

Outros

O advogado público: sua independência e sua imunidade

Carlos Pessoa de Aquino

O advogado público deve deter sua convicção e sua discricionariedade. Nas suas manifestações, opiniões e pareceres, não estão subordinados à administração pública. É simplesmente o entendimento, a opinião técnica de quem, debruçado sobre os elementos que se lhe chegam, pronuncia-se dentro das suas prerrogativas funcionais.

Na advocacia estatal o referido profissional tem por dever manifestar-se, exercendo tal função, com independência técnica e profissional opinando o que em tese, não sendo plausível que nem por estar jungido ao estado, o advogado perde a sua independência técnica, ficando amarrado a opinião oficial como nos estados totalitários. Imputar a um profissional responsabilidade por eventuais erros, equívocos ou desvirtuamento funcional por este externar livremente sua opinião, é uma condenável forma de censura a uma atividade que deve ser exercida com ampla liberdade, pois, como diz o artigo 18 da Lei 8.906/94 [Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil], a relação de emprego não retira do advogado a sua isenção técnica, nem reduz sua independência profissional. Ao pronunciar-se nos autos administrativos, o procurador está exercendo suas funções, cujo parecer não o vincula a Administração Pública que dele pode discordar, deixando de lhe dar efeitos concretos.

Colocar o parecerista sob a pecha de responsável pelo que quer que seja, sem nenhuma demonstração eloqüente de que tenha contribuído de nenhuma forma para desvirtuamento do propósito a que se referia a consulta a si entregue, é no mínimo *data vênia*, um atentado ao livre exercício profissional, pois a ação do signatário cinge-se tão somente em opinar livremente sobre tema que lhe foi submetido, direito que lhe deve ser sempre assegurado e que em hipótese alguma pode justificar uma sanção de qualquer natureza, até porque, a própria Lei Federal 8.906/94 que é o Estatuto da Advocacia estabelece no seu artigo 2º. parágrafo 3º. que no exercício da profissão o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta Lei.

Eis a Jurisprudência elucidativa acerca da matéria sob análise...

“ADMINISTRATIVO - DISPENSA DE LICITAÇÃO - Urgência e ausência de fraude reconhecidas. Improcedência do pedido anulatório. Apelações providas. Reexame necessário prejudicado. (4fls.) (TJRS - APC 598523801 - 1ª C.Civ. - Rel. Des. Juiz Pedro Luiz Rodrigues Bossle - J. 07.08.2000)”

“PREFEITO MUNICIPAL - Dispensa e inexigibilidade de licitação. Rejeição da denúncia. (TJRS - ACr 698801032 - RS - 4ª C.Crim. - Rel. Des. Vladimir Giacomuzzi - J. 24.09.1998)”

“PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCORRÊNCIA PÚBLICA - IMPUGNAÇÃO DO ATO QUE CONSIDEROU A IMPETRANTE INABILITADA - INOCORRÊNCIA DE MOTIVO FALSO OU INEXISTENTE - 1. Mandado de segurança impetrado no intuito de suspender ato tido por ilegal que inabilitou a impetrante em certame de concorrência pública. 2. Recurso que não impugna, como da leitura das suas razões parece indicar, o edital da licitação, mas, sim, desde a impetração do mandamus, a decisão do presidente do tribunal que a julgou inabilitada para o certame. 3. Insatisfação recursal que ataca a fundamentação e o mérito do ato administrativo. Quanto à motivação. Requisito essencial do ato administrativo atacado é a sua motivação, ocorrida na hipótese. Tanto que a recorrente modifica sua regulamentação neste particular, procurando atacar formalmente o ato porque contrário ao parecer prévio da comissão especial de licitação. Tal parecer não vincula a autoridade, desde que sua decisão seja devidamente fundamentada. Quanto ao mérito. Embora presente a motivação, que é exteriorização das razões que justificam o ato, “não há fugir à conclusão de que o controle dos atos administrativos se estende, inevitavelmente, ao exame dos motivos” (Celso Antônio Bandeira de Melo, in Discricionariedade e Controle Jurisdicional, São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 1996, p. 88), que são os pressupostos fáticos que autorizam ou exigem a prática do ato. Assim sendo, o “mérito” do ato administrativo na espécie está sujeito ao controle jurisdicional, desde que tal possa ser verificado de plano e não importe em dilação probatória, o que só poderia ocorrer nas vias ordinárias, mas não na via estreita do mandamus. 4. Ato hostilizado devida e comprovadamente fundamentado, sem quaisquer vícios ensejadores à nulificação ou retificação. 5. Recurso improvido. (STJ - RO-MS 7772 - RJ - 1ª T. - Rel. Min. José Delgado - DJU 27.09.1999 - p. 45)”

“DENÚNCIA - Paciente que, na qualidade de procuradora do Estado, responde consulta que, em tese, indagava da possibilidade de dispensa de licitação. Denúncia com base no art. 89, da L. 8.666/93. Acusação abusiva. Mero exercício de suas funções, que requer independência técnica e profissional. Não comete crime algum quem, no exercício de seu cargo, emite parecer técnico sobre determinada matéria, ainda que pessoas inescrupulosas possam se locupletar às custas do Estado, utilizando-se desse trabalho. Estas devem ser processadas criminalmente, não aquele. (STJ - RHC 7.165 - RO - 6ª T. - Rel. Min. Anselmo Santiago - DJU 22.06.1998)”

“RHC - DISPENSA DE LICITAÇÃO - PACIENTE QUE, NA QUALIDADE DE PROCURADORA DE ESTADO, RESPONDE CONSULTA QUE, EM TESE, INDAGAVA DA POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO - DENÚNCIA COM BASE NO ART. 89, DA LEI Nº 8.666/93 - ACUSAÇÃO ABUSIVA - MERO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES, QUE REQUER INDEPENDÊNCIA TÉCNICA E PROFISSIONAL - 1. Não comete crime algum quem, no exercício de seu cargo, emite parecer técnico sobre determinada matéria, ainda que pessoas inescrupulosas possam se locupletar às custas do estado, utilizando-se desse trabalho. Estas devem ser processadas criminalmente, não aquele. 2. Recurso provido, para trancar a ação penal contra a paciente. (STJ - RO-HC 7165 - RO - 6ª T. - Rel. Min. Anselmo Santiago - DJU 22.06.1998 - p. 177)”

É dever do profissional da advocacia, proclamar sua independência e sua liberdade na sua relação profissional, pois só subordina-se à sua consciência disciplinada pelas normas éticas. O advogado regula sozinho a sua conduta, cuja probidade, integridade e honestidade integram seu sacerdócio. Pois afinal, existe a distinção feroz entre o advogado habitualmente combativo, o clássico, o defensor apenas no âmbito judicial, e o Battonier, o consultor, assessor jurídico, que se vale de outras armas, de outros métodos de trabalho.

O grande Orlando Gomes prescreve que nesta função, “o advogado dedica-se a pesquisa e preparo de pareceres incisivos nos quais a paixão da síntese e o amor da regra devem acusar indeclinavelmente a sua presença”. Esses novos horizontes do exercício da profissão desconcertam aos que se aperfeiçoam à idéia de que a advocacia se exaure no patrocínio. O contraditório obriga o advogado militante a um trabalho em busca da verdade, negada pela outra parte, o Consultor jurídico a Justiça ética, esta se manifesta na orientação, pareceres e trabalhos preventivos que lhe são afetos. Lutando consigo mesmo, pesquisando e estudando soluções adequadas para os problemas que lhe cabem “...[destaque nosso]

Tais distinções se fazem importante colacionar porquanto, a advocacia transcende a esfera judicial, vez que o seu mistér tem caráter social, conciliador, político, ético e social, a advocacia é um constante serviço aos valores superiores que regem a conduta humana, e como conciliador, muitas vezes afasta as nuvens de tempestades e pode conte-las, no dizer do grande jurista Eduardo Couture.

Dai porque, mensurar a advocacia ou sua prática, meramente pelo exercício da imaginação, e que, por não ter sido proferido um entendimento que não se coaduna com o juízo técnico de outrem, mais que uma temeridade é uma agressão à militância do jurista, do advogado público, do consultor e do seu conhecimento dentro da subjetividade que tal inculcação se reveste, seria realmente incrível e inverossímil.

O grande Ruy Sodrê in *Novas Dimensões da Advocacia*, 1971, pag. 09 acrescenta :

“A missão do advogado no seio da comunidade fundada na dignidade da pessoa humana e na ‘livre afirmação das infinitas tendências e inclinações do homem. Transcendem de muito, o de ser simplesmente um mero profissional liberal para elevar-se quase às alturas do sacerdócio “.

Osório e Gallardo, em feliz síntese, advertem que a advocacia “não se cimenta na lucidez do engenho, mas na retidão da consciência “

E ainda...

“O nosso ministério privado superou a velha concepção de cliente e advogado, presos, ambos, nas malhas restritas da relação de patrocínio”.

O processo censório do advogado está sujeito ao manto da sua inviolabilidade para afiançar-se a dignidade e independência do advogado público.

Desta forma, como elemento constitucionalmente imprescindível à administração da Justiça, tem o direito assegurado a sua integridade em relação a seus entendimentos, manifestações e pronunciamentos emitidos e incrustados em seus pareceres administrativos todos, sem exceção, sob absoluta censura, e que deve sempre ser invocado preservando-se com isso sua imparcialidade e da própria Instituição.

Ressalte-se por oportuno, que a expressão de um Juízo de valor não pode traduzir-se em cometimento de transgressão, comprometimento, atentado ou qualquer comportamento reprovável pois a admitir-se tal hipótese seria como atribuir a um Julgador, a um Magistrado, sua punição por ter um determinado entendimento. Centenas de milhares de decisões, definitivas ou não, são prolatadas em nosso Judiciário, muitas, porque não dizer inúmeras delas são reformadas pelos Tribunais de segunda instância e estas modificadas em terceira instância e por aí vai, o que se quer crer que não há entendimento imutável ou reprovável que possa comprometer quem o faz no exercício de sua atividade por confrontar-se simplesmente com o Juízo de valor de alguma autoridade fiscalizadora sem que se demonstre ter havido nenhuma outra caracterização de que o subscritor o tenha feito senão em obediência a sua consciência, aos elementos que lhe foram trazidos, ao seu entendimento soberano e independente, às suas reflexões técnico-jurídicas, à sua autonomia funcional, ao seu mistér e por fim, ao seu compromisso com o interesse e a ordem públicas.

O mesmo se aplica as opiniões do inclito Ministério Público, cujas manifestações nem sempre são acatadas ou corroboradas tanto pelos advogados quanto pelos eminentes Magistrados encarregados de decidir.

O artigo 133 da Lei maior dispõe:

“O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Tal dispositivo é aplicável aos Advogados Públicos, já que estes, a par de serem agentes públicos, não deixam de ser advogados. Nesse sentido aliás, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, no parágrafo 1º. do artigo 30., determina que “exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinam, os integrantes da Advocacia Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e consultorias jurídicas dos Estados e do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.”

Como se denota, além de submeterem-se à disciplina normativa dispensada aos Advogados em geral, o que lhes impõe a prerrogativa e o dever de exercerem a profissão com liberdade, sem receio de desagradar ou contrariar a qualquer autoridade[artigo 7º. inciso I c/c artigo 31 parágrafos 1º. e 2º. do EOAB]. O advogado público exerce seu papel de aconselhamento jurídico e não administrador do Órgão interessado, seu papel dentre outros, é recomendar certas iniciativas dentro da sua ótica, de seus estudos, de sua análise, de seu entendimento enfim, cabendo ao administrador recepcionar os ou não.

O termo “princípio”[do latim *principium, principii*] encerra a idéia de começo, origem, base. Em linguagem leiga é, de fato, ponto de partida e o fundamento[causa] de um processo qualquer. Os princípios são diretrizes, isto é, norte do ordenamento jurídico. Princípio é o começo, alicerce e ponto de partida. Vários princípios constitucionais implícitos ou explícitos vinculam a atividade do procurador estatal, como os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e indisponibilidade do interesse público.

Recorro a lição de Hugo Nigro Mazzilli nos termos do qual a autonomia funcional consiste na “ liberdade de exercer o ofício em face de outros Órgãos e instituições do estado, ao passo que, a independência funcional é a liberdade com que estes exercem o seu ofício agora em face de outros órgãos da própria Instituição”

É dizer, os Procuradores públicos tem autonomia funcional protegendo sua atuação contra a interferência de pessoas ou instituições de fora da Procuradoria Geral do Município/Estado. A independência funcional consiste na liberdade no exercício da atuação do Procurador, sem intervenção de outros órgãos ou membros da própria instituição.

Pela interpretação segura da Constituição Federal nos seus artigos 37 caput e 132 caput, e do princípio da indisponibilidade do interesse público nos leva a crer que a autonomia funcional caracteriza-se pela *“insujeição das procuraturas constitucionais a qualquer outro Poder do estado em tudo o que tange ao exercício das funções essenciais à Justiça”*.

O Procurador deve deter necessariamente sua autonomia para que possa expressar seu entendimento à luz do direito, bem tratar dos interesses da coletividade com destemor e de forma descompromissada com quaisquer interesses a não ser com o respeito intangível aos mandamentos constitucionais e legais e não à vontade ou Juízo de valor de terceiros e sim com sua própria consciência conforme já mencionado.

A doutrina tem adotado a tese da independência e autonomia funcional dos advogados estatais.

Josaphat Marinho já defendia em 1983 a independência do Procurador do Estado, esclarecendo que *“não lhe cabe cumprir ordens, mas oficiar nos processos, judiciais ou administrativos, com autonomia de deliberação, respeito ao direito ou o interesse sob sua guarda profissional. A medida de sua atuação encontra-se na lei e no amparo do patrimônio ou do interesse público, e não no arbítrio ou no preconceito dos agentes da Administração”*.

Patrícia Helena Massa relata que Geraldo Ataliba já anunciava, no IX Congresso Nacional de Procuradores do Estado:

“O advogado do Estado não está obrigado ao patrocínio de interesses secundários da Administração, mas sim, apenas, à defesa do interesse primário, que mereceu tutela legal. Constitui-se, assim, a medida de sua parcialidade/independência”.

Derly Barreto e Silva Filho entende que a autonomia funcional *“há de ser entendida como a prerrogativa que assegura aos advogados públicos o exercício da função pública de consultoria e representação dos entes políticos independente de subordinação hierárquica (seja a outro Poder, seja aos próprios chefes ou órgãos colegiados da Advocacia Pública) ou de qualquer outro expediente (como manipulação de remuneração) que tencione interferir, dificultar ou impedir o seu poder-dever de oficiar de acordo com a sua consciência e a sua missão de velar e defender os interesses públicos primários, sem receio de “desagradar” quem quer que seja, Chefes de Poderes Executivos, Ministros, Secretários, Advogado Geral da União, Procuradores Gerais de Estados, órgãos colegiados das Procuraturas, chefia mediatas ou imediatas, magistrados ou parlamentares”*.

Marco Túlio de Carvalho Rocha em excelente tese não discorda:

“A independência funcional dos Procuradores de Estado resulta também das características peculiares à própria advocacia: beneficia-lhes a garantia estampada no art. 133 da Constituição da República, isto é, são invioláveis por seus atos emanados no exercício da profissão. Por outro lado, a regulamentação legal da advocacia reflete sua aversão à hierarquia (cf. Lei 8.906, Estatuto da Advocacia e da O.A.B., art. 6º). A lei ao reafirmar a independência do advogado, garantiu a existência da advocacia pois aquele traço lhe é insito, como já ensinava o Procurador-Geral do Estado de Minas Gerais, Prof. José Olympio De Castro Filho:

“independência quer dizer, gramatical e filosoficamente, liberdade, livre arbítrio, não sujeição a outros, nem a idéias de outros. E isso mesmo é o que a advocacia naturalmente acaba proporcionando aos que a praticam, porque o advogado a ninguém está sujeito, de ninguém depende, é livre de se determinar, eis que a sua sujeição, via de regra, é a muitos, colocados em situação de se não tornarem um só, e apenas está constrangido a se determinar pelas idéias, concepções, princípios ou rumos que a sua própria inteligência lhe dita como aconselháveis”. [realce nosso]

Guilherme José Purvin de Figueiredo e Marcos Ribeiro de Barros asseveram que *“é ampla a liberdade conferida ao Advogado Público para atuar da forma que entender mais eficaz na defesa da ordem constitucional e do patrimônio público”*.

Os advogados estatais, devem *datíssima vênia*, atuar, livres de pressões e influências, garantindo o respeito à indisponibilidade do interesse público e do princípio da legalidade e moralidade administrativas. É imperioso que se assegure ao Procurador do Estado a prerrogativa de atuar livremente, **nos termos de sua consciência e da Constituição e das leis**, sem subordinação a quem quer que seja, subordinando-se estritamente ante os fatos e subsídios que lhe chegarem.

Bibliografia

BASTOS, Hermenêutica e Interpretação Constitucional, São Paulo, Celso Bastos Editor, 1997.

BECHO, Renato Lopes. Tributação das Cooperativas - 2ª Edição, São Paulo: Dialética, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição - 2ª Edição, Coimbra: Almedina.

CARNEIRO, Celso Antônio Pinheiro. O Ministério Público no Processo Civil e Penal - 5ª edição, Rio de Janeiro : Forense, 1999.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário - 10ª Edição, São Paulo: Malheiros, 1997.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário - 9ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1996.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Procurador de Estado e o Pensamento Jusfilosófico (percebendo o neoliberalismo), Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo nº 44, dezembro de 1995.

DANTAS, Sandra Regina Maria Ferreira. O papel do Procurador (Advogado do Estado) diante dos Princípios e Regras Constitucionais Atinentes à sua Carreira. Tese aprovada por unanimidade no XXV Congresso Nacional de Procuradores de Estado, realizado de 24 a 28 de outubro em Alagoas-MA.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo - 8ª Edição, São Paulo: Atlas, 1997.

FERREIRA, Sérgio A. Comentários à Constituição, v. 3., Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1991.

FIGUEIRERO, Guilherme José Purvin de; e BARROS, Marcos Ribeiro de. O ADVOGADO PÚBLICO NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE, página do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública na internet página http://www.ibap.org/artigos/artigos_index.htm.

KYRIAKOS, Norma. Procuradores do Estado: Função Essencial à Justiça, in Formação Jurídica, coordenação José Renato Nalini - 2ª Edição, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Comentários à Reforma Administrativa, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

WHEARE, Karl C.. Modern constitutions, London: Oxford University Press, 1973.

MARINHO, Josaphat. Advocacia Pública, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo nº 21, dezembro de 1983.

MASSA, Patrícia Helena. O Papel do Advogado Público na Administração Democrática e o Controle de Legalidade, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo nº 47-48, janeiro-dezembro de 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público, São Paulo : Saraiva, 1993.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Independência do Ministério Público, in Ministério São Paulo : Atlas, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo - 6ª Edição, São Paulo: Malheiros, 1995.

MELO, Mônica. Ética na Advocacia Pública. Tese aprovada por unanimidade no XXV Congresso Nacional de Procuradores de Estado, realizado de 24 a 28 de outubro em Alagoas - MA.

MOREIRA NETO, Diogo de F. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dezembro de 1991.

PERELMAN, Chaim. Ética e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. A Unicidade Orgânica da Representação Judicial e da Consultoria Jurídica do Estado de Minas Gerais. Tese aprovada por unanimidade no XXIV Congresso Nacional de Procuradores de Estado, realizado de 30 de agosto a 3 de setembro de 1998 em Campos do Jordão-SP.

SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de Estado: Posição Institucional. Revista de Informação Legislativa nº 117, janeiro/março de 1993. Brasília.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. O Controle da Legalidade diante da remoção e inamovibilidade dos Advogados Públicos, Tese Aprovada no XXIII Congresso Nacional de Procuradores do Estado, 11/97.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo - 11ª Edição, São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVEIRA, Ministro Néri da. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 881 (medida liminar), 02.08.1993.

Carlos Pessoa de Aquino

Juiz do Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba, advogado militante, Professor da UFPB; membro Consultor da Comissão Nacional dos Direitos Difusos e Coletivos da OAB, do Instituto dos Advogados do Brasil e do Instituto Luso Brasileiro de Direito Comparado.

Informações Bibliográficas

DE AQUINO, Carlos Pessoa. O advogado público: sua independência e sua imunidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VI, n. 12, fev 2003. Disponível em: <
http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3440
>. Acesso em set 2017.



Apoio Cultural



Apoio Cultural

O Âmbito Jurídico não se responsabiliza, nem de forma individual, nem de forma solidária, pelas opiniões, idéias e conceitos emitidos nos textos, por serem de inteira responsabilidade de seu(s) autor(es).