

O ADVOGADO PÚBLICO E O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA FORA DAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO PÚBLICO OCUPADO

Aldemario Araujo Castro

Procurador da Fazenda Nacional

Professor da Universidade Católica de Brasília - UCB

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília - UCB

Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (pela OAB/DF)

Brasília, 31 de maio de 2015

1 INTRODUÇÃO

No seio da Advocacia Pública, notadamente no âmbito federal, uma pergunta é posta cada vez com mais frequência e intensidade: os advogados públicos podem, no sentido de ser lícito, exercer a advocacia fora das atribuições dos cargos públicos ocupados?

Esse questionamento, como era de se esperar, chega aos vários órgãos da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), especificamente os Conselhos Seccionais e o Conselho Federal.

Um importante aspecto prático dessa questão foi realçado quando da sabatina, na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, do mais novo integrante do Supremo Tribunal Federal, o advogado Luiz Edson Fachin. Trata-se da anotação nos registros profissionais, realizada pela OAB, quanto aos limites do exercício da profissão por advogado público (1).

Sobre essa temática seguem os apontamentos que integram manifestação, devidamente aprovada, realizada no âmbito da Seccional da OAB do Distrito Federal (2).

2 O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA FORA DAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO PÚBLICO OCUPADO PELO ADVOGADO PÚBLICO

Segundo o art. 1º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o exercício da profissão de advogado compreende a postulação a órgão do Poder Judiciário e as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

Realizam essas atividades tanto advogados não detentores de cargos públicos (chamados de “advogados privados”) quanto advogados ocupantes de cargos públicos (chamados de “advogados públicos”).

A condição profissional de advogado, devidamente inscrito na OAB, aplicável ao advogado público, está expressamente prevista no parágrafo primeiro do art. 3º do Estatuto da Advocacia e da OAB, assim vazado:

“Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta Lei, além do regime próprio a que se subordinem, 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”.

O exercício da profissão de advogado, nos termos do art. 5º, inciso XIII, da Constituição, ostenta a condição de direito fundamental e pode ser condicionado, no plano legal, quanto às qualificações profissionais. Eis o enunciado pertinente presente no texto constitucional para as profissões de uma maneira geral:

“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;”

A Lei n. 8.906, de 1994, conhecida como Estatuto da Advocacia e da OAB, regula a profissão de advogado e realiza o comando constitucional do referido art. 5º, inciso XIII, da Constituição, em relação às qualificações profissionais para o exercício da advocacia. Nesse sentido, pode advogar todo aquele que atenda as exigências previstas no diploma legal aludido.

A análise da Lei n. 8.906, de 1994, aponta duas limitações para o exercício da advocacia pelos advogados públicos. Essas restrições, definidas nos arts. 29 e 30, estão assim conformadas:

“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 exerçam, durante o período da investidura”.

“Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:

I – os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora”.

A considerável importância, poder de decisão e capacidade de influência dos principais dirigentes dos órgãos jurídicos da Administração Pública justificam a definição de que esses agentes públicos concentrem suas

energias, atenções e atuações profissionais somente no exercício das atribuições dos cargos ocupados.

O impedimento previsto no art. 30, inciso I, consagra importante diretriz ética fundada no princípio da moralidade. Não parece razoável, sob qualquer ângulo de análise, que um advogado público possa patrocinar interesses particulares contra o Poder Público que o remunera.

Portanto, a inteligência conjugada dos arts. 3º, parágrafo primeiro, 29 e 30 do Estatuto da Advocacia e da OAB, sob direta influência do comando constitucional do art. 5º, inciso XIII, impõe a conclusão de que o advogado público, ressalvadas as hipóteses tratadas nos arts. 29 e 30 da Lei n. 8.906, de 1994, não experimenta obstáculo para o exercício da profissão para além das atribuições inerentes ao cargo público ocupado.

Ademais, não há espaço na ordem jurídica, tal como posta, para a fixação de limitações ao exercício da advocacia em relação ao detentor das qualificações profissionais exigidas em lei. Com efeito, esse direito fundamental, por expressa disposição constitucional, está sujeito a restrições por questões de qualificação profissional. Simples critérios de conveniência, oportunidade, vantagens, desvantagens, preferências ou repulsas carregadas de subjetivismo, postos em qualquer sede normativa, não possuem legitimidade jurídica para inviabilizar o exercício da advocacia.

Três ordens de considerações apontam para o acerto da afirmação posta no parágrafo anterior.

2.1 Entendimento consonante com o princípio da igualdade

Entendimento diverso viabiliza inaceitáveis ofensas ao princípio da isonomia. Primeiro, porque titulares de cargos públicos vinculados a outras profissões, como médicos, engenheiros, contabilistas, entre outros, não

estão proibidos dos respectivos exercícios profissionais para além do serviço público. Segundo, porque titulares em outras carreiras do serviço público, que não as carreiras jurídicas, podem ser regularmente inscritos na OAB e atuarem como advogados, observado o impedimento do art. 30, inciso I, da Lei n.8.906, de 1994. Terceiro, porque podem ser criados segmentos dentro da advocacia pública que podem advogar fora do serviço público em convívio com segmentos que não podem advogar fora do serviço público. Um quadro surreal de castas de advogados, na mesma situação, onde uns são mais advogados do que outros.

2.2 Entendimento conforme a decisão no STF na ADIn n. 1.127 quanto aos advogados que exercem a condição de juízes eleitorais

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n. 1.127, assim entendeu:

“XI - A incompatibilidade com o exercício da advocacia não alcança os juízes eleitorais e seus suplentes, em face da composição da Justiça eleitoral estabelecida na Constituição” (trecho da ementa do julgado).

Concluiu, portanto, o STF que a importantíssima condição de juiz eleitoral da classe dos advogados, incluídos os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), não inviabiliza o exercício da advocacia fora dos muros da Justiça Eleitoral. Portanto, o puro e simples desempenho de uma função pública, mesmo relevantíssima, como no caso dos juízes eleitorais de todos os níveis de jurisdição, não é razão jurídica hábil, consonante com a ordem jurídica, para interditar de forma ampla o exercício da advocacia.

2.3 Entendimento no sentido do silêncio eloquente da Constituição acerca do exercício da advocacia no âmbito da Advocacia Pública

A Advocacia Pública, ao lado da Advocacia em geral, da Defensoria Pública e do Ministério Público, foi qualificada pelo constituinte originário como “Função Essencial à Justiça” (Capítulo IV do Título IV).

O exercício da advocacia foi vedado para os membros do Ministério Público nestes termos:

“Art. 128. O Ministério Público abrange:

(...)

§ 5º - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

(...)

II - as seguintes vedações:

(...)

b) exercer a advocacia;”

Para os defensores públicos a proibição de exercício da advocacia foi consagrada desta forma:

“Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

§ 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”.

Para a advocacia no âmbito da União (art. 131) e no âmbito dos Estados e Distrito Federal (art. 132) não foi definida nenhuma vedação ao exercício da advocacia pelo constituinte, originário ou derivado.

Sobre esse aspecto da questão, Carlos André Studart Pereira, em elogiável artigo, destaca (3):

“Esse fenômeno é o doutrinariamente chamado de silêncio eloquente (beredtes schweigen).

O silêncio constitucional, portanto, aqui, foi proposital, no sentido de se admitir o exercício da advocacia privada pelos Advogados Públicos Federais.

A exegese constitucional acima referida é bem tratada por CARLOS MAXIMILIANO, que, em seu clássico 'Hermenêutica e Aplicação do Direito', assim dispôs:

'Interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição. Assim se entendem os que favorecem profissões, classes ou indivíduos, excluem outros, estabelecem incompatibilidades, asseguram prerrogativas, ou cerceiam, embora temporariamente, a liberdade ou a garantia da propriedade. Na dúvida, siga-se a regra geral' ”.

3 CONCLUSÕES

Isso posto, devem ser feitas, com segurança, as seguintes afirmações:

a) os advogados públicos podem, no sentido de ser lícito, exercer a advocacia fora das atribuições dos cargos públicos ocupados;

a.1) a regulação da matéria está circunscrita ao Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei n. 8.906, de 1994), responsável pela definição das qualificações profissionais do advogado, nos termos do art. 5º, inciso XIII, da Constituição;

b) como decorrência imediata da conclusão anterior, nos registros profissionais, perante a OAB, somente devem ser consignadas as incompatibilidades e impedimentos previstos no Estatuto da Advocacia e da OAB.

NOTAS

(1) “Brasília - O presidente nacional da OAB, Marcus Vinicius Furtado Coêlho, defendeu nesta sexta-feira (8), em nota pública, a adequada conduta do indicado ao STF, o advogado Luiz Edson Fachin, tendo em vista que ele se encontrava autorizado pela Ordem do Paraná.

Leia abaixo a nota:

1. Compete exclusivamente à Ordem dos Advogados do Brasil regular o exercício da advocacia, nos termos da Lei Federal 8.906/1994 e da Constituição da República.

2. A Constituição de 1988 assegura o livre exercício profissional e resguarda para a União a competência legislativa privativa para condicionar e restringir atividade laboral (arts. 5º, XIII e 22, XVI).

3. O Estatuto da Advocacia especifica a existência de impedimento para o exercício da profissão, pelos “servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunerem ou à qual seja vinculada a entidade empregadora” (art. 30, I, da Lei Federal 8.906/94).

4. A OAB do Paraná, quando instada a falar sobre o assunto, posicionou-se no sentido de que, em relação ao aludido advogado, não havia a vedação ao exercício da advocacia privada a Procurador de Estado, ressalvado o patrocínio de causas contra a Fazenda Pública que o remunerem. Diante disto, foi expedida carteira com anotação apenas do impedimento.

5. O jurista Luis Edson Fachin exerceu regularmente a advocacia privada no período em que foi Procurador do Estado do Paraná, nos termos da lei federal de regência e respaldado por prévia e expressa autorização da OAB, anotada em sua carteira funcional, ocasião em que ficou registrado apenas o impedimento de atuar contra o Estado-membro, inclusive diante da Constituição local.

6. Apenas uma decisão da própria OAB do Paraná ou em grau de recurso da OAB Nacional poderia tornar sem efeito a concessão da carteira com anotação de impedimento parcial. Não pode advogado ser prejudicado quando a Seccional o autorizou a exercer a profissão.

7. A OAB reitera as notas já lançadas no sentido de considerar o advogado Luis Edson Fachin detentor de todos os requisitos constitucionais para ocupar o cargo de ministro do STF.

MARCUS VINICIUS FURTADO COÊLHO

Presidente da OAB Nacional”

(Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/28378/fachin-nao-advogou-irregularmente-diz-oab>>).

(2) “Brasília, 27/05/2015 – A Seccional da OAB do Distrito Federal enviou parecer ao advogado-geral da União, Luís Inácio Adams, no qual opina em favor do direito de os advogados públicos advogarem na esfera privada, desde que não atuem contra o Poder Público. O ofício com o parecer que encerra a opinião da Seccional a respeito do assunto foi encaminhado à AGU nesta terça-feira (26).

O parecer do conselheiro Luiz Gustavo Muglia acolheu integralmente estudo apresentado pelo conselheiro federal pelo DF, Aldemário Araújo, que fundamentou o entendimento da Comissão de Seleção da Seccional . De acordo com esse entendimento firmado pela entidade, é lícito aos advogados públicos exercer a advocacia fora das atribuições dos cargos que ocupam.

Segundo o relator, não há espaço na ordem jurídica para limitações ao exercício da advocacia, salvo naquelas hipóteses expressamente previstas em lei. “Simples critérios de conveniência, oportunidade, vantagens, desvantagens, preferências ou repulsas carregadas de subjetivismo, postos em qualquer sede normativa, não possuem legitimidade jurídica para inviabilizar o exercício da advocacia”, afirmou o conselheiro.

Ainda de acordo com a opinião da OAB/DF, entendimento diverso deste implicará em ofensa ao princípio da isonomia por três razões. Primeiro, porque titulares de cargos públicos vinculados a outras profissões, como médicos, engenheiros, contabilistas, entre outros, não estão proibidos dos respectivos exercícios profissionais para além do serviço público. Segundo, porque titulares em outras carreiras do serviço público, que não as carreiras jurídicas, podem ser regularmente inscritos na OAB e atuar como advogados. Terceiro, porque podem ser criados segmentos dentro da advocacia pública que podem advogar fora do serviço público em convívio com segmentos que não podem. “Um quadro surreal de castas de advogados, na mesma situação, onde uns são mais advogados do que outros”, sustenta a Seccional.

Como exemplo, o parecer cita o fato de que juízes eleitorais da classe dos advogados, incluídos os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, podem advogar, desde que não na área eleitoral enquanto estiverem investidos do cargo. A OAB/DF também lembra que a lei é expressa quando quer impedir a advocacia, como nos casos dos profissionais do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Para a Seccional, portanto, advogados públicos podem exercer a advocacia na esfera privada, desde que fora das atribuições dos cargos públicos ocupados. O desempenho da atividade é plenamente lícito, e as regras e restrições para o exercício da advocacia são regidas especificamente pelo Estatuto da OAB e pela Constituição Federal.

Comunicação Social – Jornalismo

OAB/DF”

(Disponível em: <<http://www.oabdf.org.br/slide/advogado-publico-pode-exercer-advocacia-privada-desde-que-nao-contra-o-poder-publico/#.VWjXDM9Viko>>).

(3) Da possibilidade de o membro da Advocacia-Geral da União exercer a advocacia privada. Do silêncio eloquente da Constituição da República (Disponível

em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,da-possibilidade-de-o-membro-da-advocacia-geral-da-uniao-exercer-a-advocacia-privada-do-silencio-eloquente-da-,46064.html>>).