

Anexo

Appendix

ERRATA

Este artigo, publicado originalmente na *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* n. 8 (jan.-mar. 2018), à época, foi impresso sem as notas de rodapé. Nesta republicação, todas as notas omitidas constam revisadas e devidamente publicadas.

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA ADVOCACIA PÚBLICA

CONTROVERSIAL ASPECTS OF PUBLIC ADVOCACY

RICARDO MARCONDES MARTINS

Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP.
Professor de Direito Administrativo da PUC-SP.
ricmarconde@uol.com.br

Recebido em: 08.10.2018
Aprovado em: 25.11.2018

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMO: Os entes públicos, ao contrário das pessoas privadas, não possuem interesses próprios: o chamado "interesse secundário" só é tutelado pelo ordenamento quando coincidente com o "interesse primário". Essa diferença marca todo o regime jurídico da Advocacia Pública: trata-se de Advocacia de Estado e não de Governo, não lhe cabendo defender o interesse do governante quando contrário ao ordenamento jurídico. É pacífico que a atividade consultiva se presta à defesa do interesse primário. Em relação à atuação em Juízo, a questão é bastante controversa. Cabe ao advogado público defender institucionalmente o interesse primário. Quando sua convicção pessoal

ABSTRACT: Public entities, unlike private individuals, do not have their own interests: the so-called "secondary interest" is only protected by the Judiciary when it coincides with the "primary interest". This difference marks the entire legal regime of Public Advocacy: it refers to State Advocacy and not Government Advocacy, in that the advocate (lawyer) should not defend the interests of the ruler when such interest is contrary to the legal system. It is undisputed that advisory activity is intended to defend the primary interest. In relation to the action in court, the issue is quite controversial. It is up to the public lawyer to defend the primary interest institutionally. When his personal

não é acolhida pela Instituição, tem a prerrogativa de atuar como *longa manus* do superior hierárquico. Quando os agentes públicos não contradizem o estabelecido pela Advocacia Pública, devem ser por ela defendidos. Essa defesa não configura advocacia de Governo, pois é necessária para adequada tutela do interesse público.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Pública – Advocacia de Estado – Advocacia de Governo – Interesse público primário e secundário – Atividade consultiva – Atividade litigiosa – Hierarquia – Teoria da *longa manus* – Defesa de agentes públicos.

conviction is not accepted by the Institution, he has the prerogative to act as “the long hand” of his superior. When public agents do not contradict what is established by the Public Advocacy, they should be defended by it. This defense does not constitute Government advocacy, because it is necessary for the adequate protection of the public interest.

KEYWORDS: Public Advocacy – State Advocacy – Government Advocacy – Primary and secondary public interest – Advisory activity – Litigation activity – Hierarchy – *Longa manus* theory – Advocacy of public officials.

SUMÁRIO: 1. Advocacia. 2. Advocacia Pública. 2.1. Advocacia Pública e interesse público. 2.2. Advocacia de Estado e Advocacia de Governo. 3. Advocacia Pública litigiosa. 3.1. Defesa do interesse secundário. 3.2. Defesa individual do interesse primário. 3.3. Defesa institucional do interesse primário. 3.3.1. Autonomia da Advocacia Pública. 3.3.2. Teoria da *longa manus*. 4. Advocacia de Estado e defesa de agentes públicos. 5. Conclusões. Referências bibliográficas.

1. ADVOCACIA

A chamada *Advocacia Pública*, quer dizer, a advocacia da Administração Pública¹ ou, mais especificamente, das Pessoas Jurídicas de Direito Público – União, Estados, Municípios², Distrito Federal, Autarquias e Fundações Públicas –, é,

1. A afirmativa já envolve um problema: a Advocacia Pública diz respeito à *Administração Pública*, seja Direta ou Indireta, ou diz respeito apenas às *Pessoas jurídicas de direito público*? No primeiro caso, ela abrange as Empresas Estatais — sociedades de economia mista e empresas públicas —; no segundo, não. A questão será retomada a seguir (infra, rodapé 11).
2. Há quem considere que os Municípios, numa interpretação *a contrario sensu* do texto constitucional exposto, estariam fora da *Advocacia Pública*. Posição absurda, que foi, com muito brilho, enfrentada por Cesar Antonio Alves Cordaro: “É inegável, portanto, que, por realizarem a mesma função e serem portadores das mesmas atribuições, os Advogados Públicos do Município devem contar com uma carreira institucionalizada, devidamente estruturada e organizada, acessível mediante concurso público, de provas e títulos, revestida das garantias institucionais necessárias à eficácia de sua função de representação judicial, assessoramento e, notadamente, de controle prévio da legalidade dos atos da Administração” (A Advocacia Pública dos Municípios: necessidade de tratamento constitucional. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte:

ainda hoje, mal compreendida. Sua atuação funcional envolve questões complexas, ainda envoltas em acentuadas controvérsias. Considera-se que essa má compreensão decorre do não esclarecimento de certas premissas teóricas. Pretende-se, neste estudo, enfrentar alguns dos temas espinhosos que a envolvem, o que será feito a partir do esclarecimento dessas premissas; estando elas bem assentadas – acredita-se – os espinhos praticamente se soltam espontaneamente.

O ponto de partida é compreender a diferença do *sujeito de imputação*³. Advogar para uma *pessoa privada* é diferente de advogar para uma *pessoa pública*. Antes de assentar essa diferença, porém, devemos enfrentar, ainda que rapidamente, a seguinte questão: o que significa *advogar*? E, para tanto, outra, ainda mais problemática, se impõe: o Direito é uma *ciência*?

Técnica, em termos gerais, é “qualquer conjunto de regras aptas a dirigir eficazmente uma atividade qualquer”⁴. É um saber que “cria condições para uma ação”⁵. A Ciência, porém, constitui um saber que se pretende “verdadeiro” sobre um dado objeto.⁶ A técnica é um saber que tem um intuito prático, sendo um bom exemplo, a construção de um barco: imaginemos um naufrago, numa ilha deserta, que queira construir um bote; ele não gostaria de ter um livro de ciência, mas de técnica, um livro sobre como se constrói um bote⁷. O discurso científico, porém, não pretende apenas a obtenção de um resultado, busca a “verdade”.

Fórum, 2009, p. 237). Sobre o tema vide também: MARTINS, Ricardo Marcondes. Contratação de advogados por pessoas jurídicas de direito público. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, v. 1, ano 1, p. 113-130, abr.-jun. 2017.

3. Segundo a *teoria da imputação*, formulada por Hans J. Wolff, a distinção entre o direito público e o direito privado não resulta de uma diferença de previsão de fatos ou de uma diferença de efeitos jurídicos, quer dizer, nem das hipóteses normativas, nem das consequências normativas, ou, ainda, nem dos fatos jurídicos, nem dos efeitos jurídicos, mas do “sujeito de imputação” (*Zuordnungssubjekte*), dos “sujeitos aos quais são imputados direitos e deveres subjetivos” (WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Direito administrativo*. Trad. Antônio F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, v. I, p. 268).
4. Cf. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. coordenada e revista por Alfredo Bosi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 939.
5. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 85.
6. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 10.
7. O exemplo é inspirado na conhecida resposta de G. K. Chesterton sobre qual livro gostaria de ter numa ilha deserta. Cf. YANCEY, Philip. Prefácio. In: CHESTERTON, G. K. *Ortodoxia*. Trad. Almiro Pisetta. São Paulo: Mundo Cristão, 2008, p. 3.



Quando a própria pessoa do agente é acusada ou atacada em decorrência, direta ou indireta, da atuação funcional, de duas, uma: a) se o agente contrariou as orientações da Advocacia Pública, assumiu os riscos dessa decisão e, por isso, deve arcar com os ônus de sua defesa; ou b) se não a contrariou, tem o direito de ser defendido pela instituição encarregada de preservar a entidade que ele tornou presente quando do exercício funcional.

5. CONCLUSÕES

1. A natureza da atividade da advocacia é controversa: pode ser compreendida como uma técnica ou como uma atividade científica. Se o Estatuto da OAB parece consagrar a primeira posição, o novo CPC parece consagrar a segunda. O exercício da advocacia técnica pressupõe a dissimulação: o advogado atua como se a posição defendida seja, segundo a sua convicção, a melhor interpretação do ordenamento jurídico.

2. Em relação à Advocacia Pública, o tema ganha uma especificidade própria, decorrente do sujeito da imputação. Os entes públicos, por definição, não têm interesse jurídico de contrariar o Direito. Enquanto os particulares têm interesses próprios, o Poder Público só possui o interesse público.

3. A dicotomia “interesse primário” e “interesse secundário” implica um equívoco comum: supor que haja interesses dos entes públicos divorciados do correto cumprimento do ordenamento jurídico. O interesse secundário só será tutelado pelo ordenamento quando for coincidente com o primário, vale dizer, quando for o interesse primário. Logo, do ponto de vista jurídico, os entes públicos só possuem o interesse primário.

4. Não há que se confundir a Advocacia de Estado, que deve defender o interesse da entidade pública, vale dizer, o correto cumprimento do ordenamento jurídico, com a Advocacia de Governo, que se presta a defender o interesse do governante, nem sempre coincidente com o interesse público. A Advocacia Pública é advocacia de Estado e não de Governo.

5. É pacífico que a Advocacia Pública consultiva se presta a defender o interesse primário. Em relação à Advocacia Pública litigiosa há três correntes. Pela primeira, de modo similar à atuação do Advogado-Geral da União no controle concentrado, ela se presta a defender o interesse secundário. Pela segunda, baseada na conclusão de que o interesse secundário só é tutelado juridicamente quando for coincidente com o primário, ela se presta a defender o interesse primário. Pela terceira, cabe a ela individualmente a defesa do interesse secundário e institucionalmente a defesa do interesse primário.

6. A primeira posição é conceitualmente equivocada. A segunda gera dois problemas. Primeiro: como é ínsito ao Direito a divergência de opiniões, a prerrogativa individual de defender o interesse primário pode gerar uma atuação incoerente e, com isso, dificultar a implementação de políticas públicas. Segundo: quando o advogado público não atuar com seriedade científica, mas imbuído de móvel espúrio, sua atuação poderá prejudicar gravemente o interesse público.

7. Os dois problemas implicam a assunção da terceira posição. Na advocacia litigiosa, o advogado público deve, individualmente, defender o interesse secundário, mas institucionalmente o interesse primário. Poderá, assim, não contestar a ação ou não recorrer caso obtenha, nos termos institucionalmente definidos, a devida autorização. Em relação à atuação técnica, a hierarquia só é admissível se exercida pelo respectivo órgão técnico. Por isso, a autonomia para defender o interesse primário em juízo dá-se não individualmente, mas institucionalmente.

8. Em decorrência do postulado da proporcionalidade, a restrição à autonomia técnica do advogado público deve ser minimizada pela adoção da teoria da *longa manus*. A ponderação entre autonomia funcional e hierarquia leva à assunção de três corolários: 1) o advogado público, ao atuar em juízo, detém a prerrogativa de, por si, tomar as decisões necessárias à defesa do interesse secundário, entendido este como a vitória do Poder Público na ação judicial; 2) as decisões contrárias ao interesse secundário devem ser adotadas institucionalmente; e 3) sempre que a atuação em juízo, exigida pela Instituição, contrariar as convicções científicas do advogado público este terá a prerrogativa de atuar como *longa manus* de seu superior hierárquico.

9. Quando o ente público não defende o servidor, acaba, por via transversa, colocando em risco o interesse público. Por isso, quando o agente público, no exercício funcional, adota uma posição reputada ilícita pela Advocacia Pública, institucionalmente considerada, é vedado aos advogados públicos defenderem a pessoa do agente. Ao revés, sempre que o agente público atuar de acordo com o preconizado pela Advocacia Pública, institucionalmente considerada, e sofrer qualquer tipo de acusação em decorrência dessa atuação funcional, terá o agente o direito de ser defendido pela Advocacia Pública. Ao defendê-lo, o advogado público está, por via indireta, defendendo a própria pessoa jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. coordenada e revista por Alfredo Bosi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1966. v. I.

- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Apontamentos sobre a perícia. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, p. 9-35, jul.-set. 1981.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Apontamentos sobre a teoria dos órgãos públicos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano IV, v. 16, p. 30-37, abr.-jun. 1971.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. I.
- CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CORDARO, Cesar Antonio Alves. A Advocacia Pública dos Municípios: necessidade de tratamento constitucional. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade dos procuradores e assessores jurídicos da Administração Pública. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, n. 1, p. 1-7, jan. 2008.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- GUIMARÃES, Hélio de Seixas; LESSA, Ana Cecília. *Figuras de linguagem*. 14. ed. São Paulo: Atual, 2003.
- HACHEN, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles (ed.). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Contratação de advogados por pessoas jurídicas de direito público. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, v. 1, ano 1, p. 113-130, abr.-jun. 2017.

- MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da colaboração no exercício da advocacia. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, n. 6, ano 2, p. 73-99, jul.-set. 2018.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Bauru: Edipro, 2002. v. I.
- OTERO, Paulo. *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- RAMOS, Willim Junqueira. *A Advocacia-Geral da União e a defesa do interesse público primário*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.
- WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo*. Trad. Antônio F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v. I.
- YANCEY, Philip. Prefácio. In: CHESTERTON, G. K. *Ortodoxia*. Trad. Almiro Pi-setta. São Paulo: Mundo Cristão, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- Contratação de advogados por pessoas jurídicas de direito público, de Ricardo Marcondes Martins – RDAI 1/113-130 (DTR\2017\1440);
- Da inconstitucionalidade da Lei 13.327/2016 e do novo CPC no que concerne ao pagamento de honorários sucumbenciais aos advogados públicos, de Artur César de Souza – RePro 263/23-52 (DTR\2016\24925); e
- Qual o impacto do advogado sobre o resultado da decisão judicial? Evidências empíricas e o fator experiência, de Caio Castelliano de Vasconcelos – RDB 67/199-214 (DTR\2015\7990)