

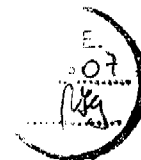


PROTOCOLO: 14. 516. 902-0

INTERESSADO: GABINETE DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA.

### PARECER Nº 16/2017-PGE

**EMENTA:** Assistência Jurídica Integral e Gratuita aos Necessitados (CF/88, art. 5º, LXXIV). Direito Fundamental Passível de Concretização pela Defensoria Pública (CF/88, art. 134). Autonomia Administrativa, Funcional e Orçamentário-Financeira da Defensoria (CF/88, art. 134, §§ 2º e 4º). Deficiência na Prestação do Serviço e Concretização Judicial de Direitos por Meio da Nomeação de Advogados Dativos. Lei n. 1060/50, art. 5º. Lei n. 8906/94 (Estatuto da OAB), art. 22, § 1º. Natureza Jurídica dos Advogados Dativos: Agentes Públicos Necessários (Particulares Colaboradores). Impossibilidade de Celebração de Contrato ou Abertura de Concurso Público pelo Poder Executivo para Prestação do Serviço. Despesa que não se Enquadra como Substituição de Mão de Obra (LRF, art. 18, § 1º). Empenho realizado pela Administração Central do Poder Executivo por Força de Determinação Judicial (Existência de “Dever do Estado” e Ausência de Previsão da Despesa no Orçamento da Defensoria Pública). Despesa que Não se Enquadra no Conceito de Despesa Obrigatória de Caráter Continuado. Inexistência de Previsão Legal para Retenção de Contribuição Previdenciária. Não Incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza: Serviço Prestado sob Regime de Direito Público (Ausência de Caráter Negocial).



### 1. Relatório:

Trata-se de consulta formulada pela 1ª Inspeção de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Paraná ao Chefe de Gabinete da Secretaria de Estado da Fazenda, "... em vista da análise do processo de pagamento realizado pela Secretaria... aos Advogados Dativos" (Ofício n. 007/2017 – 1ª ICE – fl. 03).

No documento, são realizados os seguintes questionamentos:

1 – A utilização do Advogado Dativo se enquadra como substituição de mão de obra nos termos do artigo 18, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000)?

2 – Caracterizado o serviço como substituição de mão de obra não está havendo burla ao concurso público?

3 – A criação da referida despesa atendeu os artigos 16 e 17 da LRF?

4 – Foi realizada licitação na forma de inexigibilidade (credenciamento) para nomeação/contratação dos advogados participantes da Advocacia Dativa?

5 – Qual o fundamento para não ser realizada a retenção da contribuição previdenciária do advogado dativo (11%) e da parte patronal (20%)? Da mesma forma, questiona-se a razão do não recolhimento do valor do ISS.

6 – O empenho não deveria ser realizado no órgão responsável pela administração da defensoria pública?

Em seguida, o Chefe de Gabinete da Secretaria ratificou a consulta ao Núcleo Jurídico da Administração na SEFA.

Por meio do Despacho n. 110/2017 – NJA/PGE/SEFA, os autos foram encaminhados ao Gabinete do Procurador-Geral do Estado, para deliberação acerca da necessidade de encaminhamento do feito ao Grupo Permanente de Trabalho n. 5 – Orçamento e Finanças, para parecer.

Por fim, determinou-se que o referido GPT-5 elaborasse a resposta à consulta.

É o relatório.



## 2. Manifestação jurídica:

### 2.1. O Direito Fundamental à Assistência Jurídica Integral e Gratuita e as Atribuições Constitucionais da Defensoria Pública

O direito fundamental das pessoas hipossuficientes à assistência jurídica integral e gratuita, cláusula pétrea do ordenamento nacional, está positivado no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988<sup>1</sup>; confira-se:

**Art. 5º.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Trata-se o dispositivo em comento de importante ferramenta para inclusão social e redução de desigualdades, além de atuar como elemento de concretização de outros direitos fundamentais de natureza processual, como a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), o devido processo legal (art. 5º, LIV) o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV). Demais disso, ao dispor sobre assistência gratuita dentro e fora do âmbito processual (assistência jurídica), parece ter o constituinte almejado alcançar um maior grau de conscientização da população, sobretudo das camadas mais pobres, acerca de seus direitos e deveres<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Antes disso, em âmbito nacional, o direito esteve previsto nas Constituições de 1934 (art. 113, n. 32), 1946 (art. 141, § 35) e 1967 (art. 153, § 32). A “*Costituzione della Repubblica Italiana*”, por sua vez, em seu art. 24, terceira parte, estabelece que “*Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione*”, enquanto a Constituição da República Portuguesa prescreve, em seu art. 20, primeira e segunda partes, que “*A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos*” e que “*Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade*”.

<sup>2</sup> Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno explica que “o dispositivo constitucional foi além e estabeleceu como obrigação do Estado não só assistência *judiciária* integral e gratuita mas, muito mais do que isto, assistência *jurídica* integral e gratuita. Isto quer significar, portanto, que também ‘fora’ do plano do processo, o Estado tem o



No arcabouço constitucional, o órgão encarregado de proporcionar à população hipossuficiente o direito prescrito no supracitado art. 5º, LXXIV, da CF/88, é a Defensoria Pública, regulamentada na Seção IV<sup>3</sup>, do Capítulo IV (Funções Essenciais à Justiça) do Título IV (Da Organização dos Poderes) do Texto Supremo; confira-se:

**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 nº 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 pela Emenda Constitucional nº 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 nº 45, de 2004)

**§ 3º** Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 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 nº 80, de 2014)

---

dever de atuar em prol da conscientização jurídica da sociedade, orientando-a com relação a seus direitos. Este é, com efeito, um passo decisivo para desenvolvimento e fortalecimento do sentimento de cidadania de um povo.” (BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**, vol. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 154).

<sup>3</sup> A Defensoria Pública, originalmente, integrava a Seção III do Capítulo IV do Título IV da Constituição de 1988, ao lado da advocacia, passando a dispor de título próprio apenas com o advento da Emenda Constitucional n. 80, de 2014.



**Art. 135.** Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A importância da Defensoria Pública foi reconhecida não só pelo constituinte derivado, que, nos últimos anos, incrementou suas competências e prerrogativas, fixou Seção própria para tratar de suas diretrizes básicas e prescreveu que “No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais” (ADCT, art. 98, § 1º, na redação dada pela EC n. 80/2014), mas também pelo Supremo Tribunal Federal, que, em diversas oportunidades, discorreu sobre a necessidade de instalação da Defensoria em localidades dela desprovidas e a invalidade da celebração de contratos ou convênios, no âmbito do Poder Executivo, para prestação do serviço de assistência judiciária gratuita<sup>4</sup>.

O Estatuto Nacional da Defensoria Pública foi instituído por força da Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994, que, em obediência à regra contida no art. 134, § 1º, da CF/88, veicula normas gerais de organização aplicáveis à Defensoria da União e dos Estados, bem como prerrogativas de seus membros. No Estado do Paraná, rege a Defensoria Pública a Lei Complementar Estadual n. 136, de 19 de maio de 2011.

A autonomia funcional conferida pela regra contida nos parágrafos 2º e 3º do art. 134 da Constituição tem por objetivo proteger os defensores contra qualquer sorte de cerceamento externo – isto é, oriundo de outros Poderes – no exercício de suas funções.

A autonomia Administrativa, por sua vez, visa à retirada da Defensoria da estrutura organizacional do Poder Executivo, de maneira que o órgão possa organizar-se *sponte própria*, com vistas ao melhor cumprimento de suas atribuições constitucionais<sup>5</sup>, sendo nula a lei que inclua a Defensoria, exemplificativamente, na estrutura de uma

<sup>4</sup> Nesse sentido, confira-se: STF, ADI 3.892 e ADI 4.270, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 14-3-2012, P, *DJE* de 25-9-2012; ARE 767.615 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 5-11-2013, 2ª T, *DJE* de 11-11-2013.

<sup>5</sup> Sobre o assunto, leciona José Maurício Conti que “A autonomia administrativa manifesta-se pela capacidade de que é dotado o ente de se auto-organizar, ou seja, de estabelecer os órgãos, os meios e as formas pelos quais se encarregará de cumprir as tarefas que lhe foram atribuídas pela Constituição. A autonomia administrativa confere poderes ao ente para estabelecer, segundo seus próprios desígnios, a sua organização interna, observadas apenas diretrizes genéricas previstas na legislação, com órgãos e respectivos servidores.” (CONTI, José Maurício. **A autonomia financeira do poder judiciário**. São Paulo: MP Ed., 2006, p. 141).



Secretaria de Estado<sup>6</sup>. Integram ainda a ideia de autonomia administrativa os princípios da unidade – segundo o qual todos os membros agem como uma só instituição, comandada por um só Chefe – e da indivisibilidade – que possibilita a substituição de um membro por outro sempre que necessário –, previstos no art. 134, § 3º.

Com a nova redação do § 2º do art. 134, a Defensoria Pública adquiriu autonomia orçamentária próxima daquela já titularizada pelos Poderes Legislativo e Judiciário e pelo Ministério Público, o que significa não só a fixação conjunta dos limites orçamentários quando da elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), mas também iniciativa para envio de Proposta Orçamentária pelo Chefe da Instituição<sup>7</sup>. Aqui, nos termos de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, salvo violação flagrante aos limites fixados na LDO, não está o Chefe do Poder Executivo, antes do envio do Projeto à Assembleia Legislativa, sequer autorizado a alterar a proposta encaminhada pela Defensoria<sup>8-9</sup>. Obviamente, como a palavra final em matéria orçamentária pertence ao Poder

<sup>6</sup> No julgamento da ADI 3569, o STF deixou assentado que “A EC 45/2004 outorgou expressamente autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, além da iniciativa para a propositura de seus orçamentos (art. <134>, § 2º): donde, ser inconstitucional a norma local que estabelece a vinculação da Defensoria Pública a Secretaria de Estado.” [ADI 3.569, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 2-4-2007, P, DJ de 11-5-2007.]

<sup>7</sup> **CF/88. Art. 99.** Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira. **§ 1º** Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. **§ 2º** O encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, compete: I – no âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais; II – no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais. **§ 3º** Se os órgãos referidos no § 2º não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 1º deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) **§ 4º** Se as propostas orçamentárias de que trata este artigo forem encaminhadas em desacordo com os limites estipulados na forma do § 1º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) **§ 5º** Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

<sup>8</sup> Recentemente, decidiu o STF que “Nos termos do art. <134>, § 2º, da CF, não é dado ao chefe do Poder Executivo estadual, de forma unilateral, reduzir a proposta orçamentária da Defensoria Pública quando essa é compatível com a LDO. Caberia ao governador do



Legislativo, nada obsta que os representantes do povo procedam às alterações que entendem necessárias no projeto enviado pela Defensoria.

Pela regra contida no art. 134, § 4º, da Constituição de 1988, aplicam-se aos defensores as disposições constitucionais referentes à promoção, progressão e aposentadoria dos magistrados (CF/88, art. 93). No mesmo dispositivo, estabelece-se iniciativa legislativa similar àquela prevista no art. 96, II, do Texto Supremo, que confere aos órgãos de cúpula do Judiciário a prerrogativa de encaminhar proposta de lei alusiva à criação e extinção de cargos e órgãos, fixação do subsídio de seus membros e da remuneração de seus serviços auxiliares<sup>10</sup>.

Em âmbito infraconstitucional, o tema da assistência jurídica integral e gratuita é tratado pela Lei n. 1.060, publicada em 5 de fevereiro de 1960. Ao presente trabalho, interessa-nos sobremaneira a análise das regras contidas no art. 5º do referido diploma normativo; veja-se:

**Art. 5º.** O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas.

**§ 1º.** Deferido o pedido, o juiz determinará que o serviço de assistência judiciária, organizado e mantido pelo Estado, onde houver, indique, no prazo de dois dias úteis o advogado que patrocinará a causa do necessitado.

---

Estado incorporar ao PLOA a proposta nos exatos termos definidos pela Defensoria, podendo, contudo, pleitear à Assembleia Legislativa a redução pretendida, visto ser o Poder Legislativo a seara adequada para o debate de possíveis alterações no PLOA". (STF, ADPF 307 MC-REF, rel. min. Dias Toffoli, j. 19-12-2013, P, DJE de 27-3-2014.)

<sup>9</sup> No mesmo sentido, referindo-se ao Poder Judiciário, leciona José Maurício Conti que "O Poder Executivo somente pode efetuar cortes na proposta encaminhada pelo Poder Judiciário na hipótese do § 4º do art. 99 da CF, isto é, caso essa seja apresentada em desacordo com os limites estipulados na lei de diretrizes orçamentárias." (CONTI, José Maurício. **A autonomia financeira do poder judiciário**. São Paulo: MP Ed., 2006. p. 89.)

<sup>10</sup> **Art. 96.** Compete privativamente: II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003) e) a criação ou extinção dos tribunais inferiores; d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;



§ 2º. Se no Estado não houver serviço de assistência judiciária, por ele mantido, caberá a indicação à Ordem dos Advogados, por suas Seções Estaduais, ou Subseções Municipais.

§ 3º. Nos municípios em que não existirem subseções da Ordem dos Advogados do Brasil, o próprio juiz fará a nomeação do advogado que patrocinará a causa do necessitado.

§ 4º. Será preferido para a defesa da causa o advogado que o interessado indicar e que declare aceitar o encargo.

§ 5º Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos. (Incluído pela Lei nº 7.871, de 1989)

As disposições supracitadas, importante observar, dada a época em que foram editadas, devem ser interpretadas à luz do atual cenário constitucional, que confere à Defensoria as prerrogativas institucionais já vistas, bem como obriga o Poder Público a instalar órgãos de Defensoria em todas as unidades jurisdicionais. Hoje, a nomeação de advogados dativos pelos órgãos do Poder Judiciário só será possível, como instrumento de concretização de direito fundamental, nos casos em que comprovadamente não houver, na localidade, órgão da Defensoria Pública.

Nesse sentido, as regras dos §§ 2º e 3º, que textualmente conferem à OAB o dever de indicar defensores dativos, nos casos em que inexista órgão estatal para prestar o serviço de assistência jurídica gratuita, devem ser enxergadas como faculdade conferida ao Magistrado, único agente competente para definir se o caso demanda atuação jurisdicional concretizadora de direitos e quais membros devem exercer o referido *múnus* público, assim como a remuneração desses agentes. Como se verá mais detidamente adiante, institucionalmente, apenas a Defensoria pode prestar os referidos serviços, não havendo mais qualquer liberdade para que outros órgãos celebrem convênios ou contratos com a OAB ou outras instituições para esse mister.

Utilizando-nos da mesma filtragem constitucional, podemos concluir que a norma segundo a qual “será preferido para a defesa da causa o advogado que o interessado indicar e que declare aceitar o encargo” (art. 5º, § 4º) não foi recepcionada pela Constituição de 1988, por afrontar a cláusula de impessoalidade que deve reger os gastos públicos.





É sobre a figura dos advogados dativos que iremos nos debruçar no próximo tópico.

**2.2. A Concretização do Direito Fundamental à Assistência Jurídica Integral e Gratuita por Meio da Nomeação Judicial de Advogados Dativos: Insuficiência dos Órgãos de Defensoria Pública. CF/88, art. 5º, LXXIV, e Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB), art. 22, § 1º.**

Como visto no tópico anterior, o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita deve ser proporcionado às populações mais pobres por meio das Defensorias Públicas (da União ou dos Estados), tendo o Constituinte reformador, para tanto, não só conferido autonomia administrativa e funcional ao aludido órgão, como também iniciativa legislativa para a proposta orçamentária e para a criação de cargos e fixação da remuneração de seus membros.

Ocorre que, na quase totalidade dos Estados (e mesmo em âmbito Federal), mesmo o novo acervo normativo constitucional (ainda) não tornou possível o oferecimento integral aos hipossuficientes do serviço prometido no art. 5º, inciso LXXIV, da CF/88, pelo menos por meio de órgãos de Defensoria Pública (CF/88, art. 134, *caput*). É dizer, os orçamentos elaborados pelo Binômio Defensoria Pública-Poder Legislativo parecem não ser suficientes para cumprimento integral das disposições da Carta Magna de 1988<sup>11</sup>.

Diante desse cenário, considerando o fato de a assistência jurídica integral e gratuita configurar direito fundamental, indispensável ao alcance do ideal de dignidade humana e à caracterização do devido processo legal constitucional, direitos veiculados por meio de normas de eficácia plena, o Poder Judiciário, mesmo após as sucessivas reformas constitucionais mencionadas, deu continuidade à prática de nomear advogados, conhecidos como defensores dativos, para atuar nos processos em trâmite nas localidades desprovidas de defensores públicos.

O que se verifica, no ato da nomeação dos dativos – a exemplo do que acontece nas ações judiciais em que se postula o fornecimento de medicamentos<sup>12</sup>, a

<sup>11</sup> Em âmbito federal, o primeiro concurso para o cargo de Defensor Público da União - DPU só ocorreu em meados de 2008; no Estado do Paraná, por sua vez, o primeiro concurso para o cargo de Defensor Público Estadual, após a edição da LC n. 136/2011, foi realizado apenas em 2013.

<sup>12</sup> Dentre outros, confira-se: STF, ARE 926469 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 07/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 20-06-2016 PUBLIC 21-06-2016.



disponibilização de vagas em creches públicas<sup>13</sup> ou mesmo a reforma de estabelecimentos prisionais violadores da dignidade dos presos<sup>14</sup> – é a concretização judicial de políticas públicas e direitos fundamentais previstos na Constituição<sup>15</sup>.

O advogado dativo, nomeado pelo juízo para atuar em defesa das camadas mais pobres da população, e aqui não podem restar dúvidas, desempenha, ainda que temporariamente, múnus público da maior relevância, mantendo com o Estado vínculo de natureza jurídico-administrativa, conforme jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal<sup>16</sup>.

Esse vínculo, no entanto, não é de natureza estatutária ou mesmo celetista, já que o defensor dativo não integra os quadros da Administração, seja como servidor público efetivo, comissionado, temporário ou mesmo empregado<sup>17</sup>. Tem-se, aqui, a nosso entender, a figura do agente público necessário, também denominado de agente particular

<sup>13</sup> Dentre outros, confira-se: STF, RE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006.

<sup>14</sup> Dentre outros, confira-se: RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITOPUBLIC 01-02-2016.

<sup>15</sup> Sobre o assunto, George Marmelstein ensina que “...apenas quando os demais órgãos públicos falharem em sua missão ou simplesmente forem inertes na adoção de medidas necessárias à proteção e promoção dos direitos fundamentais, será justificável (legítima) uma intervenção dos Judiciário, desde que seja possível demonstrar o desacerto do agir ou do não agir desses outros poderes. Eis o conteúdo do princípio da subsidiariedade aqui defendido.” (MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6. ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016 p. 327.)

<sup>16</sup> No julgamento do Recurso Extraordinário n. 607.520, o Ministro Relator Dias Toffoli, ao decidir que compete à Justiça Comum, e não à Justiça do Trabalho, julgar ações de cobrança de honorários de advogados dativos, deixou assentado que “No caso presente, muito embora a recorrida não seja funcionária pública vinculada ao recorrente por uma relação de caráter estatutário, é inegável que a esse, ainda que indiretamente, presta serviços e, portanto, entre eles instaurou-se uma relação de caráter jurídico-administrativa, em razão de sua atuação como defensora dativa em benefício de pessoas que não tinham condições de contratar advogados para a defesa de seus interesses em juízo, o que provavelmente decorreu da deficiência do próprio Estado em prestar à população carente adequado serviço de assistência judiciária gratuita”. (STF, RE 607520, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2011, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-118 DIVULG 20-06-2011 PUBLIC 21-06-2011.)

<sup>17</sup> Hely Lopes Meirelles refere-se aos agentes particulares colaboradores como “agentes honoríficos”, definindo-os como “cidadãos convocados, designados ou nomeados para prestar, transitoriamente, determinados serviços ao Estado, em razão de sua condição cívica, de sua honorabilidade ou de sua notória capacidade profissional, mas sem qualquer vínculo empregatício ou estatutário e, normalmente, sem remuneração”. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 75.)



colaborador ou agente público de fato<sup>18</sup>, entendido como aquele agente privado que presta, temporariamente, sem vínculo formal, serviço público relevante, a exemplo dos jurados e mesários eleitorais.

Para balizar sua atuação e conferir maior impessoalidade à nomeação dos defensores dativos, o Poder Judiciário tem-se valido da regra prevista nos §§ 2º e 3º da já estudada Lei n. 1.060/50, que atribui à OAB a tarefa de indicar os profissionais que deverão defender os hipossuficientes, embora jurisprudência dominante entenda não haver efetiva vinculação dos Magistrados à referida norma<sup>19</sup>.

No que diz respeito ao direito dos advogados dativos (indicados nos casos de insuficiência da Defensoria Pública) serem remunerados pelo Estado, assim dispõe o art. 22, § 1º, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB); confira-se:

**Art. 22.** A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

**§ 1º** O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.

No Estado do Paraná, em obediências às regras nacionais supracitadas (Lei n. 1060/50 e Lei n. 8.906/94) e com vistas à concretização dos princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, optou o legislador, a exemplo do que foi feito em Minas Gerais,

<sup>18</sup> Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho explica que “A doutrina refere-se a um grupo de agentes que, mesmo sem ter uma investidura normal e regular, executam uma função pública em nome do Estado. São os denominados agentes de fato, nomenclatura empregada para distingui-los dos agentes de direito. O ponto marcante dos agentes de fato é que o desempenho da função pública deriva de situação excepcional, sem prévio enquadramento legal, mas suscetível de ocorrência no âmbito da Administração, dada a grande variedade de casos que se originam da dinâmica social”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atualizada até a Lei n. 12.587, de 3.1.2012. São Paulo: Atlas, 2012, p. 587)

<sup>19</sup> Dentre outros, confira-se: “...Não há obrigatoriedade de aplicação dos valores previstos na tabela feita pelo Conselho da OAB/MG a título de honorários advocatícios, porque a assinatura de convênio por este egrégio Tribunal de Justiça, prevendo a observância da referida tabela pelos magistrados, consiste em ato administrativo, que não pode interferir no ato jurisdicional de fixação de honorários.” (TJMG, AC 10611110015827001 MG, 4ª CCv, DJ 16-12-2015).

13/12



por regulamentar não só os critérios para indicação dos advogados dativos, mas também os parâmetros para fixação, pelo Juízo, da remuneração dos agentes nomeados.

Nesse sentido, confira-se o que prescrevem os artigos 5º e 6º da Lei n. 18.664, de 22 de dezembro de 2015:

**Art. 5º** O advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Paraná - OAB-PR, nomeado judicialmente para defender réu pobre em processo de natureza civil ou criminal, ou atuar como curador especial, após o trânsito em julgado da decisão, terá os honorários pagos pelo Estado, na forma disposta nesta Lei.

§ 1º Os honorários a que se refere este artigo serão fixados pelo juiz na sentença, de acordo com tabela elaborada por resolução conjunta do Secretário de Estado da Fazenda e do Procurador-Geral do Estado, com prévia concordância do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, a ser editada num prazo máximo de sessenta dias da vigência desta Lei.

§ 2º Se o beneficiário da assistência judiciária gratuita for vencedor na causa, os honorários a que se refere este artigo não excluem os da condenação.

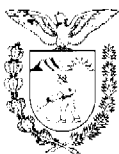
§ 3º Os honorários mensais do advogado dativo não poderão ser superiores ao subsídio mensal de Defensor Público do Estado do Paraná.

§ 4º O pagamento de honorários previsto neste artigo não implica vínculo empregatício com o Estado e não confere ao advogado direitos assegurados ao servidor público, nem mesmo à contagem de tempo como de serviço público.

**Art. 6º** A OAB-PR organizará, semestralmente, por comarca e especialidade, a relação dos advogados inscritos em todo o Estado, que aceitem atuar como defensor dativo.

§ 1º A relação a que se refere o caput deste artigo será elaborada até os dias 1º de março e 1º de setembro de cada ano, a partir do ano de 2016, e será encaminhada ao Procurador-Geral do Estado do Paraná e ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado, que promoverá o seu encaminhamento aos Juízes das respectivas comarcas.

§ 2º A nomeação de advogado obedecerá à ordem de inscrição contida na relação, podendo ser repetida, desde que observada a mesma ordem.



A lei paranaense deixa claro que a nomeação dos advogados dativos compete ao juízo, o que a diferencia de instrumentos outros como a Lei Complementar Catarinense n. 155/97, julgada inconstitucional pelo STF por dispor sobre a celebração de convênio entre o Estado e a OAB para a prestação do serviço de que trata o art. 5º, LXXIV, da CF/88<sup>20</sup>.

Por fim, sobre a situação específica da Advocacia Dativa no Paraná, indispensável mencionarmos a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos autos de Apelação/Reexame Necessário n. 2004.70.00.033145-0/PR, decorrente de Ação Civil Pública ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Paraná com vistas a compelir o Estado a remunerar os advogados indicados na referida unidade federativa para prestar serviços de assistência jurídica integral e gratuita aos mais necessitados. Na oportunidade, restou assentado que, "... à luz do preceituado no artigo 5º, LXXIV, da Carta Política e no artigo 22, parágrafo 1º, da Lei n. 8.906/94, 'é dever do Estado, nas cidades em que não há ou é insuficiente a Defensoria Pública, remunerar os advogados que prestam seus serviços à comunidade carente'.

### **2.3. Advocacia Dativa: Aspectos Administrativos, Orçamentários, Financeiros e Tributários Relevantes**

Visto que os advogados dativos são agentes públicos necessários, nomeados pelos órgãos do Poder Judiciário, nos casos em que a Defensoria Pública não consiga se desincumbir a contento de suas atribuições constitucionais, para, temporariamente, desempenhar múnus público dos mais relevantes, qual seja, a defesa em juízo dos economicamente menos favorecidos, resta-nos, agora, discorrer sobre os aspectos mais controversos dessa atividade.

Daremos especial atenção, aqui, aos pontos levantados pela 1ª Inspeção de Controle Externo do Tribunal de Contas na consulta constante do ofício de fl. 03.

#### **2.3.1. Advocacia Dativa, Concurso Público e Licitação**

O princípio do concurso público está positivado no art. 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988, de acordo com o qual "a investidura em cargo ou emprego

<sup>20</sup> Por ser a atuação dos advogados dativos excepcional, não tem os Tribunais aceitado como válido qualquer instrumento (diverso da implantação da Defensoria Pública) que busque institucionalizar essa situação. Nesse sentido, confira-se: STF, ADI 3.892 e ADI 4.270, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 14-3-2012, P, DJE de 25-9-2012; STF, ARE 767.615 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 5-11-2013, 2ª T, DJE de 11-11-2013.



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

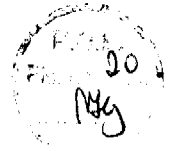
Com amparo nos mesmos ideais, o Texto Supremo, no art. 37, inciso XX, prescreve que “...ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”<sup>21</sup>.

A ideia subjacente às normas é a de dar maior concretude aos princípios fundamentais que regem a atividade da Administração Pública, em especial, os princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência (CF/88, art. 37, *caput*). Para impedir que agentes políticos utilizem a estrutura administrativa para beneficiar amigos, parentes ou mesmo aliados políticos, em detrimento dos interesses maiores da coletividade, o legislador constituinte estabeleceu a necessidade de obediência a procedimentos objetivos e imparciais de escolha das pessoas (físicas ou jurídicas) mais capacitadas para servir ao público (e receber recursos do erário).

No caso do serviço público de assistência jurídica integral aos mais necessitados (CF/88, art. 5º, inciso LXXIV), portanto, é natural que o Estado selecione os agentes mais habilitados para o exercício do referido mister também por meio de concurso público. Não à toa, nossa Constituição, no capítulo destinado à Defensoria Pública, estabelece que a organização da referida entidade dar-se-á “...em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos” (CF/88, art. 134, § 1º, na redação dada pela EC n. 45, de 2004).

Ocorre que, no Estado do Paraná, assim como na quase totalidade das demais unidades federativas, inclusive em âmbito federal, os quadros de defensores públicos concursados não têm se mostrado suficientes para a proteção integral dos hipossuficientes, situação essa contornada pelo Poder Judiciário, com amparo na Constituição Federal e nas

<sup>21</sup> José dos Santos Carvalho Filho discrimina como fundamentos das licitações a moralidade administrativa e igualdade de oportunidades. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. rev. ampl. e atual. até 31/12/2010. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 222-223.)



Leis 1.060/50 (art. 5º) e 8.906/94 (art. 22, § 1º), por meio da nomeação (compulsória) de advogados dativos.

Embora reconheçamos que os advogados dativos, agentes públicos necessários, efetivamente exerçam função que, num cenário ideal, via de regra, seria exercida por Defensores Públicos concursados<sup>22</sup>, não entendemos possível falar-se em violação aos princípios do concurso público e das licitações, já que é o próprio Poder Judiciário que faz as nomeações dos agentes e fixa as remunerações devidas pelo Estado (via de regra, valendo-se dos parâmetros estabelecidos no art. 5º da Lei Estadual n. 18.664/2015 e no art. 22, § 1º, da Lei n. 8906/94 – Estatuto da OAB).

Em verdade, o Poder Executivo não está sequer autorizado a abrir concurso público ou mesmo contratar qualquer entidade (diretamente ou mediante prévio processo licitatório) para a prestação do referido serviço<sup>23</sup>, devendo limitar-se a cumprir as ordens judiciais que lhe são dirigidas e pagar as requisições de pequeno valor expedidas<sup>24</sup>, conforme ficou bem explicitado no já mencionado Acórdão de Apelação n. 2004.70.00.033145-0/PR (proferido na Ação Civil Pública ajuizada pela OAB/PR contra o Estado do Paraná com o objetivo de compelir referido Ente a pagar os valores devidos aos advogados dativos).

Dito isso, faz-se importante diferenciar a presente situação das decisões judiciais que condenam o Estado a fornecer medicamentos a pessoas de baixa renda. Ali, para a aquisição do medicamento, faz-se indispensável a instrução de processo de licitação ou dispensa ou inexigibilidade de licitação; aqui, é o próprio magistrado que nomeia o advogado dativo.

Reforça a tese da ausência de responsabilidade do Poder Executivo pela contratação “direta” de advogados dativos o fato de à Defensoria Pública terem sido conferidas autonomia funcional, administrativa e financeira, bem como iniciativa legislativa para proposta de orçamento, criação de cargos e fixação da remuneração de seus membros,

<sup>22</sup> Discorreremos sobre o tema em maiores detalhes adiante, quando estivermos tratando do enquadramento das despesas com advogados dativos como despesas de pessoal.

<sup>23</sup> STF, ADI 3.892 e ADI 4.270, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 14-3-2012, P, DJF de 25-9-2012.

<sup>24</sup> Ao contrário do que ocorreu até pouco tempo atrás em outras unidades da Federação, a legislação paranaense não contempla qualquer dispositivo autorizando o Poder Executivo a celebrar contratos ou convênios com a OAB ou quem quer que seja para prestação de serviços que, de acordo com a Constituição de 1988, estão fora de sua alçada. A Lei n. 18.664/15, como visto, deixa claro que as nomeações dos advogados dativos serão feitas pelo Poder Judiciário, limitando-se a fixar parâmetros objetivos para que os juízes possam, de maneira impessoal, nomear defensores e fixar suas remunerações.



sem que aquele (Executivo) possa sequer fazer alterações nas referidas propostas (salvo para adequá-las aos limites fixados conjuntamente com os Poderes na LDO)<sup>25</sup>.

Espera-se, contudo, que o cenário vigente seja alterado num intervalo de tempo não muito longo, sobretudo após a nomeação dos aprovados no 2º Concurso para Provimento dos Cargos de Defensor Público Estadual (em andamento).

### **2.3.2. Advocacia Dativa: Aspectos Orçamentário-Financeiros Relevantes**

Dentre os questionamentos levados a efeito pela 1ª Inspeção de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado, 3 (três) dizem respeito a controvérsias de natureza orçamentário-financeira. Indagou-se, como visto, se: a) a criação das referidas despesas atendia às regras contidas nos artigos 16 e 17 da Lei Complementar n. 101, de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF); b) as despesas com defensores dativos não se enquadravam no conceito de despesas com pessoal (por representarem substituição de mão de obra); e c) o empenho da despesa não deveria ser realizado pela própria Defensoria Pública.

É sobre cada uma dessas questões que nos debruçaremos adiante.

#### **2.3.2.1. Despesas Obrigatórias de Caráter Continuado. Inexistência de Voluntariedade. Cumprimento de Decisão Judicial. Dever do Estado previsto na Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB)**

Os artigos 16 e 17 da Lei Complementar n. 101/2000 (LRF), instituídos com vistas à manutenção prolongada da saúde financeira dos entes estatais, tratam dos requisitos para criação ou aprimoramento de ação governamental que acarrete aumento de despesas (continuadas ou não); confira-se:

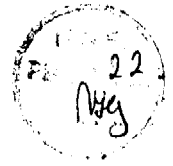
**Art. 16.** A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

<sup>25</sup> STF, ADPF 307 MC-REF, rel. min. Dias Toffoli, j. 19-12-2013, P, DJE de 27-3-2014.





§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

§ 2º A estimativa de que trata o inciso I do *caput* será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

§ 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º As normas do *caput* constituem condição prévia para:

I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;

II - desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3º do art. 182 da Constituição.

**Art. 17.** Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

§ 1º Os atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o *caput* deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio.

§ 2º Para efeito do atendimento do § 1º, o ato será acompanhado de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa.

§ 3º Para efeito do § 2º, considera-se aumento permanente de receita o proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.



§ 4º A comprovação referida no § 2º, apresentada pelo proponente, conterà as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, sem prejuízo do exame de compatibilidade da despesa com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias.

§ 5º A despesa de que trata este artigo não será executada antes da implementação das medidas referidas no § 2º, as quais integrarão o instrumento que a criar ou aumentar.

§ 6º O disposto no § 1º não se aplica às despesas destinadas ao serviço da dívida nem ao reajustamento de remuneração de pessoal de que trata o inciso X do art. 37 da Constituição.

§ 7º Considera-se aumento de despesa a prorrogação daquela criada por prazo determinado.

Os requisitos do art. 16, como visto, aplicam-se a toda e qualquer ação governamental que implique aumento de gastos, isto é, aplicam-se tanto às ações de natureza instantânea<sup>26</sup> como às ações de natureza continuada<sup>27</sup>, enquanto os requisitos do art. 17 aplicam-se exclusivamente às chamadas despesas obrigatórias de caráter continuado.

Da leitura dos dispositivos acima, percebe-se que as despesas atualmente realizadas pelo Poder Executivo com advogados dativos de maneira nenhuma se enquadram no conceito de ação governamental majoradora de despesa, ou mesmo no conceito de despesa obrigatória de caráter continuado (prevista em lei ou ato administrativo).

Conforme exposto diversas vezes no presente trabalho, o Poder Executivo não está sequer autorizado a criar uma ação governamental destinada a prestar serviço de assistência jurídica integral aos economicamente menos favorecidos, já que a Constituição de 1988 reserva essa atribuição à Defensoria Pública. Em decorrência disso, não é difícil concluir que qualquer lei ou ato administrativo normativo que conferisse essa atribuição a órgãos ou entidades do Poder Executivo (ou a ele vinculadas mediante contratos ou convênios) por período superior a 2 (dois) anos seria julgada inconstitucional.

A prestação do serviço discriminado no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição de 1988, por defensores dativos, não custa repetir, decorre de determinação judicial (concretizadora de direitos), não de ação governamental voluntária, situação bem tratada no

<sup>26</sup> E.g.: contratação de empresa para desenvolvimento de software de gestão orçamentária, contratação de empresa para realização de obra pública de curta duração etc.

<sup>27</sup> E.g.: instituição e estruturação de nova carreira funcional, criação de programa de transferência de renda aos mais necessitados com reserva de recursos mínimos etc.



Acórdão de apelação da já mencionada Ação Civil Pública ajuizada pela OAB/PR em desfavor do Estado do Paraná (com vistas ao pagamento dos serviços prestados por advogados dativos).

As Leis 1060/50 e 8.906/94 (Estatuto da OAB)<sup>28</sup>, ademais, são claras quanto à necessidade do Estado remunerar os advogados dativos apenas nas situações em que os quadros da Defensoria Pública não sejam suficientes para prestação satisfatória do serviço supra descrito.

Mesmo que se quisesse interpretar as Leis 1060/50 e 8.906/94 (Estatuto da OAB) como normas criadoras de ações que aumentam despesas, o que se argumenta em excessivo apego ao debate, por se tratarem os diplomas em comento de leis nacionais, caberia à União (que cria a despesa para os Estados) explicar o preenchimento dos requisitos dos arts. 16 e 17 da LRF, não ao Estado do Paraná.

Mais do que isso, ainda que se pudesse falar, em tais situações, em ação governamental estadual (o que também fazemos por apego ao debate), não haveria como se afirmar estar-se diante de ação ampliatória de despesa. Em verdade, com o fortalecimento institucional da Defensoria e a conclusão dos 2 (dois) primeiros concursos para provimento de cargos de Defensor Público, a tendência é que os gastos com advogados dativos caiam significativamente nos próximos anos<sup>29</sup>.

Não custa explicitar, por fim, que os requisitos para aumento de despesas, previstos nos artigos 16 e 17 supratranscritos, como o próprio nome (requisitos) já diz, devem ser verificados no momento da veiculação do ato que determina a referida ampliação de gastos (criação da ação governamental). No caso da advocacia dativa, por se tratar de prática adotada há algumas décadas no Estado do Paraná (sempre por determinação judicial), não é possível sequer determinar esse momento.

<sup>28</sup> Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB): Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência. §1º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.

<sup>29</sup> Em nosso entender, as despesas com advogados dativos revelam forte grau de imprevisibilidade, já que não há como definir com precisão os momentos em que mais ou menos pessoas, em localidades não servidas por defensorias, precisarão dos serviços dos advogados dativos. Além disso, não há como ter certeza exata do momento em que a Defensoria Pública efetivamente conseguirá alcançar todas as comarcas do Estado (já que o Executivo não pode interferir na sua estrutura organizacional).



### 2.3.2.2. Advocacia Dativa e Despesas com Pessoal

O controle das despesas com pessoal é uma das maiores preocupações do Direito Financeiro, chegando a Constituição de 1988 a estabelecer uma série de medidas severas destinadas à redução de gastos nos casos em que esses tenham ultrapassado os limites (legalmente) aceitáveis (art. 169).

Na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/2000), que fixa os limites de despesas com pessoal e pormenoriza os trâmites para adoção das medidas mencionadas no parágrafo anterior, o conceito de despesa com pessoal está positivado no art. 18; confira-se:

**Art. 18.** Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

§ 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal".

§ 2º A despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as dos onze imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência.

Doutrina e jurisprudência, mediante interpretação teleológica da supracitada norma legal, acabaram por ampliar o conceito de despesas de pessoal contido na LRF, de maneira que novas despesas, diversas daquelas textualmente previstas, passaram a ser computadas no cálculo dos referidos limites constitucionais<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Sobre o assunto, J. R. Caldas Furtado explica que "...é muito comum na Administração Pública brasileira a contratação direta de pessoa física (advogado, contador, médico, odontólogo, etc.), ao arrepio da ordem jurídico-constitucional, para prestar serviço de natureza contínua, mediante remuneração mensal, ocorrendo lançamento forçado do contrato como *Despesa com Serviços de Terceiros - Pessoa Física*. Nessa hipótese, desconsiderada a ilegalidade e a classificação imprópria da despesa, os gastos respectivos devem sempre compor a despesa total com pessoal para os efeitos do artigo



No Estado do Paraná, após numerosas decisões referentes à matéria, o Tribunal de Contas do Estado entendeu por bem editar Instrução Normativa (n. 56/2011) para dispor sobre “*limite de gastos com pessoal*”. Pela relevância para o presente trabalho, confira-se o que prescreve o artigo 3º da norma em comento:

**Art. 3º** A caracterização da despesa para fins de apuração do limite da despesa de pessoal privilegiará a essência sobre a forma, tendo por primazia o *caput* do art. 169 da Constituição Federal e a Lei de Responsabilidade Fiscal.

**§ 1º** Para efeito do *caput*, a contabilização da despesa aglutinará os componentes remuneratórios correspondentes a vantagens pessoais e institucionais e os benefícios que caracterizem salário direto e indireto.

**§ 2º** Na aferição do limite disposto neste artigo será somada a despesa com mão de obra terceirizada ou a esta equiparada que se refira à substituição de servidores e empregados públicos, a serem contabilizadas no grupo de natureza “Outras Despesas de Pessoal” e, ainda:

I - as contratações de mão de obra/serviços de pessoa física, jurídica ou por meio de interposta pessoa que, embora se enquadrando nas características definidas no § 1º do art. 18 da LRF, não tenham sido contabilizadas como “Outras Despesas de Pessoal”.

II – as contratações por prazo determinado, fundadas na excepcional necessidade pública em urgências, emergências, situações calamitosas ou outras previstas na legislação própria da localidade.

O caso dos dativos, porém, não se enquadra na hipótese do art. 18, § 1º, da LRF, que trata da “substituição de mão de obra”, situação anômala verificada em alguns contratos de serviços terceirizados ou de contratação temporária.

Explique-se.

Em primeiro lugar, como visto, advogado dativo não é e nem pode ser objeto de contrato, muito menos de contrato de terceirização; por conseguinte, não pode dar ensejo à situação anômala da substituição de mão-de-obra, que diz respeito a distorções em contratos de terceirização ou de contratação temporária. É fato inegável que a substituição de mão-de-obra carrega consigo uma dose de ilicitude, que não está presente no caso dos dativos.

---

18 da Lei Complementar n. 101/00 (LRF).” (FURTADO, J. R. Caldas. **Direito Financeiro**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 463.)



O art. 18, § 1º, da LRF traz uma regra de exceção e, como tal, deve ser interpretada estrita ou restritivamente. A regra em comento, a nosso sentir, pressupõe ação voluntária do Estado no sentido de admitir mão-de-obra por meios impróprios, o que não ocorre, tendo em vista que o “vínculo” com os dativos é compulsório e tem respaldo legal.

Aqui, não custa lembrar que o art. 22, § 1º, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB), prescreve que “O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado”, já tendo a validade desse dispositivo sido atestada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (quando da Apelação n. 2004.70.00.033145-0).

Ademais, a substituição de mão-de-obra, tal como prevista no art. 18, § 1º, pressupõe a continuidade do serviço, tanto que a IN 56/2011 do TCE/PR presume que contratos de terceirização com duração superior a 2 anos sejam, na verdade, contratos para substituição de mão-de-obra. O dativo, no entanto, é um advogado “ad hoc”, com atuação pontual. Em outros termos, a “advocacia dativa” no Paraná não tem a perenidade, a organicidade e a continuidade que se espera de uma atividade substitutiva da defensoria pública, ainda que entre ambas as atividades haja pontos de contato.

Em reforço ao exposto, o art. 5º, § 4º, da Lei 18.664/2015 prescreve expressamente que “o pagamento de honorários previsto neste artigo não implica vínculo empregatício com o Estado e não confere ao advogado direitos assegurados ao servidor público, nem mesmo à contagem de tempo como de serviço público”, situação análoga à dos estagiários. Como os gastos com estagiários não entram no cálculo das despesas com pessoal (v. manual de demonstrativos fiscais da STN)<sup>31</sup>, deve-se aplicar o mesmo raciocínio aos dativos.

Importante mencionar também que há situações (embora raras) em que parte dos valores pagos pelo Poder Executivo aos Advogados Dativos tem por objetivo remunerar atividade diversa da realizada pela Defensoria Pública, qual seja, a realização de atos materiais de curadoria especial, como o acompanhamento de menores a consultas médicas ou mesmo cirurgias. No exercício da curadoria, os defensores limitam-se aos atos intra processuais (defesa técnica), como costuma ocorrer com os advogados dativos; estes, porém,

<sup>31</sup> O estagiário só pode ser classificado como despesa de pessoal excepcionalmente, na hipótese do art. 18, § 1º, da LRF. E esse dispositivo, como visto, não se aplica aos dativos do Paraná.



estão autorizados a realizar (e, em alguns casos, efetivamente as realizam) as 2 (duas) tarefas (curadoria processual e extra processual)<sup>32</sup>.

A nosso sentir, as despesas com advogados dativos só poderiam ser enquadradas no conceito de “substituição de mão-de-obra” caso ficasse comprovado que o Poder Executivo do Estado do Paraná estivesse a “boicotar” voluntariamente a implantação/consolidação da Defensoria Pública por meio do fomento sistemático à atividade dos dativos, como parecer ter averbado o Supremo nas ADIs citadas, algo rechaçado ao longo deste parecer.

### **2.3.2.3. Advocacia Dativa: Empenho de Despesa no Âmbito do Poder Executivo. Cumprimento de Determinação Judicial. Autonomia da Defensoria Pública.**

Sobre o questionamento a respeito do motivo pelo qual as despesas com advogados dativos não são empenhadas pela Defensoria Pública, órgão dotado de autonomia orçamentária e competência para o desempenho do serviço de assistência jurídica integral e gratuita aos mais pobres, deve-se afirmar que o empenho, no âmbito do Poder Executivo (Coordenação do Tesouro Estadual – Grupo Orçamentário e Financeiro Setorial da Secretaria da Fazenda), decorre da decisão judicial que determina a nomeação do advogado dativo para prestar defesa técnica aos litigantes.

Nos autos da Ação Civil Pública n. 331450/2004, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Paraná contra o Estado do Paraná com o objetivo de compelir o referido Ente a pagar aos advogados dativos mais de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) a título de honorários, o pedido da parte demandante foi julgado procedente com amparo na norma contida no art. 22, § 1º, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da

<sup>32</sup> Sobre o assunto, Edilson Santana Gonçalves Filho explica que “A atuação da Defensoria Pública, na qualidade de curador especial, tem efeito tão somente endoprocessual. Ou seja, compete ao defensor público, dentro do desempenho de função atípica (curadoria especial), desenvolver a defesa técnica processual, sendo necessária a nomeação do representante do incapaz ou do réu para a prática de atos materiais necessários à efetivação da respectiva medida. Ou seja, além da designação da Defensoria Pública, deve ser nomeado curador para representar, extraprocessualmente, os interesses da parte, na realização de atos materiais necessários, recaindo a escolha preferencialmente sobre pessoa da família (preferência que se extrai do artigo 1.775 do Código Civil)”. (GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. A atuação do defensor público como curador especial tem efeito endoprocessual. In.: **Revista Consultor Jurídico**, 17 de novembro de 2015, 8h15. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-nov-17/tribuna-defensoria-atuacao-defensor-curador-especial-efeito-endoprocessual>. Acesso em 05/04/2017.



OAB), que dispõe expressamente ser *dever do Estado* remunerar o “...advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço”.

Sendo “dever do Estado” pagar os advogados dativos e não havendo previsão para referida despesa no orçamento da Defensoria Pública (órgão dotado de autonomia orçamentária e administrativa), não resta outra alternativa ao Poder Executivo – que não pode compelir a Defensoria a empenhar a despesa, justamente em razão da autonomia orçamentária daquela – senão cumprir a decisão utilizando-se do orçamento próprio.

### **2.3.3. Advocacia Dativa, Contribuições Previdenciárias e Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza**

No ofício de fl. 03, a 1ª Inspeção de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado indagou acerca do dever do Estado de, no momento do pagamento ao advogado dativo, realizar o recolhimento da contribuição previdenciária patronal, bem como a retenção da contribuição previdenciária e do Imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISSQN devido pelo agente.

Discorreremos sobre esses dois pontos nos tópicos a seguir.

#### **2.3.3.1. Advocacia Dativa e ISSQN**

O Imposto sobre serviços de qualquer natureza é tributo da competência dos municípios, previsto no art. 156, inciso III, da Constituição Federal de 1988, e regido, em âmbito infraconstitucional, pela Lei Complementar n. 116/2003, lei esta que contém a relação de todos os serviços passíveis de tributação (materialidade), bem como normas referentes aos demais aspectos da regra matriz de incidência tributária (temporal, espacial, quantitativo e pessoal), incluindo alíquotas mínimas e máximas e regime de responsabilidade tributária.

Para que incida o ISSQN, faz-se imprescindível não só que o serviço seja prestado de maneira onerosa (não gratuita), mas que reste caracterizada a natureza negocial (não compulsória) da operação<sup>33</sup> e a ausência de subordinação jurídica entre prestador e

<sup>33</sup> Sobre o assunto, leciona Natália de Nardi Dácomo que “...não basta uma pessoa, física ou jurídica, começar a prestar serviço a outra sem o seu consentimento, pacto ou ajuste. Dessa forma, é necessário um acordo, um contrato (verbal ou escrito), uma relação entre pessoas, física ou jurídica, para fazer nascer a prestação de serviços”. (DÁCOMO, Natália de Nardi. **Hipótese de incidência do ISS**. São Paulo: Noeses, 2006, p. 29).

US 70





tomador. Excluem-se da incidência do tributo, assim, serviços compulsórios (como o serviço militar), gratuitos (como os serviços de caridade), prestados sob subordinação jurídica (como ocorre numa relação trabalhista), ou mesmo sob regime de direito público<sup>34</sup>.

A não tributação dos serviços prestados sob regime jurídico de direito público, importante salientar, decorre da chamada regra de imunidade recíproca, prevista no art. 150, inciso VI, alínea "a", da Constituição de 1988, segundo a qual, "Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios... instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros".

A ideia subjacente à norma imunizante é a de proteger a autonomia política dos entes federativos, sobretudo os menores, contra ingerências indevidas dos demais sobre seus bens e serviços, algo perfeitamente previsível caso fosse possível a instituição de impostos sobre suas atividades essenciais.

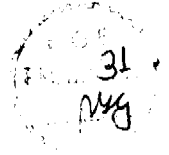
É por essa razão que não incide ISSQN sobre os serviços de fiscalização ambiental, prestados pelo Instituto Ambiental do Paraná, de fiscalização de automóveis, prestados pelo DETRAN, ou mesmo de assistência jurídica integral e gratuita, prestados pela Defensoria Pública Estadual.

Embora, como visto, os advogados dativos não integrem os quadros da Administração Pública de maneira permanente, mas meramente provisória, deve-se reconhecer que sua nomeação pelo juízo tem por objetivo a concretização do direito fundamental discriminado no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição de 1988, isto é, a prestação de serviço público típico de Estado, razão pela qual não se faz devido o ISSQN sobre tais prestações. Trata-se de atividade pública (embora prestada por particular colaborador) e compulsória. Ademais, o agente nomeado não tem qualquer ingerência sobre remuneração a ele fixada pelo juízo.

Ainda que se admitisse o caráter negocial e privado do serviço prestado pelos defensores dativos, o Estado não estaria obrigado a recolher, na qualidade de responsável tributário, o valor devido a título de ISSQN, já que não existe obrigação legal de retenção

<sup>34</sup> Com bem pondera doutrina mais autorizada, "... o ISSQN somente pode incidir sobre a atividade exercida em favor de outrem, com conteúdo econômico, sob regime de direito privado, em caráter negocial, sem subordinação, tendente a produzir uma utilidade material ou imaterial. A incidência do ISSQN está circunscrita a estes parâmetros, de forma que estará excluída de seu critério material aquelas atividades que sejam prestadas de forma gratuita e compulsória, como, por exemplo, o serviço militar, a convocação eleitoral e a participação no júri". (CASTRO, Eduardo Moreira Lima Rodrigues; LUSTOZA, Helton Kramer; GOUVEIA, Marcus de Freitas. **Tributos em espécie**. 4. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 809.)

Uz



para aquele que, sem ser tomador do serviço, limita-se a realizar o pagamento em benefício de terceiro.

### 2.3.3.2. Advocacia Dativa e Contribuições Previdenciárias

O tema das contribuições previdenciárias devidas pelos advogados dativos foi objeto da Solução de Consulta n. 40, de 2016, de lavra do COSIT da Receita Federal do Brasil<sup>35</sup>, oportunidade em que restou assentado que "...somente o advogado (enquadrado como contribuinte individual) é contribuinte do RGPS e que o Estado ..., embora efetue pagamento a esse advogado, não é obrigado a descontar do pagamento feito a ele a sua contribuição e recolhê-la".

Ocorre que, embora o advogado dativo, para fins previdenciários, seja enquadrado como contribuinte individual<sup>36</sup>, nos termos do art. 12, inciso V, alínea "g", da Lei n. 8.212/91<sup>37</sup>, e o montante dos honorários fixados pelo juízo (e eventuais acréscimos) seja caracterizado como salário de contribuição, nos termos do art. 28 da mesma Lei<sup>38</sup>, "... o Estado ... não é contribuinte em relação ao pagamento feito ao advogado que 'atuou como procurador da parte adversária ao Estado', visto que não incide contribuição previdenciária patronal sobre honorários de sucumbência pagos a segurado contribuinte individual, em decorrência de condenação judicial; tampouco incide contribuição sobre os juros pagos em razão da mora no pagamento de tais honorários."

Como bem ponderado pelo órgão da Receita Federal do Brasil, "... esses pagamentos não visam retribuir serviços prestados à empresa que, no caso, é o Estado, condição essencial para que ocorra o fato gerador da contribuição patronal, conforme se depreende pelo disposto no inciso III do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991<sup>39</sup>", mas aos serviços prestados ao hipossuficiente.

<sup>35</sup> Disponível em file:///C:/Users/user/Downloads/SC\_Cosit\_n\_40-2016.pdf.

<sup>36</sup> O vínculo precário com o Estado impede sua caracterização como servidor integrante do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos.

<sup>37</sup> Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: (...) V - como contribuinte individual: g) quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego.

<sup>38</sup> Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição: (...) III - para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observado o limite máximo a que se refere o § 5º. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

<sup>39</sup> Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: (...) III - vinte por cento sobre o total das remunerações



Esse mesmo entendimento (item 22 e subitem 22.1), implícito no texto legal, está expresso no § 15 do art. 57 da Instrução Normativa nº 971, de 13 de novembro de 2009, abaixo transcrito:

**Art. 57.** As bases de cálculo das contribuições sociais previdenciárias da empresa e do equiparado são as seguintes: (...)

**§ 15.** Não integram a base de cálculo da contribuição previdenciária da empresa os honorários de sucumbência pagos em razão de condenação judicial, integrando, contudo, a base de cálculo da contribuição do advogado contribuinte individual.

Na mesma Solução de Consulta n. 40/2016, o COSIT chamou atenção também para o fato de que, embora a empresa pague ao advogado contribuinte individual a remuneração a que ele faz jus (no caso, os honorários de sucumbência e os juros moratórios), ela não se sujeita, em relação a esse pagamento, à obrigação prevista no art. 4º da Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003. Isso porque, “a empresa somente é responsável pelo recolhimento da contribuição do segurado contribuinte individual, na hipótese em que ele lhe prestar serviço, o que não ocorre nesse caso, visto que seu serviço é prestado à parte contrária no processo judicial”. Confira-se:

**Art. 4º** Fica a empresa obrigada a arrecadar a contribuição do segurado contribuinte individual a seu serviço, descontando-a da respectiva remuneração, e a recolher o valor arrecadado juntamente com a contribuição a seu cargo até o dia 20 (vinte) do mês seguinte ao da competência, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia.

Conseqüentemente, a responsabilidade pelo recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre o salário de contribuição do advogado contribuinte individual, na hipótese de receber honorários e juros decorrentes da mora no pagamento de tais honorários é dele mesmo.

### **3. Conclusão**

pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços; (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999).



Diante de todo o exposto, os questionamentos levados a efeito pela 1ª Inspeção de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado, ratificados pelo Chefe de Gabinete da Secretaria de Estado da Fazenda, podem ser respondidos da seguinte maneira:

**1 – A utilização do Advogado Dativo se enquadra como substituição de mão de obra nos termos do artigo 18, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000)?**

Resposta: Não. Como visto, não se admite a abertura de processo para contratação de advogado dativo, muito menos de contrato de terceirização; por conseguinte, não se pode falar na situação anômala da substituição de mão-de-obra, que diz respeito a distorções em contratos de terceirização ou de contratação temporária. É fato inegável que a substituição de mão-de-obra carrega consigo uma dose de ilicitude, que não está presente no caso dos dativos. A regra em comento pressupõe ação voluntária do Estado no sentido de admitir mão-de-obra por meios impróprios, o que não ocorre, tendo em vista que o “vínculo” com os dativos é compulsório e tem respaldo legal. É o Poder Judiciário que, para concretizar mandamento constitucional (art. 5º, LXXIV), em caso de insuficiência da Defensoria, determina ao Estado que arque com os honorários dos advogados dativos, o que faz amparado no art. 22, § 1º, da Lei n. 8.906/94.

**2 – Caracterizado o serviço como substituição de mão de obra não está havendo burla ao concurso público?**

Resposta: Não. O Poder Executivo não está sequer autorizado a abrir concurso público para contratar servidores para o desempenho da atribuição prevista no art. 5º, LXXIV, da Constituição de 1988, já que, pela Carta Magna brasileira, essa atribuição compete apenas à Defensoria Pública. A nomeação de advogado dativo e a fixação de sua remuneração decorrem de decisão judicial, cabendo ao Poder Executivo cumpri-la, isto é, realizar a despesa. O dever do Estado de arcar com os honorários dos dativos, por sua vez, decorre da norma contida no art. 22, § 1º, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB).

**3 – A criação da referida despesa atendeu os artigos 16 e 17 da LRF?**

Resposta: As despesas com advogados dativos não se enquadram no conceito de “despesas obrigatórias de caráter continuado”, em primeiro lugar, por não decorrerem de ação governamental (LRF, art. 16), em segundo lugar, por não terem sido criadas mediante lei, medida provisória ou ato administrativo normativo estadual (LRF, art. 17). Como visto, o



Poder Executivo não possui sequer competência para “ação” que diga respeito a serviços de assistência jurídica gratuita aos mais necessitados. Trata-se, em verdade, de despesas decorrentes de decisões judiciais concretizadoras de direitos fundamentais. O fundamento legal para a despesa, lembre-se, é uma norma nacional (Lei n. 8.906/94 - Estatuto da OAB), não possuindo o Estado ingerência sobre referida regra. Ainda que se considere que a despesa com dativos se enquadra no conceito de “despesa obrigatória de caráter continuado”, o cumprimento dos requisitos dos artigos 16 e 17 da LC n. 101/2000 (LRF) deveria ter sido verificado à época da criação dessa despesa (o que, no Estado do Paraná, remonta há algumas décadas).

**4 – Foi realizada licitação na forma de inexigibilidade (credenciamento) para nomeação/contratação dos advogados participantes da Advocacia Dativa?**

Resposta: Não. O Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado no sentido de que o Poder Executivo, institucionalmente, não pode sequer contratar (diretamente ou mediante prévio processo licitatório) entidade privada para a prestação do serviço de assistência jurídica gratuita, inserido no rol de atribuições constitucionais da Defensoria Pública, tese ratificada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região quando do julgamento de Ação Civil Pública (33145/2004) ajuizada pela OAB contra o Estado do Paraná. As contratações de advogados dativos, assim como sua remuneração, decorrem de decisão judicial; em regra, os magistrados valem-se dos parâmetros fixados pela OAB com base nas Leis Nacionais 1060/50 e 8906/94 (Estatuto da OAB) e na Lei Estadual n. 18.664/2015. A situação, portanto, difere daquela em que há decisão judicial determinando a aquisição de medicamento, momento em que se abre ao Estado oportunidade para instruir processo de licitação ou dispensa ou inexigibilidade.

**5 – Qual o fundamento para não ser realizado a retenção da contribuição previdenciária do advogado dativo (11%) e da parte patronal (20%)? Da mesma forma, questiona-se a razão do não recolhimento do valor do ISS?**

Resposta: Em primeiro lugar, conforme Solução de Consulta n. 40/2016 – COSIT, “o Estado ... não é contribuinte em relação ao pagamento feito ao advogado que ‘atuou como procurador da parte adversária ao Estado’, visto que não incide contribuição previdenciária patronal sobre honorários de sucumbência pagos a segurado contribuinte individual, em decorrência de condenação judicial.” Em segundo lugar, não há dever de



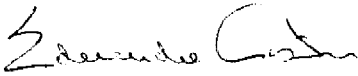
retenção da contribuição devida pelo advogado dativo (na qualidade de contribuinte individual), tendo em vista que a lei não contempla hipótese de responsabilidade tributária de quem não é o tomador do serviço. Por fim, sobre o ISS, deve-se esclarecer que o referido tributo não incide sobre o serviço prestado à população carente pelos defensores dativos, tendo em vista a natureza compulsória da prestação e o regime jurídico de direito público aplicável; o ISS, e isso deve ficar claro, só incide sobre serviços prestados em regime privado, marcados pela natureza negocial.

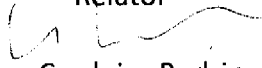
**6 – O empenho não deveria ser realizado no órgão responsável pela administração da defensoria pública?**

Resposta: A realização do empenho no âmbito do Poder Executivo decorre de decisão judicial, entendimento consolidado quando do julgamento da Ação Civil Pública n. 331450/2004, que determinou ao Poder Executivo o pagamento de mais de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) a advogados dativos nomeados pelas mais diversas varas judiciais para defender hipossuficientes. Sendo “dever do Estado”, nos termos do art. 22, § 1º, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB), remunerar os advogados dativos, e não havendo previsão para referida despesa no orçamento da Defensoria Pública (órgão dotado de autonomia orçamentária e administrativa), não resta outra alternativa ao Poder Executivo – que não pode compelir a Defensoria a fazer o empenho, justamente em razão da autonomia orçamentária daquela – senão cumprir a decisão utilizando-se do orçamento próprio.

É o parecer que se submete à apreciação superior.

Curitiba, 10 de abril de 2017.

  
Eduardo M. L. Rodrigues de Castro  
Procurador do Estado  
Relator

  
Diogo Cordeiro Rodrigues  
Procurador do Estado  
Coordenador do GPT - 5



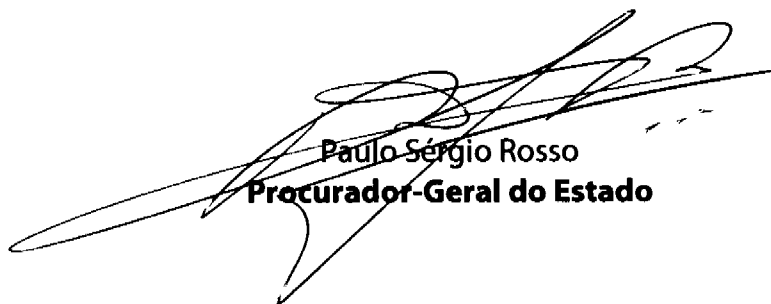
**ESTADO DO PARANÁ**  
**PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**  
Gabinete do Procurador-Geral

---

Protocolo nº 14.516.902-0  
Despacho nº 177/2017 - PGE

- I. Aprovo o Parecer nº 16/2017-PGE, da lavra dos Procuradores do Estado, Eduardo Moreira Lima Rodrigues de Castro e Diogo Cordeiro Rodrigues, integrantes do Grupo Permanente de Trabalho (GPT5 - Orçamento e Finanças) em 30 (trinta) laudas, por mim chanceladas;
- II. Encaminhe-se cópia virtual à Coordenadoria de Estudos Jurídicos - CEJ e à Coordenadoria de Gestão Estratégica e TI - CGTI, para catalogação e divulgação, bem como à Procuradoria Consultiva - PRC para ciência;
- III. Restitua-se ao Núcleo Jurídico da Administração junto à Secretaria de Estado da Fazenda - NJA/SEFA.

Curitiba, 28 de abril de 2017.



Paulo Sérgio Rosso  
**Procurador-Geral do Estado**