo quando atua como gestor, o parecerista não pode ser responsabilizado (solidariamente) por todo e qualquer equívoco cometido ou por toda e qualquer omissão verificada em processo de licitação ou de dispensa ou inexigibilidade de licitação, *estando sua manifestação adstrita à análise das minutas de editais e contratos*, o que, inevitavelmente, envolve também a análise dos anexos dos editais de licitação, como “projeto básico e/ou executivo” e “orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços” (Lei n. 8.666/93, art. 40, § 2º, I e II).

Do exame do julgado n. 1 (*Processo 251169/09*), mencionado no item 3.2 (Processos de licitação) deste artigo, verifica-se que as sanções

43 GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Responsabilidade financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2012, p. 90, 93.

ao parecerista decorreram da omissão em apontar equívocos no edital de pregão, dentre os quais a terceirização de atividade fim e a falta de clareza no objeto licitado. Deixadas de lado considerações sobre a constitucionalidade do art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, e a razoabilidade da medida, entendemos que o TCE-PR agiu dentro dos limites que lhe foram conferidos por lei.

Da mesma maneira, parece-nos que, ao tempo do julgado n. 2 (*Processo 101810/11*), do mesmo item 3.2, a Corte de Contas Estadual dedicou-se a verificar exclusivamente a atuação do procurador público frente à minuta de edital de licitação. Embora entendamos não ser razoável a aplicação de multa ao parecerista por simplesmente não ter apontado ilegalidade em uma única cláusula editalícia (que previa, dentre os requisitos de habilitação, a propriedade de veículo automotor), não podemos concluir ter agido a Corte de Contas fora dos limites legais.

No caso do julgado n. 3, do referido item 3.2, por sua vez, embora seja dever legal do parecerista analisar também os anexos da minuta de edital, dentre os quais, em alguns casos, inclui-se o projeto básico, não vislumbramos omissão sequer culposa no fato de não se ter feito referência à ausência do mencionado projeto básico, já que, como descrito no próprio acórdão, não era incontestado a existência de obra pública.

6. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, podemos concluir que, por ser o parecer jurídico ato de natureza meramente opinativa, não assiste razão ao Tribunal de Contas do Estado do Paraná quando, sob o fundamento de apreciar a lisura no gasto do dinheiro público, acaba por condenar advogados, assessores jurídicos e procuradores públicos pela simples elaboração de pareceres.

Por força de norma constitucional, o advogado (inclusive o advogado público) é inviolável por seus atos e manifestações no exercício

da profissão, não detendo as Cortes de Contas sequer competência para julgar as referidas manifestações.

Como são requisitos indispensáveis à responsabilização – de quem quer que seja – perante terceiros a existência de conduta dolosa ou culposa, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, a punição de parecerista revela-se, no mínimo, ilógica, já que não existe nexo de causalidade entre a emissão de uma opinião e um dano. Apenas se pode punir quem tem poder para decidir.

O simples fato de a lei tornar obrigatória a emissão de um parecer não desconstrói os argumentos apresentados acima. A lei, como visto, não tem o condão de transformar uma opinião num ato típico de gestão.

O parecerista que, ao elaborar sua manifestação, for omissivo ou descuidado quanto a aspectos relevantes a respeito dos quais deveria se manifestar, bem como quando se posicionar contra literal disposição de lei, deverá responder a processo administrativo disciplinar perante o órgão a que estiver vinculado ou a Ordem dos Advogados do Brasil. Os Tribunais de Contas, repita-se, não são o local adequado para julgamento de pareceres.

A condenação do parecerista pelas Cortes de Contas só será válida nos casos em que não atue exclusivamente na condição de prolator de opinião. Em primeiro lugar, poderá o referido *expert* ser chamado a responder quando atuar mediante dolo ou fraude, em conluio com o gestor competente para decidir, oportunidade em que terá participado da formação do ato lesivo; em segundo lugar, será admissível a aplicação de sanção ao parecerista nos casos em que, ao aprovar minuta de edital ou contrato administrativo, referido agente causar danos ao erário em virtude de atuação pelo menos culposa.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Márcio dos Santos. *502 comentários sobre licitações e contratos administrativos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora NDJ, 2011.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. O controle preventivo procedimental e as soluções especiais para situações extraordinárias. In: FORTINI, Cristiana; IVANEGA, Miriam Mabel. *Mecanismos de controle interno e sua matriz constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 4190 MC-REF, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Acórdão publicado no Diário da Justiça, 10 jun. 2010. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 190.985, rel. min. Néri da Silveira, Acórdão publicado no Diário da Justiça, 24 ago. 2001. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.510, rel. min. Ellen Gracie, voto do min. Celso de Mello, Acórdão publicado no Diário da Justiça, 19 mar. 2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 24.631. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Acórdão publicado no Diário da Justiça, 1 fev. 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 007.277/2003-3. Pleno. Rel. Min. Raimundo Carreiro. Acórdão 1801/2007. Sessão julgada em 5 set. 2007. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 22 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 296224/12. Relator Conselheiro Ivens Zschoerper Linhares. Tribunal Pleno. Acórdão 2.548/17, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado n. 1609, em 7 jun. 2017. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 17 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 173813/16. Relator Conselheiro Ivens Zschoerper Linhares. Primeira Câmara. Acórdão 6204/16, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado n. 1506, em 20 dez. 2016. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 581616/15. Relator Conselheiro Ivens Zschoerper Linhares. Pleno. Acórdão 1526/16, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado n. 1342, em 19 abr. 2016. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 251169/09. Relator Nestor Baptista. Pleno. Acórdão 841/11, publicado nos Atos Oficiais do Tribunal de Contas do Estado n. 302, em 03 jun. 2011. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 101810/11. Relator Conselheiro José Durval do Amaral. Pleno. Acórdão 1788/15, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado n. 115, em 8 maio 2015. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 829851/14. Relator Conselheiro Artagão de Mattos Leão. Pleno. Acórdão 3894/15, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado n. 1195, em 1 set. 2015. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 401440/13. Relator Conselheiro José Durval do Amaral. Primeira Câmara. Acórdão 197/16, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado n. 1296, em 12 fev. 2016. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 410267/10. Relator Conselheiro Ivens Linhares. Pleno. Acórdão 381/15, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado n. 1062, em 13 fev. 2015. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 19 jul. 2017

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimento exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FURTADO, J. R. Caldas. *Direito financeiro*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. atual. por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Responsabilidade financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2012.

HEINEN, Juliano. Impossibilidade de responsabilização dos advogados públicos no exercício da função consultiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 167-192, jul.-set. 2014. Disponível em: <www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=181672>. Acesso em: 14 jun. 2017.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. rev. e atual. até a EC 71, de 29 nov. 2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out.-dez. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=64618>>. Acesso em: 16 jul. 2017. 2017.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2. tir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

VENÂNCIO, Denilson Marcondes. Parecer jurídico e responsabilidade. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 13, n. 149, jul. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=96150>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

A responsabilização do parecerista na jurisprudência dominante e no Novo CPC: análise crítica

Legal advisor's accountability in the dominant jurisprudence and in the New Civil Procedure Code: critical analysis

Amanda Louise Ramajo Corvello Barreto¹

RESUMO: A definição da responsabilização do Advogado Público ainda é muito controvertida, seja na própria Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, seja no posicionamento do Tribunal de Contas da União. Além disso, outro balizamento sobre o tema foi introduzido com a edição do Novo CPC – Lei n. 13.105/2015, que em seu art. 184 estabeleceu que o Advogado Público será civil e regressivamente responsável em caso de dolo ou fraude no exercício de suas funções. Assim, o objetivo principal deste trabalho foi a análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União, comparando-a com o novo paradigma de apuração de responsabilidade introduzido pela Lei n. 13.105/2015, a fim de se estabelecer os parâmetros que a delimitem. A conclusão a que se chegou

¹ Especialista em Direito Processual pelo IBEJ – Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos. Especialista em Direito Tributário pelo IBEJ – Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos. Especialista em Advocacia Pública pelo IDDE – Instituto para o Desenvolvimento Democrático em conjunto com a Universidade de Coimbra. Procuradora do Estado do Paraná.

foi pela possibilidade de estreitamento do elemento subjetivo na apuração da responsabilidade do Advogado Público diante do novo panorama legal.

PALAVRAS-CHAVES: Advocacia Pública; responsabilidade; parecerista; Supremo Tribunal Federal; Tribunal de Contas da União; Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT: The establishment of accountability of the Public Attorney is still very controversial, both in case law of the Supreme Court or in the position of the Federal Audit Court. In addition, another marking on the topic was introduced with the enactment of the new Civil Procedure Code – Law 13.105/2015, which in its article 184 established that the Public Attorney will be civil liable and with recourse obligation in the event of willful misconduct or fraud in the performance of their duties. Therefore, the main objective of this study was to analyze the Supreme Court and Federal Audit Court jurisprudence, comparing it with the new responsibility paradigm introduced by Law 13.105/2015 in order to establish the parameters that delimit. The conclusion reached was the possibility of narrowing the subjective element in determining the responsibility of the Public Attorneys before the new legal landscape.

KEYWORDS: Public Advocacy; responsibility; legal advisor; Brazilian Supreme Court; Federal Audit Court; New Civil Procedure Code.

1. INTRODUÇÃO

A discussão acerca da responsabilidade do Advogado Público pela emissão de pareceres é assunto controvertido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e entre esta e o posicionamento do Tribunal de Contas da União.

Não raro são proferidas decisões judiciais cassando pronunciamentos dos Tribunais de Contas em virtude do exacerbado alargamento da responsabilização do parecerista, mormente por uma falta de avaliação

correta do nexo de causalidade entre o parecer emitido e o dano ao erário, bem como evidente confusão no que se refere às hipóteses de responsabilização do Advogado Público, que não se transmuda em ordenador de despesa pela mera resposta à consulta formulada pelo administrador público, como entende a Corte de Contas da União.

Além disso, é rotineira a pretensão dos órgãos de controle externo, notadamente Ministério Público e Corte de Contas, de “revisar” os pareceres jurídicos, sob a reinterpretação do que seria “o melhor posicionamento” ou o “mais abalizado” ou “doutrina e jurisprudência pertinentes”.

Neste diapasão, o Poder Judiciário tem sido chamado a decidir acerca dos limites da responsabilização do Advogado de Estado.

A jurisprudência do Supremo Federal, consubstanciada em três acórdãos principais, ainda não é pacificada, mas indicativa de uma direção.

O objetivo do presente trabalho é uma análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União, partindo de pressupostos básicos da responsabilização do parecerista, bem como trazendo o enfoque do Novo CPC sobre a responsabilidade do Advogado Público, a fim de se estabelecer as posições atualmente vigentes sobre a matéria.

2. PARECERES – DEFINIÇÃO, ESPÉCIES, NATUREZA JURÍDICA

Os pareceres são peças opinativas de determinado órgão consultivo sobre matéria de sua competência, elaborados a fim de orientar o Administrador Público.

Em regra geral, os pareceres jurídicos não são vinculantes ao gestor público. Sua natureza é, portanto, de mera opinião técnico-jurídica sobre determinada matéria que lhes é submetida. Isto porque o administrador público não está adstrito ao parecer, podendo adotá-lo ou não para fins de emissão do ato administrativo. Por tal razão, diz-se que o parecer não integra propriamente a esfera decisória da Administração, não sendo passível,

por exemplo, de impetração de mandado de segurança, uma vez que não é dotado de autoexecutoriedade e imperatividade, atributos fundamentais aos atos administrativos, não produzindo desta forma, quaisquer efeitos jurídicos concretos. Trata-se de mero ato da Administração, conforme inclusive leciona Maria Sylvia Zanella DI PIETRO².

Ainda que o parecer seja adotado como razão de decidir pelo gestor público, ou seja, como motivação do ato administrativo emitido pela autoridade administrativa, este não perde sua característica opinativa, uma vez que o que subsiste como ato administrativo não é o parecer e sim o ato de sua aprovação.

Neste sentido, é clássica a lição de Hely Lopes MEIRELLES³:

O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva.

Os pareceres podem ser divididos nas seguintes espécies: facultativos, obrigatórios e vinculantes.

Os pareceres são ditos facultativos quando fica a critério do gestor público solicitá-lo ou não a fim de balizar o seu convencimento, porém, sua conclusão não vincula o administrador.

O parecer é obrigatório quando a lei determina que certo ato administrativo somente pode ser praticado mediante a prévia manifestação do órgão consultivo, sob pena de nulidade. Mesmo aqui o administrador

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 204.

3 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 204.

público não está adstrito ao seu conteúdo, mantendo, portanto, o parecer, sua natureza meramente opinativa. Ao administrador, caso entenda de maneira diversa à da opinião externada na consulta, cabe a sua devida motivação ou a solicitação de elaboração de novo parecer.

O parecer é dito vinculante quando a Administração Pública está obrigada a solicitá-lo e a seguir o seu conteúdo e a sua conclusão. Não há espaço decisório diverso para o gestor público.

Em que pesem opiniões em contrário, entendemos que no sistema jurídico brasileiro a única hipótese de parecer vinculante é o parecer normativo, justamente por conta da natureza jurídica meramente opinativa dos pareceres.

O parecer normativo é aquele que, quando aprovado pela autoridade competente, via de regra, o chefe do Poder Executivo, deve ser seguido por toda a Administração Pública, convertendo-se em verdadeira norma interna. Ou seja, apenas nessa situação o parecer perde a sua característica de peça opinativa, passando a ser impositivo.

Para fins de responsabilização do Advogado Público, as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União, como adiante se demonstrará, têm se inclinado a considerar que o parecer emitido nos termos do art. 38, parágrafo único da Lei n. 8.666/93⁴, é vinculante, caracterizando-se como hipótese de responsabilidade solidária com o administrador público em caso de culpa em sentido lato ou erro grosseiro.

4 Art. 38. (...) **Parágrafo único.** As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

3. A INVIOABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO E SUA RESPONSABILIZAÇÃO

A Constituição Federal em seu art. 133 assim dispõe: “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

A disposição constitucional, obviamente, é inteiramente aplicável aos Advogados Públicos e pretende materializar a independência técnica com que todo advogado, quer atuando de maneira contenciosa quer consultiva, deve ter assegurada para o desenvolvimento de seu mister.

Entretanto, no mundo real, as coisas não se passam exatamente dessa forma.

É de conhecimento de todos os que labutam na seara público-administrativa as pressões que grassam ocorrer aos Advogados Públicos, mormente aos pareceristas.

Se é certo que cabe ao Procurador Público orientar o administrador público, participando da elaboração das políticas públicas e efetivando um verdadeiro controle prévio de legalidade, não é menos certo que por vezes a autoridade apenas quer se valer de um parecer para legitimar uma conduta sua, que nem sempre se enquadra na “moldura” legal.

Somado a isso, órgãos externos, notadamente o Ministério Público e os Tribunais de Contas, pretendem ser os guardiões do que é considerado o posicionamento jurídico correto para cada caso concreto.

Veja-se o exemplo do Ministério Público do Estado do Paraná, que, por meio do Enunciado n. 16⁵ do 1º Encontro de Trabalho do Patrimônio Público, assim orientou os Promotores de Justiça:

5 Em Informativo n. 021/2014: *Responsabilidade do Advogado Público*. Disponível em: <<http://www.patrimoniopublico.mppr.mp.br/modules/noticias/article>>. Acesso em: 29 set. 2014.

Enunciado n. 16

Responsabilidade dos advogados públicos

Os advogados públicos submetem-se ao regime jurídico administrativo e, em decorrência disso, são responsáveis por seus pareceres, sejam eles facultativos, obrigatórios ou vinculantes, nas hipóteses de dolo ou culpa. Exemplificadamente, podem ser responsabilizados quando seus pronunciamentos: i) carecerem de fundamentação; ii) sustentam tese jurídica desprovida de qualquer fundamentação doutrinária ou jurisprudencial; iii) deixam de apontar posicionamentos divergentes; iv) não apreciam, com a necessária acuidade, a efetiva ocorrência dos suportes fáticos, de dispensa, ou inexigibilidade, para fins de incidência das regras excepcionais encartadas no art. 24, e 25, da Lei de Licitações. (Aprovado à unanimidade)

Fundamentos: STF. MS 24.584/DF. STF. MS 24.631/DF.

Ora, no enunciado resta evidente a indevida intromissão do Ministério Público do Paraná nas atividades típicas desenvolvidas pelos Advogados Públicos, na medida em que, por meio de exemplos, este presume quando houve dolo ou culpa, chegando a delimitar quando e como ocorrem tais hipóteses, em verdadeira afronta ao que inclusive já restou decidido nos próprios precedentes invocados como fundamentação, os quais serão objeto de análise em capítulo adiante.

Evidente que não se está a defender a irresponsabilidade absoluta do parecerista, até porque o próprio dispositivo constitucional fala em “nos termos da lei”, mas o que se pretende combater é o demasiado e desarrazoado alargamento da atribuição deste encargo reparatório.

Assim é que a imunidade técnico-funcional do parecerista encontra seu limite justamente no que se estabelece na legislação de regência.

Desta feita, estabelece a Lei n. 8906/1994 – Estatuto da OAB:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social. (...)

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.

§ 1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.

§ 2º Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão.

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

Da leitura dos dispositivos legais supratranscritos há a reafirmação da imunidade que goza todo e qualquer advogado, incluindo-se o Advogado Público, sendo o limite material a essa imunidade os atos praticados com dolo ou culpa.

Dessa forma, o Procurador que atua no consultivo somente pode ser responsabilizado quando, no exercício de suas funções, agir com dolo ou culpa, consubstanciado no erro grosseiro e inescusável.

Trata-se, portanto, de responsabilidade subjetiva, fundada na Teoria da Culpa, que demanda a comprovação: 1) da ação ou omissão do agente, 2) da culpa em sentido amplo, 3) do efetivo dano ao erário público, 4) do nexos causal entre a conduta do parecerista e o dano.

Sobre isso, é valioso o estudo de Ricardo Vieira de Carvalho FERNANDES⁶, que assim sintetiza:

No caso de serviços profissionais, como o advocatício, a culpa em sentido estrito configura-se como imperícia, que é o despreparo em exercer uma atividade em que o conhecimento técnico é fundamental para seu exercício, ou como negligência, que se refere à falta de cuidado no executar da profissão como a perda de prazo ou omissão caracterizadora da prescrição. A imperícia e a negligência, no caso dos serviços de advocacia, caracterizam-se somente pela constatação de erro grave e inescusável. Isso porque a natureza de suas atividades, bem como a inviolabilidade funcional insculpida na Constituição (art. 133) impõem um regime diferenciado

6 FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Regime jurídico de responsabilidade do advogado público*. Anais do XIX Encontro Nacional Conpedi, Fortaleza. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4202.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

às suas funções essenciais, a permitir o exercício funcional com independência nas escolhas das teses, estratégias, argumentos, precedentes, recursos a serem utilizados. Diante disso, mesmo que a escolha não seja bem-sucedida, esse fato não acarreta sua responsabilidade por simples erro; o erro deve ser, portanto, indesculpável e grave.

O erro, para ser considerado como causador do dano ao erário, deve ser grave e inescusável – o chamado erro grosseiro, que o profissional médio não cometeria. Assim, não basta o mero desconhecimento de determinada jurisprudência ou doutrina específica.

Ora, não é demais lembrar que no Direito não existe somente uma interpretação jurídica possível para um mesmo fato. Na verdade, justamente por se tratar de uma ciência humana é que se abre um leque de múltiplas interpretações. Entretanto, no caso concreto, deve-se apurar se o consultor agiu com a cautela esperada de um profissional médio, calcado em posicionamentos defensáveis e de boa-fé.

São oportunas as colocações de José Vicente Santos de MENDONÇA⁷:

Não estamos falando de interpretações divergentes em relação à maioria da doutrina ou da jurisprudência. Não estamos falando da adoção de teses superadas. Estamos falando de erros claros. Erros baseados no parâmetro consistente *no que se poderia exigir de um profissional médio*. Não de um super-advogado com uma equipe de devotados estagiários. Não de um jurista experimentado. De um advogado público, com a presunção de conhecimento trazida pela aprovação no concurso. Aos exemplos, todos reais.

Elaborar parecer jurídico referente a matéria atual de trânsito com base no revogado Código Nacional de Trânsito, Lei Federal n. 5.108, de 21 de setembro de 1966. Enquadrar caso de dispensa de licitação em artigo inteiramente inaplicável da Lei de Licitações. Aplicar a legislação da União relativa a pregão a hipótese em que a legislação estadual sobre o tema estabelece regra diversa e incompatível. *Et coetera*.

7 MENDONÇA, José Vicente Santos de. *A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards*. Tese apresentada e aprovada no XXXV Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Fortaleza, 2009. Disponível em: <<http://anape.org.br/site/responsabilidade-pessoal-parecerista-publico-quatro-standards/>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

Aqui, faz-se um parêntese para dizer que o parecerista não é dotado de superpoderes. Submetida pelo administrador público determinada matéria de fato à sua opinião, não há como ele realizar ilações acerca das questões fáticas. Vale dizer: se a situação posta não era exatamente aquela, não há como o Advogado de Estado saber. O âmbito de seu parecer é a matéria jurídica, o alcance do seu conhecimento é meramente técnico dentro de sua competência, não podendo se arvorar em matérias contábeis, de engenharia etc., como muitas vezes pretendem os Tribunais de Contas.

Neste sentido, é preciso o posicionamento de Jaime VILLELA⁸:

(...) a natureza do juízo expresso pelo advogado de Estado nos atos próprios de sua função de consultoria de Estado é indubitavelmente de cunho exclusivo e estritamente jurídico; a opinião expendida atine apenas à juridicidade das questões examinadas, eis que somente as suas conclusões estritamente de direito ganham eficácia jurídica. Quaisquer opiniões de outra natureza, mesmo que inseridas no parecer jurídico, não são juridicamente eficazes, pelo simples fato de que desbordam da competência profissional constitucionalmente delimitada do agente jurídico.

Claro que para formar seu convencimento e emitir sua opinião o Advogado Público deve verificar se constam no processo administrativo submetido ao seu parecer os dados técnicos, informações e manifestações que a lei determina, a fim de perceber se estão presentes os requisitos legais para elaboração ou não do ato administrativo, especialmente em casos de contratos e licitações. Mas não há como ele se adentrar no mérito técnico dessas informações, nem tampouco opinar sobre razões de conveniência e oportunidade, por se tratar de verdadeira segmentação de funções técnicas.

No tocante ao dolo, deve ficar efetivamente comprovada a má-fé do advogado parecerista, a vontade deliberada, dirigida para causar o dano

8 VILLELA, Jaime. Da responsabilização de advogados públicos pareceristas e seus limites – Breve análise do Acórdão TC n. 011.119/2009 (TCU). *Fórum Administrativo* – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 165, p. 53-59, nov. 2014.

ao erário por meio do parecer, que se torna o instrumento permissivo da realização do ato improprio. Trata-se, evidentemente, de elemento subjetivo de difícil comprovação, que somente pode ser apurado mediante prova testemunhal, quebra de sigilos, etc. e, mesmo assim, de raríssima configuração.

É por isso que, em regra geral, a responsabilização do Advogado Público parecerista tem como foco principal o erro grave e inexcusável, o que acaba por propiciar uma investida de alargamento da interpretação subjetiva do que seria tal aspecto, especialmente por parte de órgãos de controle externo, como ficou patente no conteúdo do Enunciado n. 16 já mencionado e em decisões do Tribunal de Contas da União, que serão objeto de capítulo à parte.

4. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Basicamente três acórdãos do Supremo Tribunal Federal⁹ têm sido tomados como paradigmas pela doutrina para a definição e evolução do pensamento da Corte Máxima acerca da responsabilidade do Advogado Público.

O primeiro deles, prolatado no MS n. 24.073-3-DF, em 06/11/2002, tem relatoria do Ministro Carlos Velloso.

Nele restou refutada a responsabilização solidária do advogado com o administrador, pretendida pelo Tribunal de Contas da União, por se entender que o parecer emitido possui caráter meramente opinativo, não consubstanciando ato administrativo.

Também ficou assentado que o Advogado Público somente responde civilmente pelos danos causados se decorrente de erro grave e inexcusável,

9 Todos os acórdãos foram obtidos no site do STF: www.stf.jus.br. Acesso em: 14. jun. 2015.

ou ato comissivo ou omissivo praticado com culpa em sentido lato (dolo e culpa grave).

Do voto do Ministro relator extraímos as seguintes partes, que sintetizam o posicionamento adotado:

É dizer, o parecer não se constitui no ato decisório, na decisão administrativa, dado que ele nada mais faz senão “*informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa*”.

Posta assim a questão, forçoso concluir que o autor do parecer, que emitiu opinião não vinculante, opinião a qual não está o administrador vinculado, não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador, ressalvado, entretanto, o parecer emitido com evidente má-fé, oferecido, por exemplo, perante administrador inapto.

Este é o primeiro fundamento que me leva a deferir a segurança.

Fundamento de maior relevância, entretanto conducente à concessão do **writ**, é este: o advogado, segundo a Constituição Federal “*é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*”.

(...)

Ora, o direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de um certo texto de lei, o que acontece, invariavelmente, nos Tribunais. Por isso, para que se torne lícita a responsabilidade do advogado que emitiu parecer sobre determinada questão de direito é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave, inescusável.

(...)

Forçoso concluir que o cerne da questão está, na verdade, na discordância de interpretação. O órgão apontado coator deixa expresso que os pareceristas não averiguaram “*com o devido rigor situações concretas, inclusive com base na doutrina e na jurisprudência pertinentes, a observância dos requisitos básicos para atendimento às exigências impostas pela Lei de Licitações e Contratos (...)*”. E no que diz respeito a não terem os pareceristas averiguado com rigor a situação concreta, deu-lhe boa resposta a inicial da lavra do Professor Luís Roberto Barroso:

“(...)

24. O primeiro argumento, com a vênua devida, beira o absurdo, se a empresa estatal, por seu órgão competente, presta ao Serviço Jurídico uma determinada informação técnica dotada de verossimilhança – por exemplo, a de que só uma determinada consultoria atende às circunstâncias presentes da empresa, sendo inviável a competição – não têm os advogados o dever, os meios ou sequer a legitimidade de

deflagrarem investigação para aferir o acerto, a conveniência e a oportunidade de tal decisão.

(...)” (fl.10).

Os demais Ministros que compuseram o quórum fizeram observações importantes e pertinentes, que não podemos deixar de ressaltar.

O Ministro Gilmar Mendes pontuou que se tratava de caso emblemático em que os Tribunais de Contas e o Ministério Público procuravam sempre revisar a opinião jurídica externada nos pareceres com base em seus próprios pontos de vista.

O Ministro Nelson Jobim assevera que “só faltava o Tribunal de Contas também envolver os eventuais doutrinadores que embasaram o parecer dos advogados. (...). No momento em que se fala de ‘doutrina pertinente’, a impertinente pratica o ato de improbidade”.

O Ministro Maurício Corrêa ressaltou a imunidade material já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal ao Advogado-Geral da União no exercício da função.

O Ministro Sepúlveda Pertence expôs que faleceria competência ao Tribunal de Contas da União para multar os advogados pareceristas, em virtude da imunidade do advogado. E acrescenta, espirituoso, que “se pega a moda, o Ministério Público, emissor de algumas centenas de pareceres diários, vai pagar todas as culpas que tem e não tem”.

Esse acórdão foi o paradigma que vingou durante muito tempo. Entretanto, uma segunda decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos de MS n. 24.584-1- DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, cujo julgamento se iniciou em 05/11/2003 e findou em 09/11/2007, modificou parcialmente o entendimento anterior.

Nessa decisão, após intensa discussão, os Ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam, por maioria, que não caberia a recusa do Advogado Público responder perante o Tribunal de Contas da União, nos casos previstos no art. 38 da Lei de Licitações, posto que a manifestação jurídica nesses casos é obrigatória, materializada na aprovação de editais

de licitação, contratos, convênios, acordos e ajustes, não se limitando a mera opinião.

No caso, o mandado de segurança foi proposto por Procuradores do INSS que não pretendiam sequer serem ouvidos ou incluídos no processo perante o Tribunal de Contas da União, com base na liberdade profissional, bem como na ausência de responsabilidade enquanto ordenadores de despesa/administradores públicos.

O relator, Ministro Marco Aurélio, afirmou que era necessário avançar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por entender que nos casos do art. 38 da Lei n. 8666/93, não se tratava de mero ato opinativo, na medida em que se consubstanciava na aprovação de minuta de edital, convênio, contrato, respondendo o Advogado Público, nestes casos, solidariamente com o administrador público. Asseverou que “A imunidade profissional do corpo jurídico – artigo 133 da Constituição Federal – não pode ser confundida com indenidade, fica sujeita, na Administração Pública, aos termos da lei, às balizas ditadas pelos princípios da legalidade e da eficiência”. Ressaltou ainda, que naquele momento se tratava de permitir que os impetrantes prestassem esclarecimentos perante o Tribunal de Contas da União, e em caso de inadequação na apuração da responsabilidade por parte da Corte de Contas, poderiam estes se valer do Poder Judiciário para se afastar os excessos eventualmente causados.

O Ministro Joaquim Barbosa, ao proferir o seu voto, trouxe a lição do administrativista francês René Chapus, que classifica os pareceres em: **facultativos**, quando a autoridade não se vincula ao parecer emitido; **obrigatórios**, em que a autoridade fica vinculada à consulta formulada e, se pretender praticar o ato administrativo de forma diversa ao posicionamento adotado, deve solicitar um novo parecer; e, os pareceres **vinculantes** ou **conforme**, em “que o administrador não poderá decidir **senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir**”. Afirma o Ministro que, nestes casos, “há efetiva **partilha do poder decisório**”.

O parecer facultativo não gera qualquer responsabilidade ao parecerista, salvo dolo ou culpa. Já no parecer vinculante, definido

em lei, como o do parágrafo único do art. 38 da Lei n. 8666/93, em que há compartilhamento de poder de decisão entre o parecerista e o administrador, há responsabilidade conjunta em caso de irregularidade na prática dos atos administrativos.

Foram dissidentes os Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Carmen Lúcia.

O terceiro precedente é o do Mandado de Segurança n. 24.631-6, julgado em 9/8/2007, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, formulado por Procurador autárquico do DNER em face do Tribunal de Contas da União, pretendendo o afastamento de sua responsabilidade por emissão de parecer lançado no sentido da possibilidade de transação judicial, mas que fora utilizado pelo administrador público para efetivar transação extrajudicial, com burla ao regime de precatórios.

O Ministro Joaquim Barbosa trouxe novamente a doutrina de René Chapus, mas por se tratar de parecer opinativo, somente poder-se-ia haver imputação de responsabilidade ao advogado mediante comprovação de erro grosseiro ou culpa.

Concluiu, desta feita, pela abusividade da responsabilização do parecerista por meio de um alargamento da relação de causalidade entre o parecer e o ato administrativo que resultou em dano ao erário.

Ressaltou o Ministro relator que “o entendimento demonstrado nas informações do TCU revela, no caso, uma concepção de causalidade perversa, com a responsabilização de todos aqueles que ‘potencialmente’ tenham dado ensejo à irregularidade verificada na auditoria”. Asseverou ainda que “houve uma presunção de responsabilidade” por parte da Corte de Contas, sem “qualquer demonstração de culpa ou seus indícios”.

Os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto discordaram do posicionamento do relator no tocante à premissa adotada de o parecer obrigatório transformar o parecerista em administrador, ressaltando o Ministro Marco Aurélio que “Senhor Presidente, é acaciano: parecer, enquanto parecer, é parecer”.

Dos paradigmas apresentados, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, até o momento, concluiu que: 1) o Advogado Público parecerista pode ser chamado a prestar informações perante o Tribunal de Contas, desde que se trate de aprovação de minuta de edital de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes, nos termos previstos no parágrafo único do art. 38 da Lei n. 8666/1993; 2) o Advogado Público é responsável civilmente pelos danos causados, se decorrentes de erro grave e inescusável, ou ato comissivo ou omissivo praticado com culpa em sentido lato (dolo e culpa grave); 3) para parte dos Ministros, que aliás, não compõe mais a Corte, nos casos em que o parecer é vinculante, haveria possibilidade de o consultor público responder solidariamente com o administrador pelo ato administrativo; 4) é abusiva a responsabilização do parecerista com base no alargamento do nexo de causalidade entre o dano ao erário e o parecer.

Feitas estas considerações, entendemos oportuna a crítica em relação ao posicionamento do Ministro Joaquim Barbosa, no sentido de que há divisão do poder de decisão entre o Advogado Público e o administrador quando da elaboração de pareceres vinculantes, nos termos da doutrina de René Chapus. Não existe no direito brasileiro hipótese de parecer vinculante, como posto na doutrina francesa, na qual o administrador deve decidir de acordo com o parecer emitido ou nada decidir, senão na hipótese de parecer normativo. Mas, mesmo assim, se o chefe do Poder Executivo, que normalmente é quem possui competência para aprovar tais pareceres, achar por bem revogá-lo, este deixa de ter força vinculante para a Administração Pública. E mais, o chefe do Poder Executivo pode fazê-lo a qualquer momento, podendo o parecer deixar de ser obrigatório, o que somente reforça o caráter opinativo dos pareceres.

Sob esse aspecto, concordamos com o posicionamento de José Vicente Santos de MENDONÇA¹⁰:

10 Op. Cit.

Se concordamos, então, com o STF, não concordamos na íntegra, e o motivo é o seguinte: a obrigatoriedade da consulta não tem importância na responsabilização do parecerista. Esse parâmetro, a rigor a grande novidade do assunto nos últimos tempos, trazido por Joaquim Barbosa a partir de René Chapus, é critério formal, estático, quando a análise de uma responsabilização pessoal sempre se deve dar de modo subjetivo. É dizer, o problema não nos parece que resida na obrigatoriedade do parecer, mas sim se esse parecer, não importa se obrigatório ou facultativo, efetiva e concretamente induziu a autoridade a erro – se há, portanto, nexos causal –, e se foi proferido com dolo ou erro grave e inescusável. Além disso, aparentemente não existe, no Brasil, parecer vinculante, ao menos na forma como o ministro Joaquim Barbosa definiu: hipótese legal que obrigue o administrador a “decidir” conforme o parecer ou, então, a nada decidir. Em todos os casos, mesmo naqueles em que a manifestação das assessorias jurídicas é obrigatória, a autoridade sempre poderá refazer/modificar sua proposta de ação, e, assim, submeter novamente a questão à análise jurídica. Simplesmente não faz sentido uma situação em que a lei obrigue o administrador a “decidir” conforme o parecer (as aspas se justificam porque, em termos lógicos, inexistiria qualquer decisão) ou nada decidir.

(...)

Conclusão: não existem pareceres vinculantes no Direito brasileiro, mas, somente, pareceres obrigatórios e facultativos; não é a obrigatoriedade que atrai a responsabilidade, mas a culpa/dolo, o nexos causal e o dano; o parecer obrigatório não torna seu prolator um administrador, tanto que o verdadeiro administrador poderá decidir motivadamente de modo contrário a este; a hipótese do art. 38, parágrafo único, da Lei de Licitações, carrega responsabilidade aos pareceristas apenas porque cria um ato administrativo de aprovação, não porque os pareceres ali referidos sejam obrigatórios.

5. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

A posição do Tribunal de Contas da União, no tocante à responsabilização do advogado parecerista, tem sido muito ampliada.

O tema é tratado em diversos julgados da Corte de Contas, que reiteradamente tem se posicionado no sentido de que o Advogado Público emissor do parecer jurídico, independentemente de sua espécie, é sempre

responsável solidário com os gestores pela irregularidade na aplicação dos recursos públicos, considerando-se que o parecer jurídico integra e motiva o ato administrativo emitido pelo ordenador de despesa.

Um dos paradigmas sobre o tema é o AC-0825-10/14-P¹¹, emitido no Processo n. 030.745/2011-0, de Relatoria da Ministra Ana Arraes, julgado em 02/04/2014, que passamos a transcrever parcialmente, com nossos grifos.

Esta Corte de Contas tem entendimento firmado no sentido de que o parecerista jurídico pode ser responsabilizado solidariamente com os gestores por irregularidades ou prejuízos ao erário, nos casos de erro grosseiro ou atuação culposa, quando seu parecer for obrigatório – caso em que há expressa exigência legal – ou mesmo opinativo. Embora não exerça função de execução administrativa, nem ordene despesas ou utilize, gerencie, arrecade, guarde e administre bens, dinheiros ou valores públicos, o parecerista jurídico pode ser arrolado como responsável por este Tribunal, pois o art. 71, inciso II, da Constituição Federal responsabiliza aqueles que derem causa a perda, extravio “ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário”.

(...)

A responsabilização solidária do parecerista por dolo ou culpa decorre da própria Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), a qual, em seu art. 32, dispõe que o “advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”. A disciplina do art. 186 do Código Civil conduz à mesma conclusão, ao estatuir o seguinte: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Ademais, complementando o dispositivo citado, o art. 927 do mesmo código traz a seguinte previsão: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Assim, existindo parecer que por dolo ou culpa induza o administrador público à prática de irregularidade, ilegalidade ou quaisquer outros atos que firam princípios da administração pública, poderá ensejar a responsabilização pelas irregularidades e prejuízos aos quais tenha dado causa, justamente o caso verificado nos presentes

11 Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord201440403/AC_0825_10_14_P.doc>. Acesso em: 22 nov. 2014.

autos, em que o parecerista jurídico, ora recorrente, emitiu parecer desarrazoado, eis que contrário à norma legal expressa.

(...)

A jurisprudência desta Corte de Contas há muito consolidou esse entendimento, conforme consignado nos acórdãos 1.674/2008-Plenário e 157/2008-1ª Câmara.

Embora entenda o Tribunal de Contas da União pela responsabilidade do parecerista em casos em que este atue mediante dolo ou erro grosseiro, na prática o que se tem percebido é um alargamento pela Casa de Contas do nexos de causalidade entre o dano ao erário e o parecer, e uma certa presunção de culpabilidade, atuando como verdadeira instância revisora dos pareceres, como ficou bem ressaltado nos precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Entendemos que esta posição das Cortes de Contas não pode prosperar, tendo sido reiteradamente rechaçada pelo Poder Judiciário, conforme recente decisão do Ministro Luiz Fux, no Mandado de Segurança n. 30892¹², julgado em 20/05/2014, publicado em processo eletrônico DJE - 097, em 22/05/2014:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. FIXAÇÃO DE MULTA. RESPONSABILIDADE DE COORDENADOR JURÍDICO DA CODESA POR ELABORAÇÃO DE PARECER MERAMENTE CONSULTIVO. INOCORRÊNCIA. EXCLUSÃO DA MULTA. PRECEDENTES: MS 24.073, REL. MIN. CARLOS VELLOSO, E MS 24.631, REL. MIN. JOAQUIM BARBOSA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

(...)

In casu, o Tribunal de Contas da União exarou decisão contrariando a orientação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que o parecer meramente consultivo não possui caráter vinculante, não ensejando, portanto, a responsabilização de seu emissor.

12 Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 nov. 2014.

6. O TRATAMENTO DA RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO PELO NOVO CPC – LEI N. 13.105/2015

O Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015, que entrou em vigor em março de 2016, traz uma novidade acerca da responsabilização do Advogado Público, tratada textualmente em seu art. 184: “O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

Trata-se de um novo parâmetro para caracterização da responsabilidade do Advogado Público, de forma genérica e que pode, no nosso entender, servir como norte na apuração desta, também no caso dos pareceristas.

Isso porque a norma em comento, que é de natureza material – ainda que contida no âmbito de uma norma de natureza processual¹³ –, trata do dano processual, que por sua vez está inserido no âmbito da responsabilidade civil, assim como a responsabilidade pela emissão de pareceres.

Desta feita, conclui-se que o dispositivo do Código de Processo Civil tem a sua aplicabilidade no amplo campo do dano indenizável, dispondo sobre o elemento subjetivo para responsabilidade civil do Advogado Público.

Há que se dizer que a interpretação da norma acima declinada encontra seu fundamento de validade em pelo menos dois dispositivos constitucionais, quais sejam: o art. 37, § 6º e o art. 133 da Carta Magna:

Art. 37.

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

13 É o que a doutrina entende como norma heterotópica.

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

Da leitura dos artigos da Constituição Federal constata-se que os Advogados Públicos estão submetidos a um duplo regime: de servidor público e advogado. Como tal, é necessária uma interpretação conjunta e integrativa dos dispositivos constitucionais, a fim de se extrair o verdadeiro sentido de sua responsabilização.

Ora, nos termos constitucionais, o Advogado Público, como servidor, seria responsável, regressivamente, pelos atos praticados com dolo ou culpa (art. 37 § 6º), contudo, como advogado, é inviolável por seus atos ou manifestações nos termos da lei (art. 133).

Neste aspecto, a lei aplicável ao Advogado Público é o dispositivo art. 184 do Código de Processo Civil de 2015, a partir de sua edição, e não mais o art. 32 da Lei 89.906/94 – Estatuto da OAB, que somente passou a abarcar os advogados privados.

Trata-se de norma especial que prevalece sobre a lei geral.

Neste sentido é o posicionamento de Roney Raimundo Leão OTÍLIO¹⁴, em excelente artigo sobre o tema:

No entanto, além disso, a Carta Magna traz uma garantia maior a favor do advogado, tornando-o inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão e nos limites da lei. Pelos termos constitucionais – “nos limites da lei” –, já dá para concluir que a imunidade do advogado não é absoluta, dependendo de regulamentação legal.

Destarte, a CF/88 deixou uma margem de regulamentação legal para a inviolabilidade do advogado, o que, no caso do advogado não público, foi preenchido pelo art. 32

14 OTÍLIO, Roney Raimundo Leão. A limitação da responsabilidade do advogado público aos casos de dolo ou fraude no Novo Código de Processo Civil e sua aplicação a processos administrativos. *Fórum Administrativo* – FA, Belo Horizonte, ano 16, n. 179, p. 77-83, jan. 2016.

da Lei n. 8.906/94, segundo a qual “o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”.

Já no que concerne ao advogado público, situação especial, fazendo incidir o princípio da igualdade material, segundo o qual os desiguais devem ser tratados desigualmente, o elemento subjetivo da responsabilidade, até a presente data, não tem disciplina legal específica vigente, o que será suprido quando da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, que aduz haver responsabilidade apenas nos casos de dolo ou fraude.

Desta feita, entende-se que, com a edição e a vigência do Novo Código Civil, a responsabilidade do Advogado Público, seja em sua atuação judicial seja como parecerista, dar-se-á quando tenha agido com dolo ou fraude, não mais se podendo falar em condenação por culpa grave (erro grosseiro e inescusável), como vinha sendo o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Também é oportuno dizer que, com a alteração legislativa, ao contrário do que previa o Código de Processo Civil de 1973, houve uma equiparação da responsabilidade do advogado público à dos juízes e promotores de justiça, que somente respondem civilmente em caso de fraude ou dolo, nos termos dos artigos 143 e 181 do NCPC.

Por outro lado, da análise da norma, salta aos olhos que o texto legal não fale em solidariedade na responsabilidade do Advogado Público no exercício de suas funções, e sim em regressividade. Vale dizer: a responsabilidade será sempre subjetiva, regressiva e não solidária. Isso porque a solidariedade não se presume, ela decorre sempre do texto legal, e não há qualquer previsão da lei nesse sentido.

Também se verifica pela leitura do dispositivo legal um estreitamento nos requisitos subjetivos ensejadores da responsabilização do Advogado Público.

Note-se que a lei não se reporta à culpa nas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia – ou, como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em erro grosseiro ou inescusável.

A dicção legal fala em dolo ou fraude no exercício das funções de Advogado Público.

Quanto ao dolo não há nada de novo. Entretanto, aparentemente o Novo CPC afasta a conduta culposa em sentido estrito para adotar a conduta fraudulenta do agente para responsabilização do Procurador Público.

Sobre o dolo na presente hipótese, é sintética a posição de Roney Raimundo Leão OTÍLIO¹⁵:

No caso do advogado público, seja atuando em Juízo ou em processo administrativo na função de consultor, deverá ter consciência de que, com a sua conduta, obterá resultado contrário ao interesse público e ocasionador de prejuízo ao Ente para o qual labora. Veja-se que não basta a vontade de praticar a conduta (caso da culpa), sendo imprescindível a consciência e vontade de obter o resultado danoso, em se agindo de determinada forma.

Já fraude, no dizer de Pedro NUNES¹⁶ é:

1 - Artifício malicioso que uma pessoa emprega com intenção de prejudicar o direito ou os interesses de terceiro. (...) 3 – toda intenção de alguém, na execução de um ato contrário a certa disposição de lei imperativa, ou proibitiva. (...) A fraude compõe-se de dois elementos: o *objetivo* (“*eventus damini*”), que consiste no prejuízo realmente verificado; o *subjeto* (“*consilium fraudis*”), que compreende a intenção fraudulenta, a má-fé, o meio astucioso empregado para enganar.

Na fraude é indispensável o *consilium fraudis*, ou seja, o meio fraudulento utilizado para enganar terceiros, encobrando que o ato foi praticado para prejudicar a Administração Pública.

Assim, pode-se concluir que, com a edição do Novo CPC, o elemento subjetivo para a responsabilização do Advogado Público,

15 Op. et loc. cit.

16 NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12. ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1990, p.446.

no exercício das suas funções, está centralizado na má-fé, na vontade direcionada a causar o dano.

Trata-se de novo elemento na já controversa temática da responsabilização do parecerista, cujo debate encontra-se ainda em construção no mundo jurídico.

7. CONCLUSÃO

O ponto de partida para a apuração dos parâmetros para responsabilização do Advogado Público parecerista deve ser a premissa básica de que este, como todo advogado, é inviolável no seu exercício funcional, agindo com ampla liberdade técnico-jurídica, nos termos do art. 133 da Constituição Federal e dos arts. 2º e 31 do Estatuto da OAB.

Obviamente, não existe liberdade ilimitada, razão pela qual, inicialmente, o limite material desta imunidade funcional é o que dispõe o art. 32 do Estatuto da OAB, que imputa a responsabilização do advogado quando agir com dolo ou culpa em seu mister.

Entretanto, na seara da Administração Pública não há muita clareza na observância desses limites de responsabilização, principalmente por órgãos externos, como Ministério Público e Tribunais de Contas, havendo, não raro, um alargamento do nexo de causalidade entre os pareceres elaborados pelo Advogado de Estado e o dano ao erário, bem como uma presunção de culpa deste. É comum uma reinterpretação do que seria “o melhor posicionamento” ou o “mais abalizado” ou “doutrina e jurisprudência pertinentes” no caso concreto por parte desses órgãos.

Por outro lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, passou por algumas modificações.

Inicialmente, por meio do MSn. 24.073-3-DF, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, partindo-se da premissa constitucional da inviolabilidade do advogado, firmou-se o entendimento de que os pareceres emitidos pela consultoria jurídica do ente público são peças meramente opinativas,

de observância facultativa pelo administrador público, não integrando o ato administrativo e não podendo se atribuir responsabilidade solidária ao parecerista. Também restou assentado, por decorrência, que o Advogado Público somente responde civilmente pelos pareceres emitidos com má-fé, que provoquem dano ao erário decorrente de erro grave e inescusável (culpa em sentido estrito) e dolo.

Em um segundo momento, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do MS n. 24.584-1-DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, entendeu que, nos casos de aprovação de minuta de edital de licitação, contratos, convênios, acordos e ajustes, conforme previsto no art. 38 da Lei de Licitações, a manifestação jurídica é obrigatória. Sendo assim, não caberia recusa do Advogado Público em prestar esclarecimentos ao Tribunal de Contas da União, uma vez que nesses casos a responsabilidade seria solidária com o administrador público.

Finalmente, quando da apreciação do Mandado de Segurança n. 24.631-6-DF, em que foi relator o Ministro Joaquim Barbosa, este retomou a ideia já anteriormente externada, abalizada na classificação de pareceres de René Chapus de três modos: pareceres facultativos, quando a autoridade não se vincula ao parecer emitido; pareceres obrigatórios, em que a autoridade fica vinculada à consulta efetuada, e se pretender praticar o ato administrativo de maneira discordante com o parecer deve solicitar a emissão de um novo parecer; e, os pareceres vinculantes ou conforme, em que o administrador público somente pode praticar o ato nos termos externados no parecer ou não praticá-lo. Neste caso, haveria uma partilha do poder decisório entre o parecerista e a autoridade e, por conseguinte, a responsabilidade seria conjunta entre ambos, em casos de irregularidade na prática dos atos administrativos. Tais seriam as hipóteses previstas no art. 38 da Lei n. 8.666/93.

Entretanto, como no caso apreciado, por se tratar de parecer meramente opinativo, somente seria viável a imputação de responsabilidade ao Advogado Público por meio de comprovação de dolo ou erro grosseiro. O Ministro Joaquim Barbosa concluiu pela abusividade na responsabilização

por parte do Tribunal de Contas da União, calcada no alargamento da relação de causalidade entre o parecer emitido e o ato administrativo causador do dano ao erário. Asseverou ainda a existência de uma presunção de responsabilidade por parte da Corte de Contas.

Ousamos discordar parcialmente do posicionamento do Ministro porque entendemos que não existe no direito brasileiro hipótese de parecer vinculante, como posto na doutrina francesa, em que o administrador deve decidir de acordo com o parecer emitido ou nada decidir, senão na hipótese de parecer normativo. Mas, mesmo assim, se o chefe do Poder Executivo, que normalmente é quem possui competência para aprovar tais pareceres e torná-los obrigatórios para toda a Administração Pública, achar por bem, pode revogá-lo a qualquer momento, o que somente reforça o caráter opinativo dos pareceres.

Ademais, o que define efetivamente a responsabilidade do Advogado Público não é a espécie do parecer e sim a culpa em sentido largo, o dano ao erário e o nexos causal entre ambos. Ou seja, o parecer obrigatório não tem o condão por si só de transformar o parecerista em administrador. Nos casos do art. 38 da Lei 8666/93, o que atrai a responsabilidade é o ato administrativo de aprovação e não a natureza da consulta.

Assim, tem-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, até o momento, é no seguinte sentido: 1) o Advogado Público parecerista pode ser chamado a prestar informações perante o Tribunal de Contas, desde que se trate de aprovação de minuta de edital de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes, nos termos previstos no parágrafo único do art. 38 da Lei n. 8666/1993; 2) o Advogado Público é responsável civilmente pelos danos causados se decorrente de erro grave e inescusável, ou ato comissivo ou omissivo praticado com culpa em sentido lato (dolo e culpa grave); 3) para parte dos Ministros, que aliás, não compõe mais a Corte, nos casos em que o parecer é vinculante, haveria possibilidade de o consultor público responder solidariamente com o administrador pelo ato administrativo; 4) é abusiva a responsabilização do parecerista com base no alargamento do nexos de causalidade entre o dano ao erário e o parecer.

Já o posicionamento do Tribunal de Contas da União em relação à responsabilização do Advogado Público parecerista é muito mais ampla.

O entendimento consolidado é de que o Advogado de Estado parecerista, independentemente da espécie de parecer, responde solidariamente com o administrador público pela irregularidade na aplicação de recursos públicos, por erro grosseiro ou atuação culposa em sentido largo. Considera-se que o parecer integra e motiva o ato administrativo emitido pelo ordenador de despesa.

Um novo tratamento da responsabilidade do Advogado Público foi trazido pelo Novo CPC – Lei n. 13.105/2015, em seu art. 184, ao estabelecer que este, no exercício de suas funções, será civil e regressivamente responsável quando atuar com dolo ou fraude.

Percebe-se um estreitamento do elemento subjetivo da responsabilidade, com o afastamento tanto da solidariedade – já que consagra a regressividade – quanto da culpa em sentido estrito –, já que permite a responsabilização do Advogado Público unicamente em casos de má-fé, por dolo ou fraude.

O embasamento constitucional do dispositivo processual decorre da interpretação conjunta do art. 37 § 6º e do art. 133 da Carta Magna, em que se verifica que o Advogado Público está submetido a um duplo regime: como servidor público e como advogado.

Como tal, a sua responsabilização será apurada nos termos da lei, que a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015 deixou de ser o art. 32 do Estatuto da OAB para se vincular ao disposto no art. 184 da Nova Lei Processual.

Parece-nos evidente que a jurisprudência e a doutrina não poderão deixar de considerar o recente balizamento acerca da responsabilização do Advogado Público trazido pelo Novo CPC, o que causará hodiernos e amplos debates, acrescentando um novo elemento à já controversa temática da responsabilização dos Advogados Públicos pela emissão de pareceres.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei n. 8.666/1993, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. DOU de 22.6.1993, republicado em 6.7.1994 e retificado em 6.7.1994.

BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. DOU de 17.3.2015.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Segurança n. 24073-DF, Relator: Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 06.11.2002, publicado no DJ de 31.10.2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Segurança n. 24631-DF, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 09.08.2007, publicado no DJ de 01.02.2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Segurança n. 24.584-1-DF, Relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09.08.2007, publicado no DJ de 20.06.2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Segurança n. 30892-DF, Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 20.05.2014, publicado em Processo eletrônico DJe-097 de 22.05.2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. AC-0825-10/14, Tribunal Pleno, Processo n. 030.745/2011-0, Relatora: Ministra Ana Arraes, julgado em 02.04.2014. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord201440403/AC_0825_10_14_P.doc>.

DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Regime jurídico de responsabilidade do advogado público. *Anais do XIX Encontro Nacional Conpedi*, Fortaleza. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4202.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

Informativo n. 021/2014: *Responsabilidade do Advogado Público*. Disponível em: <<http://www.patrimoniopublico.mppr.mp.br/modules/noticias/article>>. Acesso em: 29 set. 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards*. Tese apresentada e aprovada no XXXV Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Fortaleza, 2009. Disponível em: <<http://anape.org.br/site/responsabilidade-pessoal-parecerista-publico-quatro-standards/>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12ª ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1990.

OTÍLIO, Roney Raimundo Leão. A limitação da responsabilidade do advogado público aos casos de dolo ou fraude no Novo Código de Processo Civil e sua aplicação a processos administrativos. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 179, p. 77-83, jan. 2016.

VILLELA, Jaime. Da responsabilização de advogados públicos pareceristas e seus limites – Breve análise do Acórdão TC n. 011.119/2009 (TCU). *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 165, p. 53-59, nov. 2014.

**Prerrogativas da Advocacia Pública:
instrumento de defesa do interesse público
e de valorização de uma carreira de Estado**

***Prerogatives of the Public Advocacy
as a defense instrument of public interest
and valuation of a State career***

Luiz Henrique Sormani Barbugiani¹

RESUMO: As prerrogativas da Advocacia Pública se consubstanciam em direitos consagrados na legislação para assegurar uma finalidade específica que transcende a órbita individual do servidor público para atingir interesses públicos previamente delineados. Os elementos objetivo e subjetivo que compõem as prerrogativas funcionam em coordenação. A valorização e o fortalecimento da carreira dos Advogados públicos é uma questão essencial para que a defesa do interesse público seja assegurada.

PALAVRAS-CHAVES: Advocacia Pública; prerrogativas; defesa do interesse público; valorização; carreira de Estado.

1 Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procurador do Estado do Paraná.

ABSTRAC: The prerogatives of the Public Advocacy are embodied in rights enshrined in the legislation to ensure a specific purpose that transcends the individual orbit of the public servant to achieve public interests previously delineated. The objective and subjective elements that build the prerogatives work in coordination. The valorization and strengthening of the career of Public Lawyers is an essential issue for the defense of the public interest to be ensured.

KEYWORDS: Public Advocacy; prerogatives; defense of public interest; valuation; State career.

1. NOÇÕES GERAIS

O tema relacionado às prerrogativas da Advocacia Pública não é dos mais fáceis, devido à interferência de inúmeros fatores na compreensão, interpretação e implementação desse instituto. Denominamos essas prerrogativas de instituto, pois se tratam de instrumento jurídico vocacionado a proporcionar a efetividade do interesse público erigido como objetivo a ser alcançado por meio de mecanismos que permitam uma maior eficiência em sua consagração.

Aldemario Araujo CASTRO ressalta que não se tratam de privilégios:

A fixação de garantias e prerrogativas para o exercício das atividades da Advocacia Pública não surge como uma outorga de favores ou privilégios inaceitáveis, particularmente quando se observa a sua nobre missão de sustentar e aperfeiçoar o Estado Democrático de Direito, zelando pela incolumidade dos interesses públicos primários. Afinal, a possibilidade efetiva de contrariar interesses os mais diversos, desde aqueles dos governantes do momento até poderosas manifestações econômicas privadas, reclama a existência de proteções institucionais ao desempenho retilíneo das atribuições da Advocacia Pública. Assim, as garantias e as prerrogativas dos membros da Advocacia Pública revelam-se meios ou instrumentos de realização

plena do interesse público submetido, de uma forma ou de outra, ao crivo de análise dos vários segmentos da Advocacia Pública².

Já nos pronunciamos acerca das prerrogativas da Advocacia Pública nos seguintes termos:

As prerrogativas da Advocacia Pública, apesar de não diferirem em essência das atribuídas aos Advogados em geral, apresentam uma conotação diferenciada no exercício das funções jurídicas em prol do bem comum por meio da defesa dos interesses primários e secundários da pessoa jurídica de direito público representada em juízo³.

Com base na concepção de Plácido e SILVA sobre a gênese da palavra “prerrogativa”, traçamos, na mesma oportunidade, uma linha de raciocínio para delimitar o que seria esse instituto na era contemporânea:

Em sua origem remota o termo ‘prerrogativa’ consistia no direito de votar, falar, pedir ou posicionar-se em primeiro lugar em relação aos demais derivando do designativo latino ‘praerogativa’. No desenvolvimento do conteúdo do vocábulo exsurge o sentido de ‘a vantagem, o privilégio, a imunidade, a primazia deferida a certas pessoas, em razão do cargo ocupado ou do ofício que desempenham’.

As prerrogativas na contemporaneidade não são previstas no ordenamento jurídico como benefícios ou privilégios atinentes a um Advogado no intuito de diferenciá-lo dos demais cidadãos ou profissionais visando engrandecê-lo ou colocá-lo num patamar superior em relação aos demais membros da sociedade.

2 CASTRO, Aldemario Araujo. A Advocacia Pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da Administração Pública. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 13 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22886&seo=1>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

3 BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. O advogado público e o crime de desobediência: considerações sobre as prerrogativas da Advocacia Pública. In: BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani (Coord.). *Prerrogativas da Advocacia Pública: direitos não são benefícios, mas instrumentos da democracia para uma atuação eficiente e ética no trato da coisa pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 17.

Na realidade a estipulação de prerrogativas funciona como um instrumento tendente a salvaguardar a atividade profissional do jurista na defesa e postulação de direitos de seus clientes.

Assim, a prerrogativa não é um fim em si mesmo, pois possui uma finalidade específica no sentido de proporcionar uma atuação independente e livre do causídico por meio do exercício de sua atividade profissional no âmbito administrativo ou no âmbito judicial na busca da melhor solução para a demanda relacionada ao conflito que seu contratante possui com a parte oposta na lide ou nas relações jurídicas em geral.

Na hipótese dos Defensores Públicos o interesse e direito a ser defendido e postulado são os dos necessitados que não podem constituir um Advogado privado e no caso dos Procuradores do Estado, Procuradores do Município, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores Federais, o direito e interesse primário e secundário do poder público (ente federal, estadual ou municipal) a que estão vinculados e para o qual foram aprovados em concurso público⁴.

No intuito de especificar os limites do instituto, é necessário compreender seus elementos constitutivos, que podem ser divididos em dois grupos essenciais.

Num primeiro momento, é essencial destacar o designativo “prerrogativas” do termo “Advocacia Pública”, para, após traçar as delimitações essenciais sob o aspecto axiológico, extrair o real substrato do instituto “prerrogativas da Advocacia Pública”.

A palavra “prerrogativa”, à primeira vista, pode dar ensejo à compreensão de que apenas uma determinada pessoa teria o monopólio do exercício de um direito decorrente dela. Na realidade, a amplitude do conceito pressupõe um alcance maior do que se poderia, a princípio, projetar, ao atingir segmentos, grupos, pessoas físicas ou pessoas jurídicas isolada ou conjuntamente, a depender da situação concreta observada, diante de circunstâncias práticas.

4 BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. O advogado público e o crime de desobediência, op. cit., p. 17-18.

No caso em tela podemos especificar “prerrogativas” como um instituto que apresenta dois elementos: um objetivo e outro subjetivo.

O elemento objetivo tende a ser mais invariável e, na hipótese da Advocacia Pública e de outras funções essenciais à Justiça, como a Magistratura e o Ministério Público, visa propiciar instrumentos adequados para que, no exercício das prerrogativas ou mesmo na instituição delas por lei em sentido formal, as finalidades primordiais desses órgãos de Estado ou da Administração Pública sejam alcançadas.

Em síntese, uma prerrogativa pode ser bem entendida não como um privilégio, mas algo mais próximo de uma garantia, no sentido de que ela almeja que a finalidade essencial de uma atividade seja alcançada.

Devido a isso, atrelamos o elemento objetivo do termo “prerrogativa” ao alcance finalístico de atividades, obrigações e deveres podendo, portanto, atingir indivíduos ou pessoas jurídicas públicas ou privadas, identificando na instrumentalização e nos mecanismos tendentes a promover o fim projetado, o que denominamos de elementos subjetivos.

No caso específico da identificação do que seria a Advocacia Pública, é notório que a estipulação de prerrogativas almeja o fiel exercício da representação judicial⁵ e extrajudicial dos entes públicos, bem como da consultoria e do assessoramento em caráter privativo aos entes estatais⁶: União, Estados, Distrito Federal e Municípios componentes da

5 O artigo 182 do CPC de 2015 consigna que “incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta”, mas, evidentemente, a representação desses interesses também pode ser de cunho extrajudicial.

6 E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL N. 8.186/2007 (ALTERADA PELAS LEIS n.s 9.332/2011 e 9.350/2011) DO ESTADO DA PARÁIBA: ART. 3º, INCISO I, ALÍNEA “A” (“na elaboração de documentos jurídicos”) E ANEXO IV, ITENS NS. 2 A 21 (NAS PARTES QUE CONCERNEM A CARGOS E A FUNÇÕES DE CONSULTORIA E DE ASSESSORAMENTO JURÍDICOS) – CARGO

DE PROVIMENTO EM COMISSÃO – FUNÇÕES INERENTES AO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO – APARENTE USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS RESERVADAS A PROCURADORES DO ESTADO E DO DISTRITO FEDERAL PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (ART. 132) – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA PRETENSÃO CAUTELAR – MANIFESTAÇÕES FAVORÁVEIS DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO E DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA – DECISÃO CONCESSIVA DE SUSPENSÃO CAUTELAR DE EFICÁCIA DAS NORMAS IMPUGNADAS INTEIRAMENTE REFERENDADA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, PREJUDICADO O RECURSO INTERPOSTO. O SIGNIFICADO E O ALCANCE DA REGRA INSCRITA NO ART. 132 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: EXCLUSIVIDADE E INTRANSFERIBILIDADE, A PESSOAS ESTRANHAS AO QUADRO DA ADVOCACIA DE ESTADO, DAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DE PROCURADOR DO ESTADO E DO DISTRITO FEDERAL. – É inconstitucional o diploma normativo editado pelo Estado-membro, ainda que se trate de emenda à Constituição estadual, que outorgue a exercente de cargo em comissão ou de função de confiança, estranho aos quadros da Advocacia de Estado, o exercício, no âmbito do Poder Executivo local, de atribuições inerentes à representação judicial e ao desempenho da atividade de consultoria e de assessoramento jurídicos, pois tais encargos traduzem prerrogativa institucional outorgada, em caráter de exclusividade, aos Procuradores do Estado pela própria Constituição da República. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Magistério da doutrina. – A extrema relevância das funções constitucionalmente reservadas ao Procurador do Estado (e do Distrito Federal, também), notadamente no plano das atividades de consultoria jurídica e de exame e fiscalização da legalidade interna dos atos da Administração Estadual, impõe que tais atribuições sejam exercidas por agente público investido, em caráter efetivo, na forma estabelecida pelo art. 132 da Lei Fundamental da República, em ordem a que possa agir com independência e sem temor de ser exonerado “ad libitum” pelo Chefe do Poder Executivo local pelo fato de haver exercido, legitimamente e com inteira correção, os encargos irrenunciáveis inerentes às suas altas funções institucionais. CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO: A QUESTÃO DO VALOR JURÍDICO DO ATO INCONSTITUCIONAL (ADI 2.215-MC/PE, REL. MIN. CELSO DE MELLO). O “STATUS QUÆSTIONIS” NA JURISPRUDÊNCIA E NA DOUTRINA CONSTITUCIONAIS: PLURALIDADE DE OPINIÕES DOUTRINÁRIAS EM TORNO DOS GRAUS DIFERENCIADOS DE INVALIDADE DO ATO INCONSTITUCIONAL. A POSIÇÃO PREVALECENTE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A MODULAÇÃO TEMPORAL COMO

denominada Administração direta, bem como autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista compreendidos na Administração indireta. Estas duas últimas (sociedades de economia mista e empresas públicas) compõem a Advocacia Pública numa concepção mais ampla, dada a natureza da personalidade jurídica de direito privado das entidades estatais em comento.

Assim, a Advocacia Pública restringe-se aos bacharéis em Direito que, após aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil, também são selecionados, via concurso público de provas e títulos, para a representação dos entes estatais judicial e extrajudicialmente, ou seja, assumem um cargo ou um emprego público.

Após identificarmos o aspecto ou elemento objetivo da prerrogativa que justamente a diferencia do privilégio – neste há evidente distorção do tratamento igualitário que pessoas ou entidades mereceriam na mesma situação fática, enquanto naquela se ultrapassa os limites da igualdade meramente formal para atingir a igualdade material, diferenciando o tratamento dispensado de acordo com a finalidade do destinatário do

TÉCNICA DECISÓRIA DE ABRANDAMENTO, MEDIANTE JUÍZO DE CONCRETA PONDERAÇÃO, DO DOGMA DA NULIDADE DO ATO INCONSTITUCIONAL. DOCTRINA. PRECEDENTES. – Concessão, “ad referendum” do Plenário, por decisão monocrática do Relator, de medida cautelar em sede de fiscalização abstrata. Possibilidade excepcional. A questão do início da eficácia desse provimento cautelar. Execução imediata, com todas as consequências jurídicas a ela inerentes, dessa decisão, independentemente de ainda não haver sido referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. – O triplice conteúdo eficaz das decisões (tanto as declaratórias de inconstitucionalidade quanto as concessivas de medida cautelar) nos processos objetivos de controle abstrato de constitucionalidade: (a) eficácia vinculante, (b) eficácia geral (“erga omnes”) e (c) eficácia repristinatória. Magistério doutrinário. Precedentes. (ADI 4843 MC-ED-Ref, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015).

referido tratamento não igualitário –, podemos, por conseguinte, discorrer sobre o elemento subjetivo da prerrogativa.

No aspecto subjetivo inerente ao conteúdo de uma prerrogativa, a delimitação do instituto deixa de apresentar limites mais precisos, passando a variar ou a se alterar conforme a disposição de outras perspectivas ou referenciais que interferem na sua consolidação. Essas variações podem decorrer de um determinado setor de atividade, momento histórico, carência identificada que necessita de compensação ou, ainda, de acordo com o referencial adotado como paradigma, para ser potencializado no intuito de propiciar a salvaguarda de uma finalidade atrelada com o aspecto objetivo supramencionado. Nesse contexto, o elemento subjetivo tende a variar no tempo e no espaço com maior desenvoltura e dinamismo do que o elemento objetivo, visto que este último condiciona e direciona a construção ou aperfeiçoamento dos critérios subjetivos para a consecução do fim almejado com foco mais estático.

Uma vez traçado o fim ou finalidade que as prerrogativas pretendem alcançar ou salvaguardar (elemento objetivo de cunho mais estático), os diversos mecanismos ou instrumentos disponibilizados para que o objetivo almejado efetivamente ocorra são variáveis, influenciados por inúmeros fatores (elemento subjetivo mais dinâmico). Essa fragmentação estrutural não significa que não haja interferências de critérios objetivos no elemento subjetivo, nem de critérios subjetivos no elemento objetivo, mas somente a preponderância de um e de outro na definição do fim que se quer alcançar (objetivo) e dos meios para atingi-lo (subjetivo).

2. PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA PÚBLICA

As prerrogativas da Advocacia Pública consubstanciam-se em direitos dos representantes jurídicos no âmbito judicial e extrajudicial para exercerem de maneira mais esmerada e efetiva a defesa do interesse público primário e secundário.

Existem inúmeros direitos que podem ser identificados como prerrogativa da Advocacia, desde a ausência de responsabilidade quando não atuam com dolo ou fraude no exercício de suas funções até a percepção de honorários advocatícios.

Nessa concepção, são analisados alguns exemplos citados ordinariamente de cunho, meramente exemplificativos, sem a pretensão de esgotar essa matéria.

2.1. Honorários advocatícios e exercício da advocacia privada

Os advogados públicos enquanto advogados detêm o direito de perceberem honorários advocatícios. Isso já era evidente pelo teor do artigo 23 da Lei n. 8.906/1994, ao especificar que “os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”. Mais recentemente, ressaltou-se expressamente, no artigo 85 do CPC de 2015, mais precisamente no § 19, que “os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei”⁷.

7 Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. § 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

(...)

§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

§ 15. O advogado pode requerer que o pagamento dos honorários que lhe caibam seja efetuado em favor da sociedade de advogados que integra na qualidade de sócio, aplicando-se à hipótese o disposto no § 14.

(...)

§ 19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei.

O direito aos honorários advocatícios independentemente da remuneração por meio de vencimentos ou subsídios do Advogado Público deriva de uma noção adequada de isonomia. Seria um tratamento diferenciado injustificável autorizar a todos os advogados privados a percepção da verba honorária excepcionando os advogados públicos, sob o argumento de que já se beneficiam de uma remuneração fixa, uma vez que na área privada são inúmeros os causídicos que também percebem alguma forma de remuneração em cumulação aos honorários sucumbenciais. Ainda que não seja um advogado empregado, exercendo, portanto, a atividade autônoma, além dos honorários sucumbenciais, esse profissional deve ser beneficiado pelos honorários contratuais pactuados, seja com a empresa, seja com seus clientes. Como fator justificante, são exemplos contratos milionários entre empresas e advogados empregados que jamais obstaram o arbitramento e percepção dos honorários sucumbenciais. Da mesma forma, a contratação de um advogado para representação em uma única causa, com o mesmo valor milionário, ou seja, sem qualquer vínculo laboral, não é motivo impeditivo do arbitramento e condenação em honorários advocatícios sucumbenciais.

O posicionamento oficial do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil não deixa dúvidas sobre a ausência de discriminação entre advogados públicos e privados:

Honorários de sucumbência são dos advogados públicos e privados

Nota Oficial

A propósito das críticas apresentadas contra a regulamentação dos honorários de sucumbência dos advogados públicos federais contida na proposta do Projeto de Lei 4.254/2015, já aprovado pela Câmara dos Deputados e atualmente sob apreciação do Senado Federal, sob o n. 36/2016, é preciso chamar a atenção para a titularidade, a origem e a finalidade dessa verba.

Não se extrai da Constituição Federal qualquer diferenciação entre a advocacia pública e privada, quanto aos direitos, deveres e prerrogativas dos advogados.

A unidade da advocacia foi claramente corroborada pelo Estatuto da OAB, que

sujeita os advogados públicos ao seu regime, além daquele próprio que lhe seja complementar, mas jamais excludente.

Desde então, o artigo 22 da Lei 8.906/1994 nunca deixou espaço para dúvidas sobre o fato de que “a prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência”.

Ante esse dado legislativo de 22 anos atrás, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a titularidade dos honorários de sucumbência aos advogados (ADI 1194, DJe 10/09/2009).

Nessa linha, recentemente os Tribunais de Justiça do Maranhão, do Distrito Federal e Territórios e do Rio de Janeiro acolheram os fundamentos da OAB e admitiram que os honorários de sucumbência são devidos também aos advogados públicos, atendendo os princípios constitucionais da legalidade, da moralidade e da eficiência. Essa evolução dogmática, legislativa e jurisprudencial é a essência do artigo 85, caput e § 19, do novo CPC, que, ao prever que a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor, também não faz distinção entre advogados públicos e privados. A não ser, ante a natureza do vínculo e a necessidade de transparência, pela distribuição que aos primeiros se dá na forma da lei do ente a que se vinculam.

Além disso, os honorários de sucumbência são eventuais, variáveis e devidos pela parte vencida na disputa judicial. De um lado, constituem punição processual ao vencido, servindo como desestímulo ao litígio; de outro, constituem incentivo adicional à atuação diligente e eficaz do advogado na defesa dos interesses da parte que ele representa.

Foi justamente baseado nessas premissas sobre a titularidade da verba que o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou a súmula 384, segundo a qual “a lei regulamentadora não poderá suprimir a titularidade e o direito à percepção dos honorários de sucumbência dos advogados públicos”.

Além disso, aliado a moralidade que é a base de toda formação ética dos advogados, o princípio da eficiência deve ser considerado, enquanto representação da passagem de um modelo estatal burocrático e vetusto para um modelo estatal gerencial, tendência que já levou diversos órgãos e entidades administrativas a criarem incentivos premiais aos seus agentes.

Dessa forma, com a vantagem de que não haverá qualquer oneração aos cofres públicos, os honorários de sucumbência estão intimamente conectados a esse princípio consagrado desde a Emenda Constitucional n. 19/1998.

Não são poucas as experiências positivas nos Estados e Municípios em que já existe a disciplina dos critérios de distribuição dos honorários de sucumbência aos seus advogados, sem a ocorrência de problemas ou distorções dos modelos implantados.

Portanto, a Ordem dos Advogados do Brasil reitera a sua posição histórica em defesa da destinação dos honorários de sucumbência aos seus verdadeiros titulares e apoia os PLC 36/2016, que tem todas as condições jurídicas e políticas para ser aprovado no Plenário do Senado Federal.

Diretoria do Conselho Federal da OAB⁸.

Como a verba sucumbencial é paga pela parte adversa vencida ao causídico da parte vencedora, apresenta fato gerador distinto, ou seja, os honorários contratuais ou a remuneração de um advogado privado ou público não se confundem com os honorários sucumbenciais mais próximos de uma gratificação por produtividade⁹, em atenção à dedicação do causídico na defesa dos interesses de seu representado.

8 Disponível em: <<http://honorarios.oabpr.org.br/honorarios-de-sucumbencia-sao-dos-advogados-publicos-e-privados.html>> Acesso em: 15 jul.2017.

9 As gueltas e as gorjetas são gratificações comuns em algumas relações de trabalho regidas pela CLT, sendo pagas por terceiros, integrando a remuneração do empregado quando habituais. Essas gratificações apresentam um caráter mais controvertido e polêmico que os honorários sucumbenciais e, mesmo assim, são reconhecidas pela doutrina e jurisprudência como legítimas. Nesse sentido: “(...) 3 - GUELTAS. REPERCUSSÃO. Predomina no âmbito desta Corte o entendimento de que as gueltas possuem natureza jurídica idêntica à das gorjetas, uma vez que decorrem de pagamentos efetuados por terceiros que integram à remuneração do empregado, não servindo, contudo, de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado, nos termos da Súmula 354 do TST. Recurso de revista conhecido e provido. (...)” (ARR - 2600-63.2014.5.02.0085, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, data de julgamento: 31/05/2017, 2ª Turma, data de publicação: DEJT 09/06/2017). “(...) GUELTAS. NATUREZA JURÍDICA. INTEGRAÇÃO À REMUNERAÇÃO. As gueltas, incentivos comerciais pagos pelo fornecedor/produzidor com a finalidade de aumentar a venda de seus produtos durante o contrato de trabalho, se equiparam às gorjetas e, tendo sido pagas com habitualidade, integram à remuneração, conforme aplicação analógica da Súmula n. 354/TST. Decisão regional em conformidade com a jurisprudência pacífica da Corte. Recurso de revista não conhecido. (...)” (RR - 1141-51.2012.5.20.0002, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, data de julgamento: 08/03/2017, 6ª Turma, data de publicação: DEJT 10/03/2017)

Além da natureza próxima de uma gratificação por produtividade, em estímulo à eficiência e à dedicação do advogado, apresenta um caráter distintivo por onerar a parte sucumbente, situação ressaltada com a revogação da súmula 306 do STJ¹⁰, que autorizava a compensação da verba honorária nas hipóteses de sucumbência recíproca.

Esse pagamento realizado pelo patrimônio do sucumbente reforça o efeito pedagógico que se espera de uma condenação judicial ou do improvemento dos pedidos apresentados ao Poder Judiciário.

Ora, se esse efeito pedagógico é benéfico no meio privado, com maior razão o é no âmbito público, seja por onerar os cofres públicos na hipótese de ajuizamento de causas temerárias, seja ao ensejar o pagamento de honorários sucumbenciais aos advogados públicos quando a demanda distribuída em face do ente estatal não alcança o provimento, desestimulando, por conseguinte, a proposição desarrazoada e precária de demandas.

Outro elemento ponderável, sob o ponto de vista estratégico, consiste na percepção de que o advogado público não é um “meio advogado” ou um “pseudoadvogado”, mas um advogado completo¹¹, uma vez que apresenta

10 “Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte.”

11 “Não é, a toda evidência, o caso dos advogados públicos federais que, além de habilitados pela OAB, também tiveram sua qualificação técnica atestada em concurso público de provas e títulos, que é condição de investidura no cargo.

Também se argumenta que a proibição da advocacia fora das atribuições funcionais pelos Membros da AGU estaria inserida nos critérios políticos de conveniência e oportunidade do legislador e que a proibição seria mais consentânea com a defesa dos interesses fazendários. Em primeiro lugar, o poder de conformação do legislador, diante desse direito fundamental sujeito a uma reserva legal qualificada, só poderá se ater às “qualificações que a lei estabelecer” e à “autorização” para exercício da atividade. Qualquer forma de restrição diferente estabelecida pela lei configurará autêntica violação ao núcleo essencial do art. 5º, XIII c/c art. 170, parágrafo único, da CF. Não há espaço para discricionariedade do legislador, em matéria de direitos fundamentais, de forma distinta daquela autorizada pelo constituinte,

sob pena de transformar os direitos fundamentais em meros “direitos na medida da lei”, ao sabor dos movimentos políticos circunstanciais, como ocorreu na Alemanha Nazista, cujas atrocidades aconteceram dentro da legalidade que se construiu em afronta à inoperante Constituição de Weimer. Alegar a “discricionariedade” contra a insustentável proibição do exercício da advocacia pelos Membros da AGU é um mero topoi, que peca um enorme déficit de fundamentação, por fugir do ônus político-deliberativo. Vale lembrar que, na ditadura, na entrada do DOI-Codi de São Paulo, havia uma placa com a inscrição “contra a Pátria não há direitos”. Por isso, perguntamos: contra a discricionariedade não há direitos? Em segundo lugar, a argumentação que embasa a proibição de advocacia pelo Membro da AGU desrespeita o princípio federativo. O interesse perseguido pela União é apenas diferente daquele perseguido pelos Estados e pelos Municípios, quando não comuns ou concorrentes. Esse é o traço distintivo do federalismo cooperativo. Se os advogados públicos federais são impedidos de advogar fora das suas atribuições, significa dizer que o “interesse público federal” é superior ao interesse público dos estados e dos municípios, o que não tem cabimento.

Em terceiro lugar, pecaria por razões pragmáticas: o contato do advogado público com o mundo privado é salutar e enriquecedor para a própria defesa da União. As fronteiras do público e do privado não são as mesmas que separam, na bela metáfora de Nelson Saldanha, a praça do jardim^[5]. A Administração Pública, frequentemente, se imiscui em temas privados, como nas parcerias público-privadas, nos contratos de financiamento internacionais, nas concessões de serviços públicos ou mesmo na atuação de empresas estatais na exploração de atividades econômicas. Privatiza-se o direito público, ao se reconhecer a figura da Administração Pública consensual, da soft law, da fuga para o direito privado ou do Estado Subsidiário, que abre espaço aos atores do terceiro setor^[6]. Para ser um pouco menos doutrinário e mais prático, basta pensar que as principais manchetes de política e economia dos jornais brasileiros veiculam temas como a cotação dos títulos da dívida pública “C-Bonds”; a evolução do “risco País”; a adoção de um fundo garantidor da remuneração de concessionários (Decreto n. 5.411/2005) justamente para contornar esses riscos; a contratação de empréstimos externos junto a instituições financeiras ou mesmo as licitações custeadas por organismos internacionais, que se submetem a regras privadas que exorbitam o direito comum brasileiro (art. 42, §5º da Lei n. 8.666/93); a arbitragem a que se submetem as empresas em que a União tenha participação acionária e até mesmo o próprio Poder Público (art. 11, III da Lei n. 11.079/2004) etc. Tudo isso parece um mundo distante da vida do advogado público federal, que está encastelado na burocracia estatal e pouco familiarizado com a sofisticação do direito privado que rege os rumos da Nação. Se

um dos objetivos do projeto admitindo até mesmo não concursados nos seus quadros é a “oxigenação” do órgão com ideias da iniciativa privada ou a “permeabilidade do Estado a demandas da sociedade civil”^[7], ele atingirá esses mesmos objetivos, em maior escala, se estender a possibilidade de exercício da advocacia privada a todos os membros concursados, não concursados e licenciados, sem as restrições inconstitucionais criadas pela redação proposta ao art. 28, I da LOAGU.

Por último, também fica sem resposta a indagação: por que um médico ou um dentista ou um professor, que têm vínculo estatutário com a União, pode exercer livremente sua profissão, fora do horário de trabalho, mas os advogados públicos federais são os únicos que não podem? Há um exemplo até mais gritante: os Advogados do Senado são advogados federais, à semelhança dos Membros da AGU, mas podem exercer livremente a advocacia. Ambos estão a serviço da mesma causa - a defesa dos interesses da União - e o que lhes separa é o vínculo a Poderes diferentes: os Advogados da União estão ligados ao Executivo, ao passo que os Advogados do Senado, ao Legislativo. Porém, isso não é um discrimen legítimo para justificar um tratamento tão discrepante. Seja como for, não se precisaria ir tão longe nas comparações: se um advogado tomasse posse, no Poder Executivo, num cargo de técnico ou analista de alguma autarquia, poderia exercer sua profissão de advogado livremente, nos termos do art. 5º, XIII da CF c/c Estatuto da OAB. Por que, então, não poderia fazê-lo justamente quando investido no cargo de advogado, respeitando-se naturalmente o impedimento de advogar contra a União? A vedação do exercício da advocacia direciona-se exclusivamente sobre o cargo de advogado público e não sobre quaisquer outros do poder executivo, cuja natureza das atribuições - e não uma proibição genérica e discriminatória - é que vai determinar eventual incompatibilidade, nos termos do art. 28, I à XIII da Lei 8.906/94. Daí se vê que proibição do art. 28, I da Lei Orgânica da AGU, a toda evidência, é irrazoável e não sobrevive sob o cotejo do princípio da igualdade.

Outrossim, os advogados públicos federais estão autorizados, por lei, a exercer outras atividades privadas estranhas a suas atribuições funcionais. Podem ser professores, empresários, músicos, membros de conselhos de administração de sociedades anônimas, delegatários de serviços notariais^[8] ou até mesmo conferencistas de cargas em portos^[9]. **Em resumo, o advogado público pode ser tudo, menos advogado.** A proibição de advogar, portanto, parece ser um tabu e se apoiar meramente em argumentos extrajurídicos. Não há nenhum fundamento constitucional que ampare a castração do direito mais fundamental dos advogados públicos que é advogar^[10] (ALMEIDA, Ricardo Marques de; PEREIRA, Carlos André Studart. A liberação da advocacia privada em favor de poucos. Um grave e despercebido defeito do projeto de reforma da Lei Orgânica da AGU. *Revista Jus Navigandi*,

todas as prerrogativas inerentes à Advocacia privada e mais algumas relacionadas à defesa do bem público e dos interesses públicos primários e secundários.

O que existe de concreto no exercício da advocacia consiste na estipulação de algumas incompatibilidades e impedimentos no intuito de propiciar um melhor desempenho na defesa do patrimônio público, como, por exemplo, a impossibilidade de exercer a advocacia defendendo os interesses de um particular ou de outro ente público em face da entidade pública que o remunera. Essa restrição almeja a um tempo o resguardo de informações privilegiadas que o causídico detém por representar os interesses do ente e, em um segundo momento, a concorrência desleal em relação aos demais advogados, incompatibilidade que também afeta o advogado privado que não pode representar ao mesmo tempo autor e réu, salvo em situações de jurisdição voluntária que admitem essa cumulação de funções, como ocorre na separação consensual do artigo 731 do CPC de 2015.

As incompatibilidades de caráter absoluto e os impedimentos de conotação mais relativa são estipulados nos artigos 27 a 30 da Lei n. 8.906/1994:

Art. 27. A incompatibilidade determina a proibição total, e o impedimento, a proibição parcial do exercício da advocacia.

Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

I - chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Poder Legislativo e seus substitutos legais;

II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem

como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta; (Vide ADIN 1127-8)

III - ocupantes de cargos ou funções de direção em Órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público;

IV - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro;

V - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza;

VI - militares de qualquer natureza, na ativa;

VII - ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais;

VIII - ocupantes de funções de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas.

§ 1º A incompatibilidade permanece mesmo que o ocupante do cargo ou função deixe de exercê-lo temporariamente.

§ 2º Não se incluem nas hipóteses do inciso III os que não detenham poder de decisão relevante sobre interesses de terceiro, a juízo do conselho competente da OAB, bem como a administração acadêmica diretamente relacionada ao magistério jurídico.

Art. 29. Os Procuradores Gerais, Advogados Gerais, Defensores Gerais e dirigentes de órgãos jurídicos da Administração Pública direta, indireta e fundacional são exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exerçam, durante o período da investidura.

Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:

I - os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora;

II - os membros do Poder Legislativo, em seus diferentes níveis, contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público.

Parágrafo único. Não se incluem nas hipóteses do inciso I os docentes dos cursos jurídicos.

O Defensor Público apresenta algumas peculiaridades em relação aos demais advogados públicos, visto que por determinação constitucional não

pode advogar fora de suas funções institucionais¹². Essa determinação enseja algumas consequências que podem destacá-lo do âmbito da Advocacia Pública e que vem sendo reconhecidas por algumas decisões judiciais¹³.

12 Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 80, de 2014)

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado do parágrafo único pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 74, de 2013)

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 80, de 2014)

13 RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DEFENSOR PÚBLICO NATURAL. DEFENSORIA PÚBLICA. NOMEAÇÃO DE ADVOGADO AD HOC.

VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE PROCESSUAL RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO.

(...)

III - Os Defensores Públicos não são advogados públicos, possuem regime disciplinar próprio e têm sua capacidade postulatória decorrente diretamente da Constituição Federal. (RHC 61.848/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 17/08/2016)

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. COBRANÇA DE ANUIDADES. AFASTADA. OAB/RS. ESTATUTO DA ADVOCACIA. LEI 8.906/94. MANUTENÇÃO DA INSCRIÇÃO NOS QUADROS DA OAB. DEFENSORES PÚBLICOS FEDERAIS. DESNECESSIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE DA LEI NOVA. LC 132/09. 1. Com o advento da LC 132/2009, especificamente no ponto em que acrescentou o §6º ao art. 4º da LC 80/1994, foi criado um aparente conflito de normas com o expresso no §1º do art. 3º do Estatuto da Advocacia e com o disposto no art. 26 da LC 80/1994. 2. Segundo o disposto no §6º ao art. 4º da LC 80/94, com redação pela LC 132/09, a capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público. Aplica-se o princípio da especialidade, revogando-se as disposições em contrário. 3. Permanece o disposto no art. 26 da LC 80/94, exigindo-se a inscrição do candidato junto à OAB apenas no momento em que prestado o concurso público para ingresso na carreira da Defensoria Pública da União. Uma vez aprovado, ao tomar posse e entrar em exercício, o candidato torna-se agente público federal, passando a ser regido pela legislação específica da nova carreira pública. Sendo assim, não pode prevalecer a determinação da manutenção de sua inscrição na OAB, especialmente, quando ele passa a exercer cargo que é incompatível com a Advocacia liberal. (TRF4 5033783-61.2015.404.7100, TERCEIRA TURMA, Relator MARCUS HOLZ, juntado aos autos em 01/09/2016)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. DEFENSORES PÚBLICOS DO ESTADO DE SANTA CATARINA. CAPACIDADE POSTULATÓRIA. REGIME DISCIPLINAR PRÓPRIO. NÃO NECESSIDADE DE INSCRIÇÃO NA OAB. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. A Lei 8.906/94 (art. 3º, § 1º) não se aplica aos Defensores Públicos porque conflita com o § 6º do artigo 4º da LC 80/94 (com a redação dada pela LC 132/09), que dispõe que a capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público. A LC 575/2012 – que criou a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina – dispôs sobre sua organização e funcionamento e reproduziu a norma de que a capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público (art. 45, §2º). Os defensores públicos substituídos nesta ação possuem capacidade postulatória própria para o exercício de suas funções, que decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público, sendo desnecessária a inscrição dos mesmos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Não há obrigatoriedade de inscrição do defensor público na Ordem dos Advogados do Brasil, sendo ilegítimo o indeferimento do pedido de licenciamento/

Justamente pelo fato de não poder exercitar a representação judicial fora de suas atribuições institucionais, em tese, o Defensor Público não exerce a advocacia irrestrita, o que permite a ilação interpretativa, no sentido de que ele não precisa se vincular à Ordem dos Advogados do Brasil, nem pagar anuidades, uma vez que exerce suas atividades nos termos da lei de regência de sua carreira, dada a nomeação ao cargo. Assim, sequer poderia ser apenado disciplinarmente pela OAB, mas tão somente por seus órgãos internos, como algumas decisões judiciais vêm reconhecendo¹⁴. A questão é polêmica e ainda não permite uma solução pacífica para o caso específico dos Defensores Públicos.

cancelamento. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento. (TRF4 5008655-39.2015.404.7100, QUARTA TURMA, Relator CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, juntado aos autos em 01/07/2016)

14 DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ADEPAR. OAB/PR. ESTATUTO DA ADVOCACIA. LEI 8.906/94. MANUTENÇÃO DA INSCRIÇÃO NOS QUADROS DA OAB. DEFENSORES PÚBLICOS ESTADUAIS. DESNECESSIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE DA LEI NOVA. LC 132/2009. - Com o advento da Lei Complementar 132/2009, especificamente no ponto em que acrescentou o § 6º ao artigo 4º da Lei Complementar 80/1994, foi criado um aparente conflito de normas com o expresso no § 1º do artigo 3º do Estatuto da Advocacia e com o disposto no artigo 26 da Lei Complementar 80/1994. - Segundo o disposto no § 6º ao artigo 4º da Lei Complementar 80/94, com redação pela Lei Complementar 132/2009, a capacidade postulatória do defensor público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público. Aplica-se o princípio da especialidade, revogando-se as disposições em contrário. - Permanece o disposto no artigo 26 da Lei Complementar 80/94, exigindo-se a inscrição do candidato junto à Ordem dos Advogados do Brasil apenas no momento em que prestado o concurso público para ingresso na carreira da Defensoria Pública da União. - Após a posse e nomeação, é desnecessária a manutenção da inscrição do defensor público junto aos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, os quais passam a submeterem-se exclusivamente ao regime disciplinar expresso na Lei Complementar 80/94. (TRF4 5042861-54.2016.404.7000, TERCEIRA TURMA, Relator RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, juntado aos autos em 17/05/2017)

Essa é a preocupação que deve permear as pautas da Advocacia Pública e da Ordem dos Advogados do Brasil. Uma decisão deve ser tomada: ou (i) os advogados públicos podem advogar em qualquer situação, salvo os impedimentos e incompatibilidades legais, como, por exemplo, em face dos entes que os remuneraram e, por consequência, continuam vinculados à OAB, efetuando o pagamento de anuidades e submetendo-se ao seu Tribunal de Ética; ou (ii) devem se restringir às atividades institucionais e, por esse motivo, não são realmente advogados, sendo dispensável o registro na OAB, bastando a nomeação fruto de concurso público para legitimar sua representatividade, não se submetendo, portanto, a processos disciplinares na OAB, mas apenas em seu órgão de origem.

O Supremo Tribunal Federal recentemente admitiu repercussão geral em recurso extraordinário que justamente trata dessa matéria, afirmando que “a questão referente à exigência de inscrição de advogado público na OAB para o exercício de suas funções públicas alcança toda a Advocacia Pública nacional, transcendendo, consequentemente, o interesse das partes”¹⁵.

Em nossa concepção, os advogados públicos realmente são e devem ser considerados advogados e como tais devem usufruir de todos os direitos e prerrogativas inerentes à Advocacia Pública e Privada, sendo desarrazoado que não possam exercer o direito de propor ações judiciais em causa própria, na defesa de interesse de familiares e até mesmo

15 RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. ADMINISTRATIVO. ADVOCACIA PÚBLICA. OBRIGATORIEDADE DE INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. RELEVÂNCIA DO PONTO DE VISTA JURÍDICO. I - A questão referente à exigência de inscrição de advogado público na OAB para o exercício de suas funções públicas alcança toda a advocacia pública nacional, transcendendo, portanto, o interesse das partes. II - Repercussão geral reconhecida. (RE 609517 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 02/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 15-03-2017 PUBLIC 16-03-2017)

constituir um escritório de advocacia, desde que respeitadas as hipóteses de impedimentos e incompatibilidades legais¹⁶. Essa parece ser a conclusão

16 “No panorama atual, a Lei Orgânica da AGU diz que é vedado o exercício da advocacia fora das atribuições funcionais. Aquelas portarias, despachos e instruções normativas disseram o contrário e criaram algumas exceções. Ao reduzir o campo de incidência da proibição legal de advogar, a Administração negou aplicação à Lei Complementar naquelas hipóteses específicas, o que equivale, em outros termos, ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade pelo próprio Poder Executivo. Sob a Constituição de 1988, passou-se a sustentar que o Poder Executivo também poderia fiscalizar a constitucionalidade das leis^[15], afinal não faz sentido o Poder Executivo deixar de lado a Constituição para dar cumprimento à lei que lhe parece inconstitucional e, o que é pior, que viola o núcleo essencial de direitos fundamentais^[16], como é o caso do art. 28, I da LOAGU.

O STF, na Representação de Inconstitucionalidade n. 980, decidiu que o Poder Executivo pode deixar de cumprir leis inconstitucionais. Segundo o Ministro Moreira Alves, no seu voto, “(...) em face dos princípios que norteiam a atividade administrativa, que exige plena e total conformidade com a ordem jurídica que assenta, fundamentalmente, nos países de Constituição rígida, como é o nosso, no texto da Constituição – a única conclusão possível é, repetimos, a de que não somente pode o Executivo recusar cumprimento a disposições emanadas do Legislativo, mas evidentemente inconstitucionais, como é de seu dever zelar para que não tenham eficácia na órbita administrativa.”

Se o Executivo deve zelar para que leis inconstitucionais não tenham eficácia na órbita administrativa, são plenamente válidos esses regulamentos infralegais, porque retiram seu fundamento de validade na Constituição e não na lei^[17]. Mas pecam por querer instituir um tratamento discriminatório e excludente entre os membros da carreira: todos devem ser livres para exercer a profissão de advogado, nos termos do Estatuto da OAB.

Em segundo lugar, esses despachos e regulamentos que autorizaram a advocacia privada para alguns membros nos parecem inúteis. É como se a AGU tivesse editado portarias afirmando que os procuradores estão autorizados a viajar nos feriados ou a se casarem nos finais de semana. Trata-se de uma intromissão numa esfera de interesses que o regime estatutário, por sua natureza, não poderia disciplinar. Não cabe à AGU ou a qualquer outro órgão da União regular o exercício de atividades privadas pelo advogado público federal que não causem conflito, ainda que potencial, de interesses com a Administração Pública Federal. Cabe apenas analisar se há, ou não, o conflito. Se não fosse assim, admitir-se-ia que o regime estatutário poderia dispor sobre aspectos mais mezinhos da vida de um indivíduo, aniquilando seu direito fundamental de liberdade”. (ALMEIDA, Ricardo

adotada oficialmente pela Ordem dos Advogados do Brasil, até porque os advogados públicos não trabalham sob o regime de tempo integral. Nada impede que esse regime seja implementado com a concessão de opção ao servidor com eventual acréscimo remuneratório, compensatório da restrição, como é usual na área pública e na iniciativa privada.

Assim se pronuncia a Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do Distrito Federal:

Advogado público pode exercer advocacia privada, desde que não contra o ente público que o remunera

Brasília, 27/05/2015 – A Seccional da OAB do Distrito Federal enviou parecer ao advogado-geral da União, Luís Inácio Adams, no qual opina em favor do direito de os advogados públicos advogarem na esfera privada, desde que não atuem contra o Poder Público. O ofício com o parecer que encerra a opinião da Seccional a respeito do assunto foi encaminhado à AGU nesta terça-feira (26).

O parecer do conselheiro Luiz Gustavo Muglia acolheu integralmente estudo apresentado pelo conselheiro federal pelo DF, Aldemário Araújo, que fundamentou o entendimento da Comissão de Seleção da Seccional. De acordo com esse entendimento firmado pela entidade, é lícito aos advogados públicos exercer a advocacia fora das atribuições dos cargos que ocupam.

Segundo o relator, não há espaço na ordem jurídica para limitações ao exercício da advocacia, salvo naquelas hipóteses expressamente previstas em lei. “Simples critérios de conveniência, oportunidade, vantagens, desvantagens, preferências ou repulsas carregadas de subjetivismo, postos em qualquer sede normativa, não possuem legitimidade jurídica para inviabilizar o exercício da advocacia”, afirmou o conselheiro. Ainda de acordo com a opinião da OAB/DF, entendimento diverso deste implicará

Marques de; PEREIRA, Carlos André Studart. A liberação da advocacia privada em favor de poucos. Um grave e despercebido defeito do projeto de reforma da Lei Orgânica da AGU. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3536, 7 mar. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23904>>. Acesso em: 4 jul. 2017).

em ofensa ao princípio da isonomia por três razões. Primeiro, porque titulares de cargos públicos vinculados a outras profissões, como médicos, engenheiros, contabilistas, entre outros, não estão proibidos dos respectivos exercícios profissionais para além do serviço público. Segundo, porque titulares em outras carreiras do serviço público, que não as carreiras jurídicas, podem ser regularmente inscritos na OAB e atuar como advogados. Terceiro, porque podem ser criados segmentos dentro da Advocacia Pública que podem advogar fora do serviço público em convívio com segmentos que não podem. “Um quadro surreal de castas de advogados, na mesma situação, onde uns são mais advogados do que outros”, sustenta a Seccional.

Como exemplo, o parecer cita o fato de que juízes eleitorais da classe dos advogados, incluídos os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, podem advogar, desde que não na área eleitoral enquanto estiverem investidos do cargo. A OAB/DF também lembra que a lei é expressa quando quer impedir a advocacia, como nos casos dos profissionais do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Para a Seccional, portanto, advogados públicos podem exercer a advocacia na esfera privada, desde que fora das atribuições dos cargos públicos ocupados. O desempenho da atividade é plenamente lícito, e as regras e restrições para o exercício da advocacia são regidas especificamente pelo Estatuto da OAB e pela Constituição Federal.

(...)¹⁷

A boa notícia é que a admissão de repercussão geral supramencionada pelo Supremo Tribunal Federal e o ajuizamento da ADI 5334, visando dispensar de registro na Ordem dos Advogados do Brasil a Advocacia Pública¹⁸, deve

17 Disponível em: <<http://www.oabdf.org.br/noticias/advogado-publico-pode-exercer-advocacia-privada-desde-que-nao-contra-o-poder-publico/>> Acesso em: 2 jul. 2017.

18 “O debate sobre a necessidade ou não de advogados da União terem inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil acaba de ter repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Por maioria de votos, o Plenário Virtual considerou que o tema transcende o caso individual.

O processo chegou à corte em 2010, movido pela seccional da OAB em Rondônia da OAB depois que um advogado da União conseguiu atuar judicialmente sem a inscrição. Na sentença, o juízo considerou que os membros da Advocacia-Geral da União são

solucionar em definitivo a questão *sub examine*, sendo pouco provável que não seja apreciada a possibilidade de exercício da advocacia privada.

O importante na definição dessa situação é a uniformização de tratamento dos advogados públicos, cuja identidade necessita de delimitações

procuradores e têm “sua representação processual advinda da própria lei”, subordinados ao regime jurídico-administrativo decorrente do vínculo funcional com a administração federal. A tese foi mantida em segunda instância.

Para o Conselho Federal da Ordem, que pediu para ingressar na ação do STF como *amicus curiae*, “o fato de a Advocacia Pública estar regulada em Seção diversa da advocacia não significa a existência de distinção entre a função de advogado exercida entre ambas”.

O relator é o ministro Ricardo Lewandowski. Na análise da repercussão geral, ficaram vencidos os ministros Edson Fachin, Luiz Fux e Roberto Barroso, e não se manifestaram os ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

Outra provocação

Já tramita desde 2015 no STF outro questionamento semelhante, proposto pela Procuradoria-Geral da República para tentar derrubar qualquer restrição a atividades de advogados públicos que não façam parte da OAB (ADI 5.334).

O procurador-geral da República, Rodrigo Janot, escreveu na petição que os advogados públicos “exercem, sim, atividade de advocacia, mas se sujeitam a regime próprio (estatuto específico), não necessitando de inscrição na OAB, tampouco a ela se submetendo”. A ação tem relatoria do ministro Celso de Mello e aguarda análise do Plenário.

Exigência para defensores

Em fevereiro do ano passado, a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu que defensores públicos precisam estar inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil para atuar. A decisão foi tomada após recurso movido pela Associação Paulista de Defensores Públicos (Apadep) contra a seccional paulista da OAB.

Conforme pesquisa divulgada no fim do ano passado, com 2,6 mil defensores públicos estaduais (48% do total) e 354 federais (64,5% do total), 90% deles disseram ser contra a vinculação com a entidade que representa a advocacia.”

RE 609.517

Revista Consultor Jurídico, 6 mar. de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-06/stf-reconhece-repercussao-geral-exigencia-oab-advogado-uniao>> Acesso em: 2 jul. 2017.

mais precisas¹⁹: a) se optarem os Ministros pela inviabilidade de exercício da advocacia privada pelos advogados públicos, será obrigatória uma imediata reformulação de seus padrões remuneratórios, com real equiparação ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, mantendo equilíbrio entre as carreiras essenciais à Justiça; b) se optarem pela legitimidade do exercício da advocacia privada, a supressão imediata de normas impeditivas é medida necessária, autorizando apenas a restrição mediante opção voluntária, com proporcional indenização remuneratória pela atividade em tempo integral ou dedicação exclusiva à Advocacia Pública.

19 “Passadas duas décadas após a Constituição de 1988, o Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados receberam tratamento bastante similar em todo País. Durante esse tempo, o promotor de justiça ganhou destaque no cenário nacional e a razão de ser de suas funções foi assimilada pela sociedade.

Os advogados públicos, porém, ainda não têm uma identidade. Não obstante suas atribuições terem sido alçadas a mesma dignidade constitucional daquelas previstas para o Ministério Público e para a Magistratura, existem enormes assimetrias entre as carreiras que integram a Advocacia Pública. Em âmbito federal, as discrepâncias parecem gritar: os Membros da AGU são considerados advogados pela Instituição para fins de inscrição na OAB e pagamento das respectivas anuidades sob pena de falta funcional, mas não são considerados como tais para fins de recebimento de honorários e livre exercício de sua profissão^[1].

Mas isso não deveria ser assim. Os advogados públicos de todas as esferas federadas receberam da Constituição uma idêntica missão – a representação judicial e o assessoramento do ente público. Além do regramento constitucional, há outra nota de semelhança que aproxima toda a categoria: apesar do adjetivo, o advogado público não deixa de ser advogado, que exerce uma função constitucionalmente privilegiada por ser indispensável à administração da Justiça. Somente a partir da aceitação de sua natureza e da autoafirmação de seus direitos, em toda sua plenitude, é que os advogados públicos conseguirão construir uma identidade nacional homogênea e projetar a importância de seu papel perante a sociedade brasileira.” (ALMEIDA, Ricardo Marques de; PEREIRA, Carlos André Studart. A liberação da advocacia privada em favor de poucos. Um grave e despercebido defeito do projeto de reforma da Lei Orgânica da AGU. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3536, 7 mar. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23904>>. Acesso em: 4 jul. 2017).

A especificação do CPC de 2015 acerca do pagamento de honorários aos advogados públicos não seria esvaziada como propagandeado por corrente alarmista se a opção for por deslocamento dos Procuradores da OAB, uma vez que isso está de acordo com o princípio da eficiência constante no *caput* do artigo 37 da CF de 1988. Da mesma forma, se uma lei especificasse que ao Oficial de Justiça, que em prol do cumprimento de uma decisão judicial, fosse assegurado, com a localização de bens e a efetividade da ordem judicial um percentual sobre o valor do débito efetivamente quitado como uma espécie de pena ao executado desleal que oculta bens indevidamente, em verdadeiro ato atentatório à dignidade da Justiça. Essa seria uma norma legítima em prol da eficiência da prestação jurisdicional e do respeito as decisões judiciais cumulada com efeito pedagógico. Além disso, seria possível argumentar que os peritos não são advogados e percebem honorários previstos no Código de Processo Civil.

Em diversos momentos nos deparamos com a tentativa de importar institutos do âmbito privado para o âmbito público, como é perceptível com a estipulação de metas pelo CNJ e mecanismos de produtividade para a aferição da promoção por merecimento dos juízes, o que particularmente não acreditamos ser legítimo dada a incompatibilidade de metas e produção com a atividade de prestação jurisdicional, que deve ter apreciação qualitativa e não quantitativa²⁰.

20 “Curiosamente, a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, alterou a disposição constitucional presente no artigo 93, II, “c”, da Constituição Federal, modificando a forma de aferição do merecimento dos magistrados para fins de promoção, mantendo a frequência e aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento e a presteza no exercício da jurisdição, mas substituiu a ‘segurança’ anteriormente exigida pela medição do desempenho por critérios objetivos de produtividade. Pondero que a alteração veio em prejuízo da prestação jurisdicional por diversos motivos: a) A produtividade implica na presteza que já se encontrava como critério de aferição do merecimento; b) A ciência jurídica demanda subjetivismos que não podem ser aferidos singelamente por critérios objetivos meramente quantitativos e não qualitativos; c) A alteração possibilitou a estipulação de metas para os

Diferente é a situação do servidor que não irá promover o julgamento da questão, mas sim buscar por meio de provas e da atividade advocatícia

Tribunais e juízes, que se circunscreve ao aumento de casos julgados; d) A pacificação social é atingida pela prestação jurisdicional justa e num tempo razoável, a solução rápida nem sempre é a melhor e, muitas vezes, a causa demanda depuração que, por sua vez, exige tempo de estudo pelo magistrado; e) A prestação de um serviço tão complexo como o jurisdicional não se mede por metas de produtividade quantitativa, como ocorre na linha de montagem de uma fábrica em que o produto final é previamente definido e todas as etapas imutáveis; f) O fim da atividade judicial é dizer o direito ao caso concreto e não terminar o processo, subvertendo e desconsiderando o objetivo principal do Poder Judiciário. Na realidade, a alteração nos critérios de aferição do merecimento nas promoções dos magistrados enseja violação a outros preceitos jurídicos, como do juiz natural, em que assessores e assistentes acabam julgando enquanto ao magistrado cabe apenas o papel de assinar a sentença, em prol da manutenção da produtividade. Nesse caso, percebe-se que apenas há autorização para delegação aos servidores praticarem atos de mero expediente, sem caráter decisório ou de conotação administrativa. Além disso, não se pode apenas transportar métodos e metas da iniciativa privada sem adequá-las à realidade do serviço público. A situação ainda piora na medida em que, mesmo no âmbito privado, as metas de produtividade na prestação de serviços devem primar pela qualidade e não pela quantidade, sob pena de inviabilizar a atividade econômica na migração dos consumidores para entidades que executem a atividade de maneira mais adequada e zelosa. A questão da produtividade de serviços é tão complexa e nefasta que não há um indivíduo que não tenha recebido ligações de gerentes de instituições bancárias, solicitando investimentos, aquisição de seguros, planos de saúde, previdência complementar, entre tantos outros serviços dispensáveis ao cidadão, com o único fim de atingir a meta estipulada pela empresa. Para isso não deixam de omitir a verdade ou mesmo contar falácias, no intuito de convencer o aceite e a contratação. Assim, a alteração implementada no texto constitucional e o uso de elementos quantitativos para a constatação do merecimento na promoção dos magistrados deveria ser repensado e, no mínimo espaço de tempo, extirpado de nosso ordenamento jurídico, pois a necessidade de fundamentação de todas as decisões, sob pena de nulidade impede a atuação temerária e de índole meramente quantitativa”. (BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. A ética na magistratura: ponderações sobre normas e circunstâncias que interferem na prestação jurisdicional. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 3, p. 5429-5476, 2014. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/08/2014_08_05429_05476.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2017).

convencer o magistrado sobre a legitimidade da pretensão ou oposição do seu representado.

Apesar de não ser possível uma equiparação entre o sistema público e o privado, com certeza, a estipulação de parte da remuneração ser integrada por comissões²¹, gratificação de produtividade ou prêmio por atingir metas²²,

21 TRT-PR-23-01-2004 SALÁRIO “POR FORA”. INSTALADOR DE TERMINAL TELEFÔNICO QUE RECEBIA POR CADA UNIDADE INSTALADA. CARACTERIZAÇÃO COMO TÍPICA COMISSÃO E NÃO DE PRÊMIO, COMO ALEGADO EM DEFESA. INTEGRAÇÃO DEVIDA. Inconteste que a remuneração do autor não se exauria no salário fixo, a forma assumida por tal remuneração paga “por fora” não se constitui, como pretendido, em mero “prêmio por produtividade”. O pagamento, confessadamente, estava vinculado aos serviços prestados, incidente em cada instalação de telefone. Logo, a condição para o recebimento (valendo-nos, aqui, do enfoque proposto pelo eminente Maurício Godinho Delgado), mostra-se necessariamente realizável. Recebendo o autor por cada terminal instalado, a ocorrência do pagamento era certa e individualizada, vale dizer, vinculada ao próprio serviço unitariamente cumprido, e não ao cumprimento de metas no sentido específico do termo (como, por exemplo, o atingimento de um determinado número de instalações para somente então a verba ser paga globalmente). Afastada, nestes termos, a dose de incerteza quanto à remuneração do autor, porquanto não dependente de atingimento de qualquer meta que não o próprio serviço individualizado, de prêmio não se trata. Incontestavelmente remuneratória a verba, portanto, devida à integração.

TRT-PR-08661-2001-651-09-00-5-ACO-00533-2004. RELATOR: SUELI GIL EL-RAFIHI. Publicado no DJPR em 23-01-2004

22 TRT-PR-14-04-2015 PRÊMIOS PAGOS SOB A DENOMINAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL. INTEGRAÇÃO AO CONJUNTO REMUNERATÓRIO. Comprovado documentalmente que o Réu substituiu o pagamento “das comissões mensais pela participação nos resultados”. A PLR (Participação nos Lucros e Resultados) decorre de previsão constitucional inserta no art. 7º, inciso XI, da Magna Carta. No plano infraconstitucional, a disciplina do benefício encontra-se prevista na Lei n. 10.101/00. Os termos, a forma e o modo da participação dos trabalhadores nos lucros da empresa podem ser ajustados livremente entre as partes, conforme art. 2º da Lei n. 10.101/2000. Contudo o Réu não comprovou ter instituído a “participação nos resultados”, conforme o texto legal, vez que sua instituição foi feita de forma unilateral. Do mesmo modo, o documento denominado “ALTERAÇÃO DO CONTRATO

sempre foi admitido na iniciativa privada como estímulo à eficiência, sendo certo que inexistente uma aparente incompatibilidade nessa forma de remuneração, desde que especificada em lei com motivação razoável, para servidores públicos em geral, com exceção dos agentes políticos.

Quanto à dedicação em tempo integral, alguns parâmetros devem permear a discussão na Advocacia Pública.

Os médicos, por exemplo, que eventualmente trabalham para a Administração Pública direta e indireta, admitidos por concurso público,

DE TRABALHO” atesta que o Réu decidiu substituir o pagamento de comissões, bem como outras eventuais remunerações variáveis, pela participação nos resultados, mas sem reconhecimento de sua natureza jurídica salarial. Pois bem, se a participação nos resultados não foi instituída em conformidade com o ordenamento jurídico, bem como existe confissão do Réu de que ela apenas substituiu a forma de remuneração variável antes adotada, ainda que seu pagamento não tenha sido mensal, mas semestral, mostra-se patente sua natureza jurídica salarial, aproximando-se do conceito de prêmio por produtividade. Neste sentido, os prêmios pagos habitualmente ao trabalhador, ainda que em montante variável, possuem natureza jurídica salarial, vez que objetivam contraprestar o empregado pelo atingimento de determinadas metas ou objetivos que repercutem na produtividade e agregam valor à força de trabalho, razão pela qual devem ser considerados integrativos de sua remuneração, gerando repercussão nas demais verbas trabalhistas. Os pagamentos sob a rubrica “PARTICIP. RESULTADOS” se configuraram habituais, perfazendo uma complementação à remuneração da Reclamante, remunerando o dispêndio de energia no cumprimento de metas, evidenciando, assim, seu caráter contraprestativo pelos serviços prestados e pelos períodos à disposição do empregador. Assim, ainda que instituída a parcela por mera liberalidade do Réu, é inquestionável sua natureza salarial, devendo, pois, integrar sua remuneração para todos os efeitos, na forma do disposto no art. 457 §1º da CLT e da Súmula n. 93 do TST. Recurso da Reclamante a que se dá provimento, no particular.

TRT-PR-37217-2012-084-09-00-1-ACO-10300-2015 - 7A. TURMA. Relator: UBIRAJARA CARLOS MENDES. Publicado no DEJT em 14-04-2015

TRT-PR-10-02-2009 PRÊMIO DE PRODUTIVIDADE - NATUREZA SALARIAL. Prêmios pagos ao empregado em decorrência de sua produtividade possuem natureza salarial e, por isso, integram os salários, para efeito de repercussão em outras verbas.

TRT-PR-02015-2007-019-09-00-2-ACO-04550-2009 - 3A. TURMA. Relator: PAULO RICARDO POZZOLO. Publicado no DJPR em 10-02-2009

não se submetem a um regime de dedicação em tempo integral que os impedem de exercer sua atividade na iniciativa privada. Em alguns casos, é possível a dedicação em tempo integral, mas isso pressupõe um incremento salarial considerável, e não é a regra como regime, mas verdadeira exceção regulada por lei. Além disso, podem exercer cumulativamente a função de professor na área pública²³ ou privada.

23 ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. MILITAR. MÉDICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. NATUREZA CIENTÍFICA. PROFESSOR. POSSIBILIDADE.

1. Discute-se a possibilidade de acumulação dos cargos de médica oficial da Polícia Militar do Estado de Goiás e de professora da Universidade Federal de Goiás.

2. Com base na interpretação sistemática dos arts. 37, XVI, “c”, 42, § 1º, e 142, § 3º, II, da Constituição Federal, a jurisprudência do STJ passou a admitir a acumulação de dois cargos por militares que atuam na área de saúde, desde que o servidor público não desempenhe as funções tipicamente exigidas para a atividade castrense, mas sim atribuições inerentes a profissões de civis (AgRg no RMS 33.703/GO, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 2.8.2012; RMS 33.357/GO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26.9.2011; RMS 28.059/RO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 16.10.2012).

3. Nessa linha, o fato de o profissional de saúde integrar os quadros de instituição militar não configura, por si só, impedimento de acumulação de cargo, o que, entretanto, somente se torna possível nas hipóteses estritamente previstas no art. 37, XVI, da Constituição Federal.

4. O art. 37, XVI, da Constituição impõe como regra a impossibilidade de acumulação de cargos. As exceções se encontram taxativamente listadas em suas alíneas e devem ser interpretadas de forma estrita, sob pena de afrontar o objetivo da norma, que é o de proibir a acumulação remunerada de cargos públicos.

5. É certo que a Constituição disciplinou a situação dos profissionais de saúde em norma específica e nela admitiu a acumulação de dois cargos ou empregos privativos, ambos nessa área (art. 37, XVI, “c”).

6. Contudo, não se pode desconhecer que o cargo de médico possui natureza científica, por pressupor formação em área especializada do conhecimento, dotada de método próprio. Essa é, em breve síntese, a noção de cargo “técnico ou científico”, conforme se depreende dos precedentes do STJ (RMS 32.031/AC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 24.11.2011; RMS 28.644/AP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.12.2011; RMS 24.643/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 16.2.2009).

Da mesma forma, os advogados, quando representantes dos entes públicos, nomeados por meio de concurso, não exercem suas funções em regime de tempo integral, pois fora dos impedimentos e incompatibilidades previstos na lei, tais como a representação de pessoas ou entidades com o ajuizamento de ações em face do ente que os remunera, não há restrição ao exercício da advocacia.

Os juízes e promotores²⁴, apesar de pertencerem à área jurídica, não se confundem com a figura dos advogados, devido à incompatibilidade de suas funções com qualquer tipo de representação judicial ou extrajudicial de interesses de particulares ou de ente estatal, pois defendem a sociedade em geral. Ainda que suas atividades não se identifiquem com a advocacia,

7. A acumulação exercida pela recorrente se amolda, portanto, à exceção inserta no art. 37, XVI, “b”, da Constituição Federal. De fato, parece desarrazoado admitir a acumulação de um cargo de professor com outro técnico ou científico e, entretanto, eliminar desse universo o cargo de médico, cuja natureza científica é indiscutível.

8. Por fim, verifica-se que é incontroversa a questão da compatibilidade de horários (40 horas semanais, sem dedicação exclusiva na Universidade Federal de Goiás, e 20 horas semanais, no exercício da atividade de médica reumatologista, no Hospital da Polícia Militar de Goiás - fls. 45-46).

9. Recurso Ordinário provido. (RMS 39.157/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 07/03/2013)

24 “Ao contrário do que fez com os Membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, ex vi do art. 128, II, “b” e art. 134, §1º da CF/88, a Constituição Federal não vedou o exercício da advocacia pelos Membros da AGU. Trata-se, pois, de um silêncio eloquente²¹. Isso não importa reconhecer que todas as regras sobre a Advocacia-Geral da União devam estejam previstas no texto constitucional. A lei pode criar limites à atividade do advogado público, mas deverá atentar aos limites impostos constitucionalmente pelo direito fundamental do art. 5º, XIII da CF.” (ALMEIDA, Ricardo Marques de; PEREIRA, Carlos André Studart. A liberação da advocacia privada em favor de poucos. Um grave e despercebido defeito do projeto de reforma da Lei Orgânica da AGU. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3536, 7 mar. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23904>>. Acesso em: 4 jul. 2017).

como ocorre com os servidores públicos em geral, esses profissionais não se submetem a um regime de dedicação em tempo integral. É possível, por exemplo, que exerçam atividade de docência em instituições públicas ou privadas.

Ademais, com exceção das atividades consideradas impedidas pelo Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados, é perceptível que servidores em cargos cujas funções exijam segundo grau de escolaridade ou qualquer outro nível de ensino superior venham a exercer a advocacia privada, desde que também tenham se graduado em Direito e estejam habilitados perante a Ordem dos Advogados do Brasil.

Nesse contexto, seria desarrazoado obstar a advocacia privada aos advogados públicos, já que poucas atividades são consideradas incompatíveis com ela. As restrições, como é sabido, merecem interpretação restritiva. A isonomia de tratamento também pode ser considerada violada à medida que o advogado público, com todo o conhecimento teórico e a prática processual necessária para auxiliar na escorreta prestação da justiça, é impedido de exercer a advocacia, enquanto outros servidores são autorizados a exercer a atividade no âmbito privado²⁵.

25 “A proibição sob comento ofende ainda o princípio da isonomia veiculado no caput do art. 5º da Constituição, eis que servidores de outras áreas (economistas, médicos, engenheiros, contabilistas, professores etc.) não possuem vedação para exercer suas profissões fora do serviço público. O que justifica, à luz do art. 5º, caput da Constituição, esse tratamento diferenciado em detrimento dos advogados públicos federais? A propósito, é importante que se diga que boa parte daqueles profissionais desimpedidos têm acesso a informações da Administração Pública tão ou mais importantes do que os advogados, e, teoricamente, poderiam provocar repercussões muito mais graves se acaso fizessem “mau uso” desses dados. Existem até mesmo casos de servidores federais que, embora graduados em Direito e regularmente inscritos nas Seccionais da OAB de seus respectivos Estados, não ocupam cargo de Advogado ou Procurador, mas integram outras carreiras que não requerem formação específica na área jurídica, como as de técnicos, fiscais, auditores etc. Para esses profissionais não se aplica qualquer proibição além daquela prevista no já citado art. 30, I da Lei 8.906/94, havendo, não raro, casos de servidores que militam cotidianamente

A situação mostra-se totalmente incompatível com a razoabilidade. O exemplo seria equiparável a vedar que um médico que, por concurso, exerça atividades junto a hospitais públicos possa atender clientes privados em seu consultório ou, ainda, proibi-lo de trabalhar em hospitais privados. Se o exercício da profissão é um direito inerente ao término de um curso superior e ao registro no conselho de classe respectivo (Medicina, Advocacia, Engenharia etc.), não existe fundamento legítimo para restrições descabidas e desarrazoadas, em afronta ao artigo 5º, XIII, da CF, que, por sua vez, assevera ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Além disso, o exercício da advocacia privada contribui no aperfeiçoamento do advogado público, ampliando seu conhecimento multidisciplinar²⁶ e o contato com os cidadãos em geral, bem como a aproximação com os demais juristas.

na advocacia privada, ao mesmo tempo em que exercem suas funções no serviço público. Por essa realidade, torna-se, em tese, até mais interessante para um bacharel em Direito inscrito no OAB prestar concurso para alguma dessas áreas, do que para o cargo específico de advogado público – algo que somente uma legislação tucanha poderia produzir”.

(THOMAZ, Afrânio Carlos Moreira. *Exercício da advocacia privada pelo advogado público: ponderação entre riscos e benefícios*. 2009. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/Revista46_208.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2017).

26 “O exercício da advocacia, obedecidos os limites éticos impostos pelo Estatuto da OAB, será um fator de atração de profissionais qualificados para os quadros da AGU, além de permitir o crescimento profissional dos seus Membros, por lhes fomentar o contato com outras realidades do Direito na iniciativa privada que exige a constante reciclagem e oferece desafios que o servidor público não conhece. Inegavelmente, o serviço público também ganhará com isso.” (ALMEIDA, Ricardo Marques de; PEREIRA, Carlos André Studart. A liberação da advocacia privada em favor de poucos. Um grave e despercebido defeito do projeto de reforma da Lei Orgânica da AGU. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3536, 7 mar. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23904>>. Acesso em: 4 jul. 2017).

O argumento de que haveria desleixo no exercício das funções públicas se houvesse concomitante exercício da advocacia privada decorre de uma pressuposição ilegítima de conduta irregular sem qualquer base empírica²⁷, outrossim, o ser humano de caráter apurado irá agir de maneira escoreita em qualquer atividade que venha a exercitar. Na apuração de conduta ilegítima sancionam-se os culpados e não toda a classe ou grupo de pessoas integrantes da carreira.

Assim, em uma visão holística, a percepção de honorários advocatícios e o exercício da advocacia devem ser encarados como prerrogativas dos advogados públicos, pois valorizam a carreira da Advocacia Pública, o que, por consequência, reforça seu poder de oposição às pressões externas tendentes a desviar sua conduta de uma advocacia de Estado para direcioná-la a uma advocacia meramente de governo.

A liberdade de opinião e o bom desempenho da função acabam por se acentuar na medida em que os advogados sentem-se menos fragilizados pela ausência de reajustes do funcionalismo público. De outro lado, esses

27 “Por outro lado, partir de afirmações maniqueístas de que a liberdade de profissão favoreceria poucos privilegiados ou resultaria em deixar para segundo plano as atribuições do dia-a-dia da Advocacia da União, é adotar uma presunção de má-fé e mau caratismo e desconsiderar a existência de mecanismos efetivos de controle e fiscalização dos trabalhos dos advogados públicos, que são medidas mais adequadas e menos gravosas para se atingir a mesma finalidade que a intransigente proibição da advocacia almejou. A argumentação contrária ao direito fundamental baseia-se no medo. No entanto, a experiência bem-sucedida de muitos Estados é testemunha de que há meios de se garantir a qualidade e presteza do ofício do advogado público. Eventuais escolhas por determinados tipos de controle serão feitas e justificadas, evidentemente, dentro de um debate sobre o desenho institucional que a AGU enfrentará diante da inevitável constatação: não há fundamento constitucional para proibir a advocacia fora das atribuições funcionais.” (ALMEIDA, Ricardo Marques de; PEREIRA, Carlos André Studart. A liberação da advocacia privada em favor de poucos. Um grave e despercebido defeito do projeto de reforma da Lei Orgânica da AGU. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3536, 7 mar. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23904>>. Acesso em: 4 jul. 2017).

profissionais podem se defender de ataques externos por meio de uma advocacia em causa própria sem a necessidade da contratação de um outro advogado. A Administração Pública, ademais, beneficia-se do contínuo aperfeiçoamento dos seus servidores, permeado por um conhecimento multidisciplinar em várias áreas do Direito, bem como se minoram os efeitos drásticos da evasão²⁸ de profissionais para outras carreiras jurídicas públicas ou privadas equilibrando, com isso, os embates jurisdicionais e administrativos entre os três Poderes e a iniciativa privada.

Assim, ante os elementos apresentados, com a devida vênia às posições contrárias, em nossa opinião, somos todos advogados por inteiro e sem discriminações, como muito bem vem asseverando a Ordem dos Advogados do Brasil.

Esse tema seria suficiente para um trabalho específico nos quadros acadêmicos, mas, por ora, nos dá uma ideia do potencial que esses direitos,

28 “É absolutamente inegável que a proibição para o exercício da advocacia privada desestimula muitos potenciais candidatos a concursos públicos promovidos pela AGU, PFN e demais Procuradorias federais a concorrer a esses certames. Não havendo a possibilidade de exercer a advocacia privada paralelamente à função pública, é natural que muitos advogados priorizem os concursos da Magistratura e do Ministério Público, cujos membros têm incompatibilidade com o exercício da advocacia (Lei 8.906/94, art. 28, II), mas, em contrapartida, percebem subsídios mais atraentes. Mesmo para muitos candidatos que se inscrevem nos concursos da Advocacia Pública federal e são, ao final aprovados e empossados nos respectivos cargos, existe a intenção de fazer com que essas carreiras representem apenas um “trampolim” para, futuramente, ingressar na Magistratura ou no Ministério Público. Muitos desses servidores – principalmente os mais jovens – dedicam grande parte de seu tempo para prosseguir nos estudos para outros concursos públicos, lendo e relendo livros, pesquisando jurisprudências, frequentando cursos, viajando para outros Estados onde esses certames são realizados, enfim, submetendo-se a atividades que podem trazer mais ocupações (e preocupações) do que o exercício da advocacia privada.” (THOMAZ, Afrânio Carlos Moreira. *Exercício da advocacia privada pelo advogado público: ponderação entre riscos e benefícios*. 2009. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/Revista46_208.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2017).

como prerrogativas, podem proporcionar e o seu reflexo na defesa do interesse público.

Em breve o Supremo Tribunal Federal definirá essa questão, pacificando, por conseguinte, as controvérsias e as polêmicas que permeiam assunto tão espinhoso e caro aos advogados.

2.2. Intimação pessoal

A intimação pessoal prevista no artigo 183 do CPC de 2015²⁹ é uma mescla de prerrogativa da Administração Pública com prerrogativa dos advogados públicos. Ilustra um direito inerente à condição de advogado público, que deve ser intimado pessoalmente para ciência dos atos e início dos prazos processuais, com uma prerrogativa da Administração Pública, na medida em que essa forma de intimação visa garantir também uma defesa mais esmerada dos interesses públicos primário e secundário, mediante uma efetiva ciência das decisões e do conteúdo dos atos processuais³⁰.

2.3. Prazos processuais em dobro

O prazo em dobro, previsto no artigo 183 do CPC de 2015, para “todas as manifestações processuais” é também um amálgama de prerrogativa da Administração Pública com prerrogativa dos advogados públicos, preservando o interesse público ao conceder maior prazo

29 Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§ 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

§ 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público.

30 Para maiores esclarecimentos, sugere-se a leitura: BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. *Intimação pessoal dos advogados públicos como garantia da defesa da coletividade*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-30/luiz-barbugiani-intimacao-advogados-publicos-defesa-sociedade>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

processual para desenvolvimento de uma tese jurídica com base em pesquisa jurisprudencial e doutrinária, dada a relevância do impacto da solução da demanda na sociedade. Também possibilita que o advogado público possa desempenhar seus atos processuais com maior tempo, diante da excessiva quantidade de processos.

2.4. A responsabilidade do advogado público e a independência funcional

A previsão de responsabilidade administrativa e civil do advogado público não deixa de ser uma prerrogativa no intuito de preservar a independência funcional do servidor público, uma vez que não basta a culpa para ensejar responsabilização civil por seus atos, sendo exigível “dolo ou fraude no exercício de suas funções”, como dispõe o artigo 184 do CPC de 2015³¹.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO assim se posiciona no tocante aos pareceres administrativos, que não se confundem com os atos do âmbito processual, mas admitem a mesma sistemática:

É importante ressaltar que os pareceres jurídicos exigem trabalho de interpretação de leis, muitas delas passíveis de divergências quanto ao seu sentido, exigindo a aplicação de variados métodos de exegese. Por isso mesmo, é perfeitamente possível que a interpretação adotada pelo advogado público (que, na função consultiva, participa do controle interno de legalidade da Administração Pública) não seja coincidente com a interpretação adotada pelos órgãos de controle externo. Seria inteiramente irrazoável pretender punir o advogado só pelo fato de sua opinião não coincidir com a do órgão controlador, até mesmo levando em consideração que nem sempre os técnicos e membros dos tribunais de contas têm formação jurídica que os habilite a exercer atividade de consultoria, assessoria e direção jurídicas, que é privativa da advocacia, nos termos do artigo 1º, inciso II, do Estatuto da OAB. Mesmo em se tratando de controle exercido por membros do Ministério

31 Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

Público, nada existe em suas atribuições institucionais que lhes permita censurar ou corrigir opinião emitida licitamente por qualquer advogado, seja público ou privado. Por isso mesmo, sua responsabilização depende da demonstração de que o advogado, ao proferir sua opinião, agiu de *má-fé, com culpa grave ou erro grosseiro*. De outro modo, faltarão aos advogados o mínimo de segurança jurídica para o exercício de suas funções, *consideradas essenciais à justiça* pelos artigos 131 e 133 da Constituição Federal, com a garantia da inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão.

O fato é que, se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência (que constituem *fontes do direito*), não há como responsabilizar o advogado pela opinião manifestada em parecer jurídico nem a autoridade que, com base nele, proferiu a decisão.

Não me parece que o caráter vinculante ou facultativo do parecer, na classificação do ministro Joaquim Barbosa, seja relevante para fins de responsabilização do advogado público. O que é relevante é a verificação do elemento subjetivo com que atuou. Se agiu de *má-fé*, se praticou erro grosseiro, se atuou com dolo, cabe a sua responsabilização³².

A independência funcional não pode ser concebida como algo absoluto, sem limites, pois é defensável e legítima para preservar o profissional de interferências externas ilegítimas em seu âmbito de exercício que, por sua vez, deve ser sempre direcionado em prol do interesse público.

José Renato NALINI, quanto a essa questão, assim dispõe:

Por independência se concebe a ausência de quaisquer vínculos interferentes na ação do profissional do direito, capazes de condicionar ou orientar sua situação de forma diversa ao interesse da justiça. “Todo intento de violação da independência da profissão compromete mesmo sua função social”. A independência é atributo consagrado ao juiz, ao promotor, ao advogado e aos demais operadores.

A independência não há de ser tal que fuja ao controle ético. Toda a atividade

32 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Responsabilização dos advogados públicos pela elaboração de pareceres*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/interesse-publico-responsabilizacao-advogado-publico-elaboracao-parecer>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

humana, ao reivindicar sua própria e legítima autonomia, não pode deixar de reconhecer a harmonia e a subordinação ao critério supremo, que é o critério ético. A independência não exclui, mas em lugar disso postula enfaticamente, estrita dependência à ordem moral³³.

No exercício de suas funções, o advogado público não pode ser sancionado por juiz ou promotor, pois para a instauração de processo administrativo, o órgão competente será, nos termos do artigo 77, § 6º, do CPC de 2015³⁴, “o respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz officiará”.

33 NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 12. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 552-553.

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

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

§ 3º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97.

De qualquer forma, é relevante asseverar que não é possível dupla apenação pelo mesmo fato, pois não se admite o *bis in idem*. Assim, é possível identificar uma justificativa para o dispositivo consignar essa dupla possibilidade no reconhecimento implícito de que os advogados públicos podem exercer a advocacia privada. Assim, quando exercitarem a atividade na defesa de particulares serão submetidos à fiscalização da Ordem dos Advogados do Brasil, enquanto na tutela do interesse público, representando os entes estatais, submeter-se-ão ao julgamento por seus pares no órgão público que integram³⁵.

§ 4º A multa estabelecida no § 2º poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 523, § 1º, e 536, § 1º.

§ 5º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 6º Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.

§ 7º Reconhecida violação ao disposto no inciso VI, o juiz determinará o restabelecimento do estado anterior, podendo, ainda, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação do § 2º.

§ 8º O representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar.

35 “O argumento nuclear dessa construção é que o regime estatutário regula a relação do advogado público com o Estado, ao passo que a OAB regula, com exclusividade, a relação do advogado público com os atores privados. São círculos de competência que não se tocam ou se sobrepõem.

Dentro do regime estatutário podem ser criados deveres relacionados a esse estado especial de sujeição do servidor perante o Poder Público, abrangendo os aspectos que interfiram no bom desempenho das atribuições do cargo. O que está fora dessa esfera de sujeição está protegido pelo direito de liberdade, a exemplo da advocacia privada, sem vinculação a outro empregador, quando o advogado público pode tratar de causas como um divórcio, uma ação de cobrança ou qualquer outro assunto estranho ao serviço público federal. Mais uma vez, salta aos olhos o tratamento discriminatório sofrido pela advocacia: por que o advogado público federal pode exercer tantas e tão diferentes atividades privadas, mas não pode justamente advogar?” (ALMEIDA, Ricardo Marques de; PEREIRA, Carlos André

No artigo 77, § 8º, do CPC de 2015, consta que “o representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar”, motivo pelo qual não se aplica o crime de desobediência ao advogado público ou privado³⁶.

Assim, “as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”, previstas no artigo 139, IV, do CPC de 2015, não podem ser impostas aos advogados públicos ou privados.

2.5. Outras prerrogativas ou direitos

Como salientado, nas linhas acima, as prerrogativas apresentam elementos objetivos e subjetivos, os primeiros de conotação mais estática, ligados a uma finalidade específica, e os segundos de caráter dinâmico, referindo-se aos meios, instrumentos e mecanismos para alcançar o fim almejado na instituição da prerrogativa. Nessa concepção, prerrogativa confunde-se com um determinado direito concedido pelo ordenamento jurídico com o objetivo de atingir uma finalidade específica que não se esgota no exercício do direito em si.

Studart. A liberação da advocacia privada em favor de poucos. Um grave e despercebido defeito do projeto de reforma da Lei Orgânica da AGU. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3536, 7 mar. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23904>>. Acesso em: 4 jul. 2017).

36 Para maiores esclarecimentos sobre a impossibilidade de o crime de desobediência afetar advogados públicos e privados, recomenda-se a leitura de: BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. O Advogado público e o crime de desobediência: considerações sobre as prerrogativas da Advocacia Pública. In: BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani (Coord.). *Prerrogativas da Advocacia Pública*: direitos não são benefícios, mas instrumentos da democracia para uma atuação eficiente e ética no trato da coisa pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p.17-53.

Diante disso, inúmeros direitos instituídos ou obrigações podem ser coordenados no intuito de atingir um fim programado. Nesse contexto, a remuneração adequada pode ser um instrumento para evitar a suscetibilidade de um servidor a desviar sua conduta em troca de favores ilícitos. Isso funcionaria como benefício recíproco, por exemplo, para os advogados públicos e para a Administração Pública, constituindo-se em uma espécie de prerrogativa, visto que, além de impedir a influência externa na independência funcional no exercício de sua atividade, ao mesmo tempo, refreia a evasão de profissionais gabaritados para outras carreiras jurídicas ou para outros entes estatais³⁷.

A remuneração adequada, portanto, deve ser encarada como uma prerrogativa da Advocacia Pública, ou seja, como garantia de sua independência funcional.

De outro lado, a capacitação técnica dos advogados públicos deve ser estimulada, não se restringindo apenas ao conhecimento averiguado no

37 “Existe ainda a disputa desigual com outras carreiras que não impedem o exercício da advocacia privada pelos seus membros. Várias Procuradorias Estaduais e Municipais – inclusive a do Distrito Federal e as do Estado e do Município do Rio de Janeiro –, embora remunerem seus integrantes em valores mais ou menos equivalentes aos recebidos pelos membros da advocacia federal, promovem concursos que têm justamente dentre os maiores atrativos a prerrogativa da liberdade para advogar fora das atribuições institucionais. Há casos, inclusive, de advogados federais que optam por prestar concursos para aqueles órgãos regionais, atraídos não propriamente pelos vencimentos, mas sim pela possibilidade de atuar profissionalmente fora da carreira, como já ocorreu com integrantes da Procuradoria do Banco Central no Rio de Janeiro em passado mais ou menos recente. Uma vez aprovados nesses concursos, os colegas não hesitaram em pedir exoneração do órgão federal e ingressar em outra Procuradoria que não impunha obstáculos para a atividade sob comento.” (THOMAZ, Afrânio Carlos Moreira. *Exercício da advocacia privada pelo advogado público: ponderação entre riscos e benefícios*. 2009. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/Revista46_208.pdf>. Acesso: em 5 jul. 2017).

concurso público de ingresso. Em realidade, seria perfeitamente legítimo exigir, como pré-requisito para a nomeação, três anos de experiência no exercício da advocacia³⁸, podendo essa situação se consolidar em benefício da Administração Pública sem que seja encarada como prerrogativa da advocacia, uma vez que não se trata de um direito, mas sim de uma exigência em prol da melhor defesa do interesse público.

Dentro do mesmo raciocínio, como critério de promoção por merecimento, a contínua capacitação dos advogados por meio de cursos de pós-graduação seria a solução desejável como estímulo ao aperfeiçoamento da atividade profissional. Em algumas carreiras de servidores públicos, como analistas judiciários, a conclusão de um curso enseja aumento

38 ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS. EXIGÊNCIA DE EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL. TRÊS ANOS DE ATIVIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. REGULARIDADE DA ELIMINAÇÃO DE CANDIDATOS. APLICAÇÃO DE PRECEDENTE IDÊNTICO. JULGAMENTO PELA SEGUNDA TURMA. INEXISTÊNCIA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Não há falar em vício de iniciativa, por supostamente tratar-se de tema reservado à regulação do Poder Executivo, quando a emenda proposta por membro do Poder Legislativo ativer-se à temática discutida na proposição legislativa e tampouco provocar aumento de despesa, o que não ocorreu no caso de estabelecimento de requisito para ingresso na carreira da Advocacia Pública do Estado de Minas Gerais.

2. A exigência de tempo mínimo de atividade profissional é juridicamente possível, desde que prevista em lei e no edital do certame, este último diploma podendo conter a especificação do que venha a ser considerado como tal. Precedente idêntico julgado pela Segunda Turma: RMS 47.570/MG (Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015).

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RMS 48.438/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 15/04/2016)

substancial na remuneração, o que poderia influenciar propostas de regulamentação dessa matéria também para os advogados públicos.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil consolidou uma série de prerrogativas da advocacia, por meio de súmulas, que devem ser encaradas em caráter exemplificativo, mas já demonstram a multiplicidade de direitos que podem ser instituídos com uma finalidade mais ampla do que o seu exercício pelos beneficiados:

Súmula 1 - O exercício das funções da Advocacia Pública, na União, nos Estados, nos Municípios e no Distrito Federal, constitui atividade exclusiva dos advogados públicos efetivos a teor dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988.

Súmula 2 - A independência técnica é prerrogativa inata à advocacia, seja ela pública ou privada. A tentativa de subordinação ou ingerência do Estado na liberdade funcional e independência no livre exercício da função do advogado público constitui violação aos preceitos Constitucionais e garantias insertas no Estatuto da OAB.

Súmula 3 - A Advocacia Pública somente se vincula, direta e exclusivamente, ao órgão jurídico que ela integra, sendo inconstitucional qualquer outro tipo de subordinação.

Súmula 4 - As matérias afetas às atividades funcionais, estruturais e orgânicas da Advocacia Pública devem ser submetidas ao Conselho Superior do respectivo órgão, o qual deve resguardar a representatividade das carreiras e o poder normativo e deliberativo.

Súmula 5 - Os Advogados Públicos são invioláveis no exercício da função. As remoções de ofício devem ser amparadas em requisitos objetivos e prévios, bem como garantir o devido processo legal, a ampla defesa e a motivação do ato.

Súmula 6 - Os Advogados Públicos são invioláveis no exercício da função, não sendo passíveis de responsabilização por suas opiniões técnicas, ressalvada a hipótese de dolo ou fraude.

Súmula 7 - Os Advogados Públicos, no exercício de suas atribuições, não podem ser presos ou responsabilizados pelo descumprimento de decisões judiciais. A responsabilização dos gestores não pode ser confundida com a atividade de representação judicial e extrajudicial do advogado público.

Súmula 8 - Os honorários constituem direito autônomo do advogado, seja ele público ou privado. A apropriação dos valores pagos a título de honorários sucumbenciais como se fosse verba pública pelos Entes Federados configura apropriação indevida.

Súmula 9 - O controle de ponto é incompatível com as atividades do Advogado Público, cuja atividade intelectual exige flexibilidade de horário.

Súmula 10 - Os Advogados Públicos têm os direitos e prerrogativas insertos no Estatuto da OAB³⁹.

Uma das prerrogativas pouco lembrada pelos estudiosos refere-se à representação do ente público na celebração de termos de ajustamento de conduta ou ações civis públicas tendentes à tutela de direitos difusos e coletivos em prol da sociedade. Ainda que para a propositura dessas ações ou medidas haja uma legitimação concorrente, é evidente que poucos são agraciados com a possibilidade de interposição, e esse direito, assim como o prazo em dobro e a intimação pessoal, é uma verdadeira mescla de prerrogativa da Advocacia Pública e da Administração Pública, que depende dos Advogados para a defesa do interesse público geral.

Como bem pondera Afrânio Carlos Moreira THOMAZ:

Enfim, é intuitivo que quanto maiores forem as liberdades e prerrogativas funcionais do cargo, maior será a valorização e o fortalecimento da respectiva carreira. Consequentemente, maior será o interesse de profissionais qualificados em nela ingressar. Ao se reduzir ou suprimir essas prerrogativas, quem perde com isso não são apenas os membros das carreiras jurídicas, mas sim o serviço público de modo geral⁴⁰.

Assim, as linhas gerais traçadas nesse estudo não podem ser analisadas de maneira restritiva, mas sim ampliativa, sem que haja *numerus clausus* das hipóteses de prerrogativas da Advocacia Pública.

39 Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/24762/conselho-federal-traca-diretriz-em-defesa-da-advocacia-publica>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

40 THOMAZ, Afrânio Carlos Moreira. *Exercício da advocacia privada pelo advogado público: ponderação entre riscos e benefícios*. 2009. Disponível em <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/Revista46_208.pdf>.

3. PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As prerrogativas da Administração Pública consubstanciam-se em direitos da própria entidade pública como, por exemplo, o reexame necessário desde que, nas ações em geral, o valor da causa ultrapasse determinado patamar econômico ou a condenação seja ilíquida⁴¹, bem como nas ações especiais, quando haja declaração de improcedência na ação popular ou de procedência no mandado de segurança, hipóteses essas, dentre outras, que o legislador ordinário reputou de impacto social,

41 Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

econômico, político ou jurídico suficiente a permitir um tratamento diferenciado. Nesses casos, a decisão judicial somente produzirá todos os seus efeitos se apreciada pelo segundo grau de jurisdição, em função de uma tutela ao interesse público primário ou secundário inerente à própria pessoa jurídica da Administração direta e indireta, não se instituindo em decorrência das atividades de seus representantes judiciais e extrajudiciais.

Outro exemplo de prerrogativa da Administração Pública encontra-se na viabilidade de pagamento de uma condenação judicial em pecúnia, por meio do sistema de precatórios ou de requisição de pequeno valor, visando permitir maior isonomia na ordem cronológica de pagamento, em especial quando o valor da condenação exige a formação de um precatório. Assim, protege-se a entidade pública, evitando que haja privilégios para apadrinhados com o pagamento antecipado e a protelação para desafetos ou, ainda, a quitação geral de todas as dívidas, drenando o orçamento e, conseqüentemente, paralisando ou sucateando a prestação de serviços públicos.

A função da Advocacia Pública, mesmo nessa seara circunscrita à entidade pública, é crucial para a melhor interpretação e a aplicação das prerrogativas próprias da Administração Pública, dada a condição de carreira jurídica essencial à administração da justiça, como já nos pronunciamos anteriormente em estudo sobre o seu papel na consecução do bem comum:

(...) o Advogado Público deve atuar como um instrumento viabilizador das políticas públicas de Estado, aproximando a legalidade da legitimidade ao interpretar a norma jurídica no meio judicial e administrativo da maneira mais razoável e proporcional para a consecução do bem comum⁴².

42 BARBUGIANI, L. H. S. A Advocacia Pública e o bem comum. *Cadernos Jurídicos* (OAB PR), v. 49, p. 1-2, 2014. p. 2.

Evidentemente, esse são direitos concedidos à Administração Pública com tratamento distinto de outras pessoas e entidades, objetivando salvaguardar um bem maior, no caso, o interesse público e social.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todas essas observações, é possível traçar uma diretriz relacionada às prerrogativas da Advocacia Pública.

O ponto essencial consiste em visualizar que a valorização da carreira profissional está atrelada ao fortalecimento da classe, para que possa exercer a atividade jurídica como instrumento de defesa do interesse público.

O tema é polêmico, mas o diálogo deve ser incentivado, com o respeito mútuo pelas opiniões diversas e, muitas vezes, opostas. A divergência deve auxiliar no aperfeiçoamento do argumento, não havendo motivos para se deixar de lado a cordialidade e o respeito em relação às posições dos defensores e dos opositores das prerrogativas.

O maior benefício de vivermos em uma democracia é a estima às manifestações, no sentido da defesa de direitos e prerrogativas sem preconceitos ou ilações desalinhadas com nosso real pensamento. Além disso, é legítimo o direito de divergir, desde que com argumentos legítimos e comportamento adequado para o convívio social, em especial com desapego a paixões ou dogmas que, antes de esclarecer, entorpecem o raciocínio lógico.

As fragilidades estruturais da Advocacia Pública se intensificam na medida em que a demanda que a assola cotidianamente, na representação e no assessoramento dos entes públicos, é excessivamente desproporcional aos aperfeiçoamentos e capacitações implementados. Divergências internas sobre a defesa de direitos e prerrogativas só debilitam ainda mais a classe, enfraquecendo, diuturnamente, o movimento de valorização da Advocacia Pública.

O que importa nesse momento é o engrandecimento da carreira da Advocacia Pública, preservando o senso ético global, visando à paridade de armas para a fiel e eficiente defesa do interesse público, seja com direitos próprios dos advogados, seja com infraestrutura e assessoramento técnico-administrativo de uma carreira de apoio similar ao Ministério Público e à Magistratura, compatível com os grandes escritórios de advocacia, dada a importância da atividade como carreira essencial à Justiça.

Essa luta é diária e depende de cada um de nós.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Ricardo Marques de; PEREIRA, Carlos André Studart. A liberação da advocacia privada em favor de poucos. Um grave e despercebido defeito do projeto de reforma da Lei Orgânica da AGU. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3536, 7 mar. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23904>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. A Advocacia Pública e o bem comum. *Cadernos Jurídicos* (OAB PR), v. 49, p. 1-2, 2014.

_____. A ética na magistratura: ponderações sobre normas e circunstâncias que interferem na prestação jurisdicional. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 3, p. 5429-5476, 2014. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/08/2014_08_05429_05476.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2017.

_____. *Intimação pessoal dos advogados públicos como garantia da defesa da coletividade*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-30/luiz-barbugiani-intimacao-advogados-publicos-defesa-sociedade>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

_____. O advogado público e o crime de desobediência: considerações sobre as prerrogativas da Advocacia Pública. In: BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani (Coord.). *Prerrogativas da Advocacia Pública: direitos não são benefícios, mas instrumentos da democracia para uma atuação eficiente e ética no trato da coisa pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

CASTRO, Aldemario Araujo. A Advocacia Pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da Administração Pública. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 13 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22886&seo=1>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Responsabilização dos advogados públicos pela elaboração de pareceres*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/interesse-publico-responsabilizacao-advogado-publico-elaboracao-parecer>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 12. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

THOMAZ, Afrânio Carlos Moreira. *Exercício da advocacia privada pelo advogado público: ponderação entre riscos e benefícios*. 2009. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/Revista46_208.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2017.

Os honorários de sucumbência da Advocacia Pública: breve análise sob o olhar do Direito Financeiro

Attorney's fees arising from law: brief analysis under the Public Finance Law

Renato Alberto Nielsen Kanayama¹

Rodrigo Luís Kanayama²

RESUMO: Os honorários advocatícios são a compensação pela prestação de serviços jurídicos prestados por advogados. Sob a legislação brasileira, existem honorários advocatícios resultantes de contrato ou da lei. Neste caso, trata-se do pagamento de honorários pela parte sucumbente ao advogado da parte vencedora. O artigo visa analisar, sob o olhar do Direito Financeiro, os honorários de sucumbência, especialmente nos casos dos advogados públicos. Muitas dúvidas ainda remanescem, não obstante a aprovação recente do Código de Processo Civil, que traz a seguinte disposição: “os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei”.

PALAVRAS-CHAVE: honorários de sucumbência; finanças públicas; Direito Financeiro; Advocacia Pública; Processo Civil.

1 Advogado.

2 Professor da Faculdade de Direito da UFPR e advogado.

ABSTRACT: Attorney's fees are the compensation for legal services performed by an attorney. Under the Brazilian legislation, there are attorney's fees arising from contract or law. In the last case, they are the compensation paid by the losing party to the attorney of the winning party. The article aims to analyze under the Public Finance Law the attorney's fee arising from law, specifically on the state attorney case. Many doubts remain unsolved, regardless of the recent approval of the Civil Procedure Code, in which there is the following rule: "state attorneys earn fees arising from law".

KEY WORDS: attorney's fees; public finance; Public Law; State Attorney; Civil Procedure.

1. INTRODUÇÃO

Há um constante debate sobre o recebimento dos honorários de sucumbência pelos advogados públicos – advogados *servidores públicos* vinculados à Administração direta e indireta sob regime estatutário. Até o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC), a legislação não era expressa sobre o assunto, falta que provocava a instauração de intensos desentendimentos em todas as esferas da Federação.³

3 Dúvida havia na aplicação do art. 4º, Lei 9.527/1997, que prevê: "as disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, não se aplicam à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista". A questão duvidosa estava no fato de o art. 21 do EOAB (inserido no Capítulo V, Título I – advogado empregado) prever: "Nas causas em que for parte o empregador, ou pessoa por este representada, os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados". Mesmo na inexistência de previsão expressa, defendia Paulo Lôbo: "O direito aos honorários de sucumbência estende-se aos advogados públicos, porque exercem atividade de advocacia, nos termos do §1º do art. 3º da Lei n. 8.906/94. A lei

Esse tempo – ao menos, em tese – ficou para trás. Na vigência do novo CPC, o art. 85, §19, com acerto, determinou que “os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei”.

Desde então, tornou-se mais claro o direito aos honorários advocatícios em razão de condenação judicial da parte *ex adversa*. Restam dúvidas, não obstante essa clareza, sobre a aplicação prática da norma, especialmente em relação às finanças públicas de cada ente federativo. Neste artigo, procurar-se-á sanar as dúvidas em finanças públicas relativas ao recebimento dos honorários fixados em sentença judicial. Sobre eles, já externava Ruy de Azevedo SODRÉ: “Somos, como aliás a quase totalidade da classe, contrários ao arbítrio do magistrado nessa complexa e delicada questão dos honorários. Não há advogado militante que não tenha, no seu acervo de desilusões profissionais, uma queixa amarga contra esse arbítrio”.⁴

A advocacia transformou-se no decorrer das décadas e, paralelamente a isso, um dos assuntos que mais vieram ao debate foram os honorários de sucumbência. Este artigo inicia-se, portanto, com uma breve narrativa histórica sobre essas compensações.

2. BREVE HISTÓRICO SOBRE OS HONORÁRIOS DE ADVOGADO

Deve-se narrar como foram tratados no tempo – das Ordenações ao Estatuto em vigor – os honorários de advogado. Nas Ordenações Filipinas

federal poderá restringir ou proibir a sua percepção, mas as leis estaduais ou municipais não poderão fazê-lo, pois a competência para legislar sobre condições de exercício das profissões é da União (art. 22, XVI, da Constituição).” (*Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 148)

4 SODRÉ, Ruy de Azevedo. *Remuneração da Advocacia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1946, p. 53.

era vedado aos advogados receberem honorários do cliente, sob pena de suspensão, por um ano, do exercício profissional e pagamento de multa “para as despesas da Relação”, só lhes sendo lícito receber “os salários, que se lhes diretamente montar, e por nossas Ordenações lhes são taxados”. Destes honorários, apuráveis “ao tempo que se contar o feito”, se as partes, no curso do processo, “mais derem em pão, vinho, carne ou outras coisas”, podiam requerer “que lho descontem no salário”, sendo obrigados os advogados “a lho descontar” (L. I, T. XLVIII, n. 11).

Desconhecemos como se lidava com a questão a partir da Proclamação da República até o advento do Código Civil, de 1916, que, tratando do mandato, previu-o nas modalidades onerosa e gratuita (art. 1.290, parágrafo único).⁵

Em 1934, passou a vigor o Estatuto de Ética, que continha na 8ª Seção cinco incisos, recomendando a contratação dos honorários por escrito, a proibição de associar-se ao cliente, a fixação moderada dos honorários, atendendo a oito requisitos e, no caso de eventual cobrança judicial dos honorários, constituir um colega para fazê-lo, não tratando dos honorários de sucumbência.

Já o Estatuto de 1963 dispunha sobre os honorários da condenação, estabelecendo que “os honorários fixados na condenação, tem o advogado direito autônomo para executar a sentença nessa parte, podendo requerer que o precatório, quando este for necessário, seja expedido em seu favor” (art. 99, § 1º) e “salvo aquiescência do advogado ou provisionado, o acordo feito pelo seu cliente e a parte contrária não lhe prejudica os honorários, quer os convencionais, quer os concedidos pela sentença” (art. 99, §2º). Esta última regra autorizava a disposição dos honorários de sucumbência, disposição retirada na promulgação da Lei 8.906/1994 (Estatuto da

5 “Art. 1.290. O mandato pode ser expresso ou tácito, verbal ou escrito. Parágrafo único. Presume-se gratuito, quando se não estipulou retribuição, exceto se o objeto do mandato for daqueles que o mandatário trata por ofício ou profissão lucrativa.” (Código Civil de 1916)

Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – EOAB).⁶

Dada a natureza alimentar dos honorários, já proclamada pelo Supremo, pelo Superior e pelos Tribunais do país, os honorários só não devem passar a ideia de serem menores do que aquilo de que necessita o advogado para prestar o serviço, nem passar a impressão de serem maiores do que aquilo que o cliente pode pagar por ele, sentindo reciprocamente cada um deles haver enriquecido-empobrecido indevidamente.

3. O RECEBIMENTO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA SOB O EOAB (LEI 8.906/1994)

Grande dificuldade existe na convivência entre o trabalho dos advogados e seu direito à remuneração. Alertou Ruy de Azevedo SODRÉ que

(...) os honorários advocatícios constituem um dos problemas mais sérios e mais graves da profissão, se não o maior deles, em que a delicadeza e o tato se impõem, para solução satisfatória, tanto mais quanto é preciso ter presente, de um lado, os conceitos basilares e os princípios informadores da profissão, e de outro a pessoa do profissional.⁷

6 Como explicou Luiz Fernando Casagrande PEREIRA, “[e]vidente que se honorários sucumbenciais fossem destinados aos jurisdicionados-vencedores, os honorários contratuais seriam gradativamente majorados. Tanto é assim que, durante o período em que prevaleceu a tese da sucumbência destinada ao jurisdicionado-vencedor, admitia-se que valor ficasse com o advogado se houvesse previsão contratual (art. 99, §1º, do Estatuto anterior da OAB – Lei n. 4.215/1963). E os contratos quase sempre previam, é claro. Com a sucumbência destinada ao advogado por disposição contratual, os contratuais eram evidentemente menores do que seriam sem essa espécie de previsão no contrato. O mercado sempre se impõe”. (*Comentário aos arts. 23 e 24*. In: PIOVEZAN, Giovanni Cássio; FREITAS, Gustavo Tuller Oliveira (Org.). *Estatuto da Advocacia e da OAB comentado*. Curitiba: OAB/PR, 2015, p. 191)

7 *O advogado e seu Estatuto e a ética profissional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 409.

A atividade do profissional da advocacia não é mercantil. Como o “advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (art. 133, Constituição da República – CRFB), exerce o causídico *munus publico*, função social, sendo um dos pilares do Poder Judiciário.

Não obstante, o advogado, ainda que não se compare a outros profissionais do comércio, requer remuneração para sua sobrevivência, em contraprestação pelo seu trabalho. É pagamento justo pelos trabalhos prestados a um cliente ou, ainda, pela boa atuação em um processo judicial no qual seu cliente sagrou-se vencedor, prestada pela parte vencida.

Não importa a natureza jurídica da relação que exista entre advogado e cliente. Seja contratual ou estatutária, empregatícia ou não, fará jus à remuneração em forma de honorários e/ou salários (e assemelhados) e adotará o Estatuto da Advocacia para todos os profissionais por ele regulados. Atualmente, a profissão é regulada pela Lei 8.906/1994 (Estatuto – EOAB).

O EOAB define que “o exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil” (art. 3º) e “exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta Lei [o EOAB], 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 de administração indireta e fundacional” (art. 3º, §1º, EOAB). Não parece haver dúvidas quanto ao tratamento igualitário que deve ter o advogado público e o advogado privado, no que concerne à Ordem dos Advogados do Brasil. Sujeitam-se, nos direitos e deveres, os advogados em geral, inscritos na OAB, mas os advogados públicos, além de estarem submetidos ao EOAB, também devem obediência ao regime próprio definido em lei.

E, mais, a “prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência” (art. 22, EOAB), “os honorários incluídos na

condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor” (art. 23, EOAB).

O EOAB previa, ainda, que “é nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência” (art. 24, §3º, EOAB). Entretanto, o Supremo Tribunal Federal julgou o dispositivo inconstitucional (Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.194), retirando-o do mundo jurídico.⁸ A consequência imediata foi a possibilidade de dispor

8 Segundo Luiz Fernando Casagrande PEREIRA, “na ADI n. 1194, o Supremo Tribunal Federal, com absoluta razão, considerou o dispositivo inconstitucional. Evidente que fere a liberdade de contratar. Não deve impedir que o advogado tenha o direito de negociar a verba de sucumbência com o seu constituinte, definiu o STF” (*Comentário aos arts. 23 e 24*. In: PIOVEZAN, Giovanni Cássio; FREITAS, Gustavo Tuller Oliveira (Org.). *Estatuto da Advocacia e da OAB comentado*. Curitiba: OAB/PR, 2015, p. 200). Julgou o STF:

“ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB. ARTIGOS 1º, § 2º; 21, PARÁGRAFO ÚNICO; 22; 23; 24, § 3º; E 78 DA LEI N. 8.906/1994. INTERVENÇÃO COMO LITISCONSÓRCIO PASSIVO DE SUBSECÇÕES DA OAB: INADMISSIBILIDADE. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. ARTIGOS 22, 23 E 78: NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO. ART. 1º, § 2º: AUSÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ART. 21 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO: INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. ART. 24, § 3º: OFENSA À LIBERDADE CONTRATUAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. A intervenção de terceiros em ação direta de inconstitucionalidade tem características distintas deste instituto nos processos subjetivos. Inadmissibilidade da intervenção de subsecções paulistas da Ordem dos Advogados do Brasil. Precedentes. 2. Ilegitimidade ativa da Confederação Nacional da Indústria – CNI, por ausência de pertinência temática, relativamente aos artigos 22, 23 e 78 da Lei n. 8.906/1994. Ausência de relação entre os objetivos institucionais da Autora e do conteúdo normativo dos dispositivos legais questionados. 3. A obrigatoriedade do visto de advogado para o registro de atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas (artigo 1º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994) não ofende os princípios constitucionais da isonomia e da liberdade associativa. 4. O art. 21 e seu parágrafo único da Lei n. 8.906/1994 deve

da verba honorária, preservando direito individual.

Uma plêiade de regras inseridas no Estatuto da Advocacia promove tratamento isonômico entre advogados públicos e privados, sendo essa interpretação extensível aos honorários de sucumbência. Portanto, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, a advocacia pública passou a poder dispor de sua verba de sucumbência – *voluntariamente*, claro, sobretudo porque incólume o art. 22, EOAB.

Retirando todas as dúvidas que pairavam sobre os honorários de sucumbência dos advogados públicos, a partir da vigência do CPC (2015), aplica-se o art. 85, §19, CPC: “os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei”. A Lei retirou a possibilidade de alijar a advocacia pública do direito ao recebimento, diante da adoção do comando “perceberão”, restando à lei definir os termos deste percebimento.⁹

ser interpretado no sentido da preservação da liberdade contratual quanto à destinação dos honorários de sucumbência fixados judicialmente. 5. Pela interpretação conforme conferida ao art. 21 e seu parágrafo único, declara-se inconstitucional o § 3º do art. 24 da Lei n. 8.906/1994, segundo o qual ‘é nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência’. 6. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida em parte e, nessa parte, julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme ao art. 21 e seu parágrafo único e declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 24, todos da Lei n. 8.906/1994”. (STF – Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.194 – ADI 1.194, Relator: Min. Maurício Corrêa, Rel. para o Acórdão Min. Cármen Lúcia, julgamento em 20/5/2009, Plenário).

9 “(...) *Data venia*, não seria necessário o reconhecimento expresso, pelo CPC, do direito do advogado público aos honorários, visto que ele se submete ao regime do EOAB (EOAB 3º, §1º), e, por decorrência, aos preceitos do RGEOAB – segundo o qual os honorários de sucumbência do advogado empregado devem ser direcionados para fundo comum, cuja destinação deverá ser decidida pelos profissionais integrantes do serviço jurídico ou seus representantes, o que pode ser aplicado ao advogado público por analogia. No caso, resta ilegal apenas a conduta do ente público de embolsar os honorários advocatícios sem qualquer destinação em favor dos advogados públicos.” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos

Não se observa incongruência entre a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADI 1.194) e o disposto no CPC. Possível, então, afirmar que: (a) os advogados públicos perceberão os honorários de sucumbência; (b) os advogados públicos podem dispor sobre tais honorários, por ato voluntário; (c) a lei poderá regular a forma de percepção desses honorários, ou dos atos relacionados à disposição dos honorários; (d) somente lei federal pode elidir o recebimento dos honorários de sucumbência (com derrogação da norma do CPC), jamais lei estadual, distrital ou municipal.

Nesses últimos casos (c) e (d), impõe-se, para compreensão, o estudo de conceitos de Direito Financeiro, pois a confusão entre o patrimônio da advocacia pública (os *honorários de sucumbência*) e o patrimônio público causará dificuldades à aplicação da norma do CPC.

4. OS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA DOS ADVOGADOS PÚBLICOS SOB AS NORMAS DO DIREITO FINANCEIRO

A depender da forma como os honorários de sucumbência dos advogados públicos são tratados, há diferentes consequências, sob o ponto de vista do Direito Financeiro. A questão que aflige advogados públicos é a consideração de honorários de sucumbência como receita pública.

Compreende-se receita pública a entrada definitiva. Conforme lição de Aliomar BALEEIRO, receita pública “é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem crescer o seu vulto, como elemento novo e positivo”.¹⁰

Tribunais, 2015, p. 434-5)

10 BALEEIRO, Aliomar. *Introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 150. Conferir: HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*, 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 38. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*, 6ª ed. São

É receita pública a entrada (ingresso de pecúnia) nos cofres públicos, que avulta o patrimônio do Estado, passando a integrá-lo. Recebendo os honorários de sucumbência como se receita pública fosse, o Estado considerará tais honorários como patrimônio público, não como pertencente aos advogados públicos.

Supondo a existência desse cenário ilegal, caso se considerem os honorários de sucumbência como receita pública, desnaturam-se tais honorários. Tornam-se, simplesmente, receita pública originária¹¹, ou receita corrente (Lei 4.320/64, art. 11), passível de afetação.

Ainda que, depois do recolhimento aos cofres públicos, tais receitas sirvam ao pagamento remuneratório dos advogados públicos, a importância recebida por esses advogados não possuirá natureza de honorários de sucumbência, mas, possivelmente, natureza remuneratória, e integrará a remuneração dos advogados públicos.

Então, diante da transmutação dos honorários de sucumbência, os pagamentos farão parte das despesas com pessoal do ente federativo, estando, também, submetidos aos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000, art. 18 e seguintes). Haverá óbice de difícil superação. O depósito compulsório dos honorários de sucumbência ao erário, como se receita fosse, constituirá violação ao disposto no art. 85, §19, CPC, e do art. 22 do EOAB, ainda que se faça o pagamento posteriormente aos advogados (mediante parcela não remuneratória ou remuneratória).

Outra hipótese é considerar os honorários como entrada provisória – em vez de receita pública –, chamada também de *receita extraorçamentária*,

Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 234.

11 BALEEIRO, Aliomar. *Ibidem*, p. 151. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ibidem*, p. 242. HARADA, Kiyoshi. Op. cit. RUBINSTEIN, Flávio. *Comentário ao art. 9º da Lei 4.320/64*. In.: CONTI, José Maurício (org.). *Orçamentos públicos: a Lei 4.320/1964 comentada*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 56.

que não integrará o patrimônio do Estado (como, por exemplo, o são – ou seriam – os depósitos judiciais). Nesta solução, possibilidades de complicações existem. É preciso cuidado ao modelar os pagamentos que passam pelo Estado, para evitar prejuízo ao recebimento dos honorários pelos advogados.

Na União, seguindo esse modelo, a Lei Federal 13.327/2016 define a forma de rateio dos honorários de sucumbência para a advocacia pública federal, bem como os exclui dos subsídios. A União manteve os honorários como “pertencentes dos advogados” (art. 29), mas criou regras adicionais que acrescentam verbas, criam normas de transição, além de prever quais os beneficiários dos honorários. A despeito de não afirmar categoricamente, os honorários de sucumbência não serão considerados *receita pública*, sequer serão recebidos pela Conta Única do Tesouro Nacional, e não integrarão a remuneração (a despeito das dúvidas que podem remanescer).¹²

12 O caso da Lei Federal 13.327/2016 é exemplo da confusão legislativa sobre o assunto – embora não exista ilegalidade aparente no procedimento de rateio. A Lei trata das carreiras da advocacia pública federal e, sobre os honorários, prevê: “Art. 29. Os honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, as autarquias e as fundações públicas federais pertencem originariamente aos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo”. Tratou do óbvio. Como é lei federal, é lícito abrir exceção ao regime aplicado pelo CPC – como norma específica que trata de regime especial. Mas, na situação ora estudada, não se cuida do §1º, mas do §2º do art. 2º da LINDB – Decreto-Lei 4657/47. Portanto, respeita o disposto no CPC. Em seguida, vem o parágrafo único, que garante a manutenção da natureza dos honorários (art. 29, parágrafo único da Lei 13.327/2016), que “não integram o subsídio e não servirão como base de cálculo para adicional, gratificação ou qualquer outra vantagem pecuniária”. E, por fim, além de disciplinar a gestão e o rateio, a Lei define que “os órgãos da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotarão as providências necessárias para viabilizar o crédito dos valores discriminados no art. 30 diretamente na instituição financeira mencionada no inciso V do caput do art. 34, sem necessidade de transitar pela conta única do Tesouro Nacional” (art. 35). Por não transitarem pela Conta Única, os recursos não serão receita pública e seu pagamento não integrará o orçamento do Estado – não se configurando, o pagamento aos advogados, despesa pública.

Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem autonomia para legislar sobre os honorários, mas não poderão prejudicar o seu recebimento pelos advogados. Devem ser obedecidas as seguintes instruções: (a) é recomendável que a lei do ente federativo autorize os próprios advogados públicos a gerir o recebimento dos honorários de sucumbência, mantendo absolutamente incólume o disposto no art. 85, §19, CPC;¹³ (b) no caso de o ente decidir por gerir os recursos, é necessário que a lei do ente federativo não considere os honorários como receita pública, mas como mera entrada provisória (como *receita extraorçamentária*); (c) a lei do ente deve ressaltar, expressamente, os honorários da remuneração (vencimento ou subsídio), não a integrando, a fim de evitar a aplicação dos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como os tetos remuneratórios previstos na CRFB.

A escolha do caminho pela autogestão entre os advogados públicos é a solução que não trará maiores obstáculos do ponto de vista do Direito Financeiro. Os honorários sequer transitarão pelas mãos estatais. O segundo caminho – *recebimento como receita extraorçamentária* – poderá produzir questionamentos sobre a natureza jurídica do pagamento aos advogados, pois não terão mais o caráter de honorários, mas natureza diversa. A partir daí, questionamentos sobre limites à remuneração poderão surgir, como respeito ao teto remuneratório ou ao cálculo dos limites da despesa com pessoal na Lei de Responsabilidade Fiscal.

13 Fez assim o Estado do Paraná, pela Lei 18.748/2016.

5. O TETO REMUNERATÓRIO E OS LIMITES DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

Por ser uma atividade remunerada pelo erário, a Constituição da República definiu valores remuneratórios máximos (chamados de *teto remuneratório*) para todos os agentes públicos – ocupantes de cargos políticos ou não (art. 37, XI, Constituição Federal – CRFB). A CRFB visa à contenção de despesas públicas, bem como manter a coerência remuneratória entre os agentes públicos (e, por que não, os agentes privados).

Desde que a última alteração impôs fortes amarras a remunerações – vencimentos, subsídios e outros –, pela Emenda Constitucional 19 de 1998, haverá limites para cada carreira, de acordo com o ente federativo ao qual há vinculação. As questões que devem ser levantadas são: (a) o que se considera *remuneração* dentro da análise que ora se elabora; (b) há limites constitucionais ao recebimento de honorários de sucumbência por advogados públicos?

A questão envolve a discussão sobre a aplicação das normas de Direito Financeiro aos honorários de sucumbência de advogados públicos. Ao se considerar os honorários como *verba remuneratória* advinda do erário, será, por essa razão, remuneração, aplicando-se os limites remuneratórios previstos da CRFB. Entretanto, não nos parece ser essa a solução legítima.

Acaso os honorários sejam recolhidos ao Tesouro, absorvendo-os como *receita pública*, qualquer pagamento posterior deterá natureza jurídica de *despesa pública*. Em razão disso, todos os limites remuneratórios – teto e da Lei de Responsabilidade Fiscal – serão aplicáveis. Haverá, entretanto, desobediência ao art. 85, §19, CPC e ao EOAB e, por essa razão, existirá ilegalidade. Desrespeita-se a advocacia pública, gerando direito subjetivo aos advogados para futura cobrança.

Como são honorários sucumbenciais e, portanto, *pertencem ao advogado* (art. 23, EOAB), não há que integrar a remuneração do advogado público, e se cuida de verba que, como dito, não avultará o patrimônio público. Se não transitarem, tais recursos, pela Fazenda Pública, devem ser

recebidos e geridos pelo próprio advogado público, não se considerando, de forma alguma, receita pública e, por consequência, *remuneração*. Portanto, o teto remuneratório será inaplicável.

6. CONCLUSÕES

Com o advento do CPC, as dúvidas sobre o recebimento dos honorários de sucumbência por advogados públicos foram sanadas. É direito previsto em lei, e que não terá natureza de receita pública.

Disposições em lei estadual ou lei municipal que alijem os advogados públicos do recebimento desses honorários conflitarão com a CRFB e com a legislação federal. A competência legislativa dos entes subnacionais poderá, somente, regular a forma do recebimento dos honorários. Lei federal poderá, devido à competência legislativa, derrogar normas sobre o assunto, mas, enquanto não o fizer, o regime do art. 85, §19 do CPC, bem como o dos art. 22 e 23 do EOAB, permanecerão plenos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEEIRO, Aliomar. *Introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. Comentário aos arts. 23 e 24 do Estatuto da Advocacia. In.: PIOVEZAN, Giovani Cássio; FREITAS, Gustavo Tuller Oliveira (Org.). *Estatuto da Advocacia e da OAB comentado*. Curitiba: OAB/PR, 2015.

RUBINSTEIN, Flávio. Comentário ao art. 9º da Lei 4.320/64. In: CONTI, José Maurício (org.). *Orçamentos públicos: a Lei 4.320/1964 comentada*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SODRÉ, Ruy de Azevedo. *Remuneração da advocacia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1946.

_____. *O advogado e seu Estatuto e a ética profissional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

A impossibilidade de controle ponto na Advocacia Pública

The impossibility of punching card attendance system in Public Advocacy

Miguel Adolfo Kalabaide¹

RESUMO: O presente artigo analisa as atividades do advogado público, em especial à luz do estatuto da advocacia, levando em consideração as diversas funções exercidas fora do ambiente de trabalho e a maleabilidade necessária para o completo exercício dessa função social, tendo em vista sua independência funcional. Conclui-se que o controle ponto como forma de monitoramento da atividade do advogado público é um ato ofensivo à dignidade da advocacia e viola o princípio da isonomia.

PALAVRAS-CHAVE: controle ponto; Advocacia Pública; maleabilidade; independência funcional; dignidade.

ABSTRACT: This article analyzes public lawyer's activities, especially in the light of the status of advocacy, including the various functions performed outside the working environment and the maleability needed

1 Bacharel em Direito (UFPR), pós-graduado em Direito Processual Civil (PUC/PR) e pós-graduado em Direito Constitucional (FEMPAR/UNIBRASIL). Procurador do Município de Curitiba, exercendo a função de Procurador Judicial.

for the complete exercise of this social function. It concludes that the act of punching the card for monitoring public lawyer's activities offends the dignity of the law and violates the principle of isonomy.

KEYWORDS: punching card attendance system; Public Advocacy; maleability; functional independence; dignity.

1. INTRODUÇÃO

O advogado é indispensável à administração da justiça e, no exercício da profissão, é inviolável por seus atos e manifestações. As prerrogativas estabelecidas na Lei Federal 8.906 de 4 de julho de 1994 já seriam suficientes para afastar qualquer tipo de controle da jornada de trabalho do advogado.

Atualmente, no entanto, temos visto algumas ações administrativas, e até judiciais, propostas no sentido de exercer controle de jornada sobre a atividade do advogado público.

O presente artigo pretende analisar esse tema, basicamente, sob dois enfoques. Primeiro, muitas funções exercidas pelo advogado se dão fora do ambiente de trabalho e, portanto, há necessidade de maleabilidade para o completo exercício de sua função social, sob pena de afronta à independência funcional.

Segundo, o controle ponto é um ato ofensivo à dignidade da advocacia, atividade que exige flexibilidade de horário, além de uma violação do princípio da isonomia.

2. ATIVIDADE DE ADVOGADO – FUNÇÕES EXERCIDAS FORA DO AMBIENTE DE TRABALHO - MALEABILIDADE NECESSÁRIA PARA O COMPLETO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO SOCIAL – INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL – SÚMULA 02/CFOAB

De início, temos que é incontroverso que a atividade de advogado não se restringe ao recinto de um escritório ou repartição, dada a necessidade de participação em audiências judiciais e extrajudiciais, viagens para sustentações orais perante tribunais, conversas diretas com magistrados, consulta a autos físicos nas secretarias dos juízos, reuniões, acompanhamento do cumprimento de mandados, deslocamento nas atividades consultivas, reuniões em diversos órgãos estatais, pesquisas, estudos, dentre outros.

Uma rápida leitura do artigo 7º do Estatuto da Advocacia revela que muitas das atividades do advogado se dão **fora do ambiente de trabalho** e, mais importante, **fora do horário de expediente**. Vejamos, com destaques nossos:

Art. 7º São direitos do advogado:

I - exercer, **com liberdade**, a profissão em **todo o território nacional**;

(...)

III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;

(...)

VI - **ingressar livremente**:

a) **nas salas de sessões dos tribunais**, mesmo além dos cancelos que separam a parte reservada aos magistrados;

b) **nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, escritórios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente** e independentemente da presença de seus titulares;

c) **em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público** onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, **dentro do expediente ou fora dele**, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado;

d) **em qualquer assembleia ou reunião** de que participe ou possa participar o seu cliente, ou perante a qual este deva comparecer, desde que munido de poderes especiais;

VII - permanecer sentado ou em pé e retirar-se de quaisquer locais indicados no inciso anterior, independentemente de licença;

VIII - **dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada;**

IX - **sustentar oralmente** as razões de qualquer recurso ou processo, **nas sessões de julgamento**, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido;

X - **usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal**, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas;

XI - reclamar, verbalmente ou por escrito, perante qualquer juízo, tribunal ou autoridade, contra a inobservância de preceito de lei, regulamento ou regimento;

XII - **falar, sentado ou em pé, em juízo, tribunal ou órgão de deliberação coletiva da Administração Pública ou do Poder Legislativo;**

XIII - examinar, **em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral**, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos;

XIV - **examinar em qualquer repartição policial**, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;

XIV - examinar, **em qualquer instituição responsável por conduzir investigação**, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;

XV - **ter vista dos processos judiciais ou administrativos** de qualquer natureza, **em cartório ou na repartição competente**, ou retirá-los pelos prazos legais;

(...)

XX - retirar-se do recinto onde se encontre aguardando pregão para ato judicial, após trinta minutos do horário designado e ao qual ainda não tenha comparecido a autoridade que deva presidir a ele, mediante comunicação protocolizada em juízo.

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele

decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração.

Na advocacia pública ainda temos a importante **função consultiva**. Em resumo, ela abrange: 1) as atividades de assessoramento das autoridades; 2) a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas; 3) a fixação da interpretação da Constituição, das leis e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida por toda a Administração Pública; 4) a elaboração de estudos e informações, por solicitação das autoridades; 5) a assistência da autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica; 6) o exame, prévio e conclusivo, dos textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados, ou dos atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação. São atividades que certamente demandam participação em inúmeras reuniões nos órgãos estatais, fora do ambiente de trabalho, além de audiências públicas, que ocorrem fora do horário de expediente – notadamente a que antecede a elaboração do orçamento anual.

A atividade consultiva, igualmente, está sujeita a prazos exíguos, muitas vezes de horas, por solicitações das próprias autoridades assessoradas, o que não raras vezes exige do advogado público o trabalho para além da jornada.

Há também a crescente necessidade de comparecimento pessoal ou acompanhamento da autoridade assessorada nos órgãos de controle, como Ministério Público e Tribunais de Contas, em reuniões, julgamentos ou convocações dessas autoridades, além de outros eventos de representação do Poder Executivo perante esses mesmos órgãos de controle, a exigir do advogado público muito mais do que a mera permanência no local de trabalho e no horário pré-determinado.

Acrescente-se a tudo isso, a possibilidade trazida pela Lei Federal 11.419/06 que criou o processo eletrônico. Além de atribuir ao advogado as funções que antes eram do cartório, criou a figura do “advogado 24 horas por dia, 7 dias por semana”. Com o processo eletrônico, não há mais restrição de horário nem de local para a prática dos atos processuais.

Art. 10. A distribuição da petição inicial e a juntada da contestação, dos recursos e das petições em geral, todos em formato digital, nos autos de processo eletrônico, podem ser feitas diretamente pelos advogados públicos e privados, sem necessidade da intervenção do cartório ou secretaria judicial, situação em que a autuação deverá se dar de forma automática, fornecendo-se recibo eletrônico de protocolo.

§ 1º Quando o ato processual tiver que ser praticado em determinado prazo, por meio de petição eletrônica, serão considerados tempestivos os efetivados até as 24 (vinte e quatro) horas do último dia.

Indiscutível, portanto, que a flexibilidade de horário e a possibilidade de exercer seu múnus público em diversos locais fora de um escritório ou repartição pública e fora do horário de expediente são inerentes, hoje, a uma boa atividade advocatícia.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro², por exemplo, adotando razões expostas pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região³, reconheceu que o Procurador desloca-se durante o horário de expediente para realizar audiências ou representar a administração além das fronteiras do espaço físico que ocupa na seção de trabalho, sendo a maleabilidade pressuposto para o exercício da advocacia.

O advogado jamais poderá prever o volume de intimações judiciais que serão publicadas em determinado momento – agravado pela crescente

2 TJRJ. 2ª Câmara Cível. Processo n. 0003133-89.2016.8.19.0000. Relator Desembargador Alexandre Freitas Câmara. Julgado em 8 de junho de 2016.

3 TRF 3ª Região. 2ª Turma. Processo n. 2000.03.99.065341-7. Relator Juiz Federal convocado Paulo Sarno. Julgado em 8 de maio de 2007.

judicialização e, como vimos, pela implantação do processo eletrônico. Além disso, dada a fatalidade do prazo judicial, que pode ser estipulado em horas, o “final do expediente” não significa o encerramento da atividade do advogado.

Com relação às audiências, uma das mais tradicionais atividades externas desempenhadas pelos advogados, não raras vezes ocorrem atrasos que ultrapassam o minimamente razoável, o que não exime o advogado de, após o retorno ao escritório, dar continuidade aos trabalhos do dia, independentemente do horário.

Quanto aos estudos e pesquisas, a:

(...) sujeição dos advogados servidores públicos federais à carga horária, por força de lei, não imprime convicção de que estejam compelidos a cumpri-la exclusivamente no recinto da repartição. É consentâneo com o princípio da independência profissional entender-se compreendido no período de trabalho o afastamento da repartição para a realização de pesquisas, que se reputam como de serviços externos, com o que se garante o exercício da profissão de forma a proporcionar o resultado visado com a execução do trabalho. A positividade da disciplina específica dos servidores públicos, na condição de advogados, não lhes tolhe a isenção técnica ou independência da atuação profissional.⁴

Sobre o tema, assim julgou o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

1. O controle eletrônico de frequência e pontualidade para procuradores autárquicos é incompatível com a natureza de suas atribuições e com os princípios da administração gerencial (eficiência e controle de resultados), instituídos pela Emenda Constitucional n.19/98.
2. O ato impugnado representa, a bem da verdade, mais uma amostra de uma Administração burocratizada, apegada a rotinas formalistas, destituídas de

4 Parecer GQ-24 – Advocacia Geral da União. Disponível em: < <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8195>>.

utilidade e que têm por escopo dificultar a atuação de seus agentes, com prejuízo a todos. Administração moderna e socialmente útil equivale à Administração livre para agir nos termos da lei.⁵

Impõe-se registrar que os membros da advocacia pública, ao completar a sua jornada de trabalho diária, não necessariamente interrompem o que estão a fazer. Não se pode deixar de apresentar uma defesa com prazo fatal porque seu horário de expediente diário terminou, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e criminal. Há, aqui, um duplo controle fiscalizatório: da Administração Pública a que está vinculado (Estatuto do Servidor) e da OAB (Estatuto da Advocacia).

Portanto, se o sistema jurídico atribui responsabilidade pessoal pelos atos que o advogado praticar ou deixar de praticar, é de lhe conceder também a prerrogativa de utilizar o tempo e escolher o local que entender adequado para pesquisar, refletir e praticar os atos jurídicos na defesa do interesse público. A submissão a controle ponto viola prerrogativas basilares da profissão: **a autonomia e a independência funcionais**. E o Estatuto da Advocacia lhe ampara:

Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.

§ 1º **O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.**

Nos dizeres da eminente Ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal:

(...) o advogado público tem vínculo jurídico específico e compromisso peculiar com o interesse público posto no sistema jurídico, o qual há de ser legalmente concretizado

5 TRF 1ª Região. 1ª Turma. Processo n. 199801000531250. Relator Ney Bello. Diário da Justiça de 11 de março de 2002.

pelo governante e pelo administrador público. Tal interesse não sucumbe nem se altera a cada quatro anos aos sabores e humores de alguns administradores ou de grupos que, eventualmente, detenham maiorias parlamentares a administrativas. Por isso mesmo é que o advogado não pode ficar sujeito a interesses subjetivos e passageiros dos governantes.⁶

A necessidade de respeito à **independência funcional** do advogado público, assegurando o fortalecimento e a defesa estrita do interesse público, não se coaduna, portanto, com controle ponto. O principal instrumento que assegura o livre exercício da advocacia pública são as prerrogativas funcionais, previstas no Estatuto da Advocacia, que jamais devem ser tratadas como privilégios.

Elas são as bússolas norteadoras de um agir livre, independente, a fim de assegurar o cumprimento da missão constitucionalmente atribuída ao advogado, público ou privado.

Não por menos, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil editou a Súmula 2, *in verbis*:

Súmula 2 - A independência técnica é prerrogativa inata à advocacia, seja ela pública ou privada. A tentativa de subordinação ou ingerência do Estado na liberdade funcional e independência no livre exercício da função do advogado público constitui violação aos preceitos Constitucionais e garantias insertas no Estatuto da OAB.

6 ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 25.

3. CONTROLE PONTO – IMPOSSIBILIDADE – ATO OFENSIVO À DIGNIDADE DA ADVOCACIA – ATIVIDADE QUE EXIGE FLEXIBILIDADE DE HORÁRIO – SÚMULA 09/ CFOAB – JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE SOBRE O TEMA – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Verifica-se assim que não há como se limitar a atividade dos advogados, impondo controle de ponto, sem que isso desnature o caráter intelectual e livre da atividade, mostrando-se contrário ao interesse público e ofensivo à dignidade da advocacia, nos termos do art. 6º e parágrafo único da Lei 8.904/1994, com os destaques nossos:

Art. 6º Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.

Parágrafo único. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.

Neste sentido, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil editou a Súmula 09, que assim dispõe: **“Súmula 09 - O controle de ponto é incompatível com as atividades do Advogado Público, cuja atividade intelectual exige flexibilidade de horário”**.

Na mesma linha, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, encampa o enunciado da referida súmula:

Impossibilidade de imposição aos procuradores municipais de submissão ao controle de frequência por meio de ponto eletrônico através de decreto. Violação ao princípio da legalidade. Controle de advogado público por meio de ponto eletrônico que é incompatível com a sua atividade laboral. Enunciado sumular n. 9 do Conselho Federal da OAB. Precedente do TRF da Terceira Região. Inexistência de violação ao princípio da igualdade. Não submeter os procuradores ao ponto eletrônico implica tratar os desiguais de forma desigual, na exata proporção de sua

desigualdade. Características do ofício da advocacia, que não se coaduna com o controle de frequência por meio de ponto eletrônico. Segurança concedida.⁷

Igualmente, os Egrégios Tribunais Federais da 1ª e 3ª Região dispõem:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCURADORES AUTÁRQUICOS DO INCRA. CONTROLE ELETRÔNICO DE FREQUÊNCIA E PONTUALIDADE. INCOMPATIBILIDADE COM O EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES.

1. Cabendo aos procuradores a defesa judicial e extrajudicial da autarquia a que se vinculam, é forçoso reconhecer que **o controle eletrônico de frequência é incompatível com o desempenho normal de suas funções, haja vista que a carga horária não é cumprida apenas no recinto da repartição mas também em atividades externas.** Precedentes desta Corte. 2. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.⁸

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. PROCURADOR AUTÁRQUICO. CONTROLE ELETRÔNICO DE PONTO. DECRETOS 1.590/95 E 1867/86.

1. A instituição de controle eletrônico de ponto para procuradores, por óbvio, não se compatibiliza com o exercício da atividade voltado para a advocacia.

2. O exercício da advocacia tem como pressuposto a maleabilidade. Neste contexto, a submissão dos procuradores a ponto eletrônico de frequência desnatura a singularidade do ofício e promove restrição indevida da atuação do profissional.⁹

Como mais um argumento, vimos acima que o estatuto da advocacia revela que “não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público” (art. 6º). Logo, a liberdade

7 TJRJ. 2ª Câmara Cível. Processo n. 0003133-89.2016.8.19.0000. Relator Desembargador Alexandre Freitas Câmara. Julgado em 8 de junho de 2016.

8 TRF 1ª Região. 1ª Turma Suplementar. Processo n. 1999.01.00.008899-0/DF. Relator Juiz Manoel José Ferreira Nunes. Julgado em 26 de novembro de 2002.

9 TRF 3ª Região. 2ª Turma. Processo n. 2000.03.99.065341-7. Relator Juiz Federal convocado Paulo Sarno. Julgado em 08 de maio de 2007.

conferida ao magistrado, no que diz respeito à frequência e ao horário de trabalho, já foi reconhecida pelo Conselho Nacional de Justiça no julgamento do Pedido de Providências n. 2007.10.00.001006-7, conforme se infere do seguinte trecho do eminente relator Conselheiro José Adonis Callou de Araújo Sá:

Dessas premissas não se pode inferir, todavia, que o juiz esteja submetido à jornada fixa de trabalho. **O compromisso do juiz é com a tarefa de dar solução aos inúmeros casos que lhe são submetidos. O cumprimento dessa tarefa exige mais que mera presença na sede do juízo no horário de atendimento ao público.** A preparação de atos decisórios exige estudo de autos de processos e dos temas jurídicos subjacentes aos casos submetidos à solução judicial. Em síntese, as atividades realizadas pelo juiz no cumprimento de seus deveres funcionais não se restringem e não se exaurem na observância do horário do expediente do órgão judiciário. (Plenário, j. 50.^a Sessão Ordinária, em 23.10.2007, DJU em 09.11.2007). (...) o controle, por meio de telefone, da frequência e dos horários de trabalho dos Juizes de Direito vinculados ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, instituído pela Corregedoria daquele Tribunal, limita, inquestionavelmente, a sua liberdade de escolha da melhor forma e o melhor horário para o exercício de suas atividades, dentro das peculiaridades do Juízo em que atuam.

Não poderíamos deixar de mencionar o **princípio da isonomia**. A lei não manda tratar todos de maneira igual, argumento mais utilizado para justificar o controle ponto do advogado público. Ao contrário. É justamente no princípio da igualdade que encontramos mais um fundamento que assegura o respeito à independência funcional. Como vimos, há razões que justificam as prerrogativas funcionais como, por exemplo, a liberdade no exercício da atividade advocatícia.

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro assim decidiu:

(...) o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata proporção de suas desigualdades. É de se frisar que o caso observa tal princípio, pois exatamente pelas características da profissão de procurador, ou seja, a desigualdade do ofício exercido pelos procuradores em

relação aos demais servidores municipais, é que aqueles não devem se submeter ao controle de ponto eletrônico.¹⁰

Ainda sobre o princípio da isonomia, decidiu o Egrégio Tribunal Federal da 5ª Região:

O ponto eletrônico, reclamado em face do princípio constitucional da eficiência e da necessidade de emprego de técnicas de administração gerencial no setor público, pode deixar de ser utilizado para aqueles que desempenham determinadas atividades, em razão de suas peculiaridades e complexidade, sem que, por isto, se tenha como afrontado o princípio da isonomia.¹¹

Esse *distinguer* é histórico. A própria Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943 já determinava, em seu artigo 62, que os empregados com “funções de serviço externo não subordinado a horário” não estariam sujeitos a controle de jornada. Mais recentemente, em 1994, a redação passou a “empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho”, como é o caso dos advogados públicos, especialmente por conta das inúmeras atividades, contenciosas ou consultivas, que demandam labor fora do ambiente de trabalho e fora do horário de expediente, como exaustivamente visto acima.

Por fim, não olvidemos das **novas técnicas de trabalho** atualmente vigentes e outras ainda em discussão no Parlamento Nacional, com a possível reforma da CLT.

No Brasil, a Lei n. 12.551, de 15 de dezembro de 2011, alterou o artigo 6º da CLT, para incluir o trabalho realizado a distância e equiparar

10 TJRJ. 2ª Câmara Cível. Processo n. 0003133-89.2016.8.19.0000. Relator Desembargador Alexandre Freitas Câmara. Julgado em 8 de junho de 2016.

11 TRF 5ª Região. 2ª Turma. Processo n. 0011704-54.2000.4.05.8400. Relator Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho. Julgado em 28 de maio de 2002.

os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos.

O *caput* do referido artigo passou a vigorar com o seguinte acréscimo na redação, em negrito: “Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o **realizado a distância**, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego”.

Algumas carreiras públicas já disciplinaram o **trabalho a distância, trabalho remoto, teletrabalho** ou *home office* que, obviamente, por implicar uma prestação laboral realizada fora do local de trabalho e por meio de tecnologias de informação e de comunicação, dispensam o controle ponto.

Segundo informações publicadas no *site* do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no último dia 14 de junho¹², em matéria intitulada *Teletrabalho é realidade em três dos cinco Tribunais Federais*, houve regulamentação da modalidade por meio da Resolução n. 227/2016-CNJ.

O teletrabalho já é adotado por três dos cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs) brasileiros. Nos TRFs da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo), 3ª Região (São Paulo e Mato Grosso do Sul) e 4ª Região (Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná) a experiência rendeu ganhos de produtividade e melhoria da qualidade de vida dos servidores.

O TRF da 4ª Região foi o primeiro Tribunal a apostar na modalidade, ainda em 2013, e é hoje o que possui a experiência mais consolidada. Segundo levantamento feito pelo Tribunal, 463 servidores de 1º e 2º grau da 4ª Região hoje trabalham de forma remota. A prática é considerada exitosa pelo Tribunal e deve ser expandida nos próximos anos, segundo notícia o CNJ.

12 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84932-teletrabalho-e-realidade-em-tres-dos-cinco-tribunais-federais>.

O site do *Valor Econômico*, em matéria intitulada *Servidores de tribunais trabalham em casa*, publicada em 22/07/2014¹³, informa que, dentre as Cortes Superiores, justamente o Tribunal Superior do Trabalho (TST) foi o primeiro a implementar formalmente a medida que pode atingir até 50% dos funcionários. De acordo com os entrevistados, o surgimento do trabalho a distância é decorrente da implantação do processo eletrônico e informatização no nível administrativo.

Outros exemplos são a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ao editar a Portaria n. 487, de 11 de maio de 2016, instituindo o teletrabalho entre seus servidores, e a Defensoria Pública da União, ao editar a Resolução n. 101, de 3 de novembro de 2014, dispondo sobre a implantação do trabalho à distância para os seus membros, considerando, entre outros motivos, que “o avanço tecnológico, notadamente com a implantação do sistema de processo eletrônico, possibilita o trabalho remoto ou à distância”.

A motivação, que se repetiu na Resolução do CNJ (“CONSIDERANDO que o avanço tecnológico, notadamente a partir da implantação do processo eletrônico, possibilita o trabalho remoto ou à distância”), aponta para a desnecessidade de controle ponto, o que, por óbvio, não implica descontrole da eficiência, desempenho e qualidade do trabalho.

Mais do que, burocraticamente, controlar ponto, devemos promover a cultura orientada a resultados, com foco no incremento da eficiência e da efetividade dos serviços prestados à sociedade brasileira, inovando e aumentando a produtividade e a qualidade do trabalho dos servidores públicos, motivando-os e comprometendo-os com os objetivos da instituição, contribuindo para a melhoria de programas socioambientais, tudo para melhor servir ao povo, nosso destinatário final.

13 Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3621272/servidores-de-tribunais-trabalham-em-casa>>.

4. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, concluímos que a exigência de controle ponto do advogado público viola prerrogativas basilares da autonomia e da independência funcionais, visto que muitas funções jurídicas são exercidas fora do ambiente de trabalho e fora do horário de expediente e a maleabilidade é necessária para o completo exercício dessa importante função social.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Parecer GQ-24 - Consultoria-Geral da União. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8195>>. Acesso em: 31 de jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 2ª Câmara Cível. Processo n. 0003133-89.2016.8.19.0000. Relator: Desembargador Alexandre Freitas Câmara, 08-06-2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 1ª Turma. Processo n. 1998.01.00.0531250. Relator: Juiz Ney Bello, 05-02-2002.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 1ª Turma Suplementar. Processo n. 1999.01.00.008899-0/DF. Relator: Juiz Manoel José Ferreira Nunes, 26-11-2002.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 2ª Turma. Processo n. 2000.03.99.065341-7. Relator: Juiz Federal convocado Paulo Sarno, 08-05-2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. 2ª Turma. Processo n. 0011704-54.2000.4.05.8400. Relator: Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, 28-05-2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Teletrabalho é realidade em três dos cinco Tribunais Federais*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84932-teletrabalho-e-realidade-em-tres-dos-cinco-tribunais-federais>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MODESTO, Paulo. As fundações estatais de Direito Privado e o debate sobre a nova estrutura orgânica da Administração Pública. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 14, Salvador, jun.-ago. 2008.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 25

SANTOS, Lenir (Org.). *Fundações estatais: estudos e parecer*. Campinas: Saberes Editora, 2009.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TEMPORÃO, José Gomes. Nosso modelo de saúde não funciona: entrevista. [25 de junho de 2010]. São Paulo: *Revista ISTOÉ*. Edição n. 2.120. Entrevista concedida a Hugo Marques.

VALOR ECONÔMICO. *Servidores de tribunais trabalham em casa*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3621272/servidores-de-tribunais-trabalham-em-casa>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

As técnicas de conciliação e mediação pelo Poder Público no CPC e a judicialização da saúde: ensaio para o aprimoramento da Advocacia Pública

Public power techniques of conciliation and mediation in the Civil Procedure Code and judicialization of public health policies: essay for the Public Advocacy's improvement

Cristina Leitão¹

RESUMO: O presente trabalho aborda as técnicas da conciliação e da mediação como meios consensuais de resolução de conflitos, seus conceitos

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Advocacia Pública. Procuradora do Estado do Paraná. Professora de Direito Processual Civil da FAE e da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR. Integrante do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/PR. Integrante da Comissão da Advocacia Pública da OAB/PR. Presidente da Associação dos Procuradores do Estado do Paraná (2014-2016). Conselheira do Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná e do Conselho Diretor do FEPGE (2011-2013). Presidente da Comissão de estudos e coordenação das ações judiciais e consultas administrativas sobre fornecimento de medicamentos e tratamento de saúde na Procuradoria-Geral do Estado (2006-2014). Integrante do Comitê Executivo Estadual para Monitoramento das Demandas de Assistência à Saúde, instituído pelo Conselho Nacional de Justiça (2011-2013).

e princípios no Código de Processo Civil, bem como analisa a possibilidade de tais técnicas reduzirem a judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil, permitindo a autocomposição entre pacientes que necessitam de tratamentos de saúde não contemplados pelos programas ordinários e pelo poder público, para a efetivação do direito à saúde constitucionalmente consagrado e, simultaneamente, o cumprimento estatal do dever de proporcionar saúde a todos de forma igualitária.

PALAVRAS-CHAVE: conciliação e mediação; Novo Código de Processo Civil; judicialização da saúde.

ABSTRACT: The scope of this paper is to approach the techniques of conciliation and mediation as an alternative for dispute resolution, its concepts and principles in the Civil Procedure Code, as well as to analyze the possibility of using those techniques to reduce the judicialization of public health policies in Brazil, allowing the patients who need medical treatment not covered by the ordinary programs and the public power to do deal, for the effectuation of health rights established in Constitution and the simultaneous fulfillment of State's law equally.

KEYWORDS: conciliation and mediation; Civil Procedure Code; judicialization of public health.

“Precisamos devolver para a sociedade a solução de seus próprios conflitos, abrindo caminho para a pacificação social. A solução consensual é desejada em um país democrático como o nosso e tenho certeza de que, assim, estamos contribuindo para a construção de um Brasil mais justo, fraterno e solidário.”

Ministro Ricardo Lewandowski,
Presidente do Supremo Tribunal Federal
24 de julho de 2015

1. INTRODUÇÃO

Pretende-se analisar, no presente trabalho, as técnicas de conciliação e mediação disciplinadas no CPC utilizadas pelo Poder Público como ferramentas para amenizar o problema da judicialização da saúde no país.

Partiu-se do seguinte questionamento: como o Poder Público poderá lançar mão dessas técnicas para atenuar o problema em questão após a entrada em vigor do CPC de 2015?

A judicialização das políticas públicas, especialmente da saúde – pela qual o Poder Público é instado a fornecer medicamentos, tratamentos, cirurgias, próteses, órteses, exames, entre outros serviços e suprimentos, a pessoas específicas ou a grupo de pessoas portadoras de determinadas patologias, ou mesmo a implantar ou a modificar programas públicos de saúde –, tem impactado os gastos públicos no país, nas esferas federal, estadual e municipal. Os números têm aumentando de forma impressionante ao longo dos últimos anos. No Paraná, em 2014, gastou-se cerca de 90 milhões de reais para fornecimento de medicamentos em atendimento a ordens judiciais, conforme dados disponibilizados pela Secretaria de Estado da Saúde, que também informa gastos na ordem de 48,8 milhões de reais com atendimento a ordens judiciais em ações de saúde apenas no 1º semestre de 2015.

Deste modo, questiona-se se tal circunstância é irreversível e, assim sendo, se técnicas como a conciliação e a mediação consagradas e fomentadas no CPC são capazes de atenuar a judicialização da saúde. Neste sentido, é importante indagar se o Poder Público terá condições de materializar essas técnicas que, a princípio, são afetas a interesses privados, e como elas poderão auxiliar na busca de soluções para a efetivação do direito à saúde, aliada à isonomia e à segurança jurídica.

Os números apresentados pelo Fórum do Judiciário para a Saúde², bem como a preocupação crescente de todos que atuam de alguma forma nas ações de saúde, seja como advogados, auxiliares da justiça, juízes, promotores, médicos prescritores, os próprios pacientes e a sociedade em geral, mostram a relevância da adoção das técnicas em comento na busca de reduzir a judicialização da saúde. Com efeito, a União Federal gastou cerca de 355,8 milhões de reais na judicialização da saúde em 2012, segundo dados fornecidos pelo Fórum do Judiciário para a Saúde.

De outro ângulo, a diversidade dos julgados na área aumenta a preocupação com a judicialização da saúde, já que não é crível, tampouco justificável, que demandas idênticas que envolvam o direito à saúde sejam julgadas de forma distinta. Nisto parece que as técnicas de conciliação e mediação podem auxiliar na busca de consensos, tanto para reduzir a judicialização, quanto para harmonizar o sistema, do ponto de vista da política pública e também das decisões judiciais.

Portanto, o objetivo central deste estudo é analisar a utilização da conciliação e da mediação pelo Poder Público como meios para resolução consensual dos conflitos que envolvem as políticas públicas de saúde, com ênfase no CPC.

Para tanto, pretende-se inicialmente compreender os conceitos de conciliação e de mediação, abordando a sua inserção no CPC e como podem ser aplicados pelo Poder Público. Será necessário distinguir interesse privado de interesse público e, dentro deste, interesse público primário e secundário, bem como delimitar o âmbito de incidência da conciliação e da mediação nas causas em que for parte o Estado, de forma geral.

Em seguida, pretende-se abordar a conciliação e a mediação voltadas às ações de saúde e traçar formas de viabilização destas técnicas pela

2 Instituído pela Resolução n. 107, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnoTRIBUNAIS.forumSaude.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

Advocacia Pública e Secretarias de Saúde (ou Ministério da Saúde), bem como relacionar a participação dos atores envolvidos, advogados, partes, médicos, julgadores.

Também é importante verificar a possibilidade de utilização da conciliação e da mediação para a incorporação de novos tratamentos que impliquem mudanças das políticas públicas de saúde, de forma a atingir toda a população.

2. TÉCNICAS DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

2.1. Solução consensual de conflitos no CPC: panorama geral

O Código de Processo Civil – NCPC, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, veio a corroborar a tendência sedimentada em outros países, como os Estados Unidos, e já iniciada no Brasil, de fomentar os meios alternativos de solução de conflitos, ou ADR – *alternative dispute resolution*. No artigo 3º, do NCPC, o legislador estabeleceu:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Percebeu-se que o Poder Judiciário não dispõe de estrutura física e material humano que deem conta de realizar a pacificação integral, de forma a julgar todos os conflitos que surgem na sociedade com segurança jurídica e celeridade. O volume de litígios que chegam ao Judiciário é tamanho (cerca de 102 milhões de processos passaram pelo Poder

Judiciário em 2015, de acordo com o Relatório Justiça em Números 2016³) e a especificidade e complexidade dos conflitos é tão diversificada, que se sentiu a necessidade de utilização de técnicas destinadas a minimizar a judicialização e ao mesmo tempo afastar ameaças ou lesões a direitos.

A Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996) é exemplo da tendência. No seu artigo 1º, assegura a possibilidade das pessoas capazes de contratar valerem-se da arbitragem “para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. No âmbito dos conflitos na esfera do direito do trabalho, há um costume histórico de se buscar acordos. No direito de família, também são habituais as mediações e as conciliações. O próprio processo criminal possui institutos com este viés, como é o caso da suspensão condicional da pena, prevista na Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995).

O Conselho Nacional de Justiça editou, em 2010, a Resolução n. 125, na qual dispõe sobre a conciliação e a mediação, prevendo, no seu artigo 4º: “Compete ao Conselho Nacional de Justiça organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação”. Na referida resolução, o CNJ estabeleceu incentivo a campanhas de conciliação, determinou aos tribunais a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais e Solução de Conflitos para estabelecer a política judiciária de tratamento adequado aos conflitos (art. 7) e de Centros Judiciários de Resolução de Conflitos e Cidadania para realização de sessões e audiências de conciliação e mediação (art. 8), instituindo também o Portal da Conciliação.⁴

3 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acessado em: 30 jul. 2017.

4 Conforme art. 15, da Resolução 105: “Fica criado o Portal da Conciliação, a ser disponibilizado no sítio do CNJ na rede mundial de computadores, com as seguintes funcionalidades, entre outras: I – publicação das diretrizes da capacitação de conciliadores e mediadores e de seu código de ética; II – relatório gerencial do programa, por Tribunal,

Mais recentemente, foi promulgada a Lei de Mediação, Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

O CPC sedimentou essas diretrizes⁵ ao generalizar o estímulo às soluções consensuais de conflitos, dentro e fora do processo, prevendo a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos (art. 165), dispondo sobre as funções do mediador e do conciliador (art. 165, §§ 2º e 3º), sobre os princípios da mediação e da conciliação (art. 166), sobre regras procedimentais (art. 167, 168, 170, 171), sobre direito à remuneração dos conciliadores e mediadores (art. 169), seus impedimentos (art. 172) e sanções para o caso de violação a deveres (art. 173).

O legislador, por sua vez, corroborou a tendência pelos meios consensuais ao prever que os entes da federação criarão câmaras de mediação e conciliação destinadas à solução consensual de conflitos (art. 174). Essa previsão tem importância vital para a redução da judicialização da saúde, já que permite, estimula e viabiliza a conciliação pelo Poder

detalhado por unidade judicial e por Centro, com base nas informações referidas no Anexo IV; III – compartilhamento de boas práticas, projetos, ações, artigos, pesquisas e outros estudos; IV – fórum permanente de discussão, facultada a participação da sociedade civil; V – divulgação de notícias relacionadas ao tema; VI – relatórios de atividades da “Semana da Conciliação”.

5 Neste sentido, manifestam-se Teresa Arruda Alvim WAMBIER, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva RIBEIRO e Rogério Licastro Torres de MELLO: “Assim, ao incluir a **conciliação e a mediação** no sistema processual do NCPC, o legislador inovou positivamente nesse assunto. Nos últimos anos, a busca de meios adequados de **solução de conflitos** e o **incentivo às técnicas de autocomposição** tornaram-se cada vez mais frequentes. O que demonstra que a disciplina das atividades dos conciliadores e dos mediadores, prevista no NCPC, fortalecerá, ainda mais, a prática que já vem sendo adotada no sistema atual” (In: *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). 1 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 310).

Público, sem necessidade de acesso ao Poder Judiciário. Rompe-se um paradigma ou até mesmo um dogma de que é necessário bater às portas do Poder Judiciário para fazer valer direitos.

Não se olvida que já existem importantes câmaras de conciliação no país, como a criada na Advocacia-Geral da União e na Câmara de Resolução de Litígios de Saúde do Rio de Janeiro – CRLS, que representa a união da Procuradoria-Geral do Estado, da Procuradoria-Geral do Município, do Tribunal de Justiça, da Defensoria Pública do Estado, da Defensoria Pública da União, da Secretaria de Estado da Saúde e da Secretaria Municipal de Saúde. O órgão tem a finalidade de mediar conflitos nessa seara, buscando acordos que evitam novos litígios. De acordo com o *site* da PGE do Rio de Janeiro, em 70 (setenta) dias de funcionamento, a CRLS reduziu em 38% o número de novos processos⁶.

O exemplo acima já demonstra que a mediação e a conciliação podem ser fortes aliados do Poder Judiciário para reduzir demandas de saúde.

Não é demais lembrar que no Brasil ainda impera a cultura da sentença, na qual a sociedade geralmente busca o Poder Judiciário para resolver seus conflitos, conforme alerta Helena Dias Leão COSTA: “De toda forma, tem custado caro para o Judiciário preservar a chamada cultura da sentença como via única para a solução das controvérsias, porque cada vez com menos eficiência tem se garantido o acesso à Justiça”.⁷

Quanto às normas do CPC respeitantes às técnicas de solução consensual dos conflitos, se bem absorvidas pela comunidade, poderão

6 Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeconteudo?article-id=1886157>>. Acesso em: 4 de nov. 2017.

7 Cf. COSTA, Helena Dias Leão. *Conciliação e arbitragem na Administração Pública*. Cadernos de Estudos e Pesquisas, Instituto Democrático, Curso de Especialização em Advocacia Pública, Brasília, pp. 9-10.

irradiar positivamente para reduzir demandas judiciais, proporcionando a pacificação social.⁸

2.2. Conciliação e mediação: conceituação, aplicabilidade, princípios e regras. Delimitação no CPC

Inicialmente, cumpre frisar a diferenciação entre as formas de solução das controvérsias, como sendo autocompositivas e heterocompositivas. A autocomposição reside na solução dos conflitos entre as próprias partes. Já a solução heterocompositiva implica decisão imperativa de um terceiro imparcial, como ocorre com a jurisdição e a arbitragem.⁹ Tanto a mediação, como a conciliação são métodos autocompositivos. Apesar do auxílio de um terceiro desinteressado, as partes chegam ao final a um acordo comum, sem que haja uma decisão imposta por terceiro.¹⁰

8 É importante lembrar que o Preâmbulo de nossa Constituição estabelece como um dos fundamentos do Estado Democrático a solução pacífica das controvérsias.

9 Sobre os métodos heterocompositivos, Luiz Guilherme MARINONI et al. lecionam: “A jurisdição é um método heterocompositivo, na medida em que o juiz, terceiro imparcial, resolve o conflito existente entre as partes. O exercício da jurisdição está fundado na autonomia estatal e tem sua legitimidade atrelada à Constituição, especialmente à observância dos direitos fundamentais materiais e processuais. Outra forma heterocompositiva admitida no direito brasileiro é a arbitragem. Essa forma de resolução de conflitos apareceu frisando a demora e o despreparo do Estado para o julgamento de determinados conflitos, ocasionando a tendência de transferir algumas demandas endereçadas ao Poder Judiciário para os chamados tribunais arbitrais” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, v. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 174).

10 Cf. MARINONI, ARENHART e MITIDIERO: “Ao lado das formas heterocompositivas, são admissíveis também meios autocompositivos de resolução de conflitos, em que as partes interessadas resolvem por si mesmas a ameaça ou crise de colaboração na realização do direito material. Embora de um ponto de vista cultural possam ser vistos como sintomas de crises relativas à verdade e à certeza, os meios autocompositivos (que entram no gênero *Alternative Dispute Resolution*) são normalmente apresentados como tendências gerais em

A conciliação geralmente tem lugar nas hipóteses em que um terceiro imparcial, ou seja, que não tem interesse na causa ou no conflito, auxilia as partes na busca de soluções consensuais para pôr fim ao litígio. De regra, o conciliador apresenta sugestões às partes, sendo a conciliação geralmente cabível quando estas não possuem uma relação jurídica preexistente. Petrônio CALMON conceitua conciliação como “a atividade desenvolvida para incentivar, facilitar e auxiliar a essas mesmas partes a chegarem a um acordo, adotando, porém, metodologia que permite a apresentação de proposição por parte do conciliador”.¹¹ E conclui o autor:

Conciliação é, pois, um mecanismo de obtenção da autocomposição que, em geral, é desenvolvido pelo próprio juiz ou por pessoa que faz parte, é fiscalizada ou é orientada pela estrutura judicial; e que tem como método a participação mais efetiva desse terceiro na proposta de solução, tendo por escopo a só solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas petições.¹²

Já na mediação, o terceiro não apresenta as propostas de solução, mas serve como um agente facilitador para que as próprias partes cheguem a um acordo. A mediação é um meio utilizado frequentemente na sociedade de solucionar conflitos com a ajuda de um terceiro. O mediador informal ou não-técnico tende a utilizar-se dos conhecimentos prévios que possui das partes envolvidas e das questões a serem resolvidas, bem como do bom senso natural. Sobre a mediação no cotidiano, CALMON lembra:

A mediação informal ocorre no dia-a-dia em variadas situações, desde a interferência de parentes e amigos até a de líderes comunitários e religiosos. São mecanismos

termos de direito comparado e são bastante incentivados no Novo Código de Processo Civil” (op. cit., p. 180).

11 CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 132.

12 CALMON, Petrônio. Op. cit., p. 134.

informais, sem estrutura, sem destinação exclusiva. Seguem métodos intuitivos, sem reflexão, baseados no bom senso e experiência de vida, fortalecidos pelo conhecimento que o mediador informal tem dos envolvidos e do próprio problema.¹³

Todavia, a mediação regulamentada por lei e admitida como meio de solução de conflitos deve ser realizada de forma organizada, com a utilização de técnicas de negociação, de modo a auxiliar os envolvidos a chegarem à autocomposição. O mediador deve ser profissional e cercar-se de métodos disponíveis para convencer as partes a chegar a um consenso, de forma que ambas restem ao final satisfeitas. Calmon ressalta o papel do mediador:

O mediador não é um mero assistente passivo, mas sim um modelador de ideias, que mostrará o sentido da realidade necessário para atingir acordos convenientes. Ele se vale de técnicas especiais e com habilidade escuta as partes, as interroga, apaga o problema, cria opções e tem como alvo que as partes cheguem à sua própria solução para o conflito (autocomposição). É fundamental que o mediador não expresse sua opinião sobre o resultado do pleito. Tal atitude consiste na regra de ouro do mediador (mas não a única), uma forte característica que diferencia a mediação de outros mecanismos que igualmente visam à obtenção da autocomposição.

Para desempenhar bem seu papel o mediador há que se apresentar com neutralidade, capacitação, flexibilidade, inteligência, paciência, empatia, sensibilidade, imaginação, energia, persuasão, capacidade para se distanciar de ataques, objetividade, honestidade, e perseverança, além de ser digno de confiança e ter senso de humor.

Luciane Moessa de SOUSA¹⁴ apresenta algumas distinções primordiais entre conciliação e mediação:

13 CALMON, Petrônio. Op. cit., p. 114.

14 SOUSA, Luciane Moessa de. *Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas*. 1 ed. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014, p. 29-30. Na p. 16, da obra, a autora lembra que, para muitos, a mediação é uma “negociação facilitada”.

Quando se utiliza o termo ‘conciliação’ de conflitos, em geral, a doutrina e operadores do Direito estão se referindo a métodos que buscam simplesmente alcançar um acordo entre as partes com relação ao objeto do conflito. Salientam-se como diferenças principais entre mediação e conciliação:

O fato de que os critérios discutidos entre o conciliador e as partes para obtenção do acordo, normalmente, se resumem aos parâmetros legais, e não se costuma investigar as causas e interesses subjacentes ao conflito, como ocorre na mediação; O fato de que se espera do conciliador uma postura mais ativa na condução das partes a um acordo (ao passo que o mediador deve ser mero facilitador do diálogo).

Helena Dias Leão COSTA afirma que “enquanto a mediação é mais recomendada para situações de múltiplos conflitos subjetivos, a conciliação é adequada para relações circunstanciais e compostas de um único vínculo”.¹⁵ E completa:

Isso porque o foco da conciliação é o acordo e com ele a extinção do processo; na mediação, busca-se desvendar os interesses dos envolvidos e possibilitar a manutenção de vínculos anteriores após a discussão da causa, independentemente do acordo.

Ademais, outra diferença entre a mediação e a conciliação é em relação ao papel desempenhado pelo terceiro facilitador da composição.

Na primeira, o mediador apenas auxilia as partes, ajudando-as com sua escuta, interpretação e mecanismos de transferência, para que elas encontrem os caminhos de resolução. O mediador é um mero facilitador do diálogo, não participa da solução ou influi diretamente em decisões ou mudanças de atitude. Já na conciliação, o conciliador faz às vezes do mediador e ainda propõe alternativas para o deslinde do conflito.¹⁶

O Código de Processo Civil disciplinou os institutos da conciliação e da mediação nos artigos 165 e ss., dispondo sobre a criação dos centros

15 COSTA, Helena Dias Leão. *Conciliação e arbitragem na Administração Pública*, op. cit., p. 12-13.

16 COSTA, Helena Dias Leão. Op. cit, p. 12-13.

judiciários de solução consensual de conflitos e delimitando o âmbito de atuação do conciliador e do mediador nos §§ 2º e 3º, *verbis*:

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Verifica-se que a lei acabou por contemplar os conceitos trazidos pela doutrina, podendo-se aferir que, na conciliação, o terceiro auxiliador sugere soluções e atua quando não há vínculo anterior entre as partes, e na mediação, o terceiro auxiliador não sugere soluções, mas ajuda para que as partes, com vínculo anterior, possam chegar ao resultado satisfatório, eliminando o conflito.

Como já frisado anteriormente, o CPC também previu expressamente os princípios que devem cercar a mediação e a conciliação, no seu artigo 166: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada.

A independência implica dizer que o mediador e o conciliador não estão vinculados às decisões judiciais ou ao crivo do juiz na condução interna dos trabalhos destinados à solução do conflito. Estão atrelados à lei, aos princípios fundamentais e garantias constitucionais, mas não sujeitos a influência externa ou a pressões.¹⁷ Diante do princípio da imparcialidade,

17 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Op. cit., p. 313.

o conciliador e o mediador estão sujeitos às mesmas causas de impedimento e suspeição do juiz.¹⁸

Sob o princípio da autonomia da vontade, as partes não são obrigadas a optar pelas formas consensuais e, escolhendo a conciliação ou a mediação, são livres para tomar suas decisões,¹⁹ inclusive para, ao final, não realizarem autocomposição (caso não cheguem ao consenso) e optarem pela decisão judicial.²⁰ Aliás, a autonomia da vontade permite que as partes deliberem sobre a definição das regras procedimentais a serem adotadas (art. 166, §4º).

A confidencialidade é aplicada à mediação e à conciliação tanto no que tange ao que é dito nas sessões quanto à sua própria existência, não podendo o profissional levá-la ao conhecimento de terceiros. O artigo 166, § 2º, do CPC, estabelece que, em virtude do sigilo, “o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação”.

A oralidade e a informalidade são princípios que tentam afastar o formalismo das técnicas em análise, proporcionando formas facilitadoras de construção da autocomposição.

Por fim, na mediação e na conciliação as partes devem ser amplamente alertadas e informadas quanto aos seus direitos e deveres e quanto aos princípios e regras que cercam as técnicas (princípio da decisão informada).

18 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 231.

19 Conforme WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al., op. cit., p. 166, e MARINONI et al., op. cit., p. 313.

20 Assim prevê o Enunciado n. 187, do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “No emprego de esforços para a solução consensual do litígio familiar, são vedadas iniciativas de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem, assim como as de aconselhamento sobre o objeto da causa”.

O artigo 167, do CPC, trata do cadastro nacional e do cadastro do tribunal a que devem ser submetidos os conciliadores e os mediadores, prevendo a participação do profissional em curso de capacitação. O artigo 168 dispõe sobre a escolha do conciliador e do mediador pelas partes e o artigo 169 dispõe sobre remuneração e eventual trabalho voluntário de mediação e de conciliação. Os artigos 170 a 173 tratam de consequências para o caso de impedimento, impossibilidade temporária do exercício da função, vedações de atuação em favor de qualquer das partes pelo prazo de um ano e hipóteses de exclusão do cadastro.

Por fim, o artigo 174, do CPC consigna:

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

- I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
- II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
- III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Como se pode verificar, o legislador não olvidou da administração pública ao tratar dos meios consensuais de resolução de conflitos, não só permitindo, mas também impondo a criação de câmaras de mediação e de conciliação aos entes da federação, confirmando a tendência da pacificação consensual.

2.3. Conciliação, mediação e o Poder Público. Distinções necessárias: interesse público e privado. A supremacia revisitada

O Poder Público está envolvido em grande parte dos processos que tramitam perante a Justiça brasileira. Por isso, é adequada a preocupação dos diversos atores que de alguma forma participam desses processos para buscar meios alternativos de solução dos conflitos. Como já citado acima, o Poder Judiciário não está dotado de estrutura para realizar a jurisdição a contento de toda a gama de litígios que aparecem cotidianamente no

país. E, sendo o Poder Público litigante frequente, natural que se pense em técnicas como a conciliação e a mediação para minimizar a judicialização.

A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal é exemplo dessa preocupação e vem sendo frutífera na resolução consensual de conflitos²¹, tendo competência para dirimir consensualmente “as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.²²

É necessário verificar qual o limite do Poder Público para participar e realizar a autocomposição, além de ser imprescindível delimitar os conceitos de interesse privado e público, a fim de que se afira quais deles podem ser objeto de mediação e conciliação.

O interesse privado é todo aquele que respeita à esfera individual da pessoa, física ou jurídica, podendo ser disponível, vale dizer, aquele que pode ser objeto de livre disposição do seu titular, ou indisponível, de que não se pode abrir mão, dada a alta relevância, de modo a ser protegido pelo Estado como forma de garantir princípios fundamentais. O interesse privado disponível pode ser objeto de conciliação, de mediação e de arbitragem. Estes institutos são inegavelmente aplicados em relação a direitos patrimoniais.

Interesse público respeita ao todo, ao conjunto social. No entender de Celso Antonio Bandeira de MELLO, “é uma categoria contraposta à de interesse privado, individual, isto é, ao interesse pessoal de cada um”.²³ Disserta o administrativista sobre interesse público:

21 COSTA, Helena Dias Leão. *Conciliação e arbitragem na Administração Pública*. Op. cit., p. 24 e ss.

22 Art. 18, III, Anexo I, do Decreto n. 7.392, de 13 de dezembro de 2010.

23 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 48 e 51.

Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual.

(...) o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem.

As normas de direito público, como afirma Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, “têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo”, sendo o interesse público “irrenunciável pela autoridade administrativa”.²⁴

Apesar de a doutrina do direito administrativo ainda ter fortemente presente a lição de que o interesse público prepondera sobre o particular e que impera o princípio da indisponibilidade do interesse público, a evolução da sociedade, a necessidade e o aprimoramento das técnicas consensuais de resolução de conflitos levaram o legislador, o Poder Judiciário e o próprio Executivo a aceitar, admitir e aplicar a autocomposição para evitar novos processos judiciais. De modo que se está abrindo um novo caminho para a (re)construção do interesse público, ao menos dentro do sistema dos meios consensuais. Se são aceitos tais métodos para a solução de litígios com a Administração Pública, e existe legislação sobre o tema (acima citada), então o interesse público pode ser objeto de discussão, consenso e disposição, a partir da aplicação dos princípios constitucionais, das garantias fundamentais, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ressalta-se que parte da moderna doutrina administrativista tem aceitado o rompimento ou o declínio do dogma da supremacia do interesse público, amplamente abordada no estudo de Arnaldo Sampaio de Moraes GODOY:

24 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 65 e 67.

Contemporaneamente, *interesses públicos* deixam de qualificar conceitos totalizantes, absolutos, apriorísticos. Exige-se reflexão em torno de casos concretos, lidos à luz da ponderação. Não se pode perder de vista também o consentimento do cidadão-cliente, no que se refere à definição de políticas e do agir administrativo. Na sempre lúcida lição de Luís Carlos Bresser Pereira, “o Estado contemporâneo deve propiciar serviços públicos mais eficientes, orientar-se para atender ao cidadão-cliente, bem como contar com servidores responsáveis para com o resultado de seus atos e omissões”.

Neste sentido, a construção doutrinária clássica de interesse público ganha novos contornos, que revelam uma necessidade de trato republicano para com os negócios do Estado.²⁵

Um interessante enfoque desta nova construção é apresentado por Paulo Ricardo SCHIER, que assevera:

(...) a assunção prática da supremacia do interesse público sobre o privado como cláusula geral de restrição de direitos fundamentais tem possibilitado a emergência de uma política autoritária de realização constitucional, onde os direitos, liberdades e garantias fundamentais devem, sempre e sempre, ceder aos reclames do Estado que, qual Mídas, transforma em interesse público tudo aquilo que toca.²⁶

Mais adiante, o autor paranaense observa:

Também pela compreensão da Constituição como sistema, então, interesses (ou direitos) públicos e privados equiparam-se. Os interesses públicos não são superiores aos privados. Os privados não são superiores aos públicos. Ambos são reconhecidos na Constituição em condição de igualdade. Ambos encontram-

25 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Construção e desconstrução doutrinária do conceito de interesse público no direito brasileiro. *Revista da AGU*, ano X, n. 28. Brasília, abr.-jun. 2011, p. 25-26.

26 SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 26, mai.-jul. 2011, Salvador, p. 2. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-PAULO>. Acesso em: 26 jul. 2017.

se no mesmo patamar de hierarquia. Repise-se, pois, que se a Lei Fundamental, em algumas situações, ponderando princípios e direitos *in abstracto*, reconhece previamente a prevalência (jamais supremacia) de alguns interesses públicos, aí não está a autorizar a extração de um princípio geral de supremacia do interesse público sobre o privado. Se assim fosse, isto não explicaria os casos em que o texto fundamental faz a opção diversa; quando, ponderando *in abstracto*, reconhece previamente a prevalência dos direitos, liberdades e garantias individuais perante o Estado, como parece ser a regra. Em tais situações por que então não se falar de um princípio geral da supremacia do interesse privado sobre o público?

(...)

Em outras palavras, a regra, sempre, é a da unidade. Interesses públicos e privados não se contradizem, não se negam, não se excluem. Tais interesses, antes, harmonizam-se. A realização de um importa na realização do outro. Devem ser vistas como excepcionais as situações de exclusão mútua. Neste caso, a opção do constituinte originário, previamente, pela prevalência de um ou de outro, não determina a existência implícita de um princípio de supremacia formal. Trata-se, neste caso, apenas de um critério de solução *a priori* de conflitos que poderão emergir nas situações concretas.²⁷

Ainda, Schier apresenta algumas conclusões parciais:

- (i) Interesses públicos e privados se complementam e se harmonizam, não se encontrando, em regra, em conflito, pois a realização de um importa na do outro;
- (ii) Eventuais colisões são resolvidas previamente pelo constituinte originário, que pode optar pela prevalência dos interesses privados (como parece ser o mais usual) ou pela prevalência dos interesses públicos (como parece ser a exceção em homenagem ao princípio da legalidade e do Estado de Direito);
- (iii) Outras colisões são remetidas ao campo das restrições dos direitos fundamentais, onde o constituinte, expressamente, autoriza que os direitos, liberdades e garantias individuais cedam, mediante ponderação infraconstitucional (observado o princípio da reserva de lei) em favor de interesses públicos, sempre com observância do critério (ou princípio) da proporcionalidade e respeito (manutenção) do núcleo essencial daqueles (por decorrência da proibição do excesso);

27 Op. cit., p. 11-12.

- (iv) Um último grupo de colisão entre interesses públicos e privados, que não venham a se enquadrar nos anteriores, deverá ter solução remetida à ponderação de princípios (ou valores) diante do caso concreto, através não de mediação legislativa mas sim jurisdicional (levando-se em conta, sempre, critérios de proporcionalidade e razoabilidade). Aqui o juiz, em face de cada caso concreto, deverá, sem adotar nenhum critério de preferência predeterminado, decidir, em face dos diversos elementos que integram o âmbito normativo de cada preceito em conflito, qual deverá prevalecer.²⁸

Destarte, consoante aos ensinamentos de Schier, mantém-se a supremacia do interesse público quando condizente com os ditames constitucionais e prepondera-se o interesse privado quando a norma constitucional assim dispuser. Havendo colisão entre interesses públicos e privados sem solução normativa, esta deve ser acompanhada de ponderação de princípios, de acordo com a proporcionalidade e razoabilidade.

A partir do que acima foi relatado, pode-se concluir que não há incoerência entre a concepção atual de interesse público e a utilização das técnicas de mediação e conciliação pelo Poder Público. E, ainda que se não aceite as modernas concepções acima resumidamente elencadas, já estão consagradas as técnicas de solução de conflitos, podendo-se delimitar por lei o âmbito de atuação das câmaras de conciliação, a fim de que não haja problemas de validade dos atos nelas praticados.

Além disso, a aplicação dos princípios da eficiência e da razoável duração do processo igualmente justifica a utilização dos meios consensuais de solução dos conflitos que envolvem o Poder Público.²⁹

28 Op. cit., p. 12-13.

29 COSTA, Helena Dias Leão. *Conciliação e arbitragem na administração pública*. Op. cit., p. 20.

3. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO PARA ATENUAR A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

3.1 Panorama da judicialização da saúde no Brasil

Como se sabe, o número de demandas de pacientes ao Poder Judiciário para que se determine que o Poder Público forneça medicamentos ou qualquer outro tratamento de saúde tem crescido de forma dramática nos últimos anos.

O fundamento para tais demandas reside no direito constitucional à saúde, consagrado no artigo 196, da Constituição Federal: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Trata-se do fenômeno da judicialização de políticas públicas, que acaba por transferir ao Poder Judiciário decisões que normalmente seriam da atribuição dos gestores públicos.³⁰

O Poder Judiciário vem diuturnamente ditando políticas públicas de saúde em tais processos, não obstante muitas dessas políticas estarem dispostas distintamente nas normas do SUS.³¹ O Rio Grande do Sul, estado

30 “Judicialização, em linhas gerais, corresponde ao ato de se transferir para o Poder Judiciário decisões que a rigor deveriam ser tomadas pelos demais poderes da República (Legislativo e Executivo). Implica em colocar sob a análise do Poder Judiciário questões que envolvem o reconhecimento e concretização de um direito. As demandas que versam sobre o reconhecimento e concretização de direitos de natureza social envolvem questões de grande repercussão social e política, o que só faz aumentar a responsabilidade dos órgãos jurisdicionais quando da resolução desses casos” (cf. GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONI, Samantha Ferreira; SOUZA, José Evangelista de. *Judicialização do direito à saúde: prós e contras*. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 259).

31 Vale lembrar o conceito de política pública: “(...) conjunto de metas, planos de atuação

que mais registra ações de saúde, já passou de cento e dez mil demandas em 2014, conforme informa o *site* do Conselho Nacional de Justiça.³² O Estado do Paraná gastou cerca de 90 milhões de reais no cumprimento de ordens judiciais de fornecimento de medicamentos apenas em 2014.³³ Em São Paulo, gastou-se quase 400 milhões de reais em 2013 no cumprimento de ordens judiciais para fornecimento de material médico-hospitalar, medicamentos, produtos de nutrição e outros.³⁴

O fato é que os direitos discutidos nas demandas judiciais relativas à saúde são muito caros, o que provoca disparidade de entendimentos, debates acirrados, dúvidas sobre o que deve prevalecer e medo ou, pelo menos, receio de cometer iniquidades, o que conduz a decisões permissivas que não auxiliam o aperfeiçoamento do sistema público de saúde. Pelo contrário, implicam quebra de isonomia.

e de recursos empregados com o fim de satisfazer direitos sociais. O administrador deve identificar quais são as necessidades da sociedade – o que é necessário para que os direitos sociais de uma dada comunidade sejam atendidos – e estabelecer políticas públicas para atendê-las, ou seja, estabelecer planos de atuação, metas e critérios para aplicação dos recursos necessários à efetividade dos direitos sociais do grupo”.

Especificamente quanto às políticas públicas de saúde, os mesmos autores comentam: “No que diz respeito às políticas públicas afetadas à área de saúde, o Administrador exerce a árdua tarefa de ditar quais são as necessidades mais importantes – num universo em que todas as necessidades são prementes e estão estreitamente vinculadas ao bem mais valioso do ser humano – e garantir que os recursos financeiros disponíveis sejam suficientes para atendê-las”. (GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONI, Samantha Ferreira; SOUZA, José Evangelista de. *Judicialização do direito à saúde: prós e contras*. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. Op. cit., p. 269)

32 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnoTribunais.forumSaude.pdf>>.

33 Dados fornecidos pela Secretaria de Estado da Saúde do Paraná.

34 CHIEFFI, Ana Luiza; SIQUEIRA, Paula Sue Facundo de. Judicialização da saúde no Estado de São Paulo. In: SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda (org.). *Judicialização da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2014, p. 284.

A judicialização da saúde, em especial quanto às demandas que visam ao fornecimento de medicamentos, cresceu vertiginosamente nos últimos tempos, de modo que o tema passou a ser de preocupação dos operadores do Direito, dos gestores e da Medicina.

A preocupação chegou também à cúpula do Poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal realizou, em abril e maio de 2009, a Audiência Pública n. 4 para discutir a judicialização da saúde, proporcionando a todos os agentes interessados dar sua contribuição. Juízes, advogados, procuradores, promotores, médicos, farmacêuticos, gestores, representantes dos pacientes crônicos e das indústrias farmacêuticas, a sociedade em geral, foram ouvidos atentamente pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, que acabou por emitir seu próprio entendimento em julgados da corte máxima, sendo representativa a decisão proferida na STA 175.

Após a Audiência Pública, o Conselho Nacional de Justiça constituiu, por meio da Portaria n. 650, de 20 de novembro de 2009, um grupo de trabalho para “elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas referentes às demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”.³⁵ Em consequência aos trabalhos do grupo, foi emitida a Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, pelo Plenário do CNJ, que sugere aos tribunais do país a “adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”.

Em seguida, foi editada a Resolução n. 107, de 6 de abril de 2010, para instituir o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde.

35 Conforme artigo 2º, da Portaria n. 650, CNJ.

3.2 Judicialização, mediação e conciliação na área da saúde

Paralelamente ao monitoramento das ações de saúde, o Conselho Nacional de Justiça incentiva a autocomposição de litígios e a pacificação social por meio da conciliação e da mediação. A Resolução n. 125/2010, já citada anteriormente, dispôs sobre a Política Judiciária de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário. E, em 12 de dezembro de 2014, foi criado o Fórum Nacional da Mediação e Conciliação – FONAMEC.

Com a entrada em vigor do CPC em abril de 2016, os entes da federação passaram a ter a incumbência legal de criar câmaras de conciliação e mediação, com atribuições relacionadas à resolução consensual de conflitos no âmbito administrativo, conforme preconiza o artigo 174.

Portanto, os ventos estão a soprar em prol dos meios conciliatórios e é momento de unir forças para efetivar e conciliar direito e dever de prestar saúde, direito à razoável duração do processo e pacificação social. Tudo temperado pelo princípio da isonomia.

Perfeitamente possível, diante do que acima foi abordado, entrelaçar conciliação e mediação a direito à saúde, para que daí nasça uma nova visão do Poder Público e do indivíduo quanto à responsabilidade de cada um, quanto ao seu papel.

Em outras palavras, pode e deve o Poder Público – quem lhe faça as vezes – perceber e identificar novas necessidades no campo das políticas públicas, adotando-as quando demonstrado que são adequadas, eficazes e viáveis financeiramente. Mas também pode e deve o indivíduo entender as limitações do Estado e perceber que a saúde pública deve ser igualitária para todos. Significa por vezes abrir mão de um tratamento mais caro em prol de outro mais acessível. Há um exemplo que pode demonstrar a assertiva. Em processo no qual foi requerido o fornecimento de Brometo de Tiotrópio para todos os pacientes portadores de DPOC (Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica) residentes no Estado do Paraná, o pedido da ação civil pública proposta pelo MPF e pelo MP/PR, foi julgado improcedente, por entender o magistrado que o medicamento já fornecido pelo SUS no tratamento da

patologia é tão eficaz quanto o medicamento pleiteado, de maior custo. A diferença entre os fármacos é que o pleiteado pode ser utilizado uma vez ao dia, enquanto que o fármaco fornecido gratuitamente pelo SUS deve ser administrado quatro vezes ao dia. Diante da finitude da verba pública e da diferença altamente significativa do valor dos medicamentos, considerou-se pertinente a manutenção do programa do SUS. Constatou-se a seguinte sentença referida:

Verifica-se que o SUS oferece alternativas de tratamento para a doença pulmonar obstrutiva crônica – DPOC, com o fornecimento aos pacientes de medicamentos broncodilatadores de longa ação (Beta-2 agonistas). O laudo pericial indica que o medicamento Brometo de Tiotrópio não é indispensável para o tratamento da DPOC e tampouco possui superioridade em relação aos demais broncodilatadores, servindo apenas como mais uma alternativa de tratamento.

O depoimento da representante do CONITEC, senhora Clarice Alegre Petramale (evento 265) demonstra que esses aspectos relacionados à efetividade do tratamento, aliado ao custo dos medicamentos, foram considerados na decisão de não incluir o Brometo de Tiotrópio no protocolo de tratamento da DPOC.

Como alternativa a esse medicamento, o SUS fornece o Brometo de Ipratrópio, cuja diferença é apenas o tempo de duração dos efeitos. Enquanto o Brometo de Tiotrópio pode ser usado apenas 1 vez por dia, o medicamento fornecido pelo sistema público precisa ser usado 4 vezes ao dia. Ocorre que enquanto o custo mensal por paciente do medicamento demandado chega aos R\$ 168,93, o medicamento fornecido custa R\$ 10,00.

A questão da diferença de custo entre os medicamentos adquire maior relevância diante da ampla incidência da doença que, segundo o perito, atinge 7% da população do Estado do Paraná.

Diante dessas circunstâncias, considerando o efeito semelhante dos medicamentos comparados e a grande diferença de custo entre ambos, não é razoável impor ao SUS o fornecimento de um medicamento com base na conveniência de poder ser utilizado apenas 1 vez ao dia.

A higidez do sistema público de saúde é de interesse público e o paciente que recebe o tratamento custeado pela coletividade também deve arcar com parte

do ônus, que nesse caso se traduz em suportar o uso de um medicamento com posologia menos confortável.³⁶

É interessante que as câmaras de conciliação tenham a participação de advogados públicos. As instituições da advocacia pública no país são dotadas de profissionais gabaritados na área jurídica, que podem realizar cursos de formação para aprendizado de técnicas de mediação e conciliação. Mas referidas câmaras, na área de saúde, devem contar com profissionais técnicos para auxiliar as partes e os mediadores e conciliadores na busca de um resultado profícuo – a autocomposição. É preciso que as câmaras da administração sejam dotadas de verba disponível para cumprimento dos acordos e que tenham estreita ligação com os órgãos que tornarão reais os termos acordados.

Tanto a mediação como a conciliação são aplicáveis na área de saúde, já que há situações de pacientes crônicos que permanecem anos sendo atendidos pelo SUS, criando-se vínculo a ensejar a mediação. Casos pontuais poderão ser tratados por conciliadores.

Segue quadro de propostas de requisitos e meios de implementação a serem adotados em CÂMARAS DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DO DIREITO À SAÚDE DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS:

36 Sentença proferida pelo Juiz Federal Friedmann Anderson Wendpap, 1ª Vara Federal Cível de Curitiba, Ação civil pública n. 5004835-60.2011.4.04.7000/PR. Autores: Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado do Paraná. Réus: União Federal e Estado do Paraná, assinada eletronicamente em 21/05/2015.

	REQUISITOS	MEIO
01	Procuradores capacitados em mediação e conciliação	Cursos de capacitação e reciclagem
02	Profissionais da área de saúde: médicos, enfermeiros, farmacêuticos, nutricionistas	Profissionais da secretaria de saúde
03	Verba específica para cumprimento dos acordos da câmara	Disponibilização de parte da verba da secretaria de saúde
04	Disponibilidade ágil de medicamentos, exames, tratamentos de saúde	Sincronização da câmara com o órgão responsável pela aquisição, armazenamento e dispensação de medicamentos
05	Disponibilidade de leitos em hospitais	Efetiva comunicação com hospitais públicos
06	Local adequado para as sessões de conciliação e mediação	Procuradoria ou secretaria de saúde

3.3 Incorporação de novos tratamentos a partir das técnicas da conciliação e da mediação

Não só os conflitos individuais, mas também os coletivos podem ser resolvidos nas câmaras de conciliação e mediação, requeridas pelo Ministério Público e também pelos legitimados legais para a proteção dos interesses coletivos.

A incorporação de novos tratamentos pelo poder público igualmente pode ser objeto de mediação e conciliação, sendo certo que o gestor deve analisar as possibilidades financeiras e orçamentárias, bem como a necessidade da população na sua área de atuação. Isso possibilita que mais pacientes possam ser atendidos sem necessidade de ingressar em juízo, o que proporciona maior alcance de todos à realização do direito à saúde.

4. CONCLUSÕES

1. Os meios consensuais de resolução dos conflitos consistem em importante ferramenta para assegurar a pacificação social.
2. A conciliação e a mediação são técnicas utilizadas para a resolução consensual dos conflitos e devem ser adequadamente aplicadas a situações específicas, de acordo com delimitação estabelecida pela lei.
3. O CPC incentiva a conciliação e a mediação, dispondo sobre princípios, regras e procedimentos, e determina a criação de câmaras de conciliação e mediação no âmbito da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.
4. A conciliação e a mediação são plenamente aceitas pelo Poder Judiciário, pelo Conselho Nacional de Justiça, pela legislação e pela Constituição da República. Estão sendo paulatinamente absorvidas pela sociedade, inclusive no âmbito da administração pública, não obstante as regras sedimentadas, mas agora desmistificadas, relativas à indisponibilidade do interesse público.
5. A conciliação e a mediação podem e devem ser adotadas pela administração pública para a consecução dos princípios da razoável duração do processo, da pacificação consensual de conflitos e da isonomia.
6. Na área da saúde, as técnicas da mediação e da conciliação são importantes ferramentas para a redução da judicialização.
7. Recomenda-se que a advocacia pública participe ativamente das câmaras de conciliação e mediação na área da saúde.
8. Sugere-se os seguintes requisitos e meios nas câmaras de conciliação e mediação da administração pública na área de saúde: (i) procuradores formados em cursos de capacitação e de reciclagem nas técnicas de mediação e conciliação; (ii) profissionais na área de saúde, tais como médicos, enfermeiros,

farmacêuticos e nutricionistas, indicados e cedidos pelas secretarias de saúde; (iii) verba específica para cumprimento dos acordos disponibilizada pelas secretarias de saúde; (iv) disponibilidade ágil de medicamentos, exames e tratamentos de saúde, pela sincronização da câmara com o órgão responsável pela aquisição, armazenamento e dispensação de medicamentos; (v) disponibilidade de leitos em hospitais, por meio de efetiva comunicação com hospitais públicos; (vi) local adequado para as sessões de conciliação e mediação.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CHIEFFI, Ana Luiza; SIQUEIRA, Paula Sue Facundo de. Judicialização da saúde no Estado de São Paulo. In: SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda (Org.). *Judicialização da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2014, p. 284.

COSTA, Helena Dias Leão. *Conciliação e arbitragem na Administração Pública. Cadernos de Estudos e Pesquisas*, Brasília.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONI, Samantha Ferreira; SOUZA, José Evangelista de. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Construção e desconstrução doutrinária do conceito de interesse público no Direito brasileiro. *Revista da AGU*, ano X, n. 28. Brasília, abr.-jun. 2011, p. 25-26.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, v. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 26, mai.-jul. 2011, Salvador, p. 2. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-PAULO>. Acesso em: 6 jul. 2015.

SOUSA, Luciane Moessa de. *Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas*. 1 ed. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). 1 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

A atuação dos advogados de Estado na defesa do meio ambiente: biodiversidade, clima e água

Public attorneys' activity in defending the environment: biodiversity, climate and water

Márcia Dieguez Leuzinger¹ e César Augusto Binder²

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo principal analisar a atividade dos advogados de Estado na defesa do meio ambiente, no que tange à manutenção ou melhoria da qualidade do ar, da água e a proteção da biodiversidade, pois sendo o direito ao meio ambiente equilibrado um direito fundamental (cf. artigo 225 da CF), a atuação da Administração Pública não deve medir esforços para sua concretização. Para tanto, surge como da mais alta relevância a atuação dos advogados de Estado, notadamente em sua atividade de consultoria, assessoramento e fiscalização. A acelerada taxa de extinção de espécies, a poluição de mananciais de água e as alterações

1 Mestre em Direito e Estado e doutora em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília – UnB, professora de Direito Ambiental da graduação, do mestrado e do doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB e Procuradora do Estado do Paraná em Brasília.

2 Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília e doutorando em Direito pelo UniCEUB, professor de cursos de graduação e pós-graduação e Procurador do Estado do Paraná em Brasília.

climáticas demandam uma atuação efetiva dos gestores ambientais na busca pela mitigação de seus efeitos, o que inclui a atuação dos advogados de Estado lotados nas assessorias e consultorias jurídicas dos órgãos ambientais, que devem zelar pela legalidade dos procedimentos de licenciamento ambiental e outorga de uso da água, fazendo adequada interpretação da legislação infraconstitucional, em especial do novo Código Florestal, assim como exigir que os processos de criação de unidades de conservação observem requisitos mínimos que lhes garantam a ausência de vícios materiais ou formais, tendo em vista a necessária compatibilização entre diferentes categorias de direitos fundamentais previstas na Constituição Federal, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos culturais.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Pública; água; biodiversidade; clima.

ABSTRACT: This paper goals to examine public attorneys' activity in defending the environment, in reference of maintaining or improving the quality of the air, water and biodiversity. As the right to a balanced environment is a fundamental right (see Article 225 of the 1988 Federal Constitution), the performance of the Public Administration should spare no effort to achieve its protection. Therefore, it emerges as the highest relevance the performance of state attorneys, notably in its consulting, counseling and supervision activities. The accelerated species extinction rate, pollution of water sources and climate change demand an effective performance of environmental managers in the search for mitigation of its effects, including the performance of public attorneys. They should ensure the legality of environmental licensing procedures and granting of water use, making proper interpretation of the infra-constitutional legislation, especially the new Forestry Code and require that the processes involving the creation of protected areas apply the minimum requirements to ensure them the absence of material or formal defects with a view to the necessary compatibility between different categories of fundamental rights guaranteed by the Federal Constitution, such as the right to an ecologically balanced environment and cultural rights.

KEY-WORDS: Public Advocacy; water, biodiversity; climate.

1. INTRODUÇÃO

A crise ambiental, atribuída basicamente às atividades antrópicas que agridem o ambiente natural, atinge, dentre outros recursos naturais, a biodiversidade, a água e o clima.

A extinção em massa de espécies, somente comparável a poucos eventos que ocorreram no planeta desde o surgimento da vida, como o que ocasionou o desaparecimento dos dinossauros, deve-se principalmente à fragmentação de habitats. A redução do número de espécies gera desequilíbrio dos ecossistemas e impacta a própria qualidade da vida humana no planeta, face à falência na prestação de serviços ambientais essenciais.

De outro lado, o aquecimento global vem ocasionando, cada vez com maior frequência, eventos extremos, que acarretam enormes prejuízos aos países atingidos. Secas prolongadas, severas inundações, tornados, ciclones, dentre tantos outros fenômenos vêm sendo atribuídos ao aumento da temperatura da Terra, em função da emissão desmedida, pelos seres humanos, de gases de efeito estufa (GEE) na atmosfera.

Já a crise de água pode ser atribuída à degradação dos mananciais, na medida em que grande parte do esgoto produzido no planeta é lançada nos rios, lagos e mares sem qualquer tipo de tratamento. Além disso, o aumento da temperatura da Terra também contribui para a alteração do regime de chuvas, causando, em algumas regiões, períodos de estiagem mais prolongados.

Como a qualidade da água, do clima e da biodiversidade está diretamente relacionada à qualidade da vida das sociedades humanas, a crise ambiental ameaça seriamente a possibilidade de, em um futuro próximo, as pessoas desfrutarem de uma vida digna. Viver em um meio ambiente altamente degradado significa gozar de baixíssima qualidade de vida, tendo em vista o aumento da incidência de doenças em virtude da má qualidade e escassez de alimentos, do consumo de água poluída e da experiência de se respirar um ar contaminado.

Desse modo, o presente artigo tem como objetivo analisar a atividade dos advogados de Estado na defesa do meio ambiente, no que tange à manutenção ou melhoria da qualidade do ar, da água e a proteção da biodiversidade.

Sendo o direito ao meio ambiente equilibrado um direito fundamental (cf. artigo 225 da CF), a atuação da Administração Pública não deve medir esforços para sua concretização. Para tanto, ressurgiu como a mais alta relevância a atuação dos advogados de Estado, notadamente em sua atividade de consultoria, assessoramento e mesmo fiscalizatória.

2. ADVOCACIA DE ESTADO

A origem da Advocacia de Estado é sempre alvo de grandes discussões doutrinárias. Há quem busque sua origem em figuras demasiadamente remotas, como o *fisci advocatum*, *procuratores caesaris* ou *praetor fiscalis*, da Roma Antiga, ou mesmo os *advocats* e *procureurs du roi*, criados na França do século XIV³ e, mais recentemente, no Direito português, com o Procurador de Nossos Feitos e, posteriormente, o Procurador dos Feitos da Coroa⁴.

No transcorrer da história, a proximidade dos Advogados de Estado com a figura do rei ou do governante é inevitável. No entanto, na

3 MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista Jurídica APERGS: Advocacia do Estado*, ano 1, n. 1, set. 2001, Porto Alegre: Metrópole, p. 55.

4 FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, p. 28.

Sugere-se a leitura de tese apresentada por Cristovam Pontes de Moura no XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, intitulada *Advocacia de Estado no Brasil no período colonial e no império: matriz das procuraturas constitucionais*. Disponível em: <<http://www.ivolution.com.br/mais/fotos/14/52/2013/TeseCongressoCristovam.pdf>>.

atualidade, não se mostra mais correto vislumbrar a Advocacia de Estado como a defesa dos interesses diretos do governante.

Quanto à denominação, prefere-se “Advocacia de Estado” ao invés de “Advocacia Pública”. Ainda que a denominação “Advocacia de Estado” não tenha um conceito estabilizado pela doutrina brasileira, é bastante corrente na Espanha e na Itália. O termo “Advocacia Pública”, a despeito de mais conhecido, para os fins aqui propostos não se mostraria adequado. Isso porque, apesar de abranger a atividade de representação judicial e de orientação jurídica do Estado, acaba por abarcar também a Defensoria Pública, uma das diversas formas da Advocacia Pública, no caso, em favor dos economicamente hipossuficientes. Além disso, o termo “Advocacia de Estado” é mais condizente que o termo “Advocacia Pública”, pois evidencia não se tratar de uma “Advocacia de Governo”, cuja atuação está voltada à defesa das vontades políticas transitórias do governante do momento, ou mesmo da sua defesa direta.

O termo “Advocacia de Estado”, portanto, bem reflete que a atuação estará voltada à defesa do interesse público perene da instituição Estado, independentemente do viés político do detentor do cargo de chefe de governo municipal, estadual ou federal. Célebre é a lição de que ao advogado de Estado não “cabe cumprir ordens, mas officiar nos processos, judiciais ou administrativos, com autonomia de deliberação, respeitado o direito ou o amparo do patrimônio ou do interesse público, e não no arbítrio ou no preconceito dos agentes da Administração”.⁵

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 131 a 133, erigiu a advocacia de um modo geral (art. 133) e a Advocacia de Estado (arts. 131 e 132), de modo especial, como função essencial à Justiça.

5 MARINHO, Josaphat. Advocacia Pública. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 21, dez. 1983. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3233/o-advogado-publico-sua-independencia-e-sua-imunidade#ixzz3F762TSQC>>.

Por função essencial à justiça deve-se compreender o “conjunto de atividades políticas preventivas e postulatórias através das quais interesses juridicamente reconhecidos são identificados, acautelados, promovidos e defendidos por órgãos tecnicamente habilitados, sob garantias constitucionais”.⁶

A Advocacia de Estado, enquanto função essencial à justiça, tem o poder-dever de promover a justiça na sua acepção axiológica e sua atuação no Estado Democrático de Direito vai além do simples patrocínio das causas da Administração⁷. Inegável que a atuação judicial, na função de representação judicial do Ente Público, é a que, equivocadamente, acaba ganhando maior evidência, no entanto, a Advocacia de Estado não pode ser vista apenas como uma advocacia de litígio⁸.

A atuação preventiva, de consultoria e assessoramento jurídico, vem ganhando cada vez maior importância na prevenção de litígios. Uma Advocacia de Estado forte na função consultiva é fator determinante na redução de litígios judiciais. A advocacia consultiva, no dizer de Diogo Figueiredo MOREIRA NETO, é a expressão privativa da função essencial da justiça, pois se destina a “evitar o surgimento ou a permanência de agressão à ordem jurídica – a injuridicidade – como quer que ela se

6 MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista Jurídica APERGS: Advocacia do Estado*, ano 1, n. 1, set. 2001, Porto Alegre: Metrópole, p. 46.

7 MASSA, Patricia Helena. O papel do advogado público na administração democrática e o controle da legalidade. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, (47/48):115-123, jan.-dez. 1997. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev7.htm>>.

8 Exposição efetuada pela Ministra Cármen Lúcia no seminário “O presente e o futuro da Advocacia Pública”, durante a palestra “Considerações sobre a Advocacia Pública e a perspectiva do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.aproeto.org.br/noticias.php?not_id=10408#sthash.0PwnxsHy.dpuf>.

apresente, decorra de ação ou de omissão, na órbita privada ou pública”.⁹

O autor complementa:

(...) a *consultoria jurídica* é uma atividade essencial à justiça, porquanto nela o advogado tem a *decisão* técnica-jurídica a seu cargo e sob sua plena responsabilidade, direta e pessoal. O consultor jurídico do Poder Público emite uma vontade estatal, como órgão do Estado que é, vinculando-o de tal forma que, se a Administração não seguir o ditame, deverá motivar porque não o faz, sob pena de nulidade do ato (princípio da motivação – art. 5º, LIV e LV, e 93, X). Seus pronunciamentos têm, por isso, uma eficácia própria, que é a eficácia do parecer jurídico, indistintamente emitidos por solicitação externa ou *ex officio*, no exercício das funções de fiscalização da juridicidade dos atos do Estado, embora possam alguns pender de um visto ou de qualquer outro ato de assentimento para cobrarem exequibilidade.¹⁰

Nessa função, a Advocacia de Estado atua de forma preventiva, como a primeira instância de controle de legalidade dos atos da Administração Pública. Ela realiza o controle interno da legalidade das práticas administrativas, promovendo um exame prévio da legalidade dos atos a serem praticados, conferindo-lhes a necessária legitimidade e coibindo as práticas perniciosas.

É nesse contexto que ganha fundamental importância a atividade de consultoria e assessoramento do Poder Executivo, exigindo da Advocacia Pública papel relevante na defesa da legalidade e do patrimônio público, no combate à corrupção e na efetivação das políticas públicas.

Além de se submeterem à disciplina normativa dispensada aos advogados em geral, os advogados de Estado também devem exercer a profissão com liberdade, sem receio de desagradar ou contrariar qualquer

9 MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista Jurídica APERGS: Advocacia do Estado*, a. 1, n. 1, set./2001, Porto Alegre: Metrópole, p. 46.

10 Op. cit, p. 47.

autoridade (art. 7º, inciso I, c/c art. 31, §§ 1º e 2º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).

Se, de um lado, é dever do advogado de Estado a independência técnica, exercendo suas atividades de acordo com suas convicções profissionais e em estrita observância dos princípios constitucionais da Administração Pública (cf. artigo 5º do Provimento 114/2006 da OAB), de outro lado, devem lhes ser asseguradas prerrogativas e dignidade profissional que não são propriamente dos advogados de Estado, mas são para os advogados de Estado exercerem suas funções no seio da Administração Pública, em defesa do patrimônio público e da ordem jurídica, em benefício da sociedade – destinatária última das suas atividades.

Não se pode esquecer da atuação reservada aos advogados de Estado, quer em caráter fiscalizatório, quer na atuação judicial. É a denominada “autonomia de impulso”¹¹. O advogado de Estado, diante das possibilidades trazidas pelo ordenamento jurídico, de cunho constitucional – federal ou estadual – ou infraconstitucional, deve atuar de forma positiva na persecução e defesa dos interesses a ele confiados. A atuação pode se dar tanto no âmbito judicial (por meio de demandas judiciais) como extrajudicialmente (por meio da atividade fiscalizatória dos órgãos estatais).

3. BIODIVERSIDADE

O termo biodiversidade, que provém da expressão diversidade biológica, era sinônimo, no início da década de 1980, de riqueza de espécies, agregando-se a esse sentido original, em 1982, também a ideia de

11 Op. cit., p. 51.

diversidade genética e, em 1986, expandindo-se ainda mais para abrigar o sentido de diversidade ecológica¹².

Nos termos do art. 2º da Convenção sobre a Diversidade Biológica, aberta à assinatura durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que ocorreu no Rio de Janeiro, em 1992, biodiversidade significa a

(...) variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas.

A variedade entre indivíduos da mesma espécie ocorre porque as espécies apresentam uma enorme variabilidade em seu conjunto de genes que, ao se combinarem, fazem com que cada ser seja diferente. Essa diferença entre os seus componentes é fundamental para a perpetuação das espécies. Isso porque se todos os indivíduos apresentassem o mesmo código genético, todos seriam vulneráveis às mesmas doenças, criando-se uma imensa ameaça. Esse é o risco da clonagem, que faz com que os elementos clonados apresentem idênticas fragilidades ou vulnerabilidades.

A variedade de espécies é fundamental para a manutenção dos ecossistemas, sendo responsável pela prestação de diversos serviços ambientais¹³. Tais serviços constituem processos gerados gratuitamente pelos ecossistemas saudáveis e garantem a conservação dos solos, com o controle de erosões e sua fertilização, a regulação dos ciclos hidrológicos,

12 BENSUSAN, Nurit. *A impossibilidade de ganhar a aposta e a destruição da natureza*. In: BENSUSAN, Nurit; BARROS, Ana Cristina; BULHÕES, Beatriz; ARANTES, Alessandra (orgs). *Seria melhor mandar ladrilhar?* Biodiversidade como, para que, por quê. Brasília, ed. UnB, 2002, p. 16.

13 Op. cit., p. 17.

a manutenção do microclima, a purificação da água e do ar, o controle de pragas e da composição gasosa na atmosfera, a decomposição do lixo, a reprodução da vegetação por meio da polinização e dispersão de sementes, o sequestro de carbono, dentre outros¹⁴.

A diversidade ecológica refere-se aos ecossistemas, ambientes e paisagens que garantem a manutenção dos processos ecológicos, conectam os seres vivos entre si e com o meio circundante e conformam diversas micropaisagens, relacionadas, por sua vez, com as condições específicas de cada local.¹⁵

Por isso, um dos maiores problemas ambientais da atualidade diz respeito à perda de espécies, que se intensificou nos últimos 30 anos, em razão, principalmente, da atuação do homem sobre o meio ambiente. Segundo os cientistas que vêm estudando de forma mais aprofundada esse fenômeno, a Terra vive hoje o sexto espasmo de extinção do último meio bilhão de anos, e o mais severo desde a extinção dos dinossauros, há 65 milhões de anos.¹⁶

Muito embora a perda de espécies seja um fenômeno natural, estima-se que, em 1500, o ritmo de extinção fosse de uma a cinco espécies extintas a cada dez anos. Já em 1984, havia a perda de, aproximadamente, uma espécie viva por dia e, em 2000, essa média subiu para uma espécie a cada hora, nas estatísticas mais otimistas¹⁷. E a diferença entre os eventos que, no passado, causaram extinção em massa de espécies e o fenômeno hoje vivenciado

14 Disponível em: <<http://www.ipam.org.br>>. Acesso em: 30 jul. 2013.

15 BENSUSAN, Nurit. *A impossibilidade de ganhar a aposta e a destruição da natureza*. In: BENSUSAN, Nurit; BARROS, Ana Cristina; BULHÕES, Beatriz; ARANTES, Alessandra (orgs). *Seria melhor mandar ladrilhar?* Biodiversidade como, para que, por quê. Brasília, ed. UnB, 2002, p. 17.

16 Disponível em: <http://www.biologicaldiversity.org/programs/biodiversity/elements_of_biodiversity/extinction_crisis/>. Acesso em: 25 jul. 2013.

17 *Atlas do meio ambiente do Brasil*. 2. ed., Brasília: EMBRAPA, 1996, p. 76.

é a interferência humana nesse processo. Em outras palavras, enquanto os eventos ocorridos no passado foram causados por fenômenos naturais, como o choque de meteoritos com o planeta, as erupções vulcânicas ou as mudanças climáticas severas, a causa atual é a ação humana sobre o ambiente, que atinge hoje 99% das espécies ameaçadas de extinção¹⁸.

Outros dados apontam para a perda, entre os anos de 1950 e 1980, de 25% da cobertura florestal do planeta¹⁹, o que traz um impacto direto na biodiversidade, principalmente se for considerado o fato de que as florestas tropicais úmidas abrigam entre 50 e 70% do total mundial de espécies animais e vegetais, sendo o desflorestamento responsável pela perda de 17.500 espécies naturais a cada ano²⁰.

Entre os países megadiversos, o Brasil ocupa a primeira posição, detendo de 10 a 20% de todas as espécies existentes no mundo, com um elevadíssimo índice de endemismo²¹. E tal riqueza não se restringe apenas à existência de espécies faunísticas e florísticas, mas também à ocorrência de diferentes biomas, contendo inúmeros ecossistemas variados, dentre os

18 Disponível em: <http://www.biologicaldiversity.org/programs/biodiversity/elements_of_biodiversity/extinction_crisis/>. Acesso em 25 jul. 2013.

19 NIELSEN, Karin. *50 pequenas coisas que você pode fazer para salvar a Terra*. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 70.

20 PASQUIS, Richard; BOUAMRANE, Meriem. *Desflorestamento e impactos sobre a diversidade biológica: uma questão de escalas*. In: THEODORO, Suzi Huff (org). *Conflitos e uso sustentável dos recursos naturais*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002, p. 282.

21 Segundo estudo realizado pelo Ministério do Meio Ambiente, o Brasil abriga cerca de 55 mil espécies de plantas superiores (22% do total mundial), 524 espécies de mamíferos, 1677 espécies de aves, 517 espécies de anfíbios e 2657 espécies de peixes. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/secex_consumo/_arquivos/5%20-%20mcs_biodiversidade.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2013.

quais pode-se citar a Floresta Amazônica²², o Cerrado²³, a Mata Atlântica²⁴, a Caatinga²⁵, o Pantanal mato-grossense²⁶ e os Campos Sulinos²⁷.

Os cientistas calculam que o total de vida existente no planeta varie entre cinco e trinta milhões de espécies, havendo estimativas que chegam aos cem milhões²⁸. Os estudos mais recentes, contudo, apontam para 8,7 milhões de espécies distintas, considerando-se apenas os seres eucariontes (que possuem núcleo celular organizado), sendo que, dentre elas, somente

22 Grande detentora da biodiversidade global, tem extensão de 3,7 milhões de km², equivalendo a 40% de todas as florestas tropicais do mundo.

23 Possui 2 milhões de km² e é uma das savanas de maior diversidade do planeta, o que lhe conferiu a classificação de *hotspot*, que significa tratar-se de área altamente ameaçada e com grande concentração de espécies endêmicas.

24 Originalmente cobria 1,3 milhões de km², mas atualmente restam apenas cerca de 7% dela, ou seja, 95 mil km². Mesmo assim, abriga parcela significativa da diversidade biológica brasileira, em especial em relação à fauna. Também é classificada como um *hotspot*.

25 Cobre 1 milhão de km², sendo dominada pela vegetação do tipo savana estépica. Esse bioma vem sofrendo alto grau de degradação ambiental, identificando-se processos avançados de desertificação.

26 É a mais importante área úmida do planeta, cobrindo 110 mil km². Abriga ecossistemas extremamente frágeis e uma riqueza biológica muito grande.

27 Sofre enorme pressão sobre seus ecossistemas, em especial pela ação do fogo. Possui grande riqueza de herbáceas e, junto com a Mata Atlântica, abriga 71,3% da população total do Brasil.

Fontes: Relatório de Atividades da PROBIO – Projeto de Conservação e Utilização Sustentável da Diversidade Biológica Brasileira, 1996/2002. Biodiversidade – Brasil. Brasília, Ministério do Meio Ambiente, 2002; LIMA, André. *Instrumentos para a conservação da diversidade biológica: o zoneamento ecológico-econômico, as unidades de conservação, o Código Florestal e o sistema de recursos hídricos*. In: BENSUSAN, Nurit (org). *Seria melhor mandar ladrilhar?* Biodiversidade como, para que, por quê. Brasília: Ed. UnB, 2002, p. 43.

28 *Atlas do meio ambiente do Brasil*. 2. ed., Brasília: EMBRAPA, 1996, p. 76.

1,2 milhão foram catalogadas, restando, assim, mais de 7 milhões de espécies ainda desconhecidas.

O principal autor do estudo, Camilo MORA, alerta para o fato de que muitas espécies podem desaparecer antes mesmo de serem descobertas²⁹. Isso significa, sob uma perspectiva exclusivamente utilitarista, que espécies que potencialmente poderiam trazer benefícios para as sociedades humanas, como a cura de doenças ou um valor nutritivo diferenciado, podem jamais chegar a ser descobertas e utilizadas. Já sob uma perspectiva ecossistêmica, a perda de espécies gera desequilíbrio e, conseqüentemente, um funcionamento deficiente dos ecossistemas, o que se reflete na sua capacidade de prestação de serviços ambientais. Os diferentes indivíduos que compõem cada espécie relacionam-se com os demais seres vivos e com os respectivos ecossistemas em que ocorrem, servindo como alimento uns para os outros, o que conforma as diversas cadeias alimentares; garantindo a polinização das flores, por meio de sua reprodução; fertilizando o solo, a partir da produção de húmus, dentre outros. Quando uma espécie é extinta, as funções ecossistêmicas que eram por ela desempenhadas deixam de ocorrer, gerando desequilíbrio³⁰.

Importante lembrar que praticamente tudo o que o homem necessita para viver é produto da biodiversidade, que é base de atividades agrícolas, pecuárias, pesqueiras e florestais³¹. Ou seja, a diversidade biológica proporciona aos seres humanos os meios básicos para sua sobrevivência,

29 Disponível em: <<http://www.oeco.org.br/noticias/25255-planeta-terra-e-o-lar-de-87-milhoes-de-especies>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

30 Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/secex_consumo/_arquivos/5%20-%20mcs_biodiversidade.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2013.

31 DERANI, Cristiane. *Patrimônio genético e conhecimento tradicional associado: considerações jurídicas sobre seu acesso*. In: LIMA, André (org). *O direito para o Brasil socioambiental*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 154.

como alimentos³², vestimentas, remédios³³, insumos para a indústria e para as construções, o que vem acarretando uma pressão crescente sobre os recursos biológicos e a extinção de inúmeras espécies.

Contudo, a principal causa da perda de espécies não é sua utilização direta, mas sim a fragmentação de habitats, que se dá principalmente em função da construção/expansão de núcleos urbanos, construção de estradas, ferrovias e outros itens de infraestrutura e conversão do ambiente natural em monoculturas ou pastagens, além do aquecimento global. Com isso, as áreas naturais tornam-se cada vez menores, confinando os indivíduos a espaços muitas vezes incompatíveis com suas necessidades de sobrevivência. Segundo estudos desenvolvidos inicialmente em ilhas oceânicas³⁴ e, mais tarde, adaptados aos espaços protegidos com pequena extensão e confinados em áreas altamente degradadas, ficou comprovado que quanto menor a área protegida e quanto mais distante de outras áreas também preservadas, menor a ocorrência de espécies, face à maior taxa de extinção e menor taxa de imigração.

Mas nem sempre a ação humana significa pressão sobre as espécies. Ao contrário, em muitos casos, o aumento do número de espécies é produto da ação das sociedades e culturas humanas, especialmente das sociedades tradicionais não-industriais³⁵. Ou seja, sob o ponto de vista da

32 Vinte espécies de vegetais provêm 80% da alimentação mundial, sendo que três delas (milho, trigo e arroz) constituem 65% do fornecimento total de alimentos.

33 Dos 119 princípios ativos que a medicina utiliza para fazer remédios, 74% foram revelados pela medicina botânica, sendo que apenas 5% da flora mundial foi estudada e 1% é utilizada como matéria-prima. WALKER, Matt. Humanity creates its own mass extinction. Disponível em: <<http://newscientist.com>>.

34 Essa teoria ficou mundialmente conhecida como Teoria da Biogeografia Insular (TEBI), desenvolvida por McArthur e E. O. Wilson, na década de 1960. *The theory of island biogeography*. Estados Unidos: Princeton University Press, Ed. Princeton, 1967.

35 DIEGUES, Antônio Carlos; ARRUDA, Rinaldo S.V. *Saberes tradicionais e biodiversidade*

ecologia social³⁶, a biodiversidade não é um conceito apenas biológico, mas também o resultado de práticas, usos e costumes, muitas vezes milenares, das comunidades tradicionais, indígenas ou não, que manejam espécies, mantendo e aumentando, como em alguns casos, a diversidade local³⁷. Ademais, os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade têm conferido maior eficiência às pesquisas no campo dos recursos genéticos, possibilitando a identificação e uso de genes de interesse agrícola, industrial, farmacêutico etc.

Diante da importância que assumiu, em nível mundial, a proteção da diversidade biológica, tendo em vista seu atual estágio de degradação, foi aberta à assinatura, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, no Rio de Janeiro, a Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB, subscrita por 181 países e já ratificada por 168, dentre os quais o Brasil.

no Brasil. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; São Paulo: USP, 2001.

36 Nova ciência que surge a partir da constatação do insucesso na proteção de diversas áreas de uso indireto no tocante à proteção da diversidade biológica, bem como da constatação de que, sem o apoio de comunidades tradicionais e locais, grande parte das ações de conservação acaba gerando efeitos contrários aos esperados, partindo-se do pressuposto de que seria injusto expulsar comunidades que vivem em áreas de florestas desde gerações passadas e são responsáveis pela qualidade dos habitats transformados em áreas protegidas, dado seus modos de vida e uso tradicional dos recursos naturais. DIEGUES, Antônio Carlos; ARRUDA, Rinaldo S.V. *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; São Paulo: USP, 2001, p. 17.

37 Tem-se como exemplo o citado por Dayrell Posey, que, estudando a comunidade Kayapó, verificou a existência de ilhas naturais de recursos criadas pelas comunidades por meio do transplante de espécies da floresta primária para os antigos campos de cultivo, ao longo de trilhas e junto às aldeias, o que permite seu aproveitamento no dia a dia e durante as expedições de caça. *Apud* GASTAL, Maria Luiza. *Os instrumentos para a conservação da biodiversidade*. In: BENSUSAN, Nurit; BARROS, Ana Cristina; BULHÕES, Beatriz; ARANTES, Alessandra (orgs). *Seria melhor mandar ladrilhar?* Biodiversidade como, para que, por quê. Brasília: ed. UnB, p. 38.

Possui a CDB três objetivos gerais: a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos. E, reconhecendo a assimetria entre países desenvolvidos do norte, com pouca biodiversidade, e países menos desenvolvidos do sul, detentores de grande diversidade biológica, estabelece a CDB, como um de seus princípios, o rateio dos custos de conservação da biodiversidade, além de dispor sobre os principais instrumentos para o planejamento do uso e gerenciamento da diversidade biológica, como monitoramento, avaliação e mitigação de impactos, controle do acesso aos recursos genéticos, controle da liberação de organismos resultantes da biotecnologia, rateio dos benefícios do uso da biodiversidade, incluindo-se os resultantes da biotecnologia, acesso e transferência de tecnologia, troca de informações, cooperação técnica e científica, capacitação de técnicos, educação e formas de financiamento³⁸.

3.1. Criação de espaços territoriais especialmente protegidos

A Convenção sobre Diversidade Biológica, em seu art. 8º, “a”, dispõe sobre a criação de espaços territoriais especialmente protegidos (ETEP), medida que vem sendo considerada pela comunidade científica como uma das mais eficientes formas de preservação/conservação da biodiversidade *in situ*.

No Brasil, a prática de estabelecimento de espaços ambientais não é recente – o primeiro parque nacional brasileiro, o Parque Nacional de Itatiaia, foi instituído em 1937, durante o governo de Getúlio Vargas. A partir desse momento, a criação de parques nacionais e, posteriormente, de outras categorias de manejo de unidades de conservação e demais espaços

38 GASTAL, Maria Luiza. *Os instrumentos para a conservação da biodiversidade*. In: BENSUSAN, Nurit; BARROS, Ana Cristina; BULHÕES, Beatriz; ARANTES, Alessandra (orgs). *Seria melhor mandar ladrilhar?* Biodiversidade como, para que, por quê. Brasília: ed. UnB, p. 30.

protegidos, passou a ser uma política contínua, embora tenham se alternado alguns surtos de criação e períodos mais ou menos longos de estagnação.

Em 2000, foi editada a Lei n. 9.985, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC) e estabeleceu 12 categorias de manejo distintas, dispostas em dois grupos: unidades de proteção integral e unidades de uso sustentável. Parques nacionais, estações ecológicas, reservas biológicas, monumentos naturais e refúgios da vida silvestre integram o primeiro grupo, que não admite uso direto dos recursos naturais. Áreas de proteção ambiental, áreas de relevante interesse ecológico, reservas de fauna, reservas extrativistas, reservas de desenvolvimento sustentável, florestas nacionais e reservas particulares do patrimônio natural conformam o segundo grupo, que admite o uso direto dos recursos que se encontram dentro de seu perímetro, desde que de forma sustentável e de acordo com o disposto no plano de manejo da UC.

Além das diferentes espécies de unidades de conservação previstas pela Lei do SNUC, ainda existem os demais espaços de proteção específica, que conformam espaços ambientais que não foram por ela abarcados, como jardins botânicos, jardins zoológicos, hortos florestais, os espaços previstos pelo Código Florestal, as terras indígenas, os territórios quilombolas, dentre tantos outros.

Como a criação de espaços ambientais acarreta a restrição e, por vezes, a inviabilidade da prática de determinadas, ou mesmo de todas, as atividades econômicas antes exercidas na área afetada, há a necessidade – em especial para a instituição de unidades de conservação, de regime jurídico mais específico – de observância de um procedimento administrativo-ambiental que leve em consideração a categoria de manejo, o grau de restrições que serão impostas aos particulares, a existência de áreas privada em seus limites (quando se tratar de UCs de posse e domínio públicos), a existência de populações tradicionais residentes, dentre outros. E é neste ponto que reside a importância dos advogados de Estado lotados nos órgãos ambientais gestores de UCs, que deverão zelar pela observância de um procedimento que resguarde a legalidade do ato de instituição.

A maior dificuldade encontra-se na falta de uma lei ou ato normativo específico determinando as fases que esse procedimento administrativo-ambiental deve seguir. Nos termos da Lei do SNUC e seu regulamento (Decreto n. 4340/02), devem ser realizados estudos técnicos e consulta pública para a criação de unidades de conservação (não se aplicando a exigência da consulta para estações ecológicas e reservas biológicas), sem que haja qualquer outra especificação em relação a que estudos devam ser efetuados e quais seriam as fases que o procedimento obrigatoriamente deveria observar.

O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) baixou, em 16/05/2008, a Instrução Normativa n. 5, que dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de estudos técnicos e consulta pública para criação de unidades de conservação federais. Tal ato administrativo normativo, no entanto, não traz de forma pormenorizada as fases que o procedimento de instituição de UCs deve observar. Quanto aos estudos técnicos, ele se limita, em seu art. 4º, a expor que:

Art. 4º Os estudos técnicos devem apresentar: caracterização das diferentes formações vegetais e sua fauna associada; caracterização do uso do solo dentro dos limites propostos; caracterização da população residente, contendo o número e tamanho médio das propriedades e o padrão de ocupação da área; avaliação dos principais indicadores socioeconômicos dos municípios abrangidos; a caracterização da população tradicional beneficiária, no caso das Reservas Extrativistas e das Reservas de Desenvolvimento Sustentável; a caracterização da população tradicional residente, quando houver, no caso das Florestas Nacionais; diagnóstico preliminar da atividade pesqueira, no caso de unidade de conservação costeira ou marinha.

Como se pode perceber, não há qualquer definição em relação a cada um dos itens postos no dispositivo, passando o artigo subsequente a dispor sobre a consulta pública.

O único documento que especifica melhor as fases desse procedimento é o Roteiro Básico para Criação de Unidades de Conservação, encontrado

no *site* do Ministério do Meio Ambiente³⁹, que não se caracteriza como ato administrativo normativo que possa ser imposto aos órgãos gestores, pois não foi praticado por autoridade específica, não tem data de expedição e sua divulgação deu-se apenas pelo site do MMA, sem destinatários específicos⁴⁰.

Todavia, além da consulta pública, exigida pela Lei do SNUC, ao menos uma avaliação socioeconômica para se verificar a existência de populações indígenas e outros grupos tradicionais não-indígenas residentes no local, um diagnóstico fundiário e uma avaliação da capacidade de carga dos ecossistemas locais, além da caracterização das formações vegetais locais e da fauna a elas associada, devem obrigatoriamente ser realizados, sob pena de nulidade do procedimento.

Utilizando-se como base o Roteiro Básico para criação de Unidades de Conservação, e fazendo-se algumas pequenas adaptações, propõe-se que os advogados de Estado lotados nas assessorias jurídicas dos órgãos gestores procurem observar se foram cumpridas as seguintes fases do procedimento, a fim de evitar incontáveis demandas judiciais e passivos hoje existentes:

1. Identificação da demanda pela criação da unidade: sociedade civil, comunidade científica, poder público etc.

2. Elaboração de estudos técnicos: Poder Público, por meio de seus órgãos executores ou por meio de consultorias contratadas.

2.1. Vistoria da área;

2.1.1. levantamento de dados planimétricos e geográficos; e

2.1.2. laudo acerca dos fatores bióticos e abióticos da área.

2.2. Levantamento socioeconômico:

39 Disponível em: <www.mma.gov.br>.

40 LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Natureza e cultura: unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes*. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

2.2.1. presença de comunidades indígenas e tradicionais;

2.2.1.1 havendo presença indígena, a FUNAI deverá ser notificada para que se pronuncie sobre tratar-se ou não de terra indígena;

2.2.1.2 havendo população tradicional, deverá ser avaliado o grau de impacto produzido por suas atividades e a capacidade de suporte do ecossistema.

2.2.2. diagnóstico das ações antrópicas, como formas de uso do solo.

2.3. Elaboração do diagnóstico fundiário dos imóveis:

2.3.1. levantamento da cadeia sucessória dos imóveis;

2.3.2. identificação das áreas de domínio público e privado; e

2.3.3. avaliação do valor de mercado de 1ha de terra na região.

2.4. Elaboração da Base Cartográfica abrangendo:

2.4.1. limites políticos;

2.4.2. fitofisionomia;

2.4.3. hidrografia;

2.4.4. uso do solo;

2.4.5. altimetria;

2.4.6. malha viária; e

2.4.7. áreas sob alguma forma de proteção (Terras Indígenas; Unidades de Conservação; Áreas de Mineração; e Áreas das Forças Armadas).

3. Encaminhamento ao órgão do Meio Ambiente (Ministério do Meio Ambiente; Secretarias Estaduais e Municipais de Meio Ambiente) para a elaboração de pareceres técnico e jurídico.

4. Encaminhamento a outros órgãos da estrutura do Poder Executivo, que tenham algum tipo de interesse alcançado pela criação da Unidade.

5. Realização de audiência pública.

6. Encaminhamento, ao Chefe do Poder Executivo, dos seguintes documentos:

6.1. Solicitação dos moradores, em se tratando de Reservas Extrativistas ou Reservas de Desenvolvimento Sustentável;

6.2. Estudo técnico que justifique e embase a criação da Unidade

de Conservação, os limites propostos e a categoria de manejo definida, incluindo diagnóstico expedito sobre a situação fundiária da área, em se tratando de Unidades de Conservação de domínio público, bem como mapa da situação e de perímetro da Unidade proposta;

6.3. Pareceres Técnico e Jurídico elaborados pelo Órgão de Meio Ambiente;

6.4. Manifestação dos outros órgãos públicos interessados;

6.5. Ata da audiência pública realizada;

6.6. Minuta do Decreto de Declaração da Área como sendo de utilidade pública para fins de desapropriação, com a respectiva Exposição de Motivos;

6.6.1 Assinatura e publicação do Decreto, ou envio de Projeto de Lei ao Poder Legislativo; se necessário, declaração de urgência e requerimento de imissão provisória na posse;

6.7. Minuta do Decreto de criação da Unidade, ou do Projeto de Lei, com a respectiva Exposição de Motivos.

7. Assinatura e publicação dos Decretos, ou envio do Projeto de Lei ao Poder Legislativo.⁴¹

A importância de que tal roteiro seja observado reside, principalmente, no fato de que a falta de adequada regularização fundiária acarrete futuras ações de indenização por desapropriação indireta, com altíssimos custos para o Poder Público, assim como a falta de adequado tratamento em relação às populações tradicionais residentes implique ilegalidade do procedimento.

Quanto a este último tópico, deve-se notar que a existência de população tradicional residente na área em que está sendo instituída UC que não admita sua presença, como é o caso das unidades de conservação

41 O Roteiro, sem os acréscimos sugeridos, pode ser encontrado no *site* do Ministério do Meio Ambiente: <www.mma.gov.br>. Acesso em: 16 jul. 2013.

de proteção integral, exige uma avaliação mais acurada. Isso porque esses grupos tradicionais possuem um sentido bastante diferente de territorialidade, o que implica desagregação cultural quando simplesmente são retirados das áreas tradicionalmente ocupadas e reassentados em local distinto, como dispõe o art. 42 da Lei do SNUC. Seus conhecimentos, ritos, práticas, normalmente passados de geração em geração por tradição oral, se perdem e, com eles, perde-se também a essência cultural daquele determinado grupo.

Desse modo, a fim de que sejam resguardados os direitos culturais dessas populações tradicionais residentes, assegurados nos arts. 215 e 216 da CF/88, assim como o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, também constitucionalmente previsto (art. 225), há que se avaliar, em primeiro lugar, qual a capacidade de carga do ecossistema afetado com a instituição da UC e qual a intensidade dos impactos causados pelas populações tradicionais. Se o ecossistema suporta o impacto gerado pelos grupos tradicionais, deve ser instituída UC que admita sua permanência, sob pena de se violar direitos fundamentais culturais das populações tradicionais. Caso contrário, não suportando o local as agressões impostas, deve ser instituída UC de proteção integral e transferido o grupo tradicional residente, aplicando-se o art. 42 do SNUC. Não haveria, neste último caso, contrariedade à CF/88 porque a permanência da população tradicional teria como consequência a disruptura do ecossistema afetado, em prejuízo ao direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à própria população tradicional, que em pouco tempo não mais poderia utilizar os recursos naturais essenciais à sua sobrevivência física e cultural⁴².

A relevância da atuação dos advogados de Estado lotados nos órgãos gestores de unidades de conservação e nos órgãos competentes para o licenciamento ambiental também se revela em relação às alterações

42 LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Natureza e cultura: unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes*. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

imprimidas pela Lei n. 11.460/07 à Lei n. 9.985/00, inserindo o § 4º ao seu art. 27, com a seguinte redação:

§ 4º O Plano de Manejo poderá dispor sobre as atividades de liberação planejada e cultivo de organismos geneticamente modificados nas Áreas de Proteção Ambiental e nas zonas de amortecimento das demais categorias de unidade de conservação, observadas as informações contidas na decisão técnica da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio sobre:

I - o registro de ocorrência de ancestrais diretos e parentes silvestres;

II - as características de reprodução, dispersão e sobrevivência do organismo geneticamente modificado;

III - o isolamento reprodutivo do organismo geneticamente modificado em relação aos seus ancestrais diretos e parentes silvestres; e

IV - situações de risco do organismo geneticamente modificado à biodiversidade.

A possibilidade de se cultivar organismos geneticamente modificados (OGMs) no interior de unidades de conservação, como é o caso das áreas de proteção ambiental, e nas zonas circundantes das demais categorias de manejo, inclusive de unidades de proteção integral, é uma ameaça à finalidade precípua desses espaços ambientais, que é a preservação da biodiversidade. O pior, no entanto, diz respeito às UCs que não possuem plano de manejo, pois para tais casos essa mesma Lei n. 11.460/07 introduziu mais um dispositivo na Lei do SNUC, o art. 57-A, segundo o qual o “Poder Executivo estabelecerá os limites para o plantio de organismos geneticamente modificados nas áreas que circundam as unidades de conservação até que seja fixada sua zona de amortecimento e aprovado o seu respectivo Plano de Manejo”. Em outras palavras, se ainda não há plano de manejo, o Poder Público, por meio de Decreto, pode dispor sobre a liberação dos OGMs, em flagrante prejuízo ao ambiente natural, face à ausência de estudos mais aprofundados sobre as características existentes no interior das unidades.

Daí a importância da atuação preventiva por parte dos órgãos ambientais, que deverão instaurar procedimentos e promover estudos visando garantir, ao máximo, a diversidade biológica que se encontra

dentro das unidades. Tal atuação preventiva exige um olhar atento dos advogados de Estado lotados nas respectivas procuradorias, a fim de evitar que o direito fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja violado.

4. CLIMA

Outra questão extremamente séria é o aquecimento global. Segundo Lovelock, a Terra é uma senhora idosa e com febre, que requer cuidados especiais⁴³.

As atividades humanas quase sempre geram resíduos e, muitas vezes, acarretam emissões na atmosfera de gases de efeito estufa (GEE), que ocasionam o aumento da temperatura média do planeta. A partir da revolução industrial, a intensidade e a quantidade de gases emitidos, principalmente o dióxido de carbono, também conhecido como gás carbônico (CO₂), e o gás metano (CH₄), aumentou exponencialmente, em razão da queima de combustíveis fósseis, como carvão e petróleo, e de matéria orgânica, da derrubada de florestas, do incremento da pecuária, entre outras.

Os GEE atuam como se fossem cobertores colocados ao redor da Terra, que absorvem parte da energia solar que, após penetrar na atmosfera, seria refletida pelas nuvens e pela superfície terrestre e retornaria ao espaço, mas acaba sendo refletida de volta para a superfície. Com isso, a atmosfera vai se aquecendo, o que acaba por provocar desequilíbrio nos ecossistemas terrestres e aquáticos, que funcionam dentro de uma determinada variação de temperatura. Ademais, o efeito estufa provoca derretimento das calotas polares, causando aumento do nível dos mares e oceanos, o que pode

43 LOVELOCK, James. *A vingança de Gaia*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2006.

provocar inundação de áreas costeiras, afetando inúmeras cidades ao redor do globo, e até mesmo o desaparecimento de países inteiros, como os situados em pequenas ilhas oceânicas.

Em razão de variados problemas, que não se resumem ao efeito estufa, abrangendo a degradação da camada de ozônio, a chuva ácida e a inversão térmica, foi aberta à assinatura, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, a Convenção sobre Mudança do Clima, que entrou em vigor em março de 1994. Até meados de 1997, 165 países já haviam ratificado ou acedido à Convenção, comprometendo-se com os seus termos. Naquele ano, ocorreu a 3ª Conferência de Partes (COP 3), em Quioto, no Japão, onde se adotou um protocolo denominado Protocolo de Quioto, que firma compromissos mais sérios a serem cumpridos pelos países desenvolvidos nas primeiras décadas do século XXI no que tange à redução da emissão de gases de efeito estufa⁴⁴. Um dos princípios que rege o protocolo é o das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, como a obrigatoriedade de redução de emissões de GEE pelos países industrializados, historicamente responsáveis, em função do seu processo de desenvolvimento, pela situação climática atual do planeta.

O Brasil, país considerado em desenvolvimento, não está obrigado à redução de emissões pelo Protocolo de Quito, mas voluntariamente propôs metas de redução internas, por meio da Política Nacional de Mudança do Clima (Lei n. 12.187/09), que estabelece, em seu art. 12, o seguinte:

Art. 12. Para alcançar os objetivos da PNMC, o País adotará, como compromisso nacional voluntário, ações de mitigação das emissões de gases de efeito estufa, com vistas em reduzir entre 36,1% (trinta e seis inteiros e um décimo por cento) e 38,9% (trinta e oito inteiros e nove décimos por cento) suas emissões projetadas até 2020.

44 Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/convencao_clima.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2013.

Nos termos do parágrafo único deste mesmo dispositivo,

(...) a projeção das emissões para 2020, assim como o detalhamento das ações para alcançar a meta proposta, serão dispostos por decreto, tendo por base o Segundo Inventário Brasileiro de Emissões e Remoções Antrópicas de Gases de Efeito Estufa não Controlados pelo Protocolo de Montreal, a ser concluído em 2010.

Em 9/12/2010, foi baixado o Decreto n. 7.390, que regulamentou os arts. 6º, 11 e 12 da Lei n. 12.187/09. Como a maior causa de emissões de GEE, no Brasil, é o desmatamento, o referido Decreto, em seu art. 3º, apresenta uma série de planos de ação para prevenção e controle do desmatamento nos biomas e, no art. 4º, planos setoriais de mitigação e de adaptação às mudanças climáticas.

No art. 5º, é feita a projeção das emissões para 2020, que é de 3.236 milhões de tonCO₂eq. Já o art. 6º determina que serão implementadas ações que almejem reduzir entre 1.168 milhões de tonCO₂eq e 1.259 milhões de tonCO₂eq, a fim de que seja alcançado o compromisso nacional voluntário.

Desse modo, no âmbito do licenciamento ambiental, devem ser observadas as futuras emissões a serem geradas pela atividade ou empreendimento requerente, devendo o advogado de Estado lotado na assessoria jurídica do órgão ambiental competente zelar pela observância das ações de redução previstas nos planos mencionados pelo Decreto n. 7.390/10, assim como pela exigência de adoção de tecnologias mais limpas ou de ações de mitigação da emissão de GEE.

Tal atuação passou a ser ainda mais relevante a partir da edição do novo Código Florestal, Lei n. 12.651/12, que concedeu ampla anistia a todos os que ilegalmente desmataram áreas de preservação permanente e áreas de reserva legal antes de 22/07/2008, o que significa um enorme retrocesso em termos de proteção ambiental. Não apenas os degradadores deixarão de receber a devida sanção pelo desmatamento, como não terão a obrigação de reconstituir a área degradada em sua integralidade, em real prejuízo à

conservação/recuperação da diversidade biológica encontrada na região, à proteção de mananciais de água e à manutenção do clima. É importante frisar que a regeneração da vegetação promove o sequestro de gás carbônico encontrado na atmosfera, pois as plantas em crescimento removem carbono da atmosfera, transformando-o em biomassa vegetal⁴⁵. Devem os advogados de Estado lotados nas Procuradorias dos órgãos ambientais, portanto, zelar pela correta interpretação desse novo diploma legal, de modo a que não haja violação ao texto constitucional e a que seja garantido o direito de todos ao meio ambiente equilibrado, o que impõe a mitigação dos efeitos do aquecimento global e a redução de emissões de GEE.

5. ÁGUA

A escassez de água doce de boa qualidade é outro grave problema ambiental da atualidade. Muito embora a quantidade de água no planeta seja sempre a mesma, alguns fatores influenciam a disponibilidade de água doce para o consumo e demais atividades humanas, assim como para a manutenção do equilíbrio dos ecossistemas.

Em primeiro lugar, é importante observar que a maior parte da água encontrada no planeta (97,5%) é salgada, portanto, imprópria para o consumo humano e para muitas atividades, como a irrigação, por exemplo. A água doce de fácil acesso, existente nos rios e nos lagos, corresponde a apenas a 0,3% dos 2,5% do total de água da existente na Terra. No subsolo, nem sempre passível de exploração, encontram-se 29,9% desses 2,5%.⁴⁶

45 Disponível em: <http://ambientes.ambientebrasil.com.br/mudancas_climaticas>. Acesso em: 30 jul. 2013.

46 REBOUÇAS, Aldo. Água doce no mundo e no Brasil. In: REBOUÇAS, Aldo (org). *Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação*. 2. ed. São Paulo: Escrituras, 2002.

Por outro lado, como grande parte do esgoto produzido no mundo é jogado *in natura* nos rios e nos lagos, a oferta de água doce de boa qualidade para o consumo e demais atividades humanas diminui significativamente. Pesquisa realizada pelo Banco Mundial aponta que 2,5 bilhões de pessoas vivem sem acesso a saneamento básico e 1,1 bilhão de pessoas defecam abertamente no ambiente. Os dados demonstram que apenas 64% da população mundial tem acesso a saneamento básico, sendo que 70% da população africana subsaariana e 59% da população sul-asiática não recebem tal serviço⁴⁷.

No Brasil, de acordo com reportagem veiculada pelo jornal *O Globo*, em 16/08/2012, sobre levantamento feito pelo Instituto Trata Brasil, nas 100 maiores cidades do país, 63,72% do esgoto não foram tratados em 2010. Desse modo, a poluição gerada pela falta de saneamento está inviabilizando o uso de parte dos recursos hídricos mundiais, tornando o problema de escassez hídrica ainda mais sério⁴⁸.

E mesmo nos países em que há grande oferta de água doce, essa água geralmente não está igualmente repartida por todas as regiões. É esse o caso do Brasil, em que a maior parte da água doce está concentrada na região norte, que alberga a menor porção da população. Em outras regiões, como o semiárido nordestino, já existe escassez hídrica.

Com a edição da Lei n. 9.433/97, que estabeleceu a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), houve a previsão de diferentes instrumentos de gestão de recursos hídricos, dentre os quais a outorga, a cobrança e o enquadramento.

A outorga é o ato administrativo-ambiental que autoriza o uso da água em local determinado de um corpo hídrico, com vazão, volume e

47 Disponível em: <<http://www.worldbank.org/en/topic/sanitation/overview>>. Acesso em: 19 jul. 2013.

48 Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/nas-cem-maiores-cidades-do-pais-6372-do-esgoto-nao-foi-tratado-5804912>>. Acesso em: 26 jul. 2013.

período definidos. Ao analisar o pedido de outorga, o servidor do órgão ambiental gestor deverá avaliar a quantidade e a qualidade da água alocável, conforme o plano de bacia e as informações constantes dos cadastros existentes, assim como as prioridades estabelecidas nos planos de recursos hídricos e a classe em que o corpo d'água está enquadrado. Isso significa que, embora o princípio do uso múltiplo seja expressamente previsto pela Lei n. 9.433/97, nem todo uso pode ser outorgado para qualquer curso d'água. Se determinado rio foi enquadrado como classe especial, que significa ser o recurso de excelente qualidade, não deverá ser outorgado o lançamento de esgoto ou demais resíduos líquidos ou gasosos para diluição, transporte ou disposição final.⁴⁹

Nos termos da Lei n. 9.433/97, somente serão cobrados os usos sujeitos a outorga, o que exclui o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais rurais, as derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes e as acumulações de volumes de água também considerados insignificantes. Nesses casos, apesar de não ser exigida outorga para o uso da água, é necessário que os usos sejam cadastrados junto à autoridade outorgante, a fim de que haja controle do volume efetivamente utilizado dos corpos d'água.

Para os rios federais, a Agência Nacional de Águas definiu, por meio da Resolução n. 707/2004, não estarem sujeitas à outorga, dentre outros, as vazões de captação máxima instantâneas inferiores a 1 litro por segundo, quando não houver deliberação diferente do Conselho Nacional de Recursos Hídricos⁵⁰. Isso significa que, independentemente da Bacia Hidrográfica, a captação e a derivação de até 1 litro por segundo são consideradas

49 LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Série Universitária. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

50 Disponível em: <<http://www2.ana.gov.br/>>. Acesso em: 31 jul. 2013.

insignificantes, o que pode conduzir a importantes distorções, tendo em vista ser muito distinta a disponibilidade hídrica de cada região ou bacia.

Com relação especificamente ao enquadramento, que significa a distribuição dos corpos hídricos em cinco diferentes classes, de acordo com seu grau de pureza, há ainda a dificuldade de outorga para os cursos d'água que não foram enquadrados (arts. 9º e 10 da PNRH). Nesses casos, o art. 42 da Resolução n. 357/05, do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), determina que sejam considerados como Classe 2. Todavia, um rio classe 2 é considerado bastante poluído, o que significa que se, na realidade, o rio tiver um alto grau de pureza, devendo ter sido enquadrado na classe 1 ou na classe especial, certamente serão outorgados usos incompatíveis com a qualidade de suas águas.

Todas essas questões demandam atuação não apenas dos técnicos competentes para avaliação do pedido de outorga, mas também dos advogados de Estado lotados nas consultorias e assessoriais jurídicas dos órgãos gestores, a fim de se evitar a sobre-exploração ou a degradação deste recurso que é essencial à vida.

6. CONCLUSÕES

As atividades antrópicas geram, em maior ou menor grau, impacto sobre o ambiente natural, atingindo recursos essenciais à boa qualidade de vida humana, como a biodiversidade, o ar e a água.

A extinção em massa de espécies acarreta a disruptura dos ecossistemas e, conseqüentemente, seu mau funcionamento, com efeitos diretos sobre os serviços ambientais por eles prestados, que incluem a conservação dos solos, a regulação dos ciclos hidrológicos, a manutenção do microclima, a purificação da água e do ar, o controle de pragas e da composição gasosa na atmosfera, a decomposição do lixo, a reprodução da vegetação por meio da polinização e da dispersão de sementes, o sequestro de carbono. Ademais, como quase tudo que os seres humanos necessitam

provém de recursos da biodiversidade, a diminuição do número de espécies e as consequências dessa diminuição nos variados ecossistemas certamente acarretará graves problemas às sociedades humanas em um futuro próximo.

Questões relacionadas ao clima também vêm preocupando cientistas e governos ao redor do planeta. O aquecimento global, em especial, é o fenômeno climático mais debatido atualmente, na medida em que o aumento da temperatura média da Terra, em razão da emissão de gases de efeito estufa em elevadíssimas quantidades na atmosfera, pode acarretar a inundação de áreas costeiras, devido à elevação do nível dos oceanos, o aumento da incidência de eventos climáticos extremos, como tempestades, furacões, ciclones, secas ou inundações, a extinção de espécies, dentre outros eventos, influenciando, assim, a possibilidade de gozarem os seres humanos de uma boa qualidade de vida.

Quanto à água doce, por se tratar de um recurso escasso, essencial à vida e altamente impactado por atividades antrópicas, principalmente em função da poluição dos mananciais, providências imediatas são necessárias para que continue a ser ofertada em quantidade e qualidade necessárias. Mesmo em países com grande produção hídrica, como é o caso do Brasil, há escassez do recurso em alguns locais, já que a água não é distribuída igualmente por todas as regiões.

Todas essas questões demandam providências do Poder Público, a quem compete, ao lado da sociedade, proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e para as futuras gerações (art. 225, *caput*, da CF/88). Desse modo, os advogados de Estado lotados nas consultorias e assessorias jurídicas de órgãos ambientais possuem a difícil e relevante tarefa de zelar pela legalidade dos procedimentos de licenciamento ambiental e outorga de uso da água, fazendo adequada interpretação da legislação infraconstitucional, em especial do novo Código Florestal, assim como exigir que os processos de criação de unidades de conservação observem requisitos mínimos que lhes garantam a ausência de vícios materiais ou formais, tendo em vista a necessária compatibilização entre diferentes categorias de direitos

fundamentais previstas na Constituição Federal, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos culturais.

De forma mais específica, no que tange à criação de UCs, apesar de não haver um ato normativo que traga todas as fases desse procedimento de maneira pormenorizada, algumas etapas devem necessariamente ser observadas, como uma avaliação socioeconômica, para se verificar a existência de populações indígenas e outros grupos tradicionais não-indígenas residentes no local, um diagnóstico fundiário e uma avaliação da capacidade de carga dos ecossistemas locais, além da caracterização das formações vegetais locais e da fauna a elas associada. Necessária, ainda, atuação preventiva dos órgãos gestores, o que inclui suas procuradorias, relativamente à liberação de OGMs nas zonas de amortecimento de UCs e em áreas de proteção ambiental, que constituem espécie de unidade de conservação de uso sustentável.

Relativamente ao aquecimento global, tendo o Brasil assumido compromisso voluntário de redução das emissões de GEE, devem os advogados de Estado lotados nas assessorias jurídicas dos órgãos ambientais competentes para o licenciamento de atividades potencialmente causadoras de poluição atmosférica zelar pela observância das ações de redução previstas nos planos mencionados pelo Decreto n. 7.390/10, assim como pela exigência de adoção de tecnologias mais limpas ou de ações de mitigação das emissões de GEE. Importante também que busquem uma correta interpretação do novo Código Florestal, de modo a que não haja violação ao texto constitucional e a garantir o direito de todos ao meio ambiente equilibrado, o que impõe a mitigação dos efeitos do aquecimento global, a redução de emissões de GEE e a preservação da biodiversidade.

Por último, no que diz respeito à proteção dos recursos hídricos, é fundamental a atuação dos advogados públicos lotados nas assessorias jurídicas dos órgãos gestores a fim de garantir que os procedimentos de outorga considerem efetivamente a classe em que o curso d'água está ou deveria estar enquadrado, assim como evitar a sobre-exploração desse recurso, essencial à preservação da vida no planeta.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENSUSAN, Nurit. A impossibilidade de ganhar a aposta e a destruição da natureza. In: BENSUSAN, Nurit; BARROS, Ana Cristina; BULHÕES, Beatriz; ARANTES, Alessandra (orgs). *Seria melhor mandar ladrilhar?* Biodiversidade como, para que, por quê. Brasília, Ed. UnB, 2002.

DERANI, Cristiane. Patrimônio genético e conhecimento tradicional associado: considerações jurídicas sobre seu acesso. In: LIMA, André (org). *O direito para o Brasil socioambiental*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

DIEGUES, Antônio Carlos; ARRUDA, Rinaldo S.V. *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; São Paulo: USP, 2001.

EMBRAPA. *Atlas do meio ambiente do Brasil*. 2. ed., Brasília: EMBRAPA, 1996.

GASTAL, Maria Luiza. Os instrumentos para a conservação da biodiversidade. In: BENSUSAN, Nurit; BARROS, Ana Cristina; BULHÕES, Beatriz; ARANTES, Alessandra (orgs). *Seria melhor mandar ladrilhar?* Biodiversidade como, para que, por quê. Brasília: ed. UnB.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Natureza e cultura: unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes*. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Série Universitária. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

LIMA, André. Instrumentos para a conservação da diversidade biológica: o zoneamento ecológico-econômico, as unidades de conservação, o Código Florestal e o sistema de recursos hídricos. In: BENSUSAN, Nurit (org). *Seria melhor mandar ladrilhar?* Biodiversidade como, para que, por quê. Brasília: Ed. UnB, 2002.

LOVELOCK, James. *A vingança de Gaia*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2006.

MacArthur, Robert H.; Wilson, Edward O. *The theory of island biogeography*. Estados Unidos: Princeton University Press. Ed. Princeton, 1967.

NIELSEN, Karin. *50 pequenas coisas que você pode fazer para salvar a Terra*. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

PASQUIS, Richard; BOUAMRANE, Meriem. Desflorestamento e impactos sobre a diversidade biológica: uma questão de escalas. In: THEODORO, Suzi Huff (org). *Conflitos e uso sustentável dos recursos naturais*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

REBOUÇAS, Aldo. Água doce no mundo e no Brasil. In: REBOUÇAS, Aldo (org). *Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação*. 2. ed. São Paulo: Escrituras, 2002.

BRASIL. *Relatório de atividades da PROBIO – Projeto de Conservação e utilização Sustentável da Diversidade Biológica Brasileira*. 1996/2002. Biodiversidade – Brasil. Brasília, Ministério do Meio Ambiente, 2002.

WALKER, Matt. *Humanity creates its own mass extinction*. Disponível em: <<http://newscientist.com>>.

A constitucionalização dos Fundos Especiais: o caso das Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal¹

The constitutionalization of Special Funds: the case of the State and Federal District Attorney General Offices

Diogo Luiz Cordeiro Rodrigues²

RESUMO: Este artigo pretende examinar como o novo artigo 76-A do ADCT/CF88 protege os fundos especiais criados pelas PGEs e pela PGDF contra normas estaduais. Enfatizando a legislação promulgada pela

1 O presente trabalho corresponde, com ligeiras adaptações, à tese de minha autoria aprovada com louvor no 43º Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, realizado em São Paulo. Sua conclusão não teria sido possível sem os comentários, críticas e sugestões feitas pelo Dr. Guilherme Soares, Coordenador do Consultivo da PGE/PR, e pelos Doutores Eduardo Castro, Thiago Pessoa e André Kurtz, membros do Grupo Permanente de Trabalho em Orçamento e Finanças da PGE/PR (GPT5). A eles, o meu sincero agradecimento. Ademais, convém ressaltar que os dispositivos legais combatidos neste artigo foram posteriormente revogados pela Lei Complementar n. 203/2017, fruto de anteprojeto de lei concebido pelo próprio GPT5 com base na tese aqui exposta. De qualquer forma, permanece a relevância deste trabalho, cujo escopo é mais amplo, aplicando-se contra toda sorte de atos que ofendam a autonomia constitucional dos fundos pertencentes às PGEs e à PGDF.

2 Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (2009). Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR (2015). *Visiting Researcher* na Universidade de Toronto, Canadá (2014). Procurador do Estado do Paraná.

Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, concluímos que a Constituição impede que o legislador estadual ordene a transferência de superávites financeiros contabilizados por esses fundos para a conta geral do Tesouro.

PALAVRAS-CHAVE: fundos especiais; procuradorias estaduais e distrital; vinculação de receitas; constitucionalização.

ABSTRACT: This article aims to examine how the new Article 76-A of the ADCT/CF88 protects the special funds created by the PGEs and PGDF against state norms. Emphasizing statutes enacted by the Paraná State Legislative Assembly, we conclude that the Constitution prevents the state legislature from ordering the transfer of financial surpluses accounted by those funds to the Consolidated Revenue Fund.

KEYWORDS: special funds; Attorney General offices of the States and the Federal District; earmarked revenues; constitutionalization.

1. INTRODUÇÃO

A Lei n. 14.234/2003, editada pelo Estado do Paraná, criou o Fundo Especial da Procuradoria-Geral do Estado (FEPGE), atribuindo-lhe receitas próprias em favor da concretização das missões institucionais que competem à Procuradoria, na condição de órgão responsável pela representação judicial e pela consultoria jurídica do Estado.

Desde o advento da Lei, no entanto, ficava o FEPGE tolhido quanto ao seu limite de gastos. Isso porque, segundo a redação original do então parágrafo único do art. 2º, o Fundo poderia aplicar em despesas de custeio até setenta por cento dos recursos arrecadados. Em 2014, após a edição da Lei Complementar n. 181/2014, as amarras ao FEPGE tornaram-se ainda mais severas: além do já citado teto de gastos, agora estendido também para as suas despesas de capital, o diploma complementar estadual estipulou que o Fundo não mais poderia utilizar os recursos de eventuais

superávites financeiros apurados anualmente³. Tal medida, vale ressaltar, é autorizada a título excepcional pelo art. 73 da Lei n. 4.320/1964, norma geral de finanças públicas⁴.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 93/2016, no entanto, o ponto em questão recebeu uma camada adicional de complexidade normativa. Ocorre que a referida Emenda, ao incluir o art. 76-A no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição de 1988, preservou os fundos instituídos pelas Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal em face da Desvinculação de Receitas dos Estados (DRE), mecanismo previsto, em caráter inédito, no próprio dispositivo constitucional. Vejamos (destaque nosso):

Art. 76-A. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) das receitas dos Estados e do Distrito Federal relativas a impostos, taxas e multas, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais, e outras receitas correntes.

Parágrafo único. Excetua-se da desvinculação de que trata o caput:

I - recursos destinados ao financiamento das ações e serviços públicos de saúde e à manutenção e desenvolvimento do ensino de que tratam, respectivamente, os incisos II e III do § 2º do art. 198 e o art. 212 da Constituição Federal;

II - receitas que pertencem aos Municípios decorrentes de transferências previstas na Constituição Federal;

III - receitas de contribuições previdenciárias e de assistência à saúde dos servidores;

3 Destacamos: “Art. 2º, § 1º O Fundo Especial da Procuradoria-Geral do Estado poderá aplicar nas despesas acima referidas até 70% (setenta por cento) dos recursos arrecadados. § 2º Ao final de cada exercício e após o balanço, os recursos de eventual superávit financeiro do Fundo Especial da Procuradoria-Geral do Estado serão apurados, transferidos e absorvidos ao orçamento do Tesouro do Poder Executivo, sendo que a retenção da sobra caracterizará desvio de finalidade e ofensa ao princípio da probidade administrativa”.

4 Confira-se o teor do dispositivo: “Art. 73. Salvo determinação em contrário da lei que o instituiu, o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo”.

IV - demais transferências obrigatórias e voluntárias entre entes da Federação com destinação especificada em lei;

V - fundos instituídos pelo Poder Judiciário, pelos Tribunais de Contas, pelo Ministério Público, pelas Defensorias Públicas e pelas Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal.

Desse modo, a questão a ser debatida e esclarecida neste artigo diz respeito ao sentido e ao alcance dessa vedação constitucional, tendo em vista o disposto no regime jurídico infraconstitucional do FEPGE. Em outras palavras, trata-se de saber se o art. 76-A do ADCT, ao proteger os Fundos das Procuradorias contra os efeitos da DRE, também teria impedido o legislador ordinário estadual de promover a desvinculação dos superávites financeiros do Fundo, nos moldes do art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei Estadual n. 14.234/2003, com redação dada pela Lei Complementar n. 181/2014.

Ao longo deste trabalho, buscaremos responder ao questionamento proposto a partir de uma leitura constitucionalmente adequada do problema, ou seja, uma leitura que situe o regime jurídico do FEPGE em um contexto sistêmico mais abrangente, cujo cerne está na Constituição republicana. Tal perspectiva, como será visto, nos conduz inevitavelmente à conclusão que o legislador estadual, durante a vigência da Emenda Constitucional n. 93/2016, está impedido de promover a desvinculação de superávites financeiros apurados pelo Fundo.

A fim de alcançarmos o referido desiderato, organizaremos nossos argumentos em duas partes. A parte inicial, dedicada à premissa básica deste trabalho, enfatiza o respeito à constitucionalização das finanças públicas no Brasil, bem como seus necessários reflexos sobre as vinculações e desvinculações de receitas, inclusive no plano infraconstitucional. Em seguida, a segunda parte volta-se para o sentido e o alcance do novel art. 76-A do ADCT, oportunidade em que o enunciado será compreendido a partir dos critérios clássicos da hermenêutica jurídica, vale dizer: o histórico, o gramatical, o sistemático e o teleológico. Ainda na segunda parte, confrontaremos o ordenamento constitucional com o arcabouço

legislativo do FEPGE, refutando expressamente possíveis argumentos em favor da prática, hoje não recepcionada, de tredestinação dos recursos arrecadados por fundos instituídos pelas Procuradorias estaduais. Vejamos.

2. PREMISSA CENTRAL: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO FINANCEIRO E SEUS REFLEXOS SOBRE AS VINCULAÇÕES DE RECEITAS

O Direito Financeiro, como se sabe, é o ramo da Ciência Jurídica dedicado ao estudo sistemático das normas que regulam as finanças públicas, vale dizer, “o conjunto das atividades relacionadas à arrecadação, gerência e dispêndio de recursos públicos”⁵.

Assim como qualquer outro braço do Direito Público, o Direito Financeiro encontra na Constituição o seu pilar normativo, de modo que a ela devem obediência todas as demais normas, sejam elas federais, estaduais ou locais. Trata-se de corolário direto da supremacia constitucional, qualidade acentuada em constituições rígidas, como a brasileira⁶. As normas de Direito Constitucional Financeiro, portanto, prevalecem sobre as normas infraconstitucionais.

Ademais, não se trata de um choque entre realidades normativas estanques. Para além da introdução de normas jurídicas no próprio texto magno (“constitucionalização-inclusão”), o processo de constitucionalização do Direito no Brasil, fato hoje pacificamente reconhecido pela jurisprudência

5 CONTI, José Mauricio. *Federalismo fiscal e fundos de participação*. São Paulo: Juarez de Oliveira Ed., 2001, p. 3.

6 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. *Direito Constitucional – teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 19-22.

do Supremo Tribunal Federal⁷, também impregna as normas de hierarquia inferior, fazendo com que sejam necessariamente lidas (ou relidas) à luz da Constituição da República, com seus valores, princípios e regras de maior alcance (“constitucionalização-releitura”)⁸. As normas de menor estatura, portanto, integram-se a um verdadeiro sistema normativo constitucional, sem que possam ser interpretadas isoladamente, em descompasso com a íntima conexão que possuem com a Lei Maior.

Naturalmente, a interpretação do regime jurídico das vinculações de receitas não pode escapar ao fenômeno da constitucionalização do Direito Financeiro, como bem ressalta André Castro CARVALHO⁹:

Nesse ponto, impende ressaltar que o fenômeno de constitucionalização da atividade financeira do Estado não é exclusivo nessa seara. Luís Roberto Barroso, em estudo específico, demonstra a sua ocorrência em outros ramos do direito, como o civil, penal e administrativo. Com relação a esta última disciplina, ressalta que o fator preponderante para a sua constitucionalização é a influência de seus princípios inscritos na Constituição em todo o ordenamento jurídico, o que, em nossa opinião, comumente ocorre no direito financeiro. **Cite-se, por exemplo, as diversas destinações ou vinculações de recursos para alguns setores sociais ou atividade específicas.**

Assim, tem-se como premissa central deste artigo que o **regime jurídico das vinculações de receitas parte necessariamente da Constituição**, cuja primazia é imposta ao intérprete quando instado a se manifestar sobre o seu significado e alcance, seja em sede constitucional, seja

7 A título de exemplo, cf. ADI 1923, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2015, publicado em 17-12-2015.

8 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. Op.cit. p. 39-44.

9 CARVALHO, André Castro. *Direito Constitucional Financeiro e Direito Orçamentário Substantivo*. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coords.) *Orçamentos públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 49.

em órbita infraconstitucional. Daí nossa rejeição a qualquer tentativa de que a Constituição seja lida à luz da lei. Na verdade, é justamente o oposto que ocorre: é a lei que deve ser lida à luz da Constituição, documento que encerra as decisões mais relevantes do Estado, inclusive em matéria financeira¹⁰.

Sendo assim, não nos impressiona que a Lei Estadual n. 14.234/2003, com redação dada pela Lei Complementar n. 181/2014, ordene o repasse dos superávites financeiros do FEPGE ao caixa central do Tesouro, uma vez que a primazia normativa sobre o tema cabe à Constituição, agora reformada pela Emenda n. 93/2016, que introduziu o já destacado art. 76-A no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)¹¹.

10 Não à toa, fala-se rotineiramente de um princípio de interpretação conforme a Constituição, segundo o qual “cabe ao intérprete, quando se depara com dispositivo legal aberto, ambíguo ou plurissignificativo, lhe atribuir exegese que o torne compatível com o texto constitucional” (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. *Direito Constitucional – teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 455). Em sentido complementar, Canotilho critica fortemente a proposta teórica, atribuída a Leisner, de que poderíamos chegar a significados constitucionais a partir do trabalho articulado pelo legislador infraconstitucional. Segundo o jurista lusitano, “teríamos, assim, a legalidade da constituição a sobrepor-se à constitucionalidade da lei”, o que é condenável. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1219-1220.

11 Vale recordar que “as normas do ADCT são normas constitucionais e têm o mesmo status jurídico das demais normas do Texto principal”. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 79.

3. SENTIDO E ALCANCE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 93/2016

A discussão sobre os limites da Lei Estadual n. 14.234/2003 em relação ao FEPGE depende sobremaneira de adequada interpretação do novel art. 76-A do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que dispõe sobre a desvinculação de receitas dos Estados e do Distrito Federal. Mais especificamente, como já dito, cuida-se de saber se o dispositivo constitucional teria impedido o legislador estadual de garantir as “sobras” financeiras do FEPGE ao Tesouro, assegurando-as por meio da estipulação de um teto compulsório de gastos sobre os recursos arrecadados ao longo do exercício.

O ordenamento jurídico, entendido como sistema que se pretende uno e harmônico, carece de interpretação racional, feita a partir de critérios assentados pela hermenêutica jurídica (ou ciência da interpretação jurídica). Os critérios tradicionais, que remontam às obras de SAVIGNY e IHERING, são os seguintes: histórico, gramatical, lógico-sistemático (atribuíveis ao primeiro jurista) e teleológico (atribuível ao segundo pensador)¹². Tais critérios, que devem ser combinados e não guardam hierarquia entre si, aplicam-se tanto à interpretação infraconstitucional quanto à constitucional, ainda que esta última possa demandar certos aperfeiçoamentos¹³. Todavia, neste trabalho, entendemos que o uso

12 Vale destacar que os critérios lógico e sistemático são tratados separadamente por Savigny, mas não há prejuízo em fundi-los em uma só categoria, como o fazem SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. *Direito Constitucional – teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 410-418.

13 Sobre o debate acerca dos métodos de interpretação apropriados ao Direito Constitucional, com ênfase na utilidade dos critérios clássicos, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: Virgílio Afonso da Silva. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

dos critérios tradicionais seja suficiente para a compreensão do cenário constitucional. É o que passamos a demonstrar na sequência.

3.1. Critério histórico

Em sentido estrito, o critério histórico leva em conta a conjuntura específica em que se produziu a norma, os trabalhos legislativos e a intenção imediata do constituinte ou legislador¹⁴. Em sentido amplo, segundo entendemos, também abarca a evolução legislativa anterior à elaboração da norma em si considerada, assim como o ambiente social e as aspirações políticas da época, especialmente para que o intérprete possa detectar continuidades e rupturas relevantes para a compreensão da norma vigente, assim como sua legitimidade democrática¹⁵.

Muito embora não haja hierarquia *in abstracto* entre os diversos critérios de interpretação, convém ressaltar que o emprego do elemento histórico, no presente caso, reveste-se de legitimidade democrática reforçada. Afinal, o art. 76-A do ADCT foi promulgado há pouco tempo pelos atuais representantes do povo. Desse modo, não há que se falar aqui de um eventual anacronismo da norma, já que a interpretação histórica do enunciado tende a capturar a vontade popular do presente momento. Não se verifica, portanto, a corriqueira tensão entre Constitucionalismo e Democracia, problema evidenciado em relação a normas editadas em contextos pretéritos, que já não refletem a realidade social¹⁶. Além do mais, como será visto, a Emenda

14 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Federalismo, isonomia e segurança jurídica: inconstitucionalidade das alterações na distribuição de royalties do petróleo*. Consulta formulada pelo Estado do Rio de Janeiro. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010, p. 14.

15 É o que Carlos MAXIMILIANO denomina “*occasio legis*”. Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 148-150.

16 Seguimos, nesse particular, a lição de SARMENTO E SOUZA NETO: “Pode-se dizer que a relevância do elemento histórico é inversamente proporcional ao tempo decorrido

Constitucional n. 93/2016 traduz apenas o novo marco de dois processos constituintes que se desenvolvem, paralelamente e de forma incremental, há muito tempo, quais sejam: a desvinculação automática de receitas em caráter excepcional e a proteção das garantias institucionais conferidas a órgãos de controle democrático ou essenciais à justiça.

A seguir, no próximo tópico, aplicaremos o critério histórico a fim de compreendermos a trajetória constitucional prévia à edição da Emenda n. 93/2016, bem como a conjuntura relacionada à novidade traduzida pelo art. 76-A, inc. V, do ADCT.

3.1.1. Os antecedentes da Emenda Constitucional n. 93/2016: do Fundo Social de Emergência (FSE) à Desvinculação de Receitas da União (DRU)

Muito embora as vinculações de receitas sirvam ao atingimento de interesses públicos especiais, sempre há o risco de engessamento da gestão orçamentário-financeira, na medida em que as vinculações preexistentes dificultem outras políticas carentes de recursos ou financiamento adequado, como o pagamento da dívida pública¹⁷. A Emenda Constitucional n. 93/2016 tem por objetivo principal equacionar o mencionado desafio ao desvincular de “órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) das receitas dos Estados e do Distrito Federal relativas

desde a edição da norma constitucional. Interpretar um preceito editado há várias gerações, com base nos valores vigentes à época, produzirá, muito provavelmente, anacronismos injustificados e soluções conservadoras, inaceitáveis para a sociedade atual. Porém, não é democrático que, pouco tempo depois da elaboração de um texto constitucional ou derivado, ele seja interpretado sem atenção ao que foi decidido na ocasião pelos representantes do povo.” Cf. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. *Direito Constitucional – teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 414.

17 Cf. PINTO, Élide Graziane. Seis vezes DRU: flexibilidade orçamentária ou esvaziamento de direitos sociais? *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, 2008, p. 511-537.

a impostos, taxas e multas, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais, e outras receitas correntes” (art. 76-A, caput, do ADCT).

Como se sabe, a solução prevista pela Emenda Constitucional n. 93/2016 não é inédita: vem sendo empregada no âmbito da União desde a Emenda Constitucional de Revisão n. 01/1994. Curiosamente, à época, buscava-se flexibilizar a execução orçamentária por meio da criação de um fundo especial, instrumento que, em tese, possuiria objetivo diametralmente oposto. Tratava-se do Fundo Social de Emergência – FSE, cujas finalidades declaradas, de tão genéricas que eram, resultavam em uma desvinculação *de facto* das receitas a ele aportadas, tudo em prol do “saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de estabilização econômica” (art. 71, *caput*, do ADCT, com redação dada pela ER n. 01/1994)¹⁸.

Nesse ponto, afigura-se importante ressaltar que, com a instituição do FSE, o constituinte derivado implementou em favor do Fundo um regime jurídico exorbitante (ou excepcional). Tanto é que, além de possibilitar a desafetação de receitas originalmente vinculadas, afastou expressamente do FSE o disposto no art. 169, § 9º, inc. II, da Constituição, segundo o qual cabe à Lei Complementar “estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos”¹⁹. “Desta maneira”, diz o professor Fernando SCAFF, “tanto as normas da Lei 4.320/1964 como as demais normas existentes a respeito (inclusive a Lei de Responsabilidade Fiscal, n. 101/00, que lhe sobreveio) deixaram de ser aplicadas à gestão do FSE”²⁰.

18 Sobre as peculiaridades do FSE, cf. PINTO, Élida Graziane. Seis vezes DRU: flexibilidade orçamentária ou esvaziamento de direitos sociais?. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, 2008, p. 516.

19 A exceção ao disposto no art. 169, § 9º, inc. II, da Constituição, constava do art. 71, parágrafo único, do ADCT, incluído pela Emenda Constitucional de Revisão n. 001/1994.

20 SCAFF, Fernando Facury. Direitos humanos e a desvinculação das receitas da União.

Ao fazê-lo, portanto, o constituinte derivado reservou para si, em caráter exclusivo, a tarefa de dispor sobre todos os aspectos da desvinculação de receitas operada pelo FSE, afastando qualquer influência do legislador infraconstitucional sobre a matéria. A ECR n. 01/1994, assim, instituiu uma verdadeira “reserva de constituição”²¹, reforçando ainda mais a supremacia constitucional no tocante à operação do Fundo e a seus reflexos sobre as finanças públicas como um todo.

Criada para ser uma ferramenta temporária de ajuste das contas públicas, a solução, no entanto, perenizou-se: em virtude das Emendas Constitucionais n. 10/1996 e 11/1997, o FSE foi substituído pelo Fundo de Estabilização Fiscal (FEF) e, a partir do exercício financeiro de 2000, por força da Emenda n. 27, o mecanismo foi rebatizado como Desvinculação de Receitas da União (DRU), já sem a roupagem (algo artificiosa) de fundo especial. Desde então, a DRU vem sendo sucessivamente reiterada, como revelam as Emendas Constitucionais 42/2003, 56/2007, 59/2009, 68/2011, sem qualquer censura por parte do Supremo Tribunal Federal²².

Em comum a todas as versões da DRU, de acordo com Fernando Scaff, restaram a desafetação temporária de receitas constitucionalmente vinculadas e o afastamento do regime jurídico financeiro presente na Lei n. 4.320/1964 e na Lei Complementar n. 101/2000²³. Por outro lado, do ponto de

Revista de Direito Administrativo, v. 236, 2004, p. 37.

21 Sobre o conceito de “reserva de constituição”, cf CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1127.

22 Cf. ADI 1420-MC/DF, rel. Min. Néri da Silveira 17/05/96 (prejudicada no mérito com o advento da EC n. 10/96); RE 537.610, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 17.12.2009; RE 614.184, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 15.06/2010; RE 602.367, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 05.05/2010; RE 606.569, rel. Min. Celso de Mello, DJ 22/04/2010.

23 SCAFF, Fernando Facury. Direitos humanos e a desvinculação das receitas da União. *Revista de Direito Administrativo*, v. 236, 2004, p. 41.

vista substancial, o que vem mudando ao longo do tempo é o rol de exceções à DRU, refletindo as prioridades sociais de cada momento histórico.

Veja-se, por exemplo, o ponto atinente às transferências interfederativas. De início, a ECR n. 01/1994 dispunha que as receitas inscritas em seu art. 72, incisos I, II, III e V, não se sujeitariam ao disposto nos artigos 158, II e 159 da Constituição, que estabelecem regras de repasse obrigatório a Estados e Municípios²⁴. A Emenda Constitucional n. 10/1996, por seu turno, demonstrou maior reverência à forma federativa de Estado ao modificar a sistemática anterior, preservando os referidos repasses (cf. art. 72, § 4º, do ADCT). Já a Emenda Constitucional n. 17/1997 foi além, determinando o progressivo ressarcimento, aos Municípios, das perdas resultantes da inclusão da parcela do imposto de renda que compõe o FPM no cálculo das desvinculações²⁵. Por fim, ao substituir o Fundo de Estabilização Fiscal (FEF) pela Desvinculação de Receitas da União (DRU), a Emenda Constitucional n. 27/2000 já não aludiu a qualquer redução da base de cálculo para efeito das transferências intergovernamentais nela previstas. Tal providência foi reiterada até a Emenda n. 68/2011 e omitida apenas pela Emenda Constitucional n. 93/2016, porque desnecessária,

24 Àquela altura, como se sabe, o art. 158, II, da Constituição referia-se à transferência de 50% (cinquenta por cento) do produto do Imposto Territorial Rural aos municípios pertinentes, ao passo que o art. 159 somente estipulava as regras de repasse aos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios (FPE e FPM, respectivamente).

25 Confira-se a lição de Élide Graziane PINTO: “Importa esclarecer que, com o FEF 2, o governo federal obrigou-se a ressarcir progressivamente os Municípios pelas perdas decorrentes da inclusão da parcela do IR que compõe o FPM no cálculo das desvinculações. O art. 3º da Emenda Constitucional n. 17/1997 trouxe medida de compensação pelas perdas decorrentes do FSE, notadamente quando foram desvinculadas as receitas do imposto sobre propriedade territorial rural a que têm direito os municípios por força do art. 158, II da Constituição.”. Cf. PINTO, Élide Graziane. Seis vezes DRU: flexibilidade orçamentária ou esvaziamento de direitos sociais? *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, 2008, p. 519.

já que os impostos não estão abrangidos pela versão atual da DRU (cf. o atual art. 76, *caput*, do ADCT).

À vista disso, nota-se um claro e progressivo movimento de reforço da autonomia federativa de Estados e Municípios ao longo das sucessivas emendas constitucionais referentes à DRU: no início, privilegiava-se a estabilização fiscal em detrimento da autonomia financeira de Estados e Municípios; após, paulatinamente, passou-se ao extremo oposto, com a preservação de todas as transferências interfederativas obrigatórias relativas a impostos da União para os entes menores. Um efeito prático notável²⁶.

Note-se que o histórico da DRU até o advento da Emenda n. 93/2016 já nos oferece duas relevantes lições para o enfrentamento da questão posta. A primeira diz respeito à excepcionalidade do regime jurídico da DRU, que passa ao largo das normas gerais ordinariamente aplicáveis, constantes da Lei n. 4.320/1964 e da Lei de Responsabilidade Fiscal (de resto, um corolário da própria supremacia constitucional). Esse aspecto será retomado quando examinarmos o critério lógico-sistemático, que põe igualmente em relevo a não submissão do FEPGE à regra geral atinente à destinação de sobras financeiras.

A segunda lição concerne à importância das exceções ao mecanismo da DRU, cuidadosamente recalibradas com o passar do tempo, na exata medida em que se alteravam as prioridades do povo no tocante à alocação de recursos públicos. É o que será enfatizado, logo mais, em relação ao art. 76-A, parágrafo único, inc. V, do ADCT.

26 Todavia, como se percebe a partir da leitura das Emendas n. 42/2003, 68/2011 e 93/2016, o Constituinte não vem preservando, contra os efeitos da DRU, a base de cálculo para a transferência de 29% (vinte e nove por cento) da CIDE-combustíveis aos Estados e ao Distrito Federal, nos termos do art. 159, inc. III, da Constituição.

3.1.2. A Emenda Constitucional n. 93/2016 e o reforço dos órgãos de controle da Administração

A Emenda Constitucional n. 93/2016 dá continuidade ao processo histórico iniciado com o Fundo Social de Emergência, aprofundando-o. Uma vez mais, o Constituinte derivado paga tributo à autonomia federativa de Estados, Distrito Federal e Municípios, estendendo-lhes pela primeira vez o mecanismo da desvinculação de receitas, ferramenta de gestão financeira desejada há tempos por governadores e prefeitos²⁷. Ao fazê-lo, no entanto, o Constituinte fez questão de impor uma ressalva inédita até então: a blindagem dos fundos instituídos por Judiciário, Ministério Público, Tribunais de Contas, Defensorias Públicas Estaduais e Procuradorias-Gerais dos Estados (cf. arts. 76-A, inc. V e 76-B, inc. IV).

De qualquer forma, não devemos tomar “ineditismo” por “ruptura”. A bem da verdade, a inovação trazida no bojo da EC n. 93/2016 representa apenas um passo a mais de um processo paralelo (e mais amplo) de reforço contínuo das instituições de controle da Administração. Um processo que se inicia ainda em 1988, em resposta à recém-vitimada ditadura militar, com a consagração do Ministério Público e do Poder Judiciário como peças-chave da rede de freios e contrapesos institucionais, mas que se aprofunda nos anos seguintes em prol das demais Instituições, seja pela

27 O Deputado Laudívio Carvalho, relator da matéria na Comissão Especial que examinou a PEC n. 014/2015 e propostas apensas, assim se manifestou em seu voto: “Estamos inovando em nosso Substitutivo ao estender a DRU para os Estados, Distrito Federal e Municípios. Desde a criação da DRU, em 2000, volta e meia os Governadores e Prefeitos reclamam um dispositivo semelhante a favor dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive já há no Senado Federal propostas de emenda à Constituição com este objetivo. A medida foi sugerida também pelos Ministros do Planejamento e da Fazenda na Comissão Especial que examinava a prorrogação da DRU”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4CCD86F815DD7B8DE4ADB77FEB4EE5DD.proposicoesWebExterno1?codteor=1460670&filename=Tramitacao-PEC+4/2015>. Acesso em: 2 mar. 2017.

via da reforma constitucional²⁸, seja por meio da interpretação evolutiva da Suprema Corte²⁹, que assim se manifestou, recentemente, sobre as atividades exercidas pelas Procuradorias-Gerais dos Estados:

A **extrema relevância** das funções **constitucionalmente** reservadas ao **Procurador do Estado** (e do Distrito Federal, também), notadamente no plano das atividades de **consultoria jurídica e de exame e fiscalização da legalidade interna dos atos da Administração Estadual**, impõe que tais atribuições sejam exercidas por agente público investido, em caráter efetivo, na forma estabelecida pelo art. 132 da Lei Fundamental da República, **em ordem a que possa agir com independência** e sem temor de ser exonerado “ad libitum” pelo Chefe do Poder Executivo local pelo fato de haver exercido, **legitimamente** e com **inteira correção**, os encargos **irrenunciáveis** inerentes às suas **altas funções institucionais**. (ADI 4843 MC-ED-Ref, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19-02-2015)

Não temos aqui a pretensão de fazer um estudo analítico sobre a evolução cronológica da matéria no cenário constitucional, o que nos afastaria demasiadamente do nosso objetivo. Nosso intuito limita-se a demonstrar que, do ponto de vista histórico, não faz sentido compreender a inovação da EC n. 93/2016 como um mero apêndice normativo casuístico passível de amesquinamento. Na verdade, o inciso V do art. 76-A materializa um fenômeno mais amplo, vale dizer, o crescente protagonismo das instituições ali citadas, em compasso com manifestações e pesquisas de opinião recentes, que revelam uma conjuntura de forte apoio popular em

28 A título de exemplo, a Emenda Constitucional n. 45/2004 não só assegurou as custas e emolumentos ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça, como também garantiu às defensorias estaduais autonomia funcional e administrativa, além da iniciativa de sua proposta orçamentária (cf. arts. 98, § 2º e 134, § 2º, respectivamente).

29 Foi pela via hermenêutica, por exemplo, que o STF assegurou expressamente aos Tribunais de Contas a prerrogativa de apresentar projetos de lei sobre matérias de seu interesse. Cf. ADI 4643 MC, rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJ 28-11-2014; ADI 1.994/ES, Rel. Ministro Eros Grau, DJe 08.09.06; ADI n. 789/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 19/12/94.

prol do combate a abusos cometidos na esfera pública. E, como se sabe, tal missão costuma ser cumprida, em âmbito institucional, justamente pelos órgãos protegidos pelo art. 76-A, p.u., inc. V, do ADCT (Poder Judiciário, Ministério Público, Defensorias Públicas, Tribunais de Contas e, igualmente, as Procuradorias-Gerais dos Estados, como já reconheceu o próprio STF no julgamento da ADI 4843, acima destacada).

Ainda sob o prisma histórico, vale notar que a inclusão da novidade ocorreu por parte da Comissão Especial encarregada de analisar, no âmbito da Câmara dos Deputados, o mérito da PEC n. 04/2015, germen da EC n. 93/2016. **Por relevante, registremos que o aperfeiçoamento não suscitou qualquer controvérsia ou debate público entre os parlamentares votantes quanto à sua legitimidade ou quanto à lista de órgãos contemplados³⁰, o que nos permite concluir haver amplo consenso democrático sobre a matéria³¹.** Em sentido oposto, aliás, várias outras inovações inicialmente introduzidas foram posteriormente debatidas e suprimidas, a exemplo da desvinculação das receitas pertencentes aos Fundos Constitucionais de Financiamento ao Setor Produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, previstos no art. 159, I, c, da Constituição Federal³². Portanto,

30 A tramitação da proposta pode ser consultada por meio da seguinte URL: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946734>>. Acesso em: 5 mar. 17.

31 Carlos Maximiliano, ao aquilatar o peso das circunstâncias históricas na interpretação jurídica, ensina que “na mesma Câmara, vale mais a solução resultante de pareceres e discursos não contraditados, do que a oriunda de controvérsias no plenário, ou de divergências entre as comissões parlamentares”. Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 147.

32 Confira-se o parecer do Deputado Marcos Rogério, relator da matéria na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC): <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1403159&filename=Tramitacao-PEC+4/2015>. Acesso em: 28 fev. 2017.

parece claro que a disposição prevista no art. 76-A, p.u., inc. V, do ADCT contava com a explícita adesão de representantes e representados.

3.2. Critério gramatical

O critério gramatical, também conhecido como literal, filológico, verbal ou semântico, é aquele pelo qual o intérprete busca atribuir significados aos enunciados linguísticos do texto constitucional³³, para daí extrair uma norma passível de aplicação, se for o caso³⁴.

Na presente hipótese, o elemento literal revela-se especialmente importante para a compreensão do significado conceitual expresso nas palavras “receitas”, “desvinculação” e “fundo”. Com efeito, alguns poderiam argumentar que o “superávit financeiro”, por não se confundir tecnicamente com o conceito de “receita”, passaria ao largo do âmbito de aplicação da Emenda n. 93/2016, que protegeria o FEPGE apenas contra a desvinculação de “receitas”, em sentido estrito³⁵. Bem por isso, ainda segundo o hipotético argumento, o repasse do superávit financeiro ao Tesouro não seria propriamente uma espécie de desvinculação.

33 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 119.

34 O texto, como se sabe, não se confunde com a norma, fruto do processo interpretativo. A norma, aliás, pode até mesmo dispensar suporte textual (caso das normas implícitas). Cf. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. *Direito Constitucional – teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 410/411.

35 Receita pública é o ingresso financeiro reconhecido pelo sistema orçamentário no momento da arrecadação, a fim de que seja aplicado em finalidades públicas autorizadas pelo orçamento anual. Já o superávit financeiro, na definição do art. 43, § 2º, da Lei n. 4.320/1964, consiste basicamente em saldo financeiro decorrente da “diferença positiva entre o ativo financeiro e o passivo financeiro”. O superávit financeiro é composto por recursos reconhecidos como receitas em exercício pretérito. Nessa linha, cf. SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. *Manual de contabilidade aplicada ao setor público*. 7. ed. Brasília: 2017, p. 36, 54-55 e 366.

Tal argumento, todavia, não passa de um jogo de palavras despido de fundamento jurídico.

Primeiramente, convém destacar que o art. 76-A do ADCT adota um conceito amplo de “desvinculação”. Tanto é assim que, em seus incisos, o dispositivo transitório alude tanto a vinculações próprias quanto a gastos obrigatórios anuais (ou vinculações impróprias). A diferença é relevante para efeitos práticos.

Em sentido próprio, a vinculação da receita consubstancia-se mediante a criação de um elo normativo entre origem e destino, determinado por disposição constitucional ou legal. No sistema orçamentário, a vinculação de receitas em sentido próprio é assegurada por meio de “fontes” específicas, expressas como classificadores numéricos³⁶. Eis justamente o caso do FEPGE, cujas receitas são arrecadas por meio da fonte 106.

Já em sentido impróprio, fala-se em “vinculação de receitas” no sentido de “gastos obrigatórios”, especialmente no campo dos direitos sociais (e.g. saúde e educação). Nestes casos, a Constituição ordena o gasto *anual* de certo percentual de recursos ordinários e não vinculados³⁷, geralmente constituídos por receitas impostos, sem que haja necessariamente a criação de fontes específicas no sistema orçamentário³⁸.

36 No âmbito da Lei n. 4.320/1964, o art. 2º, § 1º, inc. III, proclama o seguinte: “art. Art. 2º A Lei do Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade. § 1º Integrarão a Lei de Orçamento: III - Quadro discriminativo da **receita** por **fontes** e respectiva legislação”. Em doutrina, cf. OLIVEIRA, Weder de. *Curso de Responsabilidade Fiscal*, v. I. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 737-738.

37 Trata-se apenas de exemplificação para efeitos argumentativos. Não analisaremos, aqui, o impacto da Emenda Constitucional n. 95/2016 sobre as áreas da saúde e da educação.

38 A anualidade desses gastos é expressamente indicada no art. 198, § 2º e no art. 212 da Constituição de 1988, assim como no art. 25 da Lei Complementar n. 141/2012. Sobre a distinção entre as duas espécies de vinculação, cf. CARVALHO, André Castro. *Vinculação*

A diferença básica está em que a vinculação propriamente dita, ao contrário das vinculações impróprias, não se sujeita ao princípio da anualidade, vale dizer, não se restringe ao exercício financeiro de arrecadação da receita³⁹. É o que esclarece, no plano infraconstitucional, o art. 8º, parágrafo único, da LRF:

Art. 8º Até trinta dias após a publicação dos orçamentos, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias e observado o disposto na alínea c do inciso I do art. 4o, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso.

Parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.

No caso da exceção imposta pelo art. 76-A em favor dos gastos obrigatórios da saúde, a distinção entre receita e superávit financeiro faz algum sentido, uma vez que se trata de uma espécie de “vinculação imprópria”, que perdura apenas durante o exercício financeiro em que arrecadada a receita. Quanto à vinculação de recursos ao FEPGE, no entanto, tem-se vinculação propriamente dita, a abranger qualquer recurso, independentemente do exercício de sua arrecadação, nos termos do art. 8º, p.u., da LRF.

Não estamos a dizer que a LRF oferece a solução do caso concreto do FEPGE. Apenas citamos o dispositivo legal complementar para efeitos argumentativos, é dizer, para desfazermos o mito de que receita e superávit financeiro sejam ontologicamente imiscíveis em matéria de

de receitas públicas e princípio da não afetação: usos e mitigações. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, *passim*.

39 O princípio da unidade está previsto no art. 2º, parte final, da Lei n. 4.320/1964.

(des)vinculação. Como visto, não é disso que se trata. A presunção legal, conforme o art. 8º, parágrafo único, da LRF, é justamente no sentido de que a vinculação persiste para além do exercício de arrecadação da receita. Obviamente, portanto, não se pode defender que o art. 76-A teria desejado restringir os efeitos da DRE (e suas exceções) ao plano das receitas correntes propriamente ditas, seja por não existir qualquer referência expressa do texto constitucional em tal sentido, seja porque o próprio Direito Financeiro positivo ignora a distinção entre receita e superávit financeiro no caso de vinculações em sentido estrito, que devem perdurar independentemente do exercício de arrecadação da receita (o recurso apurado como superávit financeiro, afinal, nada mais é do que o saldo de receitas arrecadadas em exercício precedente).

Outra decorrência importante do critério gramatical, no caso, diz respeito ao vocábulo “fundo”. Note-se que, nos demais incisos, o constituinte preservou a afetação de certas categorias de **receitas, recursos ou transferências** (isto é, fluxos financeiros). No inciso V, por outro lado, tutelou os próprios **fundos** instituídos pelos órgãos de controle ali mencionados. Considerando que o legislador não utiliza palavras inúteis⁴⁰, em que medida o emprego do vocábulo “fundo” no inciso V do art. 76-A influenciaria na solução da querela suscitada pelo consulente?

40 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 110.

Do ponto de vista técnico, consiste o fundo especial⁴¹ em instrumento de gestão e vinculação de recursos orçamentários a determinados interesses públicos previstos em norma legal ou constitucional⁴².

Inicialmente, note-se que o fundo especial não se confunde com as suas receitas e recursos, constituindo, na verdade, a garantia que permite a blindagem desses recursos e receitas contra investidas de outras demandas, quiçá legítimas, porém despidas de igual proteção normativa. Assim, do ponto de vista literal, o art. 76-A, p.u., inc. V está a proteger cada fundo como um todo, **sem discriminação quanto à natureza dos itens que compõem suas disponibilidades financeiras**. Por esse prisma de análise, não faria sentido vedar a desvinculação constitucional de receitas e permitir a desvinculação legal do superávit financeiro do FEPGE, uma vez que a Constituição protege o fundo especial em sua integralidade, **com todas as receitas e recursos por ele arrecadados e geridos**⁴³. Aliás, a título de comparação, vale notar que os incisos I e IV do art. 76-A não protegem o Fundo de Saúde em si, mas apenas alguns itens de sua receita total (no caso, parcela de impostos destinada ao gasto obrigatório anual e transferências

41 A doutrina registra profunda controvérsia a respeito do adjetivo mais adequado para o gênero “fundo” no campo governamental (público? especial? financeiro?). Neste trabalho, adotaremos a consagrada expressão “fundo especial” para tratarmos do conceito em tela. A quem se interessar pela polêmica, sugerimos a leitura de SANCHES, Osvaldo Maldonado. Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 39, n. 154, abr./jun. 2002, p. 269-299.

42 Segundo o art. 71 da Lei n. 4.320/1964, “constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”.

43 Note-se que o art. 2º, § 1º, da Lei Estadual n. 14.234/2003, embora estipule um teto de gastos equivalente a 70% (setenta por cento) da receita arrecadada, não retira do FEPGE o percentual de recursos que ultrapasse o referido limite, razão pela qual o suposto “excesso” continua a ser arrecadado pela fonte própria do Fundo (a de n. 106), estando igualmente protegido pelo Art. 76-A, p.u., inc. V, do ADCT.

intergovernamentais obrigatórias). O mesmo, contudo, não ocorre quanto aos Fundos das Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal.

Mas o critério gramatical, quando aplicado ao uso do vocábulo “fundo” pelo inciso V do art. 76-A do ADCT, não produz consequências somente quanto à extensão das receitas e disponibilidades financeiras protegidas. É que, embora geralmente caracterizado como técnica de vinculação de receitas⁴⁴, o fundo especial é, por essência, um instrumento de gestão autônoma dos recursos vinculados⁴⁵. Tanto é que, de acordo com a Lei n. 4.320/1964, o fundo especial escapa ao princípio da unidade de tesouraria inscrito no art. 56⁴⁶, comportando plano de aplicação próprio (art. 2º, § 2º), bem como normas peculiares de aplicação (art. 71), a revelar uma autonomia organizacional que alcança pelo menos as esferas financeira, administrativa e normativa. A Lei do FEPGE, aliás, é ainda mais pródiga: além de consagrar e detalhar as dimensões já mencionadas (arts. 4º, 5º, 7º e 10º), também prevê as autonomias contábil (art. 8º) e patrimonial (art. 6º). Por óbvio, ao tutelar **os próprios fundos** instituídos pelas Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, o art. 76-A, inc. V, do ADCT acaba por abranger, não só o aspecto vinculatório, como também a autonomia que lhes é inerente, alcançando-a ao superior patamar

44 CARVALHO, André Castro. *Vinculação de receitas públicas e princípio da não afetação: usos e mitigações*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 175.

45 NUNES, Cleucio Santos. Arts. 71 a 74. In: CONTI, José Mauricio (org.). *Orçamentos Públicos: A Lei 4.320/1964 comentada*. 3. ed. São Paulo: Editora RT, p. 240.

46 REIS, Heraldo da Costa; MACHADO JR., J. Teixeira. *A Lei 4.320 comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 32. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2008, p. 133 e 156.

de **garantia institucional**⁴⁷, infensa a disposições legais diversas, tais como aquelas dos parágrafos 1º e 2º do art. 2º da Lei Estadual n. 14.234/2003⁴⁸.

3.3. Critério lógico-sistemático

O critério lógico-sistemático aglutina em uma só expressão duas técnicas de interpretação semelhantes, porém diversas. Aqui, empregaremos a versão sintética geralmente acolhida pela doutrina, tendo em vista a preocupação orgânica e sistêmica que ambos os critérios têm em comum⁴⁹.

O elemento lógico, já sugere o próprio nome, estimula o jurista a empregar as ferramentas da Lógica Geral para a análise das sentenças em suas diversas partes, bem como sua relação formal com outros enunciados normativos⁵⁰. Já para o critério sistemático, a norma jurídica não existe isoladamente: compõe um ordenamento cujas partes devem ser harmonizadas. Por essa razão, a norma deve ser compreendida a partir de um todo coerente, que tem nos valores e princípios mais amplos seus

47 Segundo GOMES CANOTILHO, são normas de garantias institucionais as “que se destinam a proteger instituições (públicas ou privadas) (...) muitas vezes associadas às normas de direitos fundamentais, visando a proteger formas de vida e de organização social indispensáveis à própria protecção de direitos dos cidadãos”. É justamente o que ocorre no presente caso, tendo em vista a indispensabilidade das Procuradorias-Gerais dos Estados ao controle da Administração, tarefa essencial à promoção dos princípios democrático e republicano, como veremos adiante. Sobre a ideia de garantia institucional, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1156-1157.

48 Outro aspecto de ordem textual, pertinente à estrutura normativa do art. 76-A, p.u., inc. V, do ADCT, será examinada no tópico seguinte, tendo em vista sua dimensão sistemática.

49 Em linha semelhante, SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. *Direito Constitucional – teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 415-416.

50 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 123.

critérios orientadores centrais⁵¹. É a ideia de que “o Direito não se interpreta em tiras”, na famosa expressão de Eros GRAU⁵².

Quanto à faceta lógica do problema, convém retomar um aspecto já anunciado anteriormente, ao empregarmos o critério histórico. Como visto, uma das características centrais da desvinculação de receitas é o afastamento do regime ordinário previsto na Lei n. 4.320/1964 e da Lei de Responsabilidade Fiscal. Ora, por hipótese: se um sujeito é privado de administrar seus bens, conclui-se que não os poderá alienar (*a minori ad majus*)⁵³. Do mesmo modo, se o regime mais restritivo dos diplomas complementares não se aplica à desvinculação em si, com muito mais razão não se impõe aos casos que o próprio constituinte desejou preservar contra a desvinculação por ele determinada. É também por esse motivo que a tredestinação do superávit financeiro do FEPGE não pode ser sustentada com base na autorização presente no art. 73 da Lei n. 4.320/1964⁵⁴. Por via de consequência, os parágrafos 1º e 2º do art. 2º da Lei Estadual n. 14.234/2003 não mais possuem fundamento normativo para suas empreitadas.

Quanto ao critério sistemático, aqui já insinuado quando tivemos a oportunidade de examinar o art. 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal, conduz o intérprete a uma outra importante conclusão acerca da estrutura normativa do art. 76-A, inc. V, do ADCT. Como se sabe, uma das técnicas de análise sistemática mais fecundas é a comparação entre

51 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. *Direito Constitucional – teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 416-417.

52 No âmbito do STF, cf. votos proferidos na ADPF 101, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 04.06.2012 e na ADI 3.685, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10.08.2006.

53 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 245-246.

54 Confira-se o teor do art. 73 da Lei n. 4.320/1964: “Salvo determinação em contrário da lei que o instituiu, o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo”.

diferentes enunciados normativos de um mesmo texto legal⁵⁵. Ocorre que o dispositivo ora analisado, além de prever todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade, omite qualquer referência ao legislador ordinário ou complementar, **diferentemente do que ocorre em várias outras passagens da Constituição** (e.g. art. 5º, VII; art. 201, § 7º; art. 161, art. 182, § 4º etc.). Disso decorrem consequências relevantes sobre a eficácia da norma constitucional que estamos a interpretar.

Como notório, é de José Afonso da SILVA a mais influente classificação das normas constitucionais, rotineiramente aplicada pelo próprio Supremo Tribunal Federal em seus julgamentos⁵⁶. De acordo com o eminente jurista, as normas constitucionais podem ser **ii)** de eficácia plena, **ii)** de eficácia contida ou **iii)** de eficácia limitada. Em síntese, pode-se dizer que as normas do primeiro grupo são aplicáveis direta, imediata e integralmente, sem que necessitem de qualquer disposição legislativa para produzirem os efeitos desejados pelo constituinte. No extremo oposto situam-se as normas do terceiro grupo, que são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porquanto carentes da obra do legislador para que desenvolvam sua eficácia. Por fim, as normas do segundo grupo, as de eficácia contida, coincidem com as de eficácia plena, no que são aplicáveis direta e imediatamente. Todavia, essa aplicabilidade não é integral, porquanto passível de restrição ou de regulamentação por parte do legislador⁵⁷.

55 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 128-129.

56 A título meramente ilustrativo, cf. ADPF 130, rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 06.11.2009; ADI 3965, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJ 30.03.2012; MI 2411 AgR, rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJ 27.08.2014; RE 569441, rel. Min. Dias Toffoli, relator p/ Acórdão: Min. Teori Zavasci, Tribunal Pleno, DJ 10.02.2015.

57 SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 82-83.

Conforme a doutrina de José Afonso, o critério decisivo para a identificação da eficácia de cada norma constitucional está no exame do grau de densidade semântica do texto que a consagra⁵⁸. Um critério gramatical, por certo, mas deduzido a partir do sistema constitucional.

Como estão sujeitas a intervenções do legislador, as normas de eficácia contida e de eficácia limitada mencionam, em seus enunciados, a necessária edição de lei ordinária ou complementar ulterior, seja para restringir sua eficácia (no primeiro caso), seja para ampliá-la (no segundo caso). Exemplo clássico de norma contida é extraível do art. 5º, XIII, segundo o qual “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Aqui, a liberdade de exercício profissional é plena, mas pode ser posteriormente contida pelo legislador⁵⁹. Já o art. 25, § 3º, da Constituição afirma que “os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões”. Tem-se aqui norma de eficácia limitada, porque do enunciado constitucional não se pode extrair norma plena e imediatamente aplicável⁶⁰.

O mesmo não ocorre no caso das normas de eficácia plena, que independem da edição de qualquer lei para produzirem seus efeitos. É, por exemplo, o caso da norma que se extrai do art. 145, § 2º, da Constituição: “as taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos”. Vê-se que o enunciado possui densidade suficiente para a produção plena e imediata de todos os seus efeitos, não estando sujeita a restrições por parte do legislador⁶¹.

58 A síntese é de SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. *Direito Constitucional – teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 370.

59 SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 106.

60 Op. cit, p. 127-128.

61 Ibidem, p. 100.

A partir desse critério, José Afonso enumera os caracteres que nos permitem identificar as normas de eficácia plena⁶²:

Em suma, como já acenamos anteriormente, são de eficácia plena as normas constitucionais que: **a)** contenham **vedações** ou **proibições**; **b)** confirmam **isenções**, **imunidades** e **prerrogativas**; **c)** não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; **d)** não indiquem processos especiais de sua execução; **e)** não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nele regulados.

Pois bem. No caso do art. 76-A, p.u., inc. V, do ADCT temos claramente uma norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral. Convém reproduzir novamente o seu teor, naquilo que nos interessa:

Art. 76-A. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) das receitas dos Estados e do Distrito Federal relativas a impostos, taxas e multas, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais, e outras receitas correntes.

Parágrafo único. Excetua-se da desvinculação de que trata o caput:

(...)

V - fundos instituídos pelo Poder Judiciário, pelos Tribunais de Contas, pelo Ministério Público, pelas Defensorias Públicas e pelas Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal.

Como se pode concluir de sua leitura, o art. 76-A, parágrafo único e inc. V, do ADCT preenche **todas** as condições apontadas por José Afonso

62 Ibidem, p. 101.

para a produção plena, direta imediata e integral de efeitos jurídicos: **a)** contém vedação; **b)** confere prerrogativa a entidades; **c)** não designa qualquer órgão para executar a ação vedada; **d)** não indica qualquer processo especial para que se implemente a vedação e, por fim, **e)** não exige a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo.

Assim, por se tratar de norma de eficácia plena, que o constituinte ambicionou proteger contra a intervenção do legislador, não mais é permitido à Lei Estadual n. 14.234/2003 dispor sobre o assunto, muito menos naqueles termos empregados nos parágrafos 1º e 2º do art. 2º, que reduzem ao mínimo uma eficácia que deveria ser máxima⁶³.

3.4. Critério teleológico

O critério teleológico, por seu turno, outorga ao hermeneuta a tarefa de delimitar o alcance da norma a partir de sua finalidade precípua. De tão importante, encontra respaldo expresso no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), segundo o qual “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. O processo teleológico, ao revelar os *fins*, auxilia o intérprete a compreender e a desenvolver os *meios* adequados à efetivação da norma⁶⁴, evitando que o excesso de apego ao texto conduza à injustiça, à fraude ou

63 Para além da eficácia normativa do art. 76-A do ADCT, trata-se de corolário do princípio da força normativa da Constituição, segundo o qual, “na resolução dos problemas jurídico-constitucionais [deve] ser dada a preferência àqueles pontos de vista que, sob os respectivos pressupostos, proporcionem às normas da Constituição força de efeito ótimo”. A lição destacada, de autoria do alemão Konrad Hesse, foi colhida de SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. *Direito Constitucional – teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 440.

64 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 152.

ao ridículo⁶⁵. Assim, embora todas as demais ferramentas hermenêuticas também persigam o escopo da norma interpretada, é o critério teleológico o mais vocacionado a ressignificar os enunciados normativos, conferindo-lhes certa ductilidade em prol do bem jurídico protegido.

A finalidade imediata do art. 76-A, p.u., inc. V, do ADCT, como sobressai claramente do próprio texto constitucional, é a proteção dos fundos ali mencionados contra a desvinculação de receitas dos Estados e Distrito Federal, operada automaticamente pelo *caput* do dispositivo transitório, no montante de 30% (trinta por cento) das receitas relativas a impostos, taxas e multas, já instituídos ou que vierem a ser criados até 31/12/2023, seus adicionais e respectivos acréscimos legais, e outras receitas correntes. Essa é a sua finalidade direta, isto é, a que dispensa qualquer intelecção para além do texto em si. Mas qual seria a sua finalidade mediata? Em outras palavras: quais seriam os bens jurídicos tutelados pela norma?

O fundo especial, como já vimos, busca promover um destaque no sistema de administração financeira e orçamentária, de modo que certas fontes de receitas sejam geridas à parte e permaneçam vinculadas a missões ou interesses públicos previamente estabelecidos na norma de regência. Quanto atrelado a algum órgão ou ente público, o fundo especial tem por propósito básico incrementar a autonomia financeira dos destinatários, dotando-os de meios adequados para a consecução das tarefas que lhes competem, de modo que possam ser desempenhadas com a eficiência e a independência necessárias⁶⁶. Vale ressaltar que a administração de

65 É o caso da mulher que, para cumprir uma norma que a impede de *ver* seu amante, decide recebê-lo na mais absoluta escuridão. A anedota é atribuída por Luís Roberto Barroso ao ex-Ministro do STF Luiz Gallotti, inspirado em obra de Stendhal. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 120.

66 É a lição de CONTI, José Mauricio. *A autonomia financeira do poder judiciário*. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 142: “A autonomia financeira é de fundamental importância. Não é exagero dizer que, sem ela, não há autonomia alguma. Sem recursos para se manter,

fundos especiais é apenas um dos possíveis mecanismos de garantia da autonomia financeira⁶⁷.

A autonomia financeira admite gradações. Assim, ensina José Mauricio CONTI, “há desde situações em que se constata haver elevado grau de autonomia financeira, outras em que esta autonomia é razoável, até aquelas em que há autonomia financeira mínima”⁶⁸. Ainda segundo Conti, o grau máximo de autonomia se identifica com o que o jurista lusitano SOUSA FRANCO denomina de “independência orçamental”, atributo que, no Brasil, não socorre nem mesmo o Poder Judiciário, tendo em vista os princípios orçamentários da unidade e da universalidade⁶⁹.

Por evidente, a autonomia financeira tem caráter instrumental, servindo a um bem maior, que não se esgota no entesouramento de recursos em si. Aliás, é justamente a partir desse bem maior que se mensura o grau da autonomia financeira adequado para o órgão ou ente beneficiário. Órgãos públicos subordinados, incumbidos da mera execução administrativa, carecem de menos autonomia financeira que órgãos superiores, responsáveis por tarefas mais relevantes ou sensíveis no quadro estatal. É nesse contexto que se insere a autonomia, agora

as entidades estão fadadas ao fracasso. Não poderão exercer as funções que lhes competem e passarão a depender de terceiros para financiar suas atividades, circunstância que aniquila todo e qualquer poder autônomo que se lhes atribua”.

67 A autonomia financeira poderia ser assegurada, por exemplo, por meio de transferências constitucionais obrigatórias ou participação na receita. Cf. *ibidem*, p. 146.

68 *Ibidem*, p. 144.

69 *Ibidem*, p. 145. Os princípios citados pelo autor, quando lidos em conjunto, reclamam a existência de um único sistema orçamentário, que congregue todas as receitas e despesas públicas (arts. 165, § 5º, da Constituição e art. 2º da Lei n. 4.320/1964). Não se confundem tais princípios com o da unidade de tesouraria (art. 56 da Lei n. 4.320/1964), que admite caixas separados para a administração dos recursos financeiros (caso dos fundos especiais, como já visto).

constitucionalizada, dos fundos pertencentes às Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal.

As Procuradorias-Gerais dos Estados, como reconheceu o próprio STF no julgamento da ADI 4.843, participam da rede de órgãos destinados ao controle da Administração Pública, tarefa que evidentemente requer alto grau de autonomia em relação aos órgãos e agentes públicos controlados. Se assim não fosse, o resultado prático dessas Instituições seria nulo ou prescindível⁷⁰. Trata-se da mesma razão que parcialmente inspira a tutela dos fundos pertencentes aos demais órgãos citados no dispositivo constitucional. Em larga medida, todos eles efetuam o controle da Administração, ainda que por vias diversas: fiscalização orçamentária e financeira, no caso dos Tribunais de Contas; remédios constitucionais e ações coletivas, no caso de Judiciário, Ministério Público e Defensorias Públicas; controle interno, no caso das Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal⁷¹.

O controle da Administração, ressaltemos, não é uma atividade qualquer. Guarda relação direta com os valores e princípios mais altaneiros da Constituição, tais como a democracia, o republicanismo, a moralidade administrativa e a separação de poderes. Em apoio à democracia, o controle institucional, levado a efeito pelos referidos órgãos, suplementa a vontade popular expressa nas urnas, constringendo os governantes a cumprir suas promessas de campanha. Como emanção do princípio republicano, a atividade de controle enfrenta privilégios, combate a ilegalidade e defende a coisa pública (*res publica*). Em resguardo à moralidade, coíbe decisões ilegítimas e ímprobos. Além disso, mostra-se indispensável para

70 Em sentido semelhante, a respeito dos órgãos de controle interno mencionados no art. 74 da Constituição, v. Acórdão TCU n. 1074/2009, Plenário, rel. Min. Weder de Oliveira.

71 Sobre a abrangência do controle da Administração e suas ferramentas típicas, acima citadas, cf. e.g. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 1111-1213.

a contenção do arbítrio governamental, essência da noção de *checks and balances* embutida no conceito de separação de poderes.

Como se não bastasse, as Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal exercem papel fundamental na higidez financeira da Administração Pública como um todo, na medida em que exercem o monopólio da cobrança judicial da dívida ativa⁷².

Do ponto de vista financeiro, portanto, a autonomia propiciada pelos fundos das Procuradorias-Gerais dos Estados justifica-se na exata medida em que lhes permita manter ou expandir suas relevantes atividades em fluxo regular, precavendo-se contra medidas prejudiciais por parte da Administração central. Aliás, não se trata de hipótese laboratorial: em 2016, ao examinar as Contas de Governo do Estado do exercício anterior, o próprio Tribunal de Contas do Estado do Paraná censurou a Secretaria de Estado da Fazenda por reter ilegalmente recursos pertencentes ao FEPGE, ignorando sua natureza de fundo especial de natureza contábil⁷³. Esse exemplo ilustra de maneira clara a necessidade de conferirmos eficácia robusta ao art. 76-A, p.u., inc. V, do ADCT.

Vista desse modo, a partir dos fins que busca alcançar, a norma constitucional em tela não abre espaço a interpretações reducionistas.

Ora, recordemos que a Lei Complementar n. 181/2014, ao modificar a Lei Estadual n. 14.234/2003, não só pretendeu obrigar o repasse de superávites financeiros do FEPGE ao Tesouro como também quis estipular uma espécie de “teto de gastos” sobre as receitas próprias do Fundo, obrigando-o a produzir superávites financeiros artificiais⁷⁴.

72 Não à toa, trata-se de uma das finalidades do FEPGE expressas no art. 2º, caput, da Lei Estadual n. 14.234/2003.

73 Cf. Acórdão de Parecer Prévio n. 223/2016 – Tribunal Pleno, item 11.2, p. 94/96. Disponível em: <<http://www3.tce.pr.gov.br/contasdogoverno/2015/pdfs/acordaoParecer.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

74 Cf. nota 3.

Antes da Emenda n. 93/2016, o dispositivo legal em questão até poderia ser defensável. Com o advento do art. 76-A do ADCT, contudo, já não se pode dizer o mesmo, pois a finalidade da norma constitucional é justamente reforçar a autonomia financeira de instituições essenciais à Justiça e ao controle democrático, caso das Procuradorias-Gerais dos Estados.

Imaginemos a seguinte situação: em novembro de 2016, o FEPGE arrecada receita corrente, proveniente de honorários sucumbenciais, no valor de R\$ 13.000.000,00 (treze milhões de reais). Segundo a Emenda Constitucional n. 93/2016, essa receita encontra-se totalmente protegida contra a DRE. No entanto, para os defensores da Lei Complementar n. 181/2014, poderia uma lei estadual forçar o Fundo a gastar somente 70% da referida receita, obrigando-o, ainda, a transferir ao Tesouro o superávit apurado em balanço, após o encerramento do exercício, pouco tempo depois. Isto é: por meio de um diploma local subalterno, obter-se-ia o mesmo efeito prático coibido pela Constituição, apenas com um mero diferimento temporal e sob outra nomenclatura (em vez de desvinculação, transferência de superávit financeiro). A pretexto de cumprir uma lei estadual, ofenderíamos o telos da própria Constituição, norma de hierarquia superior no ordenamento jurídico.

Assim, considerando a argumentação integral deste trabalho, desde 1º de janeiro de 2016, data a partir da qual a Emenda produz seus efeitos⁷⁵, não é dado ao Poder Executivo e nem mesmo ao legislador criar ou manter mecanismos de desvinculação de receitas e superávites financeiros em prejuízo de fundos instituídos pelas Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal. Em rigor, a Emenda Constitucional n. 93/2016, ao introduzir o art. 76-A no corpo do ADCT, suspendeu, até 31/12/2013, a eficácia do art. 2º, §§ 1º e 2º, do diploma estadual analisado.

75 Cf. o art. 3º da Emenda n. 93/16.

Por fim, observamos que o art. 2º, § 2º, da Lei Estadual n. 14.234/2003, com redação dada pela Lei Complementar n. 181/2014, é inteiramente despido de base constitucional no que pretende imputar ato de improbidade ao gestor que não promova a transferência de superávit financeiro do FEPGE ao Tesouro. É que, além dos óbices trazidos pelo art. 76-A do ADCT, a criação de hipótese nova de ato de improbidade compete ao legislador federal em caráter exclusivo⁷⁶.

4. CONCLUSÕES

Face ao exposto, concluímos o seguinte:

I) A interpretação adequada do art. 76-A, parágrafo único e inciso V, do ADCT é no sentido de que os fundos pertencentes às Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal estão protegidos contra a desvinculação de receitas, abrangidos eventuais superávites financeiros, independentemente do disposto na legislação estadual;

II) A conclusão registrada no **item I** decorre dos critérios de interpretação tradicionalmente acolhidos na doutrina, a saber:

a) Critério histórico:

i) Porque promulgada há pouco tempo pelos atuais representantes do povo no Congresso Nacional, a Emenda Constitucional n. 93/2016, responsável por inserir o art. 76-A no ADCT, goza de legitimidade democrática reforçada, a ser devidamente aquilatada pelo intérprete;

76 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1060-1061.

ii) A análise da evolução histórica do mecanismo da desvinculação de receitas, desde a instituição pioneira do Fundo Social de Emergência (FSE), mostra que o Constituinte sempre conferiu regime jurídico exorbitante ou excepcional a essa ferramenta, passando ao largo das normas gerais ordinariamente aplicáveis, que poderiam frustrar suas finalidades (e.g. art. 73 da Lei n. 4.320/1964);

iii) Paralelamente, pode-se dizer que a Emenda Constitucional n. 93/2016 representa um passo a mais de um paulatino e coerente processo de mutação constitucional rumo ao reforço dos órgãos de controle democrático, em consonância com a opinião pública majoritária e com respaldo da Suprema Corte;

iv) O exame dos trabalhos parlamentares referentes à PEC n. 0/2015, germen da Emenda Constitucional n. 93/2016, não revela qualquer controvérsia ou debate público entre os parlamentares votantes quanto à legitimidade do art. 76-A do ADCT ou quanto à lista de órgãos contemplados no inciso V de seu parágrafo único, a sugerir amplo consenso democrático sobre a matéria;

b) Critério gramatical:

i) O art. 76-A do ADCT adota conceitos amplos de vinculação e desvinculação, o que se comprova pela abrangência, em seu parágrafo único, tanto de vinculações próprias (inciso V) quanto de vinculações impróprias (inciso I), também conhecidas como gastos obrigatórios anuais. No caso de vinculações próprias, tal como a aplicável ao FEPGE, a distinção entre receita e superávit é irrelevante, pois a presunção do ordenamento jurídico brasileiro, não elidida pela Emenda n. 93/2016, é no sentido de que a vinculação própria há de prevalecer “ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso” (art. 8º, p.u. da Lei de Responsabilidade Fiscal). Vale recordar que os recursos superavitários nada mais são do que receitas apuradas em exercícios pretéritos;

ii) Ao empregar o vocábulo “fundo” em vez de utilizar um sinônimo de fluxo financeiro, o Constituinte distinguiu o inciso V dos demais incisos do art. 76-A, parágrafo único, do ADCT. Com isso, pretendeu tutelar os próprios fundos instituídos pelas Procuradorias-Gerais dos Estados, sem qualquer discriminação quanto à natureza dos itens que compõem sua disponibilidade financeira (inclusive superávites financeiros).

iii) Ademais, como o conceito de fundo traz em si a ideia de gestão autônoma dos recursos, o Constituinte elevou a autonomia do FEPGE ao patamar de garantia institucional hostil a disposições legais diversas, a exemplo do art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei Estadual n. 14.234/2003, com redação dada pela Lei Complementar n. 181/2014;

c) Crítério lógico-sistemático:

i) Sob o prisma lógico, a exorbitância do regime jurídico da DRE, tal como apontada na análise do critério histórico, estende-se à vedação contida no inciso V do art. 76-A, parágrafo único, do ADCT. É que, se o regime mais restritivo dos diplomas complementares não se aplica à desvinculação em si, com muito mais razão não se impõe aos casos que o próprio constituinte desejou preservar contra a desvinculação por ele determinada. Por tal motivo, não se aplica ao caso a desvinculação de superávit autorizada excepcionalmente pelo art. 73 da Lei n. 4.320/1964;

ii) O critério sistemático também comprova que o inciso V do art. 76-A, parágrafo único, do ADCT possui natureza de norma constitucional de eficácia plena, direta, imediata e integral, não deixando qualquer espaço para atuação restritiva ou regulamentar por parte do legislador;

d) Crítério teleológico:

i) Sob o prisma teleológico, o art. 76-A do ADCT, no inciso V de seu parágrafo único, tem o escopo de incrementar a autonomia financeira dos fundos instituídos pelos órgãos de controle da Administração Pública ali citados, priorizando, assim, os valores e princípios constitucionais

subjacentes a sua atuação (democracia, republicanismo, moralidade administrativa e separação de poderes). Por via de consequência, de nada valeria o dispositivo transitório se ao legislador estadual fosse dado desvincular, por conta própria e sem limites, as receitas e consectários financeiros arrecadados e pertencentes ao FEPGE;

III) Diante dos argumentos registrados acima, a eficácia do art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar n. 181/2014 encontra-se suspensa desde 1º de janeiro de 2016, data de início do regime excepcional previsto na Emenda Constitucional n. 93/2016.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Federalismo, isonomia e segurança jurídica: inconstitucionalidade das alterações na distribuição de royalties do petróleo*. Consulta formulada pelo Estado do Rio de Janeiro. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, André Castro. Direito Constitucional Financeiro e Direito Orçamentário Substantivo. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coords.) *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 41-79.

_____. *Vinculação de receitas públicas e princípio da não afetação: usos e mitigações*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CONTI, José Mauricio. *Federalismo fiscal e fundos de participação*. São Paulo: Juarez de Oliveira Ed., 2001.

_____. *A autonomia financeira do Poder Judiciário*. São Paulo: MP Editora, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PINTO, Élida Graziane. Seis vezes DRU: flexibilidade orçamentária ou esvaziamento de direitos sociais? *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, 2008, p. 511-537.

NUNES, Cleucio Santos. Arts. 71 a 74. In: CONTI, José Mauricio (org.). *Orçamentos Públicos: a Lei 4.320/1964 comentada*. 3. ed. São Paulo: Editora RT, p. 235-257.

REIS, Heraldo da Costa; MACHADO JR., J. Teixeira. *A Lei 4.320 comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 32. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2008.

SANCHES, Osvaldo Maldonado. Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 39, n. 154, abr./jun. 2002, p. 269-299.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. *Direito Constitucional – teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

SCAFF, Fernando Facury. Direitos humanos e a desvinculação das receitas da União. *Revista de Direito Administrativo*, v. 236, 2004, p. 33-50.

SECRETARIA DO TESOUREIRO NACIONAL. *Manual de contabilidade aplicada ao setor público*. 7. ed., Brasília, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Virgílio Afonso da Silva. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIREITO
DO ESTADO
EM DEBATE

EDIÇÃO ESPECIAL SOBRE
ADVOCACIA PÚBLICA

REVISTA JURÍDICA
DA PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DO PARANÁ

2011

A Revista Direito do Estado em Debate é uma publicação da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná destinada a fomentar o debate, no meio jurídico, de temas relacionados ao Direito do Estado em toda a sua amplitude.

A dinâmica do Direito do Estado e a incessante produção legislativa pátria reclamam, sempre, novos espaços para a divulgação de temas e cenários do cotidiano jurídico brasileiro. A Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, por meio desta Revista, também cumpre importante parcela de sua função institucional, ao franquear a publicação de artigos, pareceres, jurisprudência comentada e verbetes de autoria de representantes das diversas carreiras jurídicas existentes no país, selecionados pelo sistema de pares e *double blind peer review*.

O leitor, cioso da imprescindibilidade da investigação cuidadosa do Direito e da atualização constante, certamente terá à frente temas essenciais para formar suas conclusões sobre os rumos do Direito do Estado no país.

Tradicionalmente, a Revista publica artigos que abordam um conjunto variado de questões do Direito de Estado. Este ano, no entanto, optou-se por uma edição especial sobre Advocacia Pública. Foram selecionados nove artigos sobre diversos aspectos relacionados ao tema: das controvérsias interpretativas entre Advocacia de Estado e Tribunais de Contas às discussões sobre o *métier* do advogado público, como o uso inadequado do controle de ponto para o monitoramento de suas atividades.



Procuradoria-Geral do Estado do Paraná

Rua Paula Gomes, 145 - São Francisco - CEP 80510-070 - Curitiba - PR

Tel. (41) 3281-6300

www.pge.pr.gov.br