

**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 - GUELITAS. 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). “(...) GUELITAS. 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 exame*, 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 escorreita 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 oficiará”.

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.

