



Processo: PGI nº 7130.2.220718.6500

Interessado: Comissão da Advocacia Pública do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do Estado de São Paulo – OAB-SP

Assunto: Composição da Comissão Processante, no âmbito de processo administrativo disciplinar, quando o processado for advogado público municipal.

EMENTA: A avaliação de desempenho e a apuração de conduta infracional por Procurador Municipal são privativas de órgão formado por integrantes da própria carreira da Advocacia Pública, admitidos por concurso público, nos termos da lei, observada a competência do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB. A emissão de parecer jurídico nesses processos é atribuição exclusiva dos integrantes da Advocacia Pública, conforme art. 132, da Constituição Federal.

Senhor Presidente,

Senhores Membros da Comissão da Advocacia Pública,

Este processo me foi distribuído com a informação de que existem Municípios que, em processos administrativos disciplinares para apuração de condutas imputadas a Procuradores Municipais, constituem comissões processantes que não são integradas por Procuradores ou funcionários com cargos de atribuições equivalentes ou superiores, o que pode acarretar prejuízo ao Procurador processado.

Foi solicitada a elaboração de Parecer Referencial, a ser submetido a debate e deliberação da Comissão, com análise dos seguintes pontos:

“a) a comissão processante para apurar conduta infracional de procurador municipal deve ser composta por procuradores ou por funcionários com cargo equivalente ou superior;”

“b) qual autoridade tem competência para opinar sobre a absolvição ou punição de procurador processado, se seria somente o Procurador Geral do Município concursado.”

A emissão do parecer solicitado se enquadra nas competências desta Comissão Permanente, especialmente a fiscalização das condições de exercício profissional no que se refere ao relacionamento com instituições públicas, conforme a alínea “b” do art. 109 do Regimento Interno da OAB-SP.

O Estatuto da OAB (Lei Federal nº 8.906/94) dispõe em seu art. 3º que “o exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)”, esclarecendo ainda em seu § 1º que os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem (devendo ser feita a ressalva, em relação aos Defensores Públicos, do que foi decidido na ADI 4.636).

Em linhas gerais, a Advocacia é uma profissão regulamentada de natureza técnica, cujo exercício depende de formação específica e cumprimento de outros requisitos legais, à qual compete privativamente a postulação aos órgãos do Poder Judiciário e juizados especiais e as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas (art. 1º do Estatuto da OAB). Por esta razão, no serviço público, os cargos reservados ao provimento por advogados são classificados entre os cargos de natureza técnica.

A Constituição Federal dispõe, por sua vez, que a legislação referente a servidores públicos é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, inc. II), que



tem sido entendida pelo Supremo Tribunal Federal como de reprodução obrigatória pelos Estados e Municípios (por ex., ARE 878.911, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 29-9-2016, DJE de 11-10-2016, Tema 917), bem como traz uma seção com dois artigos específicos (arts. 131 e 132) dedicados à Advocacia Pública no capítulo dedicado às Funções Essenciais à Justiça, portanto fora do conjunto de disposições que constituem o capítulo referente ao Poder Executivo.

O Supremo Tribunal Federal assentou, diante da falta de menção aos Municípios nos arts. 131 e 132 da Constituição, o entendimento segundo o qual *“os procuradores municipais integram a categoria da Advocacia Pública inserida pela Constituição da República dentre as cognominadas funções essenciais à Justiça, na medida em que também atuam para a preservação dos direitos fundamentais e do Estado de Direito.”* (RE 663.996, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28 -2-2019, DJE de 22-8-2019, Tema 510).

Desta forma, os Procuradores dos Municípios – como todos os demais integrantes da Advocacia Pública – exercem atribuições de natureza técnica sob dois regimes jurídicos independentes: o estatuto profissional dos advogados e o regime jurídico dos servidores públicos de cada Município. O âmbito de conformação da legislação municipal, no entanto, é significativamente limitado pelo estatuto profissional (cuja competência é privativa da União, conforme art. 22, XVI, segunda parte, da Constituição) e pelas disposições da Constituição Federal que estruturam a Advocacia Pública como instituição constitucional.

Exposto, em síntese, o enquadramento jurídico do exercício profissional dos Procuradores Municipais, pode-se passar à análise dos pontos indicados na instauração deste processo.

O primeiro deles diz respeito ao exercício do poder disciplinar em relação a Procurador Municipal, especificamente no que tange à forma de composição de comissões processantes. Indaga-se: uma comissão processante composta para apurar conduta



infracional de Procurador deve ser composta por Procuradores ou por funcionários com cargo equivalente?

Como foi anotado anteriormente, a Advocacia é uma profissão técnica, cujo exercício exige formação e conhecimentos específicos. Assim, à primeira vista, apresenta-se a impropriedade ou mesmo o abuso de se incumbir pessoas que não detém esses conhecimentos especializados da apuração do exercício adequado de uma profissão que é eminentemente técnica. Evidentemente, essas pessoas leigas não poderão produzir um relatório fundamentado e de acordo com as disposições do art. 37, *caput*, da Constituição. Quanto a este aspecto, em consonância com o que foi exposto, a Constituição Federal, no parágrafo único do art. 132, dispõe que a avaliação de desempenho para fim de estágio probatório deve ocorrer perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias das respectivas Procuradorias. Em relação aos estágios probatórios, portanto, a resposta à questão tem sede constitucional expressa.

Um pouco mais amplamente, no recente julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 1.311.066, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

“Nesse passo, depreende-se que, na espécie, o acórdão do Tribunal de origem não diverge da orientação do Supremo Tribunal Federal, ou seja, de que a carreira da advocacia pública municipal se enquadra, para todos os fins, na categoria da advocacia pública, equiparando-se às procuradorias estaduais e federais no que se refere à prerrogativas da classe, o que no presente caso restam consubstanciadas na garantia de que a avaliação de desempenho seja realizada por órgão próprio, formada por integrantes da própria carreira, na forma do art. 132 do texto constitucional.” (Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE nº 198, divulgado em 04/10/2021).

A avaliação do desempenho profissional ou funcional dos Procuradores dos Municípios, portanto, deve ser realizada por órgão da própria carreira, como uma corregedoria permanente ou comissões processantes temporárias ou permanentes, conforme o caso, mas sempre compostas por integrantes da carreira, como impõem a natureza



técnica do cargo, a previsão da Constituição Federal e a jurisprudência que foi se consolidando sobre o tema. É fundamental, em vista da natureza técnica das atribuições do Procurador, que profissionais alheios à Advocacia ou sem vínculo permanente com o serviço público se resguardem de emitir opiniões sobre questões que não são de seu conhecimento ou competência.

Em relação aos processos administrativos disciplinares, ainda, cabe frisar que estão submetidos, como qualquer outro tema relacionado à Administração Pública, ao princípio da legalidade em sentido amplo (art. 37, "caput", da Constituição) e à exigência de lei formal de iniciativa do Chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, inc. II, al. "a", "b", "c", da Constituição), não cabendo a atos normativos derivados desempenhar qualquer inovação nessa matéria.

Deve, por outro lado, ser sempre respeitada a competência atribuída ao Tribunal de Ética e Disciplina da OAB, a quem compete o julgamento das infrações disciplinares do Advogado tipificadas pelo Estatuto da OAB, a qual não pode ser validamente exercida pelos Municípios.

Respondida a primeira questão, podemos começar a tratar da segunda, referente à competência para opinar sobre a absolvição ou punição de procurador processado, se seria somente o Procurador Geral do Município concursado.

O segundo ponto deste parecer apresenta mais particularidades do que o primeiro, iniciando pelo fato de que competência de cargos e órgãos administrativos deve ser objeto de disciplina legal em matéria em que cada uma das pessoas jurídicas de direito público pode exercer a sua autonomia federativa. Desta forma, a análise da competência para opinar sobre a absolvição ou punição de procurador processado passa pela consideração das leis do respectivo ente público. Uma outra peculiaridade relevante é que eventual processo disciplinar de Procurador do Município não pode infringir as competências do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB, como já referido



anteriormente, isto é, um advogado não pode ser processado pela Administração Municipal por ato que cabe à OAB apurar e punir (ou absolver).

Feitas essas duas considerações preliminares, em meu entendimento, omitir opinião ou, como se diz tradicionalmente, parecer jurídico (portanto, uma obra de natureza eminentemente técnica) em qualquer processo administrativo disciplinar sobre inocência ou culpabilidade é atividade típica de consultoria jurídica, que integra o núcleo das competências constitucionalmente atribuídas aos Advogados Públicos, conforme o art. 132 da Constituição Federal e aplicável também aos Procuradores dos Municípios, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já mencionada.

Além disso, permitir que parecer jurídico fosse emitido em processo administrativo disciplinar por pessoas estranhas à Advocacia Pública estaria em desacordo com a tese fixada em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 1041210 RG/SP – São Paulo, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/09/2018, p. 22/05/2019, Tema 1010): “*A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais*” (destacado), sem prejuízo de estar em desacordo com o igualmente decidido pelo STF de que a avaliação do processo disciplinar deve ser realizada por órgão formado por integrantes da própria carreira da Advocacia Pública.

Deve-se concluir, portanto, que a emissão de parecer jurídico (ou “*opinar sobre a absolvição ou punição de procurador processado*”) em processo administrativo disciplinar é atribuição típica, nuclear, de Advogados Públicos efetivos, admitidos em conformidade com o disposto no art. 132 da Constituição Federal, sendo indiferente que o Procurador Geral do Município seja titular de função de confiança ou de cargo em comissão (titular ou não de cargo efetivo de Procurador do Município), porque a atribuição de direção ou chefia que lhe cabe, nos termos da Constituição Federal, não pode validamente substituir a análise técnico-jurídica reservada constitucionalmente à Advocacia Pública.



Por estas razões, proponho a adoção das seguintes conclusões:

- a) A avaliação de desempenho e a apuração de conduta infracional por Procurador Municipal são privativas de órgão formado por integrantes da própria carreira da Advocacia Pública, admitidos por concurso público, nos termos da lei, observada a competência do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB;
- b) Ressalvada a competência prevista em lei para decidir processos administrativos disciplinares, a emissão de parecer jurídico nesses processos é atribuição exclusiva dos integrantes da Advocacia Pública, conforme art. 132, da Constituição Federal.

São Paulo, 12 de setembro de 2022.

Marcos Geraldo Batistela

OAB/SP 114.287

Membro consultor da Comissão da Advocacia Pública