
DA NECESSÁRIA EXCLUSIVIDADE DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PÚBLICA POR ADVOGADOS PÚBLICOS

**OF THE NECESSARY EXCLUSIVITY OF THE EXERCISE OF STATE
ADVOCACY PUBLIC ATTORNEYS**

Janaina Noletto Soares Castelo Branco

*Mestre e Doutoranda em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará.
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília. Professora Adjunta de
Direito Processual Civil da Universidade Federal do Ceará. Procuradora Federal.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O modelo italiano de Advocacia Pública: *Avvocatura dello Stato*; 2 A inconstitucionalidade da não exclusividade das funções de Advocacia Pública pelos advogados públicos de carreira; 3 Análise das situações que supostamente autorizariam a contratação de advogados privados para prestar serviços ao ente estatal; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo, após breve abordagem acerca do modelo de Advocacia Pública italiano (*Avvocatura dello Stato*), passa à análise da importância da exclusividade do exercício da Advocacia Pública por advogados públicos e da estruturação da Advocacia Pública brasileira, em todos os níveis (federal, estadual e municipal) em organizações compostas por membros efetivos selecionados mediante concurso de provas e títulos.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Pública. Exclusividade.

ABSTRACT: This research paper, afterward a concise approach on the Italian State Advocacy model (*Avvocatura dello Stato*), proceeds on the analysis of the importance of the practice of Public Advocacy exclusively by public attorneys and the structuring of Brazilian State Advocacy at all levels (federal, State and municipal) with organizations composed of lifelong public officers selected through a competitive examination of grades and titles.

KEYWORD: State's Attorney. Exclusivity.

INTRODUÇÃO

Recentemente, estivemos vários membros da Advocacia-Geral da União em curso promovido pela Escola da Advocacia-Geral da União e pela Universidade de Roma – *Tor Vergata*, para estudos acerca do processo civil italiano e suas semelhanças com o brasileiro (colocar rodapé como nome do curso). Em visita à sede da Advocacia de Estado italiana (*Avvocatura dello Stato*), pudemos observar o alto grau de especialização e a excelente estrutura de que gozam seus membros.

Segundo dados apresentados pelo Advogado-Geral Oscar Fiumara em painel intitulado “A AGU e a representação jurídica internacional de Estado: o modelo da Itália”, no Seminário Brasileiro sobre a Advocacia Pública Federal, em 2007, a Advocacia-Geral do Estado italiano tem sua sede geral em Roma e 25 sedes distritais. A instituição conta com cerca de 370 advogados e 1000 empregados administrativos. A cada ano são tratadas, aproximadamente, 200 mil novas causas, com um percentual médio de vitória entre 65 e 70%.¹ Sem dúvida, e isso se justifica pelo tamanho da máquina estatal brasileira, a Advocacia-Geral da União possui números bem mais expressivos.

No presente artigo, após breve análise de aspectos da *Avvocatura dello Stato*, na Itália, dentre os quais a exclusividade da representação judicial por advogados públicos, focar-se na análise dos malefícios da não adoção integral de tal regra no nosso sistema.

1 O MODELO ITALIANO DE ADVOCACIA PÚBLICA: AVVOCATURA DELLO STATO

O modelo de Advocacia Pública na Itália muito se assemelha ao brasileiro em amplitude de atuação. Seus membros atuam amplamente em todas as frentes de atuação do Estado, tanto na função postulatória da Advocacia Pública (representação), como na função preventiva² (consultoria jurídica). Prestam assessoramento na esfera legislativa e atuam na conciliação dos conflitos que envolvem o ente estatal:

[...], nel nostro ordinamento, l'Avvocatura dello Stato è deputata per legge, in via generale, al compito de provvedere alla tutela legale

1 Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/76770>. Acesso em: 29 jan. 2017. “Advogado-geral da Itália apresenta as semelhanças entre a AGU e a advocacia pública italiana”

2 Para Claudio Madureira, há uma terceira função típica da Administração Pública, extraível do exercício das duas primeiras, que seria o controle interno da juridicidade do agir administrativo: “Os advogados públicos, quando exercem a consultoria jurídica e o contencioso judicial, realizam, então, uma terceira atividade típica, que consiste no controle da aplicação do direito pela Administração Pública. (MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 109).

dei diritti e degli interessi dello Stato, di rispondere alla richiesta de consultazione di tutte le Amministrazioni statali e ‘di consigliarle e dirigerle quando si tratti di promuovere, contestare o abbandonare guidizi; esamina progetti di legge, di regolamenti, di capitoli redatti dalle Amministrazioni, qualora ne sia richiesta; predispone transazioni d’accordo con le Amministrazioni interessate o esprime parere sugli atti di transazione redatti dalle Amministrazioni: prepara contratti o suggerisce provvedimenti intorno a reclami o questioni mossi amministrativamente che possano dar materia di litigio’ (art. 13, r.d. 30.10.1933, n. 1611)³.

Na forma de investidura de seus membros, também há algumas semelhanças. O acesso também se faz por concurso público. Quanto à estrutura da carreira, naquele sistema há dois cargos: Procurador do Estado e Advogado do Estado. Estão aptos a concorrer ao primeiro os cidadãos com menos de 40 anos com bacharelado em Direito. Ao segundo, somente podem concorrer determinados profissionais, dentre os quais procuradores com ao menos dois anos de antiguidade. Portanto, não há acesso ao cargo de Advogado do Estado pelos Procuradores do Estado sem novo concurso público. A mera antiguidade no cargo de Procurador não dá caminho automático ao cargo de Advogado.

I Procuratori e gli Avvocati dello Stato sono nominati attraverso concorso. Al primo concorso possono partecipare i cittadini italiani con meno di quarenta anni di età, che abbiano conseguito il diploma di laurea in giurisprudenza. Possono partecipare al concorso da Avvocato dello Stato: i Procuratori con almeno due anni di anzianità; i Magistrati ordinari e militari che abbiano conseguito la nomina a Magistrato di tribunale; i Magistrati amministrativi; gli avvocati del libero foro con sei anni di anzianità; i dipendenti pubblici con cinque anni di servizio nella carriera direttiva e i professori universitari di materie giuridiche.⁴

O mandato dos advogados públicos na Itália, assim como no Brasil, é *ex lege*⁵. Também, como no sistema pátrio, há uma atuação una da instituição, não havendo que se falar em procurador/advogado natural. Há fungibilidade em juízo dos advogados e procuradores⁶. Noutras palavras, o advogado

3 BRUNI, Alessandra; PALATIELLO, Giovanni. *La difesa dello Stato nel processo*. Turim: UTET Giuridica, 2016.

4 *Ibidem*, p. 39.

5 “L’Avvocatura dello Stato è dunque dotata ex lege del mandato necessario ed irrevocabile di rappresentanza e difesa in giudizio delle Amministrazioni statali e di quelle assimilate”. (*idem*, p. 51).

6 “Altra peculiarità che contraddistingue la difesa erariale è la unitarietà e, quindi, la fungibilità in giudizio degli Avvocati e Procuratori dello Stato: l’art. 1, 1° co., r.d. n. 1611/1933 statuisce, in termini di generalità, che la rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato spetta all’Avvocatura dello Stato, non già ai singoli

que peticiona em determinado processo não precisa necessariamente ser o que atuará nas demais fases processuais, não havendo uma vinculação do mesmo a determinado juízo.

Todavia, no que diz respeito ao julgamento do ente público, há uma distinção significativa do modelo italiano para o brasileiro no que diz respeito à esfera contenciosa, tendo em vista que a Itália adota o modelo de justiça administrativa, sendo o Estado geralmente demandado perante uma organização distinta do Poder Judiciário. Em outras palavras, trata-se de uma justiça própria para julgar os atos da Administração. Veda-se aos órgãos de justiça comum o exame das questões relativas aos atos da Administração Pública. Os órgãos da justiça administrativa podem analisar tanto a legitimidade como o mérito do ato administrativo. Na jurisdição de mérito, o tribunal administrativo é investido de poder administrativo, podendo mesmo substituir ou reformar o ato administrativo, obviamente com observância de todo o arcabouço normativo que cerca a Administração Pública⁷. Nesse modelo, o Conselho de Estado é um órgão supremo de consultoria e de jurisdição administrativa do Estado. No Brasil, o ente estatal não só pode ser processado perante o Poder Judiciário, como é o seu maior cliente.

A atuação dos advogados do Estado italianos ocorre em todas as jurisdições nacionais. Portanto, nas excepcionais situações em que o Estado está presente na jurisdição comum, são os advogados de Estado que lá atuam. Ou seja, em todas as esferas (consultivo, justiça administrativa e justiça comum) atua o advogado público italiano.

É de ressaltar-se que a Advocacia de Estado italiana possui a exclusividade da representação e defesa em juízo da Administração Pública⁸. No Brasil, principalmente na esfera municipal, ainda é comum a contratação de advogados privados, o que compromete seriamente a defesa do interesse público. E mesmo a nível federal e estadual, não é incomum a nomeação de advogados de fora da carreira para o exercício de cargos comissionados.

2 A INCONSTITUCIONALIDADE DA NÃO EXCLUSIVIDADE DAS FUNÇÕES DE ADVOCACIA PÚBLICA PELOS ADVOGADOS PÚBLICOS DE CARREIRA

Avvocati o Procuratori dello Stato.” (“L’Avvocatura dello Stato è dunque dotata ex lege del mandato necessario ed irrevocabile di rappresentanza e difesa in giudizio delle Amministrazioni statali e di quelle assimilate”. (ibidem, p. 51).

7 Cf. SOARES, José de Ribamar Barreiros. *A justiça administrativa no direito comparado*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/721/r152-04.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

8 “[...] all’Avvocatura dello Stato è affidata, in via ‘organica’ e ‘esclusiva’, la rappresentanza e difesa in giudizio delle Amministrazioni statali, anche se organizzate ad ordinamento autonomo (art. 1, r.d. 30.10.1933, n. 1611) [...]” (Op. cit., p. 45).

A Constituição de 1988 previu, em seus arts. 132 e 133, que a Advocacia Pública – função essencial à justiça – seria exercida por órgãos especificamente criados para este fim. Previu ainda a regra do concurso público para ingresso na carreira em âmbito federal (art. 131, §2º) e estadual/distrital (art. 132, caput¹⁰). Nada referiu o constituinte acerca dos procuradores municipais, donde se interpretar que foi autorizada constitucionalmente a contratação de advogados privados pelos municípios, o que não procede.

Ora, a regra, na Administração Pública, de acordo com o art. 37, inciso II, CF, é a do concurso público¹¹. A exceção é a contratação de profissionais sem concurso, admissível apenas em situações bem específicas. Os advogados públicos são, portanto, componentes de carreiras públicas.

Atualmente pende de análise no Supremo Tribunal Federal proposta de súmula vinculante feita pela União dos Advogados Públicos Federais do Brasil – UNAFE – com a seguinte redação: “*O exercício das funções da Advocacia Pública, na União, nos Estados e nos Municípios, nestes onde houver, constitui atividade exclusiva dos advogados públicos efetivos a teor dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988*”.

A exclusividade de atuação de advogados públicos na representação do Estado é medida que se impõe em atendimento ao texto constitucional. A consolidação da Advocacia Pública como Advocacia de Estado impescinde do reconhecimento de tal exclusividade de atuação, de modo a evitar que o governo, por meio de cargos comissionados ou contratação ordinária de advogados privados, acabe por pautar o controle da juridicidade da Administração, ou seja, o controle dele próprio e de suas políticas. A instituição Advocacia Pública, totalmente apartidária e comprometida exclusivamente com a preservação da juridicidade dos atos estatais, não pode estar à mercê de chefias escolhidas pelos governantes da situação. Governos e governantes passam, mas a Advocacia Pública é permanente.

Portanto, é salutar a aprovação da PSV 18, que vinculará a Administração Pública, impedindo a contratação de profissionais de fora da Advocacia Pública para exercícios das funções que lhe são próprias.

9 Art. 131 [...]

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

10 Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

11 Art. 37 [...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Atualmente encontra-se pronta para deliberação em Plenário no Senado Federal o Projeto de Emenda Constitucional nº 17/2012¹², que visa alterar a redação do art. 132 da Constituição Federal para estender aos Municípios a obrigatoriedade de organizar carreira de procurador (para fins de representação judicial e assessoria jurídica), com ingresso por concurso público com a participação da OAB em todas as suas fases, garantida a estabilidade dos procuradores após 3 anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho. A aprovação da reforma constitucional unificaria o tratamento dado à Advocacia Pública em todas as esferas, constituindo importante avanço institucional.

Contudo, já na atualidade é exigível dos municipais que criem cargos efetivos para provimento via concurso de provas e títulos. Ademais, como ressalta Rony Torres:

A concepção constitucional prevista no inciso II do art. 37 da Constituição Federal exige o provimento desses cargos mediante aprovação prévia em concurso, seja pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios”, pelo que se reputa “impreterível a existência de quadros de carreira, para cumprir tais atribuições.¹³

Talvez a não aprovação do projeto de emenda até a presente deva-se à resistência de municípios com menor capacidade econômica, que alegam a inviabilidade da criação de cargo efetivo de procurador. O argumento, todavia, não se sustenta, pois o projeto não prevê o valor da remuneração do procurador, que obviamente variaria de acordo com a capacidade financeira do ente municipal. Ademais, tais municípios contratam advogados, já havendo, portanto, a despesa com o assessoramento jurídico e a representação judicial. Não se trata pois de despesa nova. Muito provavelmente a resistência em verdade fundamenta-se na perda de controle da Advocacia Pública pela chefia do Executivo, na medida em que o prefeito não teria mais em si centralizada a escolha daquele(s) que orientaria(m) juridicamente a atuação do município.

A consolidação da Advocacia Pública como Advocacia de Estado, e não de governo, passa pela consolidação da carreira em todas as esferas, inclusive na municipal, de modo a que haja uma regulamentação nacional mínima das prerrogativas dos advogados públicos.

Para melhor diferenciar Advocacia de Estado de advocacia de governo, faz-se mister a análise de aspecto prático da atuação do advogado público.

12 Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/105021>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

13 TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. In: *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*, p. 145.

É inequívoco que governos não têm interesse de quitar dívidas de gestões anteriores durante sua gestão, pois tal quitação obviamente suga verba orçamentária, o que inegavelmente impactará na realização das políticas públicas. Nessa toada, não raro o aparato da Advocacia Pública é utilizado para empurrar para futuras gestões o cumprimento de obrigações.

Nem mesmo a defesa de um interesse econômico (de lucro mesmo) da pessoa jurídica de direito público justificaria tal prática, já que, mais cedo ou mais tarde, chegará o momento de cumprir com as obrigações, e o retardamento disso não teria trazido benefícios financeiros ao Estado ou à sociedade, já que são aplicáveis juros e correção monetária¹⁴. Somente o interesse momentâneo de maior disponibilidade orçamentária imediata do grupo político detentor de cargos eletivos justificaria logicamente a inteligência de judicializar potenciais derrotas judiciais.

É aqui que reside a importância da consolidação das procuradorias em todas as esferas como Advocacias de Estado, como carreiras públicas consolidadas e apartadas dos interesses políticos momentâneos, de governos. Somente a consolidação da instituição Advocacia de Estado é capaz de proteger a sociedade e o Estado dos interesses governamentais imediatos.

Incumbe ponderar que a constatação de que a Advocacia de Estado não se confunde com advocacia de governo não pode levar à conclusão de que ao advogado público não cabe a defesa (em juízo e fora dele) dos atos de governo. As políticas públicas adotadas pelo governo eleito pelo povo representam, ao mesmo em teoria, a vontade do povo, o modo como o povo optou por utilizar o escasso orçamento estatal. A defesa de tais políticas é a defesa da vontade popular, pois há uma presunção de legitimidade, na medida em que escolhidas por quem eleito pelo voto popular. A discordância do advogado público com a opção dos representantes do povo é de nenhuma importância, se não houver claro desvio ético e disparidade com a ordem jurídica. Também a opinião pessoal do advogado público, contrária à opinião da instituição a que pertence, não pode guiar sua conduta, sendo necessário que siga as instruções das instâncias que lhe são superiores dentro da Administração Pública. Agir pela prevalência de sua vontade é arbitrário e ofensivo à igualdade e à impessoalidade.

14 "Ademais, o prolongamento do litígio nas causas manifestamente favoráveis ao administrado apenas eternizaria o estado de insegurança jurídica. Nestes casos, nem mesmo o interesse meramente econômico do Estado seria tutelado com a insistência do litígio pois o prolongamento da demanda aumentaria o valor do montante devido, em se tratando de decisões condenatórias contra a Fazenda Pública (FACCI, Lucio Picanço. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o novo CPC. In: *Fazenda Pública*, p. 399).

3 ANÁLISE DAS SITUAÇÕES QUE SUPOSTAMENTE AUTORIZARIAM A CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS PRIVADOS PARA PRESTAR SERVIÇOS AO ENTE ESTATAL

Já antes se concluiu que, por interpretação sistemática da Constituição, também deveriam os municípios criar o cargo de procurador municipal, a ser provido por concurso público de provas e títulos. Mesmo sem que tenha sido aprovada a PEC 17/2012, antes referida, o quadro constitucional atual já apontaria para a exigência de criação de tais cargos pelos entes municipais. Ademais, a desejável consolidação da institucionalização da Advocacia Pública (regime de ingresso na carreira, prerrogativas etc.) impescinde da correção dos desvios que vêm sendo praticados pelos municípios.

A contratação de advogados privados para o exercício da Advocacia Pública em qualquer das esferas é situação lamentosa, que, todavia, sem a necessária criação dos cargos efetivos de procurador municipal mostra-se inafastável. Portanto, somente como medida transitória até a criação legal desses cargos é de admitir-se tal contratação, que, todavia, não dispensa a necessidade de licitação do serviço.

A exigência de licitação é extraída da previsão do art. 25, II¹⁵, da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações). O dispositivo dispõe ser inexigível a licitação para contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13¹⁶, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização. Por sua vez o art. 13, V, da mesma lei elenca o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas como serviço profissional especializado. O §1º do art. 25¹⁷ prescreve ainda o conceito no campo de especialidade da empresa ou profissional decorrente de desempenho anterior, equipe técnica e outros requisitos como indispensáveis para a caracterização da notória especialização. Portanto, *a contrario sensu*, não estando a hipótese

15 Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

16 Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

[...]

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

17 Art. 25 [...]

§ 1o Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato

de contratação do advogado ou escritório prevista na exceção, é de se considerar obrigatório o procedimento licitatório.

O Supremo Tribunal Federal vem entendendo que, diante da especificidade do serviço e da especialização do escritório contratado, não haveria ilegalidade na contratação direta, ou seja, sem procedimento licitatório:

IMPUTAÇÃO DE CRIME DE INEXIGÊNCIA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA. A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado. Incontroversa a especialidade do escritório de advocacia, deve ser considerado singular o serviço de retomada de concessão de saneamento básico do Município de Joinville, diante das circunstâncias do caso concreto. Atendimento dos demais pressupostos para a contratação direta. Denúncia rejeitada por falta de justa causa”. (STF, Inq 3074-SC, Primeira Turma, Relator Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 26/08/14, DJe 193, de 02/10/2014)¹⁸.

Noutro caso semelhante, foi o mesmo o entendimento da Suprema Corte, extraindo-se da ementa do acórdão o seguinte trecho relevante:

[...] 2. As imputações feitas aos dois primeiros denunciados na denúncia, foram de, na condição de prefeita municipal e de procurador geral do município, haverem declarado e homologado indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para contratação de serviços de consultoria em favor da Prefeitura Municipal de Arapiraca/AL. 3. O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuíam notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ilegalidade inexistente. Fato atípico. 4. Não restou, igualmente, demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida, por parte dos réus, a superar a necessidade de realização da licitação. Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento

18 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283074.NUME.+OU+3074.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ztz59tb>>.

licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação (...) (Inq 3077-AL, Pleno, Min. Relator Dias Toffoli, julgado em 29/03/2012, DJe 188, de 24/09/2012)¹⁹.

O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo da mesma forma, ou seja, pela total excepcionalidade da contratação direta, conforme se extrai de trechos da ementa de acórdão recente:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO RECORRIDO. PUBLICAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO NOVO CPC. REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SOBRESTAMENTO. DESNECESSIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇO DE ADVOCACIA PELO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO NO CASO CONCRETO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 3º, 13 E 25 DA LEI DE 8.666/93 E 11 DA LEI DE 8.429/92. EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS. APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL EM PATAMAR MÍNIMO.

[...]

8. Nos termos do art. 13, V c/c art. 25, II, § 1º, da Lei 8.666/1993 é possível a contratação de serviços relativos ao patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas sem procedimento licitatório. Contudo, para tanto, deve haver a notória especialização do prestador de serviço e a singularidade deste. A inexigibilidade é medida de exceção que deve ser interpretada restritivamente.

9. A singularidade envolve casos incomuns e anômalos que demandam mais que a especialização, pois apresentam complexidades que impedem sua resolução por qualquer profissional, ainda que especializado [...]
(STJ, REsp 1505356/MG, Segunda Turma, j. em 10/11/2016, DJe 30/11/2016).

Assim, e como vem sendo aqui defendido, o comando constitucional do art. 37, II, torna exigível a criação de cargos de procurador municipal em todos os municípios, o que afastaria por completo a necessidade de contratação de advogados privados para o exercício da advocacia pública. Todavia, em virtude da não aprovação até o presente momento da PEC 17/2012 somada à exigência legal de procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios por entes públicos, a jurisprudência

¹⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283077.NUME.+OU+3077.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jb5outfu>>.

vem admitindo a legalidade na contratação dos referidos advogados por ato licitatório (ou mesmo seleção simplificada, no caso de contratações temporárias).

Portanto, as considerações aqui feitas sobre a possibilidade excepcional de contratação de advogados públicos levam em consideração o entendimento jurisprudencial e a realidade posta de algumas procuradorias municipais, com evidentes deficiências estruturais e de pessoal. As situações excepcionais de contratação de advogados privados não se aplicam, por exemplo, à Advocacia-Geral da União, já devidamente estruturada.

É mister frisar que, havendo corpo de advogados públicos de carreira, não seria admissível a contratação de serviços privados de advocacia pelo ente público, nem mesmo diante da especificidade da causa e alta especialização dos profissionais privados. A seleção por concurso público tem por objetivo a admissão na carreira dos melhores profissionais com interesse na atividade, o que afastaria qualquer justificativa de contratação de advogados/escritórios privados. Se a Advocacia Pública é, por previsão constitucional, atividade própria de advogados públicos concursados, e sendo o concurso o mecanismo meritocrático de seleção do funcionalismo público, presume-se a qualidade do serviço prestado pelo concursado. Não sendo de qualidade, deve o mesmo ser demitido por ineficiência.

Outra situação excepcional que também não justifica a contratação de advogado privado é a necessidade de atuação em defesa do ente estatal em localidade onde não há procuradoria instalada. Por exemplo, a atuação do município perante o Tribunal de Justiça, situado na capital. Em tese, incumbiria ao município arcar com as despesas de locomoção de seu procurador, que provavelmente não seriam maiores que os honorários de eventual profissional que viesse a ser contratado na capital para a prática do ato. Ademais, por analogia à regra do art. 75, §4º, do CPC/15²⁰, poder-se-ia admitir o convênio entre procuradorias municipais para prática de atos processuais por procuradores de outro município. Outra, todavia, é a situação na qual o município precisa atuar por meio de representante perante os órgãos superiores, para realização de atos como a sustentação oral. Nessa situação, deveria o município analisar a viabilidade orçamentária do envio de seu procurador para fazê-lo.

Cláudio Madureira ressalta ainda um grande inconveniente na contratação de advogados privados pelo ente estatal. A Advocacia Pública exerce controle interno sobre a Administração. Interno porque deveria a

20 Art. 75...

§ 4º Os Estados e o Distrito Federal poderão ajustar compromisso recíproco para prática de ato processual por seus procuradores em favor de outro ente federado, mediante convênio firmado pelas respectivas procuradorias.

Advocacia Pública, por previsão constitucional, ser instituição composta de membros efetivos selecionados por concurso público de provas e títulos. A contratação de advogados privados (de fora dos quadros estatais) altera o controle para externo, havendo, portanto, uma desnaturação do mister constitucional idealizado pelo constituinte:

Todavia, a Constituição da República (arts. 131 e 132), quando disciplinou o exercício dessas atividades típicas no âmbito das unidades federadas, as conferiu, de forma taxativa, aos órgãos de advocacia pública. Além disso, o texto constitucional concebe extenso aparato de controle da atividade administrativa, composto por órgãos externos e internos (art. 70), que induz a realização, no âmbito da Administração Pública, do controle da juridicidade das posturas administrativistas. O exercício das atividades de consultoria e contencioso judicial apresenta-se, nesse contexto, como o instrumento por meio do qual esse controle interno de juridicidade é realizado.

[...] Posto isso, o seu desempenho por advogados contratados ou por escritórios de advocacia, sobretudo se for realizado de forma reiterada, de modo a que esses profissionais assumam por completo a consultoria jurídica e o contencioso judicial dos entes públicos, além de contrariar a opção político-normativa assentada nos arts. 131 e 132 da Constituição, converterá essa atividade de controle, que se supõe controle interno, em controle realizado com auxílio externo, em evidente subversão do regime jurídico concebido pelo constituinte.²¹

Situação peculiar é a das ações em que há interesse de toda a classe de procuradores. A esse respeito, assevera Cláudio Madureira, defendendo a exigibilidade da atuação de advogados estranhos à carreira, que “a contratação teria por fundamento hipotética suspeição do corpo de procuradores, preordenada pelo interesse pessoal da integralidade de seus membros no deslinde da contenda”.²² Nesta específica situação, e para atender o interesse público, é mister cautela para que a imagem da instituição não seja maculada pela suspeita de atuação contra os interesses do ente representado. Todavia, a solução adequada não seria a contratação de procuradores externos, em clara violação ao comando constitucional de organização da Advocacia Pública em carreira. Quando uma ação judicial interessa a toda a Magistratura, a solução encontrada pelo constituinte é a previsão de foro no Supremo Tribunal Federal, como forma de evitar a suspeita de atuação em causa própria das instâncias inferiores (art. 102, I, “n”, CF). Da mesma forma, nas ações que versem sobre interesse de toda a

21 MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. p. 271. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

22 Idem., p. 275.

Advocacia Pública, seja no âmbito pessoal (questões remuneratórias, por exemplo), seja no âmbito institucional (deveres, prerrogativas...), deve a cúpula da instituição tomar para si o acompanhamento da demanda. Tal medida representa um compromisso da instituição com a intransigível atuação em defesa dos interesses do ente público, dever de toda a Advocacia Pública, e que não pode sofrer suspeitas decorrentes da atuação de seus membros em causa que envolva interesses pessoais da carreira.

A atuação perante organismos internacionais para a defesa dos interesses do Poder Público não se mostra por si só como razão para contratação de escritórios ou advogados estrangeiros, salvo em se tratando de país que restrinja a atuação do advogado brasileiro. Neste caso, a atuação do profissional estrangeiro deve ser acompanhada de perto e estrategicamente pensada com os membros da Advocacia Pública.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Advocacia Pública é instituição prevista constitucionalmente para o assessoramento e a representação judicial dos entes públicos. Como organização estatal na qual se ingressa por concurso público de provas e títulos, é um dos agentes de controle interno do Estado.

O Supremo Tribunal Federal entende pela possibilidade de contratação direta (sem licitação) de serviços advocatícios no caso previsto no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, ou seja, quando estiver demonstrada a especialidade do escritório.

A contratação de advogados privados para o exercício da Advocacia Pública é prática inconstitucional, na medida em que é dever dos entes federados a criação de cargos efetivos de advogado público, conforme se infere de uma interpretação sistemática dos arts. 131, 132 e 37, inciso II, da Constituição Federal. A não aprovação até o presente momento da PEC 17/2012, que visa inserir no texto constitucional a previsão expressa de necessidade de criação de cargos públicos de procurador municipal, não é empecilho a que já se exija tal conduta dos municípios, não sendo a questão orçamentária desses entes um entrave, pois já têm na atualidade gastos com a contratação de advogados privados.

Nem mesmo em causas em que haja interesse da categoria de advogados públicos aptos a atuar no feito é admissível a contratação de advogados particulares, sendo suficiente para afastar qualquer suspeita de advocacia contra os interesses do Estado a atuação no caso pela cúpula da instituição, como ocorre, por exemplo, nas ações que visam declarar ilegais movimentos paredistas de membros da Advocacia Pública.

REFERÊNCIAS

BRUNI, Alessandra; PALATIELLO, Giovanni. *La difesa dello Stato nel processo*. Turim: UTET Giuridica, 2016.

FACCI, Lucio Picanço. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o novo CPC. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio (coords.). *Fazenda Pública*. 2. ed. ver., ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2016.

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

SOARES, José de Ribamar Barreiros. *A justiça administrativa no direito comparado*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/721/r152-04.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coord.) *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo horizonte: Fórum, 2009.

