

**Paulo Torres**

Manual do

# **ADVOGADO PÚBLICO**

**Atuação nos âmbitos cível, administrativo,  
constitucional e trabalhista**

2018

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# O ALCANCE DA EXPRESSÃO “FAZENDA PÚBLICA”

## 1. CONCEITO

A expressão Fazenda Pública é utilizada para designar as pessoas jurídicas de direito público que figurem em ações judiciais, mesmo que a demanda não verse sobre matéria estritamente fiscal ou financeira.

Quando a legislação processual utiliza-se do termo Fazenda Pública está a referir-se à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal e às suas respectivas autarquias e fundações.

Excepcionalmente, a jurisprudência também tem estendido as sociedades de economia mista e empresas públicas as prerrogativas asseguradas a Fazenda Pública nos casos em que elas atuam na prestação de serviços **sem a concorrência do setor privado**. O fundamento é que, nessa situação, as sociedades de economia mista e empresas públicas **são o próprio Estado em atuação**, justificando a extensão das prerrogativas (RE 627242 AgR e ADPF 387/PI).

Ressalta-se, contudo, que essa extensão das prerrogativas da Fazenda Pública as sociedades de economia mista e empresa pública **é absolutamente excepcional**. Assim, se numa prova de concurso público, não se faz menção ao fato desses entes prestarem serviço público sem a concorrência do setor privado, é de se presumir que eles não fazem jus as prerrogativas da Fazenda Pública.

## 2. ADVOCACIA PÚBLICA NO ÂMBITO DA UNIÃO

A União, antes do advento da Constituição Federal de 1988, era representada em juízo pelo Ministério Público Federal. A Constituição Federal de 1988 corrigiu esse equívoco, passando a atribuição de defender a União em juízo para a Advocacia-Geral da União – AGU.

Atualmente, a AGU é composta das seguintes carreiras:

- a) Advocacia-Geral da União, cuja atribuição é representar a União (Administração Direta) judicial e extrajudicialmente;
- b) Procuradoria-Geral Federal, cuja a atribuição é representar as Autarquias e Fundações federais (Administração indireta), judicial e extrajudicialmente;
- c) Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, cuja atribuição é a cobrança da dívida ativa da União (causas tributárias e fiscais);
- d) Procuradoria do Banco Central, cuja a atribuição é a representação do Banco Central, judicial e extrajudicialmente.

## 3. ADVOCACIA PÚBLICA NO ÂMBITO DOS ESTADOS

No âmbito dos estados, a representação processual é feita pelos procuradores estaduais, organizados em carreira, na qual o ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da OAB em todas as suas fases.

Os procuradores do Estado integram a Procuradoria-Geral do Estado, órgão componente da Administração Pública direta estadual.

Aqui, ao contrário do que sucede com a União, os Estados não têm sua representação dividida entre advogados e procuradores da Fazenda. A representação dos Estados é atribuída apenas aos procuradores de Estado, cabendo a divisão, por matérias ou tarefas, ao âmbito interno de organização administrativa das Procuradorias, sem que tal divisão repercuta na representação judicial do Estado (Ex: dentro de uma procuradoria estadual é comum haver uma procuradoria judicial e uma procuradoria fiscal. É permitido ao procurador sair da procuradoria judicial e ir para a procuradoria fiscal, já que a divisão aqui é apenas interna. No âmbito federal, não se permite que um membro da advocacia da união vá para a procuradoria-geral da fazenda. Apesar de fazerem parte da mesma carreira, são cargos distintos.).

#### 4. ADVOCACIA PÚBLICA NO ÂMBITO NOS MUNICÍPIOS

Os Municípios, nos termos do art. 182 do CPC, são, em regra, representados em juízo pela Advocacia Pública. O NCPC, contudo, manteve a antiga regra (Art. 75, III), a qual também permite a representação em juízo, ativa e passivamente, por seu prefeito ou procurador.

Aqui, temos que inicialmente a representação do Município em juízo é atribuída ao prefeito. Somente se houver uma lei municipal criando o cargo de procurador, com função expressa de representação do município em juízo, é que sua representação será feita por procurador.

Isso ocorre porque, em diversos municípios brasileiros, não há cargo de procurador. Assim, não havendo procurador no local, a citação inicial será feita na pessoa do prefeito. Posteriormente, será necessário que o prefeito contrate um advogado, que, para atuar, precisará de uma procuração dada pelo Prefeito, como representante do Município.

Onde existir o cargo de Procurador, com poderes expressos, a citação inicial será feita em seu nome. Aqui, obviamente, o procurador não depende de mandato para atuar nas causas em que for parte o Município, já que sua atuação decorre de lei.

Há quem defenda a possibilidade de, sendo o prefeito advogado regularmente inscrito na OAB, a defesa da Fazenda Municipal ser feita por ele mesmo, comparecendo em juízo na sua pessoa.

Prevalece (Leonardo Carneiro da Cunha), contudo, que não é possível ao prefeito, mesmo que ele seja advogado regularmente inscrito na OAB, promover, diretamente, a defesa dos interesses do Município.

Isso porque, nos termos do art. 28, I, do Estatuto da OAB, a função de Chefe do Poder Executivo é incompatível com o exercício da advocacia, estando suprimida, enquanto durar o mandato eletivo, a capacidade postulatória.

Dessa forma, embora o prefeito possa receber a citação, ele deverá constituir advogado para representar o Município, caso não haja cargo próprio de procurador judicial.

#### 5. ADVOCACIA PÚBLICA NO ÂMBITO DAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES

A representação judicial das autarquias e fundações públicas é feita, respectivamente, nos termos da lei que as cria e da lei que autorize sua criação.

Nos termos do art. 75, IV, do CPC, as autarquias e as fundações de direito público são apresentadas em juízo, ativa e passivamente, por quem a lei do ente federado designar:

**Art. 75. (...)**

**IV** – a autarquia e a fundação de direito público, por quem a lei do ente federado designar;

## **6. CONVÊNIO PARA A PRÁTICA DE ATO PROCESSUAL POR PROCURADOR DE OUTRO ENTE FEDERATIVO**

O NCPC trouxe uma grande novidade, que foi a possibilidade de os Estados e o DF firmem convênio para a representação de outros entes federados:

**Art. 75. (...)**

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

A celebração desse tipo instrumento é importante, pois facilita a apresentação dos Estados e do Distrito Federal, além de valorizar a Advocacia Pública e evitar a contratação de advogados privados pelos entes públicos, muitas vezes abusiva. Para atuar em juízo, os procuradores do Estado e do Distrito Federal não precisam exigir procuração, já que seus poderes decorrem da lei.

Contudo, caso atuem em função de um convênio, é preciso cópia do convênio e do extrato de sua publicação no Diário Oficial, a fim de comprovar a regularidade da apresentação.

Por fim, em que pese o dispositivo refira-se apenas a Estados e ao Distrito Federal, a doutrina defende que é possível aplicá-lo de modo a abranger também as autarquias e fundações estaduais, permitindo que uma autarquia estadual possa firmar convênio com outra autarquia estadual, a fim de manter compromisso recíproco de atuação em juízo.

## **7. PRINCIPAIS DECISÕES ENVOLVENDO O CARGO DE ADVOGADO PÚBLICO**

Como vimos, a apresentação em juízo da Fazenda Pública é feita, em regra, pelo advogado público. Segue abaixo as principais decisões dos tribunais superiores sobre esse cargo:

**a) É inconstitucional lei estadual que crie cargo em comissão para as funções de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo**

O estado da Paraíba editou lei criando cargos em comissão, de “Consultor Jurídico do Governo”, “Coordenador da Assessoria Jurídica” e “Assistente Jurídico”. Segundo previu a lei, os ocupantes de tais cargos atuariam prestando assessoria jurídica junto às Secretarias de Estado.

Contra essa lei, foi ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade, sob o fundamento de que ela violava o disposto no artigo 132 da CF/88, o qual confere aos Procuradores de Estado a representação exclusiva do Estado-membro em matéria de atuação judicial e de assessoramento jurídico, sempre mediante investidura fundada em prévia aprovação em concurso público.

Ao analisar o tema, o STF acatou a ação direta, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei (**ADI 4843 MC-Referendo/PB**).

**b) É possível a concessão de vitaliciedade aos advogados públicos?**

Ao analisar a Lei Complementar 240/2002, do Estado do Rio Grande do Norte, que concedia vitaliciedade aos procuradores estaduais, o STF (**ADI 2.729-8/RN**) entendeu que a garantia da vitaliciedade não se coaduna com a estrutura hierárquica a que se submete as Procuradorias Estaduais, subordinadas diretamente aos governadores de estado.

A vitaliciedade tem como objetivo preservar a autonomia e a independência de determinados agentes. Se não há autonomia e independência a serem asseguradas, nada justifica a concessão de vitaliciedade, que acabaria em resultar em verdadeiro óbice ao exercício regular do poder hierárquico inerente à Administração Pública.

Em que pese a decisão do STF tenha sido proferida em um julgamento envolvendo procuradores estaduais, é certo que seus fundamentos se aplicam a toda advocacia pública.

**c) É constitucional a previsão de foro por prerrogativa de função aos procuradores estaduais?**

Ao analisar o tema, o STF (**ADI 2.759/RN e ADI 2.587/GO**) entendeu que é constitucional a previsão de foro por prerrogativa de função aos procuradores estaduais, desde que essa previsão esteja contida na própria Constituição Estadual ou na Lei Orgânica, no caso do Distrito Federal.

Isso porque, nos termos do art. 125, § 1º, da Constituição Estadual, a competência dos tribunais de justiça será definida na Constituição do Estado. Assim, a previsão de foro por prerrogativa de função aos procuradores mediante simples lei é inconstitucional.

Em resumo, segundo o STF, é constitucional a previsão de foro por prerrogativa aos procuradores estaduais, mas somente quando essa previsão esteja contida na própria Constituição Estadual ou na Lei Orgânica, no caso do Distrito Federal.

Por fim, não custa nada lembrá-los do enunciado da súmula vinculante 45:

**STF – Súmula vinculante 45:** A competência constitucional do tribunal do júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual.

Assim, nos crimes dolosos contra a vida não prevalece o foro de prerrogativa de função previsto na Constituição Estadual aos procuradores do estado.

#### **d) Inconstitucionalidade de norma estadual que assegura porte de armas aos procuradores do estado**

O STF, ao analisar o dispositivo da Lei Complementar estadual (LC) 240/2002, do Rio Grande do Norte, que previa o porte de armas aos procuradores do estado, independente de qualquer ato formal de licença ou autorização, julgou tal dispositivo inconstitucional (**ADI 2729**).

O fundamento adotado pela Corte Suprema foi o seguinte: o porte de armas retira o caráter criminoso da conduta de portar armas. Assim, a concessão ou não de porte de arma a determinada categoria é matéria penal, que nos termos da Constituição Federal é matéria de competência federal.

Assim, é formalmente inconstitucional a previsão de porte de armas para determinada categoria apenas por legislação estadual.

#### **e) Possibilidade de criação, pelo Poder Legislativo e Tribunais de Contas, de procuradorias judiciais próprias, desvinculadas e independentes das procuradorias do Poder Executivo**

Ao analisar o tema, o STF decidiu que é possível criar Procuradorias no âmbito dos Poderes Legislativo e do Tribunal de Contas, atuando de forma independente em relação à Procuradoria do Poder Executivo.

Conforme entendeu a corte suprema: “A estruturação da Procuradoria do Poder Legislativo distrital está, inegavelmente, na esfera de competência privativa da Câmara Legislativa do DF. Inconsistência da alegação de vício formal por usurpação de iniciativa do Governador. A Procuradoria-Geral do Distrito Federal é a responsável pelo desempenho da atividade jurídica consultiva e contenciosa exercida na defesa dos interesses da pessoa jurídica de direito público Distrito Federal.

Não obstante, a jurisprudência desta Corte reconhece a ocorrência de situações em que o Poder Legislativo necessite praticar em juízo, em nome próprio, uma série de atos processuais na defesa de sua autonomia e independência frente aos demais Poderes, nada impedindo que assim o faça por meio de um setor pertencente a sua estrutura administrativa, também responsável pela consultoria e assessoramento jurídico de seus demais órgãos (ADI 1.557 e ADI 94).

#### f) A advocacia pública e a defesa dos agentes públicos estatais

O Brasil adotou a chamada teoria do órgão, de forma que a pessoa jurídica manifesta a sua vontade através de órgãos, que são partes integrantes da própria estrutura da pessoa jurídica.

Ocorre que, faticamente, o órgão não existe, é uma ficção jurídica. Efetivamente, as pessoas jurídicas se manifestam no mundo dos fatos jurídicos por meio de seus agentes, eleitos ou investidos nos termos da lei, no exercício de uma função pública.

Ocorre que, não raras vezes, um agente público pode vir a ser demandado judicial em razão de uma manifestação tomada na representação de um órgão. O que se questiona aqui é se agente público pode ser defendido judicialmente por um advogado público ou se terá que contratar um advogado particular para a realização de sua defesa.

Há quem faça uma interpretação literal do artigo 131 e entenda que os advogados públicos somente podem realizar a defesa de instituições:

**Art. 131.** A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Note que, em sua redação literal, o art. 131 da CF/88 não menciona expressamente a possibilidade de defesa de agentes que atuam em nome

dos órgãos públicos. Assim, com base em uma interpretação puramente gramatical, há quem sustente que a defesa de agentes pela advocacia pública representaria uma ampliação indevida de suas atribuições constitucionais. Foi, por exemplo, com base nesse fundamento, que o Conselho Federal da OAB ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.888, na qual requereu a declaração de inconstitucionalidade do artigo 22 da Lei 9.028/95.

O referido artigo possui a seguinte redação:

**Art.22.** A Advocacia-Geral da União e os seus órgãos vinculados, nas respectivas áreas de atuação, ficam autorizados a representar judicialmente os titulares e os membros dos Poderes da República, das Instituições Federais referidas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição, bem como os titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas federais, e de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores e daqueles efetivos, inclusive promovendo ação penal privada ou representando perante o Ministério Público, quando vítimas de crime, quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas, podendo, ainda, quanto aos mesmos atos, impetrar habeas corpus e mandado de segurança em defesa dos agentes públicos de que trata este artigo

Nota-se que o referido artigo previu a possibilidade de a AGU representar judicialmente os agentes públicos nela citados, quando demandados em função de atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas, podendo, ainda, quanto aos mesmos atos, impetrar habeas corpus e mandado de segurança em defesa dos agentes públicos de que trata este artigo.

Uma outra corrente, contudo, defende que o art. 131 da Constituição Federal, ao prever que compete à advocacia pública a representação dos entes da federação, incluiu também, como mero desdobramento lógico desta atribuição, a defesa dos agentes que atuam em seu nome. Isso porque seria extremamente oneroso impor aos agentes públicos o ônus de custear defesas em ações em face de incontáveis atos presumidamente legítimos, inseridos em seu rol de competências, especialmente se levarmos em considerações o elevado número de ações propostas apenas com intuito de constranger e intimidar o agente público que exercer corretamente seu múnus, algo comum nos rincões desse nosso Brasil.

Ao analisar a possibilidade de defesa de agentes públicos por procuradores estatais o STJ acabou adotado uma corrente intermediária entre as duas anteriormente expostas.

Quando do julgamento do REsp 681.571/GO, o STJ, em pese tenha admitido a possibilidade de defesa de agentes públicos por procuradores estatais, diferenciou os atos dos agentes públicos entre atos praticados por aqueles “quando agem como tal” e atos “voltados contra o órgão público”, concluindo que, “quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político, voltado contra o órgão público, não se pode admitir que, por conta do órgão público, corram as despesas com a contratação de advogado”.

Assim, pode-se concluir que, embora seja legítima a representação de agentes públicos por procuradores estatais, essa representação somente é possível quando o ato praticado não tenha sido praticado contra o próprio órgão público. Do contrário, se há para o ente interesse em defender seus agentes políticos, quando agem como tal, cabe a defesa ao corpo de advogados do Estado, ou contratado às suas custas.

#### **g) Associação de Municípios pode ajuizar ação para tutelar direitos dos Municípios?**

##### **Vamos contextualizar o assunto?**

Chegou ao STJ interesse questão: foi criada uma determinada associação de municípios, com o objetivo de representar municípios em ações contra a União.

##### **As associações são substitutas processuais dos associados?**

Não. Conforme entendimento do STF, (RE 573232), o art. 5º, XXI, da CF/88 traz hipótese de representação processual:

**Art. 5º (...) XXI** – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

Assim, as associações **representam direito alheio em nome alheio**. É justamente por isso que elas precisam de **autorização específica** dos associados para ingressar em juízo. No caso concreto, essa autorização, inclusive, existia.

### O que entendeu o STJ?

O STJ entendeu que a associação em questão não possui legitimidade ativa para tutelar em juízo direitos e interesses das pessoas jurídicas de direito público.

O fundamento foi o seguinte: como vimos, as associações atuam como representantes processuais dos seus associados. Contudo, a representação judicial dos Municípios, ativa e passivamente, **somente pode ser exercida por seu Prefeito ou Procurador**, conforme previsto no art. 75, III, do CPC/2015:

**Art. 75.** Serão representados em juízo, ativa e passivamente: (...)

III – o Município, por seu prefeito ou procurador;

Assim, **não é possível que essa regra expressa seja alterada para que a representação se faça por associação de municípios.**

A representação do ente municipal não pode ser exercida por associação de direito privado, haja vista que se submete às normas de direito público. Assim sendo, não se pode admitir que haja uma delegação para que uma pessoa jurídica de direito privado (associação) possa tutelar interesses de pessoa jurídica de direito público (Município).

Em qualquer tipo de ação, permitir que os Municípios sejam representados por associações equivaleria a autorizar que eles dispusessem de uma série de privilégios materiais e processuais estabelecidos pela lei em seu favor. E, como esses privilégios visam a tutelar o interesse público, não há como os Municípios disporem deles ajuizando suas ações por meio de associações, pois o interesse público é indisponível (**REsp 1.503.007-CE**).