

Ementa: Procurador-Geral do Município. Incompatibilidade excepcionada ao exercício da advocacia. Desnecessidade de desvinculação da sociedade de advogados, bastando seu licenciamento. Situações de impedimento da sociedade de advogados da qual se encontra licenciado o Procurador-Geral do Município em demandas que tenham como parte o respectivo ente federado. Situações de impedimento do Procurador-Geral do Município de praticar ato administrativo capaz de produzir efeito na contratação da sociedade de advogados da qual se encontra licenciado, quando preexistente à sua assunção ao mencionado cargo público.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pelo Dr. Weber Augusto Rabelo Vasconcelos, Promotor de Justiça Comarca de Itaúna, relacionada à existência de obrigatoriedade ou não de o Procurador-Geral do Município se desvincular da sociedade de advogados e se, caso havendo o mero licenciamento, a referida sociedade encontrar-se-ia impedida de atuar em demandas em que o Município figure como parte.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

Como já afirmado na Nota Jurídica n.º 2/2017, quando decorrentes de lei e não de penalidade administrativa ou judicial, as proibições ao exercício da advocacia podem figurar como incompatibilidades ou, em menor grau de severidade, na forma de impedimentos. É o que dispõe o artigo 27 da Lei 8.906/94:

Art. 27. A incompatibilidade determina a proibição total, e o impedimento, a proibição parcial do exercício da advocacia.

No art. 28 do Estatuto da OAB, são apontadas hipóteses de incompatibilidade:

Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

I - chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Poder Legislativo e seus substitutos legais;

II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juizes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta; (Vide ADIN 1127-8)

III - ocupantes de cargos ou funções de direção em Órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público;

IV - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro;

V - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza;

VI - militares de qualquer natureza, na ativa;

VII - ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais;

VIII - ocupantes de funções de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas.

§ 1º A incompatibilidade permanece mesmo que o ocupante do cargo ou função deixe de exercê-lo temporariamente.

§ 2º Não se incluem nas hipóteses do inciso III os que não detenham poder de decisão relevante sobre interesses de terceiro, a juízo do conselho competente da OAB, bem como a administração acadêmica diretamente relacionada ao magistério jurídico.

Já o art. 29 daquele mesmo diploma legal dispõe que:

Art. 29. Os Procuradores Gerais, Advogados Gerais, Defensores Gerais e dirigentes de órgãos jurídicos da Administração Pública direta, indireta e fundacional são exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exercam, durante o período da investidura. (grifos nossos)

Este último artigo traz uma **incompatibilidade excepcionada** ao exercício da advocacia. Veja-se doutrina de Gisela Gondim Ramos⁶⁹:

Incompatibilidade excepcionada - Esta figura vem definida no art. 29 do Estatuto, e abrange uma situação que, a rigor, seria de incompatibilidade, ou seja, proibição total de exercer a advocacia. Em geral, tratam-se de casos que seriam, ordinariamente enquadrados nos incisos do art. 28. Entretanto, quando se trate de uma função ou cargo, cujas atividades desenvolvidas são privativas da advocacia, o Estatuto abre uma exceção, para permitir o exercício profissional, mas restrito às atribuições do cargo ou função.

Resta evidente, assim, que o exercício da Procuradoria-Geral do Município implica em incompatibilidade ao exercício da advocacia, salvo quando adstrita especificamente ao desempenho das funções daquele cargo público.

Tal dispositivo legal, entretanto, não implica a necessidade de desvinculação da sociedade de advogados a qual faça parte porventura o Procurador-Geral do Município.

O Estatuto da OAB, em seu art. 16, §2º, prevê a possibilidade do mero licenciamento da sociedade em casos como o *sub examine*:

Art. 16. (...)

(...)

69 RAMOS, Gisela Gondim. *Estatuto da Advocacia – Comentários e Jurisprudência Seleccionada*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 4ª ed., 2003, p. 468.

§ 2º O licenciamento do sócio para exercer atividade incompatível com a advocacia em caráter temporário deve ser averbado no registro da sociedade, não alterando sua constituição.

Destarte, inaceitável pretender-se impor ao Procurador-Geral de um município que se retire da sociedade de advogados que porventura integre enquanto ocupar referido cargo público, bastando seu licenciamento regularmente averbado no registro da sociedade e, naturalmente, o respeito à incompatibilidade com a advocacia de outros interesses que não os do ente federativo a quem presta seus serviços.

Quanto aos limites de atuação da sociedade de advocacia que tenha em seu quadro societário o licenciado, temos duas vertentes: a primeira, se poderia ser contratada para prestar serviços advocatícios à municipalidade, patrocinando, por consequências, causas em seu favor ou defendendo-a nas que lhe são movidas, e, a segunda, se poderia demandar contra o município.

Como sabido, para representar os interesses de um município em juízo ou fora dele, a sociedade de advogados necessariamente deve ser previamente contratada por aquele ente federativo, seja por dispensa ou inexigibilidade de licitação, ou se submetendo a procedimento de licitação em alguma das modalidades permitidas, de acordo com a situação experimentada em concreto, nos exatos termos impostos pela Lei n.º 8.666/93.

Por outro lado, de acordo com o art. 9º, inciso III e § 3º da Lei de Licitações,

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

(...)

III – servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

(...)

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimento e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

O fundamento da vedação traduzida no dispositivo legal retro é a presunção de que o servidor do órgão contratante poderá obter informações que facilitem sua participação no certame, ocasionando o desequilíbrio entre os interessados na contratação de prestação de serviços, de fornecimento de bens ou de execução de obra. Restariam infringidos, assim, os princípios constitucionais da isonomia, da impessoalidade e da moralidade pública, dentre outros.

Ora, não obstante licenciado da sociedade de advogados, permanece o vínculo entre esta e o Procurador-Geral do Município, que possui papel primordial no procedimento licitatório. Clara, assim, a vedação de sua contratação pelo município para representar seus interesses na esfera judicial ou extrajudicial.

Neste sentido é a doutrina de Marçal Justen Filho, em seus *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*:

Também não podem participar da licitação o servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. Também se proíbe a participação de empresas cujos sócios, administradores, empregados, controladores, etc, sejam servidores ou dirigentes dos órgãos contratantes. Essa vedação reporta-se ao princípio da moralidade, sendo necessário pressuposto da lisura da licitação e contratação administrativas. A caracterização de participação indireta contida no § 3º aplica-se igualmente aos servidores e dirigentes do órgão.⁷⁰

Quanto à possibilidade de patrocinar demandas contra o município, também inarredável o reconhecimento do impedimento da sociedade de advogados em que Procurador-Geral figure como sócio, mesmo que licenciado.

Como se viu anteriormente, ao exercer temporariamente função incompatível com a advocacia, cabe ao advogado licenciar-se da sociedade à qual pertença, enquanto perdurar o exercício da dita função.

Apesar disto, evidente que mesmo licenciado o advogado permanece vinculado à sociedade de advogados, cuja constituição não é alterada durante este período.

Mesmo não podendo praticar atos que não aqueles restritos ao exercício do cargo de Procurador-Geral do Município que exerce temporariamente, seu vínculo com a sociedade de advogados constituída perdura e, por consequência, também os interesses comuns de todos os integrantes do quadro societário, no qual se incluem os licenciados.

De outra banda, nos termos do art. 75, III, do Código de Processo Civil, sabidamente que compete ao Procurador-Geral do Município defender, ativa ou passivamente, os interesses do ente federado; enquanto que o Estatuto da OAB, em seu art. 15, § 6º, veda a atuação de advogados integrantes de uma mesma sociedade defendendo interesses antagônicos numa disputa processual:

Art. 15 (...)

(...)

§ 6º Os advogados sócios de uma mesma sociedade profissional não podem representar em juízo clientes de interesses opostos.

Ora, se ao juiz de direito é imprescindível a imparcialidade, ao procurador da parte é imprescindível que esteja absolutamente dedicado à defesa dos interesses desta; daí porque incompatível que a sociedade de advogados venha a patrocinar demanda contra um determinado município, enquanto um sócio seu licenciado esteja exercendo o cargo de Procurador-Geral do mesmo.

Na oportunidade, vale trazer à baila a lição de Humberto Theodoro Júnior que afirma não bastar que o magistrado sinta-se, em seu íntimo, capaz de exercer suas funções imparcialmente. É necessário que, além de ser imparcial, pareça imparcial, não suscitando em ninguém a dúvida de que motivos pessoais possam influir sobre seu ânimo⁷¹.

70 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, 5ª edição, p. 111.

71 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 191.

Assim, também no caso do Procurador-Geral do Município, no exercício de suas funções públicas é imprescindível não só que esteja alinhado aos interesses do Município, mas que não reste qualquer dúvida a este respeito. Só assim restarão observados os princípios constitucionais da moralidade pública, da impessoalidade e da eficiência, dentre outros.

Neste particular, oportuno refutar com veemência qualquer pretensão de transferir para o Procurador-Geral do Município o impedimento que, sabida e legalmente, é da sociedade de advogados que integra, apesar de licenciado. Observemos, nestes casos, as diretrizes estabelecidas pelo legislador processual civil ao prever as hipóteses de impedimentos do magistrado:

Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;

II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;

III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;

VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;

VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;

VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

§ 1º Na hipótese do inciso III, o impedimento só se verifica quando o defensor público, o advogado ou o membro do Ministério Público já integrava o processo antes do início da atividade judicante do juiz.

§ 2º É vedada a criação de fato superveniente a fim de caracterizar impedimento do juiz.

§ 3º O impedimento previsto no inciso III também se verifica no caso de mandato conferido a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que individualmente ostente a condição nele prevista, mesmo que não intervenha diretamente no processo. (Não destacado no original)

Ocupando o licenciado da sociedade de advogados o cargo de Procurador-Geral do Município, resta claro que antes mesmo do início de qualquer processo judicial em que figure como parte o respectivo ente federado, já é sabido que será ele seu principal patrono. Sendo assim, o patrocínio pela sociedade de advogados da causa de integrante do polo ativo em uma relação processual em que o município figurará

no polo passivo, esbarra necessariamente na inadmissibilidade de criação superveniente de causa de impedimento do Procurador-Geral, claramente vedada pelo dispositivo legal retro, aplicável por analogia ao caso em comento.

Neste sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO ORIGINÁRIA. EMBARGOS INFRINGENTES INTERPOSTOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA AMAZONENSE E REMETIDOS AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL POR EFEITO DA LETRA “N” DO INCISO I DO ART. 102 DA MAGNA CARTA. IMPEDIMENTO DO PROCURADOR SUBSTABELECIDO. JUÍZO NATURAL. Nos termos do parágrafo único (parte final) do art. 134 do CPC, **é defeso ao advogado pleitear no processo a fim de criar o impedimento do Juiz.** Com base neste dispositivo e no princípio constitucional do juízo natural, o Plenário desta egrégia Corte declarou o impedimento de procurador que obteve substabelecimento com o intuito de provocar a situação de suspeição e, assim, afastar a competência da Corte estadual para julgamento de embargos de declaração. Tal aconteceu na AO 1.120-QO, Relatora Ministra Ellen Gracie, caso similar ao presente, figurando como substabelecido o mesmo causídico. Questão de ordem que se resolve no mesmo sentido, com devolução dos autos à origem, onde se facultará à parte interessada a contratação de novo advogado. (AO 1158, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2005, DJ 11-11-2005 PP-00005 EMENT VOL-02213-01 PP-00161 RTJ VOL-00196-01 PP-00089)

QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO ORIGINÁRIA. ART. 102, I, N, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTRATAÇÃO SUPERVENIENTE DE ADVOGADO, APÓS JULGAMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES, QUE PROVOCA A ANTEVISTA DECLARAÇÃO DE SUSPEIÇÃO DA MAIORIA DOS INTEGRANTES DO TRIBUNAL ESTADUAL PARA APRECIAR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DO JUÍZO NATURAL. 1. **A contratação superveniente de determinado advogado, por parte da requerida, logo após o julgamento - a ela desfavorável - dos embargos infringentes, constituiu o único fator responsável pelo desencadeamento da série de declarações de impedimento ou suspeição por parte dos membros do Tribunal a quo, ressaltando-se que nove deles já haviam participado de pelo menos um dos julgamentos anteriormente realizados;** 2. A norma de competência prevista no artigo 102, I, n da Carta Magna que encarrega o Supremo Tribunal Federal do processamento e do julgamento das ações em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos é regra explícita de conformação entre os princípios constitucionais do juízo natural e da imparcialidade. Busca resguardar o dever da boa prestação jurisdicional, restabelecendo, dessa forma, a igualdade de forças entre as partes no processo. 3. **Hipótese não configurada no caso concreto, no qual se criou situação de formal, porém desvirtuada, caracterização da regra de conformação de princípios acima indicada (art. 102, I, n da CF) para ofender, materialmente, o princípio do juízo natural;** 4. Questão de ordem resolvida para declarar o impedimento do causídico constituído nas referidas circunstâncias, por aplicação analógica da segunda parte do art. 134, par. único do CPC, bem como a incompetência originária desta Corte na apreciação dos embargos de declaração interpostos. (AO 1120 QO, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/2005, DJ 26-08-2005 PP-00006 EMENT VOL-02202-01 PP-00050 RTJ VOL-00194-03 PP-

Imagine-se, então, no caso de uma ação judicial proposta pelo município. De todo evidente que, pelas mesmas razões, não poderá a mencionada sociedade de advogados habilitar-se como patrono de quem figure no polo passivo daquela ação judicial, em que o município é o autor, enquanto integrante de seu quadro societário, embora licenciado, exerça o cargo de Procurador-Geral daquele ente federado.

Por outro lado, diversas serão as consequências se no momento da nomeação do integrante licenciado da sociedade de advocacia para o cargo de Procurador-Geral Municipal esta já for contratada administrativamente daquele ente federado ou já for patrono de algum demandante ou demandado em processo judicial em que o município também seja parte; senão vejamos:

O ocupante do honroso cargo público de Procurador-Geral do Município, como qualquer outro agente público, sabidamente, deve obediência aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e da eficiência, dentre outros.

Desta forma, sua atuação deve estar sempre voltada ao atendimento do interesse público e fincada em padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

Portanto, não se admite qualquer prevalência do exercício de suas funções públicas em situações que se façam também presentes seus interesses privados.

Vejamos o que dispõe a Lei de Processo Administrativo – Lei n.º 9.784/1999, acerca das hipóteses expressas de impedimento:

Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I – tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II – tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III – esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

E tratando deste dispositivo legal, com muita propriedade nos ensina Carvalho Filho⁷²:

“Registre-se que as situações que constituem os impedimentos não acarretariam, em tese, a incapacidade do administrador, como sucede também com o juiz, que, em certas ocasiões, poderia ter imparcialidade para julgar. Não obstante, a lei prefere não correr o risco e enumera expressamente os casos que, pela só ocorrência, rendem ensejo ao impedimento do agente. Tais casos estão arrolados no art. 18 da lei.”

Por outro lado, exatamente para assegurar um controle sobre as atividades da Administração Pública, que se ocupa da execução concreta da lei, que esta, antes de agir concre-

tamente na aplicação da lei, deve expedir uma declaração de vontade anunciando a decisão adotada.

Essa declaração de vontade do Estado, anunciando a decisão adotada, chama-se **ato administrativo**.

Enquanto no Estado de Polícia temos apenas a vontade da Administração Pública e a ação concreta adotada, no Estado de Direito há a vontade da Administração Pública, o ato administrativo (anúncio da decisão adotada) e a ação concreta.

Ou melhor, antes de adotar qualquer atuação material, a Administração Pública tem que expedir previamente o ato administrativo.

Vejamos que o ato administrativo é expedido no exercício da função administrativa:

a) provém do Estado ou de quem esteja investido em prerrogativas estatais.

b) esta sob a regência do direito público;

c) deve visar sempre à produção de efeitos jurídicos de interesse público, que são os fins almejados pelo Estado.

d) está sujeito ao controle jurisdicional.

e) tem caráter infralegal (papel secundário, complementar aos comandos da lei, mas ao mesmo tempo está sujeito a lei).

f) tem como finalidade produzir efeitos jurídicos.

Em suma, é uma espécie de ato jurídico, ou seja, é um ato jurídico típico do Direito Administrativo, onde o agente (sujeito) está investido de prerrogativas públicas e o objeto mostra-se preordenado a determinado fim de interesse público.

Neste sentido, em respeito aos princípios que norteiam a administração pública, especialmente os da legalidade, da impessoalidade, da eficiência e da moralidade, indubitável que o Procurador-Geral do Município está impedido de, no exercício das funções públicas de seu cargo, praticar atos administrativos que produzam efeitos na contratação administrativa da sociedade de advogados que integra, embora licenciado, preexistente à sua assunção à chefia da procuradoria do município, bem como em processos judiciais e/ou administrativos em que o município figure como parte e neles haja o patrocínio de qualquer das partes por aquela sociedade de advogados.

Pelas mesmas razões, está também impedido de representar o município em processos judiciais em que aquele ente federado seja parte e a sociedade de advogados, da qual se encontra licenciado, habilitou-se como patrono de quaisquer das partes antes⁷³ de sua assunção ao cargo de Procurador-Geral do Município.

72 CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Processo Administrativo Federal*. Comentários à Lei n.º 9.784, de 29/01/1999, Lúmen Juris, 4ª ed., 2009, p. 146.

73 Como já exposto anteriormente, a sociedade de advogados está impedida de habilitar-se em processo judicial em que o município seja parte, após um de seus integrantes, embora licenciado, ter sido guindado ao cargo de Procurador-Geral do mesmo.

Assim, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, são estas as ponderações que este Centro de Apoio Operacional julga pertinentes.

Remeta-se cópia, via *e-mail*, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente feito.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 27 de março de 2017

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO – Patrimônio Público