

Thiago d'Ávila

Membro da Advocacia-Geral da União. Procurador Federal. Procurador do INCRA em Natal/RN. Ex-Procurador do INSS. Ex-Procurador do Órgão de Arrecadação da Procuradoria-Geral Federal. Dedicar-se ao Direito Administrativo e ao Direito Agrário.

TEORIA DAS PROIBIÇÕES AO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA.

1. PRECEDENTES HISTÓRICOS.

As proibições normativas ao exercício da advocacia já existiam na Roma Antiga, no Império, quando a profissão de advogado começa a sofrer uma regulamentação. Enquanto na República a advocacia era uma porta de entrada para a magistratura, no Império se declara a incompatibilidade entre as duas atividades. Também eram incompatíveis com a advocacia os eclesiásticos - os membros da Igreja-, para que se mantivesse a independência da advocacia.

Proibia-se expressamente ao advogado que fosse também juiz da mesma causa, ou *adessor* do juiz (*non idem in eodem negotio sit advocatus et iudex*).¹

2. BREVE INTRÓITO.

As proibições ao exercício da advocacia, não decorrentes de penalidade administrativa ou judicial, mas sim de mero dispositivo legal, podem ocorrer na forma da incompatibilidade, ou ainda, em menor grau de severidade, na forma de impedimentos.

O próprio legislador, em clara demonstração de interpretação autêntica, é quem dá a precisa definição das hipóteses, na Lei Federal n.º 8.906/94 (Estatuto da Advocacia):

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

O ponto de intersecção a unir uma hipótese à outra, é que tanto as incompatibilidades quanto os impedimentos derivam da situação pessoal em que se encontre aquele que pretende ser advogado - nos casos de incompatibilidade ou impedimentos prévios à inscrição-, ou do que já ostenta a condição de advogado, nos casos de incompatibilidade ou impedimentos supervenientes à inscrição.

O ponto de divergência que distingue uma hipótese da outra é exatamente o efeito da proibição - total ou parcial -, estabelecido em razão do grau de necessidade de restrição do exercício da advocacia. Assim, se a necessidade de restrição do exercício da advocacia é total, a lei declara a incompatibilidade, de maneira que em hipótese alguma poderá o bacharel em direito exercer a advocacia, perdurando a situação de incompatibilidade; se com restrição parcial previnem-se os problemas de ordem ética e social, a lei manda aplicar o impedimento.

Disso tudo, pode-se tirar as conclusões de que, em regra, é livre o exercício da advocacia, mas, em contrapartida, pode-se limitar parcialmente o seu exercício (impedimento), quando isso importe em medida suficiente, e deve-se proibir totalmente o seu exercício (incompatibilidade), quando tal seja medida estritamente necessária.

As hipóteses são sempre analisadas pela OAB, com base no ordenamento jurídico. Contudo, em tema de proibição ao exercício da advocacia, suas decisões não fazem coisa

julgada administrativa quando atribuem a um indivíduo hipótese de impedimento ou incompatibilidade, nem geram direito adquirido quando favoráveis ao mesmo, pois que a situação jurídica do mesmo pode modificar-se:

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Não erige direito adquirido nem faz coisa julgada a decisão sobre incompatibilidade ou impedimento, eis que podem sobrevir modificações de fato ou de direito capazes de alterar as condições para exercício profissional pleno. (...) (Proc. 5.325/99/PCA-SC. Rel. Sérgio Alberto Frazão do Couto (PA), Ementa 034/99/PCA, julgamento: 08.03.99, por unanimidade, DJ 01.04.99, p. 13, S1).*

3. TEORIA DAS INCOMPATIBILIDADES.

Tendo em vista que é proibição total ao exercício da advocacia, a incompatibilidade não permite sequer a advocacia em causa própria, e permanece mesmo que o ocupante do cargo ou função afaste-se temporariamente. Por ser hipótese de proibição total, faz-se desnecessário dizer que a proibição aplica-se tanto à advocacia judicial quanto extrajudicial, não se permitindo, enfim, a prática de qualquer ato de advocacia por aquele a quem se atribui a incompatibilidade.

Não é possível pleitear-se inexistência da incompatibilidade para exercício da advocacia em território diverso daquele onde se exerce a atividade que gera a proibição total de advogar. A incompatibilidade irá aonde quer que vá o indivíduo, sendo antes uma condição pessoal (em razão de determinada atividade que desempenhe), do que territorial.

PAULO LUIZ NETTO LÔBO ensina categoricamente:

“(...). Apenas cessa a incompatibilidade quando deixar o cargo por motivo de aposentadoria, morte, renúncia ou exoneração.”ⁱⁱ

Tirando-se a hipótese de morte, que embora faça cessar a incompatibilidade, de nada adianta a quem deseje ser advogado, percebe-se que apenas com a definitiva cessação do vínculo do indivíduo com o cargo ou função que desempenhe é que se é de considerá-lo permitido à advocacia, não se aceitando para liberação os afastamentos temporários, seja qual for o motivo (v. g., licença médica, licença-prêmio, férias, cessão para outro órgão, ser posto em disponibilidade, *et al*). Exemplificativamente, vejamos as seguintes decisões do Conselho Federal da OAB:

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *1. Magistrado em disponibilidade do art. 28, II, do Estatuto. 2. O magistrado em disponibilidade não está inativo e, portanto, é membro do Poder Judiciário. 3. Interpretação do art. 45, II, da Loman c/c art. 3º da Lei nº 8.112. 4. O magistrado em disponibilidade não pode inscrever-se, por ser incompatível. 5. Inexistência de incompatibilidade com o princípio constitucional da liberdade ao trabalho, porquanto o disponível continua a perceber vencimentos (Loman, art. 45, II). (Proc. nº 3/95/OE, Rel. Roberto Ferreira Rosas, j. 8.5.95, v.u., D.J. de 24.5.95, p. 14.966).*

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Ementa 45/2003/OEP. Auditor Fiscal - Atribuições Previstas em Lei - Incompatibilidade para o exercício da Advocacia. - O Auditor Fiscal*

ocupa cargo público de atividade-fim na área tributária. Dentre suas atribuições estão a de inspeção, controle e execução de trabalhos de administração tributária, executar a revisão físico-contábil; fiscalizar as receitas estaduais; constituir privativamente créditos tributários através de lançamentos ex officio com lavratura de auto de infração (Lei Estadual 4.794/88), portanto, misteres incompatíveis com a atividade advocatícia, a teor do disposto no art. 28, VII, do EAOAB. - O afastamento temporário não faz extinguir a incompatibilidade. Se permanece ocupando, em situação permanente, cargo incompatível com a advocacia, a incompatibilidade persiste, ainda que eventual e temporariamente não exercendo as respectivas funções. Recurso improvido. (Recurso 0008/2003/OEP-BA. Relator: Conselheiro José Brito de Souza (MA), julgamento: 13.10.2003, por unanimidade, DJ 18.11.2003, p. 456, S1);

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Ementa 055/2003/PCA. Servidor do Poder Judiciário Licenciado dele não se desvincula, permanecendo incompatível com o exercício da advocacia (art. 28, IV do EOAB), mesmo quando passa a exercer junto a outro poder cargo que apenas o tornaria impedido de advogar (art. 31, I do EAOAB). Recurso que se conhece, para negar provimento, mantida a decisão recorrida. (Recurso nº 0302/2003/PCA-SP. Relator: Conselheiro Edson Ulisses de Melo (SE), julgamento: 13.10.2003, por unanimidade, DJ 22.10.2003, p. 651, S1);*

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *A cessão de Analista Judiciário para a Advocacia Geral da União não elide a incompatibilidade, inerente ao cargo de origem, para o exercício da advocacia. Recurso improvido. (Proc. 005.232/98/PCA-SC, Rel. José Paiva de S. Filho, j. 10.8.98, DJ 29.9.98, p. 262).*

Quanto aos efeitos da incompatibilidade, temos o seguinte:

1º) Incompatibilidade prévia: torna impossível a inscrição do bacharel em direito no quadro de advogados (Estatuto, art. 8º, inciso V);

2º) Incompatibilidade superveniente: ocorre quando a pessoa já está inscrita como advogado, porém passa a exercer atividade incompatível com a advocacia. Se for incompatibilidade temporária, dará causa à licença do profissional, não podendo, no período, exercer qualquer ato de advocacia (Estatuto, art. 12, inciso II); se for incompatibilidade permanente, gera a exclusão dos quadros, inclusive com perda definitiva do número de inscrição, que jamais o advogado recuperará, se no futuro puder retornar à advocacia por desincompatibilização decorrente de mudança na lei ou em sua situação pessoal (Estatuto, art. 11, inciso IV).

3.1. CAUSAS LEGAIS DE INCOMPATIBILIDADE.

São várias as causas de incompatibilidade com a advocacia, previstas no Estatuto, abaixo estudadas.

3.1.1. CHEFE DO PODER EXECUTIVO E MEMBROS DA MESA DO PODER LEGISLATIVO E SEUS SUBSTITUTOS LEGAIS.

São chefes do Poder Executivo: o Presidente da República, no âmbito da União, além dos Governadores de Estado, do Governador do Distrito Federal e dos Prefeitos, no âmbito dos entes federados para os quais foram eleitos.

Em razão da necessidade de terem dedicação exclusiva para o desempenho das atividades do cargo para o qual foram eleitos, por confiança do povo, não podem ter permissão para advogar, sendo incompatíveis com a advocacia, conforme art. 28, inciso I do Estatuto da Advocacia.

Ademais, por razões de ordem ética, para prevenir a corrupção da advocacia, é justo que se proíba totalmente o exercício da advocacia por tais pessoas, porque possuem enorme poder sobre direitos e interesses de terceiros, buscando-se, assim, evitar que barganhas sejam feitas ilegalmente, através do exercício da advocacia, manchando-se esta nobre profissão. Evita-se também a captação de clientela.

A incompatibilidade atinge os substitutos legais dos Chefes do Poder Executivo, ou seja, o Vice-Presidente da República, os Vice-Governadores de Estados e do Distrito Federal, e os Vice-Prefeitos, estejam ou não no exercício do cargo eletivo titular. De se mencionar as seguintes decisões do Conselho Federal da OAB:

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Ementa 004/2001/PCA. O exercício do cargo de Vice - Prefeito é incompatível com a advocacia, “ex vi” do art. 28, inciso I, do EOAB. Desistência de recurso voluntário homologada. (Recurso nº 5.536/2001/PCA-CE. Relatora: Conselheira Omara Gusmão de Oliveira, julgamento: 12.03.2001, por unanimidade, DJ 02.04.2001, p. 381, 1ªe);*

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Ementa 06/2001/OEP. A advocacia, mesmo em causa própria, é incompatível com a atividade de Vice-Prefeito, conforme art. 28, inciso I, do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei 8.906/94). (Processo 321/2001/OEP. Relator: Conselheiro José Carlos Sousa Silva (MA), julgamento: 09.04.2001, por unanimidade, DJ 01.06.2001, p. 626, 1ªe).*

É que, embora não estejam exercendo o cargo, podem vir a exercê-lo a qualquer momento, tendo que renunciar a mandato (refiro-me ao mandato com o cliente, não ao mandato eletivo) e retomar mandato, sempre que estiverem exercendo o cargo de Chefe do Executivo respectivo ou deixem de exercê-lo. Isso, por óbvio, prejudicaria a relação de confiança advogado-cliente, paralisaria o feito desnecessariamente, além de que se daria ensejo a comentários maldosos de que determinada autoridade tomou dada decisão porque o advogado estava exercendo a Chefia do Executivo, sendo, enfim, de interesse público que assim se interprete e aplique o dispositivo.

GISELA GONDIM RAMOS, citando RUY SODRÉ, diz que o art. 28, inciso I, do Estatuto da Advocacia abrange os Ministros de Estado, Secretários de Estado, de Territórios e Municípios.ⁱⁱⁱ A meu ver, o pensamento desses dois renomados autores, com o devido respeito, é impróprio, porque as pessoas detentoras desses cargos enquadram-se na hipótese legal do inciso III, do art. 28, conforme será demonstrado, e não no inciso I do mesmo.

Quanto ao Poder Legislativo, temos: na União (compondo o Congresso Nacional), os Senadores da República e os Deputados Federais; nos Estados, os Deputados Estaduais; no Distrito Federal, os Deputados Distritais; e nos Municípios, os Vereadores. Nenhum deles é incompatível com a advocacia em razão de tais mandatos eletivos. Porém, passarão a sê-lo caso sejam eleitos para compor a Mesa do Poder Legislativo respectivo, independentemente do cargo que nela venham a ocupar, por ser a Mesa um órgão diretor. Exemplificativamente, são incompatíveis com a advocacia o Presidente da Mesa da Casa Legislativa, o Vice-Presidente, os Secretários, e assim por diante, a depender da organização interna de cada uma, e também seus substitutos legais.

As incompatibilidades previstas no inciso I do art. 28 do Estatuto são todas de natureza temporária, gerando meramente a licença do advogado, e não o cancelamento da inscrição. Em caso de reeleição, ou sendo o mesmo eleito para novo cargo que também gere incompatibilidade com a advocacia, prorroga-se o licenciamento junto à OAB.

3.1.2. MEMBROS DE ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO, DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DOS TRIBUNAIS E CONSELHOS DE CONTAS, DOS JUIZADOS ESPECIAIS, DA JUSTIÇA DE PAZ, JUÍZES CLASSISTAS, BEM COMO DE TODOS OS QUE EXERÇAM FUNÇÃO DE JULGAMENTO EM ÓRGÃO DE DELIBERAÇÃO COLETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA.

Essas são as hipóteses de incompatibilidade do inciso II do art. 28 do Estatuto, e referem-se às situações em que o indivíduo está vinculado a cargo, emprego ou função em que, ou tem poderes de influência sobre a vida das pessoas (Membros de órgãos do Poder Judiciário, dos Tribunais e Conselhos de Contas, dos juzizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgão de deliberação coletiva da administração pública direta ou indireta), ou porque devam ser absolutamente imparciais no trato com direitos e interesses de terceiros (membros do Ministério Público), ou as duas coisas juntas.

Os membros do Poder Judiciário, incluindo-se os juízes de primeira instância, desembargadores e Ministros dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, possuem vedação ao exercício da advocacia, pelas óbvias razões de que são julgadores. Não poderiam ligar-se à advocacia, atividade essencialmente parcial, quando exercem atividade imparcial por excelência.

Ademais, magistrado exercendo a advocacia daria ensejo, possivelmente, ou a atos de privilégios, por conhecer os servidores dos fóruns, assim como aos demais magistrados, ou daria ensejo a comentários maldosos que rebaixariam a condição da advocacia no tecido social. Além disso, haveria uma captação de clientela fenomenal, prejudicando a classe dos advogados, ainda que involuntária por parte do magistrado, pois a população de uma forma geral acreditaria estar melhor defendida por um “advogado-juiz”, pelas facilidades que o juiz teria perante o Poder Judiciário.

Os juízes de paz não exercem função jurisdicional, porém podem mediar conflitos, atividade para a qual se exige a imparcialidade. Além disso, são eleitos pelos cidadãos pelo voto direto, e recebem remuneração do Poder Público, razões pelas quais devem realmente ser obrigados à exclusividade, sendo-lhes vedado por completo o exercício da advocacia.

Quanto aos membros do Ministério Público, a Lei Complementar n.º 75/1993 (art. 237, inciso II) diz que é vedado, ao membro do Ministério Público da União, o exercício da advocacia, e a Lei Federal n.º 8.625/1993 (art. 44, inciso II) estende aos membros, do Ministério Público dos Estados, idêntica proibição.

Ressalto, porém, que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias previu, no art. 29, §3º, que o Membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da Constituição poderia optar pelo regime anterior no que respeita às garantias e vantagens, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta. Por isso é que o art. 83 do Estatuto da Advocacia dispõe claramente:

“Não se aplica o disposto no artigo 28, inciso II, desta Lei, aos membros do Ministério Público que, na data de promulgação da Constituição, se incluem na previsão do artigo 29, § 3º, do seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.”

Assim, é possível deparar-se com um membro do Ministério Público advogando legalmente, porque norma de natureza constitucional lhe conferiu tal direito, que, como aliás não poderia deixar de ser, foi mantido pelo Estatuto da Advocacia.

Veja-se, ainda, que o inciso II do art. 28 do Estatuto declara incompatível com a advocacia o membro do Ministério Público (Promotor de Justiça, Procurador de Justiça, Procurador da República, Procurador do Trabalho, etc...), não se incluindo aí portanto, o servidor, que se enquadra em outra hipótese, apenas de impedimento, conforme veremos.

Quanto aos Tribunais de Contas, no caso do Tribunal de Contas da União, a CF/88 expressamente dispõe que (art. 73, §3º):

“Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do artigo 40. (Redação dada ao parágrafo pela Emenda Constitucional nº 20/98, DOU 16.12.1998).”

Portanto, se aos ministros do STJ aplica-se a total proibição de exercer a advocacia, diferente não ocorre com os Ministros dos Tribunais de Contas da União. Pelo princípio da simetria constitucional, o mesmo se aplica ao Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado, por analogia aos Desembargadores dos Tribunais de Justiça.

A fiscalização do Município é exercida pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal e, mediante controle externo, pelo Poder Legislativo Municipal, na forma da lei, sendo este último exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver. Verificam-se Tribunais de Contas dos Municípios em São Paulo e Rio de Janeiro. Assim, os seus membros serão incompatíveis com a advocacia.

A incompatibilidade é necessária porque os Tribunais e Conselhos de Contas possuem função de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nas respectivas áreas de competência) e das entidades da administração direta e indireta dos mesmos, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, e seria impossível conciliar a imparcialidade e a autoridade que tais funções exigem com atividades de advocacia.

O Estatuto dispõe especificamente sobre essa classe de pessoas, porque apesar do nome, Tribunal de Contas não é órgão do Poder Judiciário, mas sim do Poder Legislativo, de maneira que não estariam abrangidos na incompatibilidade prevista anteriormente para

membros do Poder Judiciário, sendo necessária a menção expressa. Por sua vez, o termo “membros” utilizado pelo inciso II do art. 28 do Estatuto, ao se referir a Tribunais e Conselhos de Contas, abrange os Ministros e Conselheiros, respectivamente, mas também os auditores, até porque estes podem eventualmente vir a substituir aqueles em sessões de julgamento.

Todavia, não se considera incompatível com a advocacia o servidor dos Tribunais e Conselhos de Contas, sendo caso de mero impedimento de advogar contra a Fazenda Pública que lhe remunere. A esse respeito, decidiu o Conselho Federal da OAB, no Proc. 4.9992/96/PC, Relator o Conselheiro Paulo Luiz Netto Lobo:

“Incompatíveis com o exercício da advocacia são os Conselheiros e Auditores que possam substituí-los (art. 28, II, da Lei 8.906/94). Todos os demais servidores dos Tribunais e Conselhos de Contas estão dispensados sujeitos aos impedimentos previstos no art. 30, I, da Lei 8.906/94. Precedente de uniformização de jurisprudência.” (Proc. 005.139/97/PCA-MS, Rel. Paulo Luiz Netto Lôbo, j. 20.10.97, DJ 05.11.98, p. 56922)

Sobre os que exerçam função de julgamento em órgão de deliberação coletiva da administração pública direta ou indireta, incide a proibição total de exercício da advocacia.

DIÓGENES GASPARINI ensina magistralmente:

“Colegiados são os órgãos de que decidem e agem pela manifestação de vontade da maioria de seus membros. Destarte, não há prevalência da vontade individual de seu dirigente, designado, quase sempre, de presidente. Essa vontade é a resultante de um procedimento que observa: convocação dos membros, conhecimento prévio da pauta a sofrer deliberação, verificação de presença para instalação, verificação dos impedimentos, sessão, discussão, votação e proclamação do resultado.”^{iv}

Apesar da regra geral, nesses casos, ser a incompatibilidade, o Regulamento Geral (art. 8º), diz que a incompatibilidade prevista no art. 28, II, do Estatuto, não se aplica aos advogados que participam dos órgãos nele referidos, na qualidade de titulares ou suplentes, como representantes dos advogados.

Assim, são duas as hipóteses:

1º) Se o advogado integra órgão de deliberação coletiva da administração pública direta ou indireta, lá tendo poderes de julgamento, torna-se incompatível para o exercício da advocacia;

2º) Mas, se toma assento para representar exatamente a classe dos advogados, não se tornará incompatível com a advocacia.

O objetivo é evidente: ter quem defenda os interesses dos advogados perante os órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta ou indireta. Gerando-se a incompatibilidade, ninguém aceitaria investir-se de representante dos advogados perante tais órgãos. Ademais, o advogado lá estará no interesse de toda a classe, desenvolvendo relevante função.

No entanto, para preservar a moralidade, o §1º do art. 8º do Regulamento estabelece que fica o advogado, que representa sua classe, impedido de exercer a advocacia perante os órgãos em que atua, enquanto durar a investidura (note-se que é apenas caso de impedimento, não de incompatibilidade).

Quanto aos juízes classistas, existiam no âmbito da Justiça do Trabalho e eram incompatíveis com a advocacia durante o prazo do mandato (incompatibilidade temporária). Porém, como os cargos de juízes classistas foram extintos pela Emenda Constitucional n.º 24 de 1999, não há mais por que se ocupar disso.

3.1.2.1. MAGISTRADOS ELEITORAIS.

Como se sabe, a Justiça Eleitoral é a única para a qual não se realiza concurso público para ingresso em seus quadros como membro (magistrado), pois os juízes eleitorais são escolhidos para servir na Justiça Eleitoral, por prazo determinado, dentre membros de outras carreiras do Judiciário, onde foram legal e constitucionalmente investidos, o que favorece a dinâmica de rotatividade no poder e evita a corrupção de juízes eleitorais ou sua vinculação moral com determinadas correntes políticas.

De fato, a Constituição Federal de 1988 (art. 121, §2º) estabelece que juízes de tribunais eleitorais servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria.

Vê-se, porém, que também compõem os quadros da Justiça Eleitoral, advogados indicados para tal fim, que figuram na qualidade de magistrados. Assim, o Tribunal Superior Eleitoral tem no mínimo sete membros, escolhidos, mediante eleição, pelo voto secreto, sendo três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça e, por nomeação do Presidente da República, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal (CF/88, art. 119). Já no Tribunal Regional Eleitoral, existente um na capital de cada Estado e no Distrito Federal, a composição será, mediante eleição, pelo voto secreto, de dois juízes, dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça, de um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo e, por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.

Nesse caso, o STF, na liminar concedida na ADIN n.º 1.127-8, afastou a incompatibilidade prevista no inciso II do art. 28 do Estatuto, para dizer que não se tornam incompatíveis os membros da Justiça Eleitoral provenientes da advocacia, ressalvando-se impedimento de advogar perante a própria Justiça Eleitoral e contra a Fazenda Pública Federal.

Não andou bem, a meu ver, o STF com essa decisão, porque se o motivo é que *os* magistrados eleitorais provenientes da advocacia exercem cargo temporário, nesta situação também se encontram os Chefes do Poder Executivo e os que integram a Mesa de Poder Legislativo, de maneira que, por não existir subordinação entre os Poderes da União, a situação deveria ser a mesma. Dever-se-ia, salvo melhor juízo, aplicar ao caso a letra da lei, para causar a incompatibilidade do magistrado eleitoral, ainda que proveniente da advocacia e por tempo limitado, porque a situação é de mesma razão jurídica, com o agravante de que o magistrado eleitoral proveniente da advocacia ocupará Tribunal Eleitoral (Regional ou Superior), tendo muitas vezes participação direta no pleito eleitoral e

nas questões pertinentes a mandatos de cargos eletivos, inclusive em grau recursal, fundamentais numa República democrática. Tais atribuições de relevância, a meu ver, não se coadunam com a parcialidade da advocacia.

Ademais, inaceitável o posicionamento do STF porque se a lei dispõe que é incompatível com a advocacia quem exerça função de julgamento em órgão de deliberação coletiva da administração pública direta ou indireta, sendo tal vedação aceita pelo Excelso Pretório, como pode que aquele que participa de órgão de natureza jurisdicional e de caráter eleitoral, também colegiado, como são os Tribunais, possa exercer a advocacia? A hipótese se me afigura desproporcional.

No entanto, apesar das críticas acima, prevalece evidentemente a decisão do STF, de maneira que os magistrados eleitorais provenientes da advocacia, que integrem Tribunais Regionais Eleitorais ou o próprio Tribunal Superior Eleitoral na qualidade de juristas, terão apenas impedimento ao exercício da advocacia (não podendo advogar perante o próprio Tribunal nem contra a Fazenda Pública que lhe remunere), estando livre o exercício da atividade advocatícia nas demais hipóteses, não se lhes aplicando a incompatibilidade que se verifica às demais espécies de magistrados.

3.1.3. 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.

O Estatuto da Advocacia (art. 28, inciso III) trata de tornar incompatíveis com a advocacia os 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. O dispositivo quer tratar da Administração Pública em sentido estrito, quanto a seu aspecto subjetivo, isto é, no que toca às pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos que exercem a função administrativa.^v

GLADSTON MAMEDE, comentando esta causa de incompatibilidade, foi tão cirúrgico no corte, que não vejo como abordar o assunto sem antes usar suas imprescindíveis palavras, que passo a transcrever:

“O próprio Estatuto oferece as referências exegéticas necessárias para a avaliação, caso a caso, dos cargos ou funções de direção que impliquem, ou não, incompatibilidade. (1) É indispensável tratar-se de cargo ou função das estruturas administrativas de (a) órgãos da administração pública direta, (b) órgãos da administração indireta (como autarquias e fundações), (c) empresas estatais, (d) empresas de economia mista controlada pelo Poder Público e (e) empresas concessionárias de serviço público. (...)

No contexto específico de tais pessoas jurídicas ou órgãos, a incompatibilidade exige (2) que o bacharel esteja ocupando cargo ou função de direção. (a) Ocupar é expressão genérica que se posta aquém dos requisitos específicos de nomeação e posse; ocupa o titular, assim como ocupa seu substituto, desde que não eventual (para ocasiões específicas, pontuais, que não se dilargam no tempo); ocupa aquele que, de fato, exerce a competência e o poder do cargo ou função. (b) Cargo ou função é, igualmente, expressão genérica, a alcançar desde postos devidamente anotados nos organogramas específicos até funções sem posição hierárquica no organograma, a

ele anexas, como a chefia de comissão de licitações, por exemplo. É indispensável, porém, que o ente no qual o cargo ou função seja exercido exista como órgão ou como pessoa jurídica; afastam-se comissões e outras figuras de existência evanescente, pontual, a exemplo de comissões de inquérito administrativo, constituídas para examinar um fato específico, comissões parlamentares de inquérito etc. (c) Direção é termo preciso e que, igualmente, limita a exegese do dispositivo. Dirige aquele que tem sob sua responsabilidade, sob sua competência, e titularizando poderes bastantes para tanto, um órgão ou pessoa jurídica, podendo praticar atos em nome daquele; (...) (3) o poder do cargo ou função deve ser relevante, podendo criar efeitos sobre interesses de terceiros.”^{vi}

Inicialmente, quero deixar o alerta de que cargo e função não são a mesma coisa. Quando o autor supra mencionado diz que se tratam de expressões genéricas, penso que ele assim os reputou para os efeitos do Estatuto da Advocacia, e não com os rigores do Direito Administrativo. Também eu utilizarei os dois termos no sentido que adquiriram no linguajar vulgar, pois o Estatuto não obedeceu a rigores técnicos, de onde a exegese surge libertária. Assim, não importa o nome da ocupação: coordenador, gerente, administrador, superintendente, diretor, chefe, e assim por diante, merecem análise. Será incompatível, porém, apenas aquele que tenha poderes sobre interesses de terceiros, conforme §2º do art. 28 do Estatuto, do contrário não haverá incompatibilidade com a advocacia, mas apenas impedimento, e ainda assim se for o caso. Vejamos:

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Ementa 001/2003/PCA. Cargo de Chefia - Poder sobre subordinados, não afetando direitos e obrigações de terceiros. Aplicação da Regra do § 2º do art. 28 da Lei 8.906/94 do caso concreto - Provimento do Recurso - Inscrição concedida com impedimentos. (Recurso nº 0292/2002/PCA-SP. Relator: Conselheiro Aristóфанes Bezerra de Castro Filho (AM). Pedido de Vista: Conselheiro Edgard Luiz Cavalcanti de Albuquerque (PR), julgamento: 10.02.2003, por maioria, DJ 14.02.2003, p. 706, S1);*

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Ementa 029/2002/PCA. Assessor Especial de Controle Interno. Prefeitura Municipal de Itu. Lei Municipal nº 3.710, de 10.02.95. Inexistência da incompatibilidade prescrita no art. 28, III do EAOAB. Impedimento. Não há incompatibilidade entre as atribuições do cargo de Assessor Especial de Controle Interno da Prefeitura de Itu que não detém poder de decisão relevante sobre interesses de terceiros e o exercício da advocacia. Hipótese que caracteriza impedimento, na forma prevista no art. 30, I, da Lei nº 8.906/94. (Recurso nº 0033/2002/PCA-SP. Relator: Conselheira Ana Maria Morais (GO). Pedido de Vista: Conselheiro João Otávio de Noronha (MG), julgamento: 22.04.2002, por maioria, DJ 24.05.2002, p. 344, S1).*

Dito isto, passo a fazer duas observações que julgo pertinentes ao tema em comento.

Primeiramente, surge a indagação: e o diretor de departamento jurídico, torna-se incompatível com a advocacia? Esta é a única hipótese a que não se aplica o inciso III do art. 28 do Estatuto, porque se o diretor jurídico, ao assumir o cargo, passar a ser incompatível com a advocacia (e aqui quero lembrar que isso implicaria em sequer poder

prestar assessoria ou consultoria jurídica interna), todo o objetivo buscado com o Estatuto, ao estabelecer ser privativo de advogado o cargo de direção jurídica, cairia por terra, e se tornaria inócuo, pois como admitir um advogado para cargo de direção jurídica que ficará, em razão do cargo mesmo, incompatível com a advocacia? Não me olvidando desta hipótese, entendo que o Estatuto fez expressa menção a essa situação (art. 29), que terei oportunidade de comentar mais adiante.

Porém, se o advogado assume, nos órgãos ou pessoas morais elencados no inciso III do art. 28 do Estatuto, cargo de direção que não seja de direção jurídica, e sim de outro setor, departamento, ou mesmo de direção geral, fatalmente restará incompatibilizado com a advocacia. Por essa mesma razão, não poderá cumular um cargo de direção que não seja de direção jurídica com um cargo de direção jurídica, pois aquele gerando a incompatibilidade do advogado, fica-lhe juridicamente impossível exercer este, pois incorreria em exercício ilegal da profissão.

Outra questão que quero levantar diz respeito aos cargos de direção de pessoas jurídicas de direito privado, concessionárias de serviço público. A concessão de serviço público ocorre por lei, para empresas controladas pelo Estado, que passam a ter a execução e a titularidade do serviço público, ou por contrato administrativo, quando apenas a execução do serviço é transferida para a concessionária, conservando o Poder Público a titularidade do serviço público.

Na primeira hipótese (concessão por lei), a incompatibilidade para a advocacia derivará do exercício de cargo ou função de direção em empresa controlada pelo Poder Público. Assim, quando o dispositivo contido no inciso III do art. 28 do Estatuto fala em concessionária de serviço público, alude claramente à segunda hipótese de concessão, que é aquela que se dá por contrato administrativo. Nesse diapasão, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO esclarece:

“Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”.^{vii}

Assim, entendo que apenas após a formalização do contrato administrativo de concessão de serviço público, o detentor de cargo ou função de direção na concessionária passará a ser considerado incompatível com a advocacia, sendo até então válidos os atos que praticar como advogado.

Como o art. 28 do Estatuto trata de restrições ao direito individual de exercício da profissão, constituem as hipóteses ali elencadas um verdadeiro rol taxativo. Assim, não se pode considerar incompatível com a advocacia, com fulcro no inciso III do art. 28 do Estatuto, os que detenham cargo ou função de direção em concessionárias de obra pública, já que a lei só se refere às concessionárias de serviço público. À respeito dos contratos de concessão de obra pública, diz MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

“Hoje já se reconhece a existência desse contrato, como modalidade autônoma em relação ao de concessão de serviço público; ele tem por objeto a execução de uma obra, sendo secundária a prestação ou não de um serviço público.”^{viii}

Também não se há falar em incompatibilidade com a advocacia do detentor de cargo ou função de direção em permissonárias de serviço público, em razão da precariedade desse tipo de relação jurídica, que se estabelece por ato unilateral da Administração Pública, e ainda porque o Estatuto não se refere à tal hipótese.

3.1.4. OCUPANTES DE CARGOS OU FUNÇÕES VINCULADOS DIRETA OU INDIRETAMENTE A QUALQUER ÓRGÃO DO PODER JUDICIÁRIO E OS QUE EXERCEM SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO.

Pelas mesmas razões que implicam na incompatibilidade do exercício da judicatura com a advocacia, e que, portanto, proíbem totalmente que magistrados se inscrevam no quadro de advogados, é que o Estatuto da Advocacia estabelece a incompatibilidade dos ocupantes de cargos ou funções vinculados a qualquer órgão do Poder Judiciário, ainda que indiretamente. Assim, são incompatíveis com a advocacia os servidores do Poder Judiciário, a exemplo dos analistas judiciários, técnicos judiciários, auxiliares judiciários, oficiais de justiça, escrivães e diretores de secretaria, e, quando houver, também outros, como dentistas, médicos, contadores, e assim por diante, e também os auxiliares da Justiça, hipótese em que, de forma global, merecem menção: peritos, intérpretes, depositários, administradores, psicólogos, assistentes sociais, e ainda os leiloeiros. Vejamos algumas decisões:

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Ementa 012/2004/PCA. Recurso. Investidura em cargo público de provimento efetivo que seja incompatível com a advocacia (analista judiciário). Cancelamento da inscrição. Inteligência do disposto no art. 11, inc. IV do EAOAB. Pelo improvimento. (Recurso 0026/2004/PCA-BA. Relator: Conselheiro Ronald Cardoso Alexandrino (RJ). Relator p/ acórdão: Conselheiro Marcelo Henrique Brabo Magalhães (AL), julgamento: 05.04.2004, por maioria, DJ 27.05.2004, p. 595, S1)*

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *O cargo de auxiliar judiciário incompatibiliza o seu ocupante para o exercício da advocacia, mesmo na simples condição de estagiário. (Proc. 5.314/98/PCA-RJ, Rel. José Paiva de Souza Filho (AM), Ementa 011/99/PCA, julgamento: 08.02.99, por unanimidade, DJ 17.02.99, p. 198, S1);*

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Inscrição no quadro de estagiário - Ocupante de cargo de Oficial de Justiça Avaliador. Sua vinculação direta com órgão do Poder Judiciário - Manifesta incompatibilidade de seu titular para o exercício da advocacia - Aplicabilidade do inciso IV, do art. 28 e parágrafo 3º, do art. 9º, todos do Estatuto da Advocacia da OAB - Cancelamento da inscrição. Recurso conhecido e provido - Permitida a frequência em estágio ministrado pela instituição de ensino a título de aprendizagem da prática jurídica. (Proc. 005.122/97/PCA-RJ, Rel. Airton Cordeiro, j. 08.12.97, DJ 13.01.98, p. 26/27).*

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Técnico judiciário do tribunal regional do trabalho da 9ª Região - Ocupante do cargo de diretor da Junta de Conciliação e Julgamento - DAS 101.5. Incompatibilidade. Proibição da advocacia em face do art. 28, IV do EOAB. Indeferimento da inscrição originária perante a*

OAB/PR. (Proc. 005.039/97/PCA - PR, Rel. Elena Natch Fortes, j. 14.4.97, DJ 30.6.97, p. 31287).

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: Dentista. Função exercida no Poder Judiciário. Condições de serventuário da Justiça tanto sob a égide do atual como do anterior Estatuto. Incompatibilidade. (Proc. nº 4.571/94/PC, Rel. Carmelino de Arruda Rezende, j. 17.10.94, v.u., D.J. de 23.11.94, p. 32.138).

No caso dos auxiliares da Justiça, porém, penso que a nomeação *ad hoc* para um ou outro processo, sem qualquer habitualidade, não é suficiente para dar-se causa à incompatibilidade com a advocacia. É preciso que seja uma colaboração havida com o Poder Judiciário de forma costumeira, como os chamados peritos do juízo, intérpretes do juízo, e assim por diante, ou seja, aquelas pessoas que participam de vários feitos, em que devem externar trabalho baseado em imparcialidade, e de forma a evitar-se o tráfico de influência.

Verifique-se ainda que aqueles que possuem vínculo com o Poder Judiciário são incompatíveis com a advocacia, independentemente de proximidade com as atividades estritamente jurisdicionais. Aqui inserem-se até mesmo aqueles de posição mais singela na estrutura do Poder Judiciário, como motoristas, operadores de máquinas reprográficas, porteiros, editor de jurisprudência, vigilantes, telefonistas, recepcionistas, atendentes, desde que sejam servidores ou lhe prestem serviços. Vejamos:

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: Atendente judiciário concursado. Membro efetivo de órgão judiciário. Impedimento. Inteligência do art. 28, II, da Lei 8.906 de 04 de julho de 1994, onde estabelece que os membros do Judiciário são incompatibilizados com o exercício da advocacia, mesmo em causa própria. Ocupando cargo ou função em caráter definitivo, aplica-se a hipótese do art. 11, IV do Estatuto dos Advogados do Brasil. Cancelamento da inscrição. (Proc. 005.143/97/PCA-BA, Rel. Aristóteles Atheniense, j. 08.12.97, DJ 02.01.98, p. 23);

Também os que prestam serviços notariais e de registros públicos, por delegação do Poder Público, são incompatíveis com a advocacia. Assim, são incompatíveis os notários, os oficiais de registro, e, além disso, mesmo aqueles contratados como prepostos pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, porque tais pessoas lidam com atividade sob controle do Poder Judiciário (CF/88, art. 236, §1º).

3.1.4.1. AUXILIARES NOS JUIZADOS ESPECIAIS.

A CF/88 dispõe (art. 98): “A União, nos Distrito federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.”

Quanto aos juízes togados, integram a magistratura de carreira e quanto a esses não há qualquer dúvida: são incompatíveis com a advocacia. Porém, no tocante aos juízes leigos, surge a dúvida, se seriam ou não incompatíveis com a advocacia.

É que a Lei n.º 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia) aplica expressamente aos ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário proibição total de exercício da advocacia, ou seja, a incompatibilidade (art. 28, inciso IV), enquanto que Lei n.º 9.099/1995, de 26 de setembro de 1995, portanto posterior ao Estatuto, dispõe (art. 7º, parágrafo único) que os conciliadores e Juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência, e que os Juízes leigos ficarão impedidos de exercer a advocacia perante os Juizados Especiais, enquanto no desempenho de suas funções.

Analisando a questão, no aparente conflito de normas entre o inciso IV do art. 28 da Lei n. 8.906/94 e art 7º da Lei Federal n.º 9.099/1995, o Conselheiro Arx da Costa Tourinho, em sessão ordinária realizada aos 12-02-96, relatando a apreciação da Proposição CP n.º 4.062/95, assim pronunciou-se, em voto vencedor no Conselho Federal da OAB:

“O parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099, de 26.9.95, que fixa impedimentos para os Juízes leigos, quando no exercício da advocacia, não pode derogar o inc. IV do art. 28 da Lei nº 8.906, de 4.7.94 (EAOAB), por aplicação do princípio lex posterior generalis non derogat legi priori speciali. A norma posterior aludida quebra a sistematização jurídica na seleção da advocacia, com graves reflexos para a comunidade, devendo, pois, o Conselho Federal da OAB manifestar orientação aos Conselheiros Seccionais para que apliquem o EAOAB em detrimento do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099/95. Matéria que sofreu destaque, em razão de urgência.” (Proc. nº 4.062/95/CP, Rel. Arx da Costa Tourinho, j. 12.2.96, D.J. de 19.4.96, p. 12.487).”

Porém, relatando o Proc. 031/95/OEP, o Relator e Conselheiro Federal Marcos Bernardes de Mello, com entendimento diverso, conseguiu aprovar, por maioria, voto que revisava a decisão exarada na Proposição CP n.º 4.062/95. Segue a ementa:

“Juiz leigo de Juizado Especial. Função privativa de advogado com mais de cinco anos de experiência forense. Impedimento. Inteligência do art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.099/95 e do art. 8º do Regulamento Geral EOAB. O exercício, sem caráter permanente, de funções de juiz leigo em Juizado Especial, por serem privativas de advogado, não gera a incompatibilidade prevista no art. 28, IV, do EOAB, mas, apenas, impedimento para exercer a advocacia na área daqueles juizados. Conciliador de Juizado Especial. Por não se tratar de função privativa de advogado, mas que deve ser cometida, preferencialmente, a bacharel em direito, implica incompatibilidade e não apenas impedimento. Revisão da decisão proferida na proposição nº 4062/95. Recomendação para que a OAB promova gestões junto ao Congresso Nacional para revogação da privatividade de provimento por advogado da função de juiz leigo, dando-se nova redação ao art. 7º, com revogação do seu parágrafo único, da Lei nº 9.099/95. Decisão por maioria. (Proc. 031/95/OEP, Rel. Marcos Bernardes de Mello (AL), Ementa 07/99/COP, julgamento: 17.05.99, por maioria, DJ 09.06.99, p. 90, S1).”

Desta forma, a questão hoje se encerra da seguinte forma: para o juiz leigo, o impedimento descrito no parágrafo único do art. 9º da Lei n.º 9.099/1995; para o

conciliador, a incompatibilidade. Porém, quanto ao conciliador, cabe uma última ressalva: o Conselho Federal da OAB entende que, se a lei estadual que vier a organizar os juizados estabelecer que os conciliadores devem ser recrutados dentre bacharéis em direito, ter-se-á a incompatibilidade; se, em contrário, tiver previsão de que serão escolhidos dentre advogados, ter-se-á apenas impedimento, não se podendo advogar apenas no âmbito dos juizados especiais.

3.1.5. OCUPANTES DE CARGOS OU FUNÇÕES VINCULADOS DIRETA OU INDIRETAMENTE A ATIVIDADE POLICIAL DE QUALQUER NATUREZA.

É absolutamente inconcebível que, quem exerça atividade policial, seja de que natureza for, venha a poder desempenhar a advocacia. Entende-se por órgãos policiais, para fins de incompatibilidade, todos os que constem do art. 144 da Constituição Federal de 1988, e também às atividades da Guarda Municipal.

Ora, na polícia é que correm os inquéritos, com informações muitas vezes preciosas para o deslinde de crimes. Nas delegacias se antecipam os planos de investigação, as operações campais e as estratégias de repressão ao crime (polícia judiciária). Permitir que pessoas que tenham acesso a tais informações pudessem exercer a advocacia seria prejudicar a atividade policial e desnaturar a ética profissional do advogado, pois que este passaria, de profissional liberal, a informante de criminosos, ou ainda, teríamos privilégios aos “advogados-policiais” não concedidos a outros advogados. Ademais, a própria natureza da atividade policial denota sua incompatibilidade com a advocacia. Gosto das palavras de GLADSTON MAMEDE, quando se refere aos que desempenham atividade policial, de quem me socorro mais uma vez:

“(...) São agentes da lei, não agentes das partes. Ao contrário do que se pensa comumente, a polícia não existe para acusar (...), mas para o trabalho responsável de buscar, não raro com dificuldade, a verdade fática (quaestio facti) que abalizará os debates em torno ao direito aplicável (quaestio iuris), desaguando na sentença (ius dicere).”^{ix}

Além disso, temos várias hipóteses de poder concentrado nas atividades policiais, como apreensão de veículos (Polícia Rodoviária Federal), concessão de passaportes (Polícia Federal), dentre outras. Veda-se, assim, também, a possibilidade da captação de clientela.

O conceito de atividade policial para fins de incompatibilidade à advocacia é amplo. O Conselho Federal da OAB decidiu:

“Ementa 013/2002/PCA. Inscrição Principal - Bacharel que presta serviços em órgãos de natureza policial, seja de forma direta ou indireta, exerce função incompatível com a advocacia nos exatos Termos do inciso IV do artigo 28 do EOAB. (Recurso nº 5.611/2001/PCA-MS. Relator: Conselheiro Orquínézio de Oliveira (RJ). Pedido de Vista: Conselheiro Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira (DF). Relatora p/ o acórdão: Conselheira Ana Maria Morais (GO), julgamento: 18.03.2002, por maioria, DJ 03.04.2002, p. 508, S1).”

PAULO LUIZ NETTO LÔBO diz, e com razão, que:

“A incompatibilidade abrange os peritos criminais, os médicos-legistas, os despachantes policiais, os datiloscopistas, os guardas de presídios. Em virtude da crescente terceirização, a vedação envolve igualmente os que prestam serviços às atividades policiais diretas ou indiretas, mesmo que empregados de empresas privadas.”^x

Por óbvio, não escapam da incompatibilidade: o delegado, o investigador, e o próprio policial (agente).

A posição do ilustre jurista reflete o que consta do Provimento n.º 62/88, que não foi revogado pelo atual Estatuto da Advocacia.

Vejamos decisões do Conselho Federal da OAB:

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Ementa 003/2004/PCA. INSCRIÇÃO DE BACHAREL OCUPANTE DO CARGO DE TÉCNICO ADMINISTRATIVO LOTADO EM PENITENCIÁRIA ESTADUAL. INCOMPATIBILIDADE. O servidor lotado em penitenciária estadual, ainda que ocupante do cargo de técnico administrativo, exerce atividade de natureza policial, incorrendo na incompatibilidade prevista no art. 28, V, da Lei n.º 8.906/94. Recurso improvido. (Recurso n.º 0527/2003/PCA-PR. Relator: Conselheiro Antônio Cezar Alves Ferreira (CE), julgamento: 08.03.2004, por unanimidade, DJ 15.03.2004, p. 573, S1);*

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Ementa 15/2002/OEP. A atividade de Despachante Policial, ou mesmo aquele de simples Despachante junto aos DETRANs dos Estados Brasileiros, é incompatível com a advocacia, segundo prescreve o artigo 28, inciso V, da Lei 8.906/94 e das disposições do Provimento 62/88, que se encontra em vi-gor. (Consulta 0009/2002/OEP-MG. Relator: Conselheiro Federal Afeife Mohamad Hajj (MS), julgamento: 12.08.2002, por unanimidade, DJ 06.09.2002, p. 617, S1);*

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Ementa 013/2002/PCA. Inscrição Principal - Bacharel que presta serviços em órgãos de natureza policial, seja de forma direta ou indireta, exerce função incompatível com a advocacia nos exatos Termos do inciso IV do artigo 28 do EOAB. (Recurso n.º 5.611/2001/PCA-MS. Relator: Conselheiro Orquinézio de Oliveira (RJ). Pedido de Vista: Conselheiro Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira (DF). Relatora p/ o acórdão: Conselheira Ana Maria Morais (GO), julgamento: 18.03.2002, por maioria, DJ 03.04.2002, p. 508, S1);*

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Ementa 035/2001/PCA. ESTAGIÁRIO. INS-CRIÇÃO. GUARDA MUNICIPAL. IN-COMPATIBILIDADE. Para a inscrição como estagiário nos Quadros da OAB a lei impõe os mesmos requisitos exigidos para a inscrição como advogado, exceto a prova de graduação em direito e o Exame de Ordem. Constitui causa de incompatibilidade com a advocacia o exercício de atividade*

relacionada, direta ou indiretamente, com cargo ou função policial. Recurso conhecido e provido para reformar a decisão do Conselho Pleno da Seccional da OAB/RJ que deferiu, por maioria, inscrição de estagiário, a ocupante de cargo de Guarda Municipal. (Recurso nº 5.551/2001/PCA-RJ. Relator: Conselheiro Marcos Bernardes de Mello (AL), julgamento: 10.09.2001, por unanimidade, DJ 18.09.2001, p. 720, S1).

3.1.6. MILITARES DE QUALQUER NATUREZA, NA ATIVA.

Por militares de qualquer natureza, entende-se incompatíveis com a advocacia os Militares das Forças Armadas (integrantes do Exército, Marinha e Aeronáutica), e os Militares Estaduais (integrantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros). Trago à baila as seguintes decisões:

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Militar da ativa. Incompatibilidade. Taifeiro do Exército. Inclusão no efetivo da corporação militar. Condição de militar. Estando na ativa, incidência da incompatibilidade prevista no artigo 28, inciso VI, da Lei 8.906/94 - EAOAB. Recurso conhecido e provido. (Proc. 005.243/98/PCA-RJ, Rel. Fides Angélica de C.V.M. Ommati, j. 14.9.98, DJ. 29.9.98, p. 263);*

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Inscrição. Estagiário. Militar da ativa. Incompatibilidade. O ocupante de cargo ou função incompatível com a advocacia não pode inscrever-se na OAB, como estagiário, a teor do art. 9º, parágrafo 3º da Lei nº 8.906/94. A inscrição na OAB não é requisito para aprendizagem das atividades de estágio dos cursos jurídicos mas para participação em conjunto com o advogado em atividades deste (Recurso nº 4.961/96/PCA, Relator Cons. Paulo Luiz Neto Lôbo, in Boletim Especial do Conselho Federal, ano II, nº 9, abril/maio/97, 5). Entendimento iterativo. (Proc. 005.177/97/PCA-RJ, Rel. Oswaldo José P.Horn, j. 09.3.98, DJ 24.03.98, p. 120) Similares: - Proc. 005.178/97/PCA-RJ, Rel. Marcelo Guimarães da Rocha e Silva, j. 09.3.98, DJ 27.4.98, p. 303 - Proc. 005.227/98/PCA-RJ, Rel. Edson Ulisses de Melo, j. 07.12.98, DJ 15.12.98, p. 180.*

O advogado exerce uma atividade de independência e liberdade; o militar obedece à hierarquia, estando tolhido diariamente em sua liberdade, sendo submisso, e cumprindo ordens.

Deve-se ter em mente ainda que, a liberar-se a advocacia para os militares, em muitos casos se estaria pondo em risco os interesses do cliente, pois é sabido que o militar não tem disponibilidade de seu tempo, podendo ser obrigado a servir em horários em que seria necessária sua presença nos atos de advocacia, e, pior ainda, poderia repentinamente ser mandado a servir em outro lugar do território nacional ou até mesmo no exterior.

Assim, o só fato de alguém ser militar, já o torna incompatível com a advocacia, pela própria necessidade de distinção das características das duas atividades. Ademais, visa-se a evitar o tráfico de influência que um militar poderia ter se pudesse advogar, resguardando-se assim a ética profissional.

Os que se encontrem em serviço militar obrigatório também são incompatíveis. Mas ainda que não fossem, não poderiam se inscrever como advogado, porque lhes faltaria o requisito do art. 8º, inciso III do Estatuto da Advocacia (quitação com o serviço militar obrigatório).

Por fim, ressaltar que apenas militares da ativa são incompatíveis com a advocacia.

3.1.7. OCUPANTES DE CARGOS OU FUNÇÕES QUE TENHAM COMPETÊNCIA DE LANÇAMENTO, ARRECADAÇÃO OU FISCALIZAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES PARAFISCAIS.

Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada (Código Tributário Nacional, art. 3º). Por sua vez, contribuições parafiscais são tributos, afetados a finalidades específicas, conforme ensina SACHA CALMON NAVARRO COELHO^{xi}.

Antes de abordar as incompatibilidades previstas no art. 28, inciso VII do Estatuto, convém trazer à tona alguns conceitos de Direito Tributário:

1º) Lançamento: é o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível;

2º) Fiscalização: é o procedimento fiscal externo que objetiva orientar, verificar e controlar o cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, por parte do sujeito passivo;

3º) Arrecadação: é o recebimento ou a providência para o recebimento do tributo.

Desempenham, sem sombra de dúvidas, atividades que causam incompatibilidade com a advocacia: os Auditores Fiscais da Receita Federal, os Técnicos da Receita Federal, os Auditores Fiscais do INSS, os Auditores Fiscais do Trabalho, e os fiscais de tributos estaduais e municipais. Também qualquer outra em que se desempenhe competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais. A se confirmar a criação da Super-Receita, enquadrar-se-ão na incompatibilidade os seus Auditores Fiscais.

Tendo em vista que, em tais atividades, o indivíduo representa os interesses do Erário, desempenhando carreira típica de Estado (atividade-fim), onde tem poderes administrativos que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico, para o objetivo final de arrecadar as verbas de natureza tributária que venham a compor as receitas públicas, e ainda em face das informações tributárias privilegiadas que agrega, houve por bem o Estatuto vedar-lhes o exercício da advocacia.

Não basta, porém, para caracterizar a incompatibilidade, o nome do cargo ou função, mas sim as funções descritas nas normas que regem a carreira respectiva, para dizer que são de natureza ou fins tributários.

Também não é incompatível com a advocacia aquele que detém meros poderes de aplicação de multas, porque multa não é tributo, já que encerra uma penalidade (CTN, art. 3º), e interpreta-se restritivamente o âmbito da incompatibilidade, já que traz em seu bojo limitação de um direito individual fundamental (direito ao trabalho).

Já se decidiu que não são incompatíveis com a advocacia: o fiscal de preços e abastecimento, o fiscal de atividades sanitárias, o fiscal do Conselho Regional de Farmácia, o agente fiscal de serviços públicos, e o fiscal de postura municipal.

Vejamos decisões que corroboram o que se escreveu nas linhas acima:

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Incompatibilidade. 1 – Servidores da Receita Federal. Alteração das denominações dos cargos (atualmente – Auditor Fiscal e Técnico, ambos da Receita Federal). 2 – Interpretação do DL 2225/85; MP 1915 e MP 1971-14. 3 – Atribuições: lançamento do crédito tributário. Incompatibilidade. (Estatuto – art. 28). (Proc. 294/2000/OEP, Rel. Roberto Rosas (AC), Ementa 023/2000/OEP, julgamento: 04.09.2000, por unanimidade, DJ 23.10.2000, p. 329, S1e). Entendendo que o técnico é apenas impedido na forma do art. 30, inciso I, do Estatuto da Advocacia:*

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *O ocupante de cargo de Técnico do Tesouro Nacional de nível médio, não está incompatibilizado para o exercício da advocacia, pois sua atividade não é de arrecadação, fiscalização e lançamento de tributos. Impedimento do art. 30, i da lei 8.906/94. Improvimento do recurso. (Proc. 005.151/97/PCA-SP, Rel. Elena Natch Fortes, j. 08.12.97, DJ 19.5.98, p. 288) Similar: - Proc. 005.149/97/PCA-GO, Rel. Elena Natch Fortes, j. 12.12.97, DJ27.4.98, p. 303.*

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Fiscal do Trabalho. Incompatibilidade com o exercício da advocacia. A competência funcional do Fiscal do Trabalho se estende à fiscalização de contribuições parafiscais, tornando o exercício dessa atividade incompatível com a advocacia, na forma preconizada no art. 28, VII, do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei 8.906, de 04 de julho de 1.994). (Proc. 5.403/99/PCA-BA, Rel. Jair Baldez Morales (RS), Ementa 149/99/PCA, julgamento: 06.12.99, por unanimidade, DJ 16.12.99, p. 80, S1);*

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Fiscal do Trabalho. Incompatibilidade. A competência funcional do Fiscal do Trabalho se estende à fiscalização de contribuições parafiscais, tornando o exercício dessa atividade incompatível com a advocacia, na forma preconizada no artigo 28, VII, do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei 8.906 de 04 de julho de 1994). (Proc. 005.116/97/PCA-BA, Rel. Horário Vanderlei N. Pithan, j. 20.10.97, DJ 26.12.97, p. 68248).*

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Ementa 019/2002/PCA. AGENTE DE TRIBUTOS ESTADUAIS. ATRIBUIÇÃO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS. INCOMPATIBILIDADE. O cargo de Agente de Tributos Estaduais, tendo por atribuição arrecadar tributos, insere-se no rol das incompatibilidades previsto no inciso VII do artigo 28 da Lei n.8.906/94 (EAOAB). A omissão do cargo, pelo bacharel, no requerimento de inscrição, torna-a nula, impondo-se a instauração*

do processo de cancelamento a partir do conhecimento, pela Seccional. O regime de incompatibilidades e impedimentos não atenta contra a liberdade de trabalho, constitucionalmente assegurada, mas se impõe em razão do interesse público, consoante entendimento da OAB e dos órgãos judiciários. Recurso conhecido mas improvido. (Recurso nº 5.619/2001/PCA-BA. Conselheira. Fides Angélica de C. V. M. Ommati (PI), julgamento: 18.03.2002, por unanimidade, DJ 10.05.2002, p. 715, S1)

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: Auditor fiscal de município. Incompatibilidade para o exercício da advocacia. A teor do artigo 28, vii, da lei 8.906/94. Recurso improvido. (Proc. 005.008/96/PC - BA, Rel. Paulo Lopo Saraiva, j. 24.02.97, DJ 26.6.97, p. 30200).

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: 1 - Inscrição. A simples denominação de fiscal não acarreta a incompatibilidade. 2 - Exegese do artigo 28, VIII do Estatuto. Somente o fiscal que efetua lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos incide na incompatibilidade. 3 - A fiscalização sem conseqüências tributárias ou punitivas (pelo próprio agente) não está enquadrado na hipótese estatutária. (Proc. 005.104/97/PCA-RJ, Rel. Roberto F. Rosas, j. 20.10.97, DJ 26.12.97, p. 68248) Similares: - Proc. 005.115/97/PCA-RJ, Rel. Aristóteles Atheniense, j. 20.10.97, DJ 13.01.98, p. 26/27 - Proc. 005.152/97/PCA-RJ, Rel. Horário Vanderlei N. Pithan, j. 08.12.97, DJ 23.12.97, p. 68227 - Proc. 005.238/98/PCA-RJ, Rel. João Otávio de Noronha, j. 19.10.98, DJ 01.12.98, p. 144.

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: Fiscal de preços e abastecimento. Fiscal da SUNAB não exerce atribuição de fiscalização ou de lançamento ou de arrecadação de tributos e contribuições parafiscais. Fiscalização de preços e abastecimentos não tem natureza tributária nem é a ela equiparada. Inteligência do art. 28, VII, do Estatuto. (Proc. nº 4.531/94/PC, Rel. Rogério Otávio Ramos, j. 30.3.95, D.J. de 5.4.95, p. 8.596).

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: 1. Inscrição. Servidor Municipal. Agente Fiscal. Atividades Sanitárias. Função sem atuação tributária, apenas de multas em razão do poder de polícia sanitária. 2. A denominação funcional de fiscal não acarreta a incompatibilidade se o servidor não lança, arrecada ou fiscaliza tributos. A tributação de multas não está abrangida pelo disposto no art. 28, VII, do Estatuto. (Proc. 5.251/98/PCA-SP, Rel. Roberto Ferreira Rosas (AC), Rev. Saul Venancio de Quadros Filho (BA), Ementa 050/99/PCA, julgamento: 17.05.99, por maioria, DJ 25.05.99, p. 90, S1).

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: Fiscal do Conselho Regional de Farmácia. Atribuições funcionais não alcançadas pela incompatibilidade (EAOAB), art. 28, VII). Recurso provido, para deferir-se a inscrição, sem restrições. – Reclama provimento recurso interposto de decisão que indefere a inscrição de fiscal do Conselho Regional de Farmácia que não tem competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e

contribuições parafiscais. (Proc. 5.350/99/PCA-MG, Rel. Roberto Dias de Campos (MT), Ementa 095/99/PCA, julgamento: 16.08.99, por unanimidade, DJ 14.10.99, p. 189, S1).

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Servidor municipal. Agente fiscal de serviços públicos. Atividade que não se confunde com a de agente fiscal tributário. Inexistência de incompatibilidade. Recurso improvido. Ao ocupante do cargo de agente fiscal de serviços públicos, cuja atividade não é a de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais, aplica-se apenas o impedimento do inciso I do artigo 30, do EAOAB. (Proc. 5.469/2000/PCA-RJ, Rel. Roberto Dias de Campos (MT), Ementa 057/2000/PCA, julgamento: 12.06.2000, por unanimidade, DJ 20.06.2000, p. 325, S1e).*

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Ementa 007/2004/PCA. Fiscal de Postura Municipal - Atividade limitada e sem poder de efetuar lançamento, arrecadar ou fiscalizar tributos - Incompatibilidade inexistente, mas sim impedimento - As causas de incompatibilidade do art. 28 do EAOAB são de direito estrito, não se admitindo interpretação extensiva para o alcance de outras situações, como a tratada nos autos. Recurso provido por maioria. (Recurso nº 0368/2003/PCA-MG. Relator: Conselheiro Jorge da Silva Fraxe (RR). Redistribuído: Conselheiro Joaquim Pinto Souto Maior (RR). Pedido de vista: Conselheiro Edgard Luiz Cavalcanti de Albuquerque (PR), julgamento: 05.04.2004, por maioria, DJ 27.05.2004, p. 595, S1).*

3.1.8. OCUPANTES DE FUNÇÕES DE DIREÇÃO E GERÊNCIA EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, INCLUSIVE PRIVADAS.

A última previsão do Estatuto da Advocacia, no que toca às incompatibilidades, diz respeito ao ocupante de função de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas.

São consideradas instituições financeiras: os bancos de qualquer espécie; distribuidoras de valores mobiliários; corretoras de câmbio e de valores mobiliários; sociedades de crédito, financiamento e investimentos; sociedades de crédito imobiliário; administradoras de cartões de crédito; sociedades de arrendamento mercantil; administradoras de mercado de balcão organizado; cooperativas de crédito; associações de poupança e empréstimo; bolsas de valores e de mercadorias e futuros; entidades de liquidação e compensação; outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional.

As instituições financeiras lidam com questões que, inegavelmente, tornam aquele que nelas tenha poder de decisão, incompatível para o exercício da advocacia. De fato, as instituições financeiras: têm o dever de guardar o sigilo bancário; realizam operações financeiras; auxiliam autoridades e agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, havendo processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, e o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras seja considerado indispensável pela autoridade administrativa competente; recebem valores recolhidos para pagamento de tributos, assim como depósitos ocorridos em feitos judiciais; concedem empréstimos; celebram contratos de seguros; realizam negócios, dentre outras atividades. Vejamos decisões:

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: Ementa 046/2003/PCA. Gerente de Instituição Financeira. Atividades funcionais do recorrente ligadas à função primordial da Instituição, que é a de emprestar dinheiro. Sendo o recorrente responsável pela análise e condução de operações de crédito, é de se indeferir a inscrição. Incompatibilidade. Artigo 28, VIII, do Estatuto. (Recurso nº 0280/2003/PCA-MG. Relator: Conselheiro Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira (DF), julgamento: 15.09.2003, por unanimidade, DJ 22.09.2003, p. 635, S1)

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: Ementa 37/2001/OEP. Inscrição. Gerente de negócios do Banco do Brasil S/A, ou de Instituição Financeira. Incompatibilidade. O ocupante de funções de gerência em instituições financeiras, públicas ou privadas, por mais que se tente dissimular o desempenho de suas atribuições, pratica ato de gestão e fica, por força do estatuto no artigo 28, inciso VIII, da Lei 8.906/94, proibido de exercer a advocacia. (Processo 0347/2001/OEP-PA. Relator: Conselheiro Gabriel Pauli Fadel (RS). Relator p/ acórdão: Conselheiro José Porfírio Teles (GO), julgamento: 10.12.2001, por maioria, DJ 17.02.2003, p. 539, S1).

A pessoa que tenha poderes de decisão sobre as situações descritas acima, dentre outras, a critério da OAB, serão reputadas incompatíveis com o exercício da advocacia, porque elas têm, em razão de seu poder decisório, acesso a informações não compartilhadas com outros advogados, além da facilidade de captar clientela, o que ocorreria em prejuízo da classe dos advogados como um todo.

Justifica-se, assim, a incompatibilidade, sendo que, ressalvo, tal não ocorrerá se a função de direção ou gerência ocorrer em departamento jurídico da instituição financeira, pelas razões já apontadas quando tratei da incompatibilidade dos 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.

Ademais, os substitutos dos que ocupam função de direção e gerência em instituições financeiras também são incompatíveis.

4. TEORIA DOS IMPEDIMENTOS.

O impedimento é a proibição parcial ao exercício da advocacia. Por isso, se o indivíduo estiver em situação que gere causa de impedimento à advocacia, poderá inscrever-se nos quadros da OAB, e tornar-se advogado, anotando-se em seus registros o âmbito do impedimento. Ou seja, apenas no âmbito do impedimento, não poderá o advogado exercer a advocacia em hipótese alguma, nem mesmo em causa própria.

Quanto aos efeitos do impedimento, nunca geram a licença ou exclusão do advogado, pois este pode exercer a advocacia. A vedação é restrita apenas a que venha a atuar em determinadas causas, sendo livre para advogar fora do âmbito do impedimento.

Quanto ao impedimento, inauguro uma nova teoria e nomenclatura, para dizer que pode ser: impedimento de exclusividade específica, quando diz quando o impedido não pode exercer a advocacia, mas deixa em aberto as hipóteses em que é livre para advogar; ou impedimento de exclusividade abrangente, quando, ao revés, diz a(s) única(s) hipótese(s)

em que o impedido pode exercer a advocacia, dando a entender que fora desse âmbito de permissão para advogar é ele impedido para qualquer ato de advocacia. Abordarei melhor essa tese a seguir.

4.1. DO IMPEDIMENTO DE EXCLUSIVIDADE ABRANGENTE.

O Estatuto da Advocacia (art. 29), está assim redigido: “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.”

Em algumas unidades da Federação permite-se a advogados públicos que exerçam a advocacia privada, sendo comum tal permissão nos cargos de Procuradores Estaduais e Procuradores Municipais. Portanto, quis o legislador dizer que, se o advogado público (ou mesmo advogado que não integre carreira pública, nos casos em que a legislação permite) for nomeado para cargo de Procurador-Geral, Advogado-Geral, enfim, seja qual for a denominação, bastando que implique em ser dirigente de órgãos jurídicos da Administração Pública direta, indireta e fundacional, passará a poder desempenhar a advocacia apenas para a função que exerça, sendo excluídas quaisquer outras hipóteses em que teria direito de advogado, não fosse o cargo. Aplica-se mesmo entendimento aos seus substitutos:

***EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB:** Consulta, em tese, sobre aplicação aos ocupantes de cargo de Subprocurador-Geral do regime jurídico do art. 29 do EAOAB. Admissibilidade. Segundo deflui do sistema adotado pelo EOAB, ao ocupante de cargo que tenha a atribuição, fixada por lei ou regulamento, de substituto, mesmo eventual, de outro cargo, é aplicável o mesmo regime jurídico de incompatibilidades e impedimentos a que estiver sujeito o titular substituído. (Proc. 260/99/OEP, Rel. Marcos Bernardes de Mello (AL), Ementa 030/99/OEP, julgamento: 04.10.99, por unanimidade, DJ 29.11.99, p. 104, S1).*

Quando tratei dos 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, tive oportunidade de dizer que entendo que se aplica também o entendimento deste dispositivo, pois do contrário não poderia o advogado exercer o cargo de direção jurídica, restando letra morta o disposto no inciso II do art. 1º do Estatuto.

Por essas razões acima apontadas, é que proponho uma nova doutrina para o estudo dessas hipóteses: a doutrina dos impedimentos de exclusividade abrangente, cujas linhas gerais já foram abordadas acima, apenas para efeito de introdução, e que será detalhada agora.

Até o presente momento, vem-se entendendo que o art. 29 traz uma hipótese de “incompatibilidade excepcionada”. Esse termo está presente em julgado do Conselho Federal da OAB, abaixo transcrito:

*“1) – **Incompatibilidade excepcionada** do art. 29 do EAOAB. Não está afetado pela incompatibilidade excepcionada do art. 29, aplicando-se-lhe o art. 30, I, EAOAB, o simples assessor jurídico lotado em Gabinete de Prefeito, sem exercício de cargo de Procurador Geral ou Advogado Geral integrante da estrutura organizacional do Município. 2) – A superveniente exoneração do*

cargo que gera impedimento, quando ainda não apreciado, em definitivo, o processo de revisão de inscrição, não torna esse processo sem objeto, impondo-se a anotação do impedimento no período do exercício do cargo. 3) – Impedimento do art. 30, I, EAOAB. O impedimento do art. 30, I, não se aplica ao advogado contratado pelo Município, em procedimento licitatório, para prestação de serviços jurídicos, sem cargo e sem vínculo de emprego. 4) – Recurso provido. “ (Proc. 5.398/99/PCA-SC, Rel. João Humberto de Farias Martorelli (PE), Ementa 143/99/PCA, julgamento: 08.11.99, por unanimidade, DJ 16.12.99, p. 79, S1) (Grifei);

Também na doutrina encontra-se o termo “incompatibilidade excepcionada”. Vejamos GISELA GONDIM RAMOS:

*“**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.”^{xii}*

O termo “incompatibilidade excepcionada” cientificamente não me agrada, porque é claramente imperfeito. Ora, se o próprio Estatuto diz que incompatibilidade é a “proibição total” do exercício da advocacia, e o art. 29 permite a advocacia em determinados casos (exercício funcional), então evidentemente não se quer tratar na hipótese de nenhuma incompatibilidade. Aquilo que é total não pode ser excepcionado, sob pena exatamente de perder seu caráter de totalidade.

Desta maneira, o assunto só pode ser solúvel doutrinariamente se esquecermos essa nomenclatura equivocada, para admitir que a hipótese é de impedimento. Ocorre que, porém, é um impedimento diferente do que se estudará quando da análise do art. 30 do Estatuto. Como já tive oportunidade de adiantar, entendo que existem dois tipos de impedimento:

1º) Impedimento de exclusividade específica: o advogado pode atuar livremente, exclusive para hipótese específica descrita em lei. Ou seja, ocorre quando a lei diz a hipótese específica em que o impedido não pode exercer a advocacia, mas deixa em aberto as hipóteses em que é livre para advogar. Como o impedimento só ocorre na hipótese específica, sendo livre a advocacia fora do âmbito do impedimento, está o advogado excluído, especificamente naquele caso descrito em lei, do direito de exercer a advocacia. No impedimento de exclusividade específica, a restrição ao direito de advogar é descrita em norma fechada;

2º) Impedimento de exclusividade abrangente: ocorre quando, ao revés, a lei diz a(s) única(s) hipótese(s) em que o impedido pode exercer a advocacia, dando a entender que fora desse âmbito de permissão para advogar é ele impedido para qualquer ato de advocacia, de forma abrangente, sem que a lei especifique que hipóteses de impedimento são essas. No impedimento de exclusividade abrangente, a restrição ao direito de advogar é descrita em norma aberta;

Ora, o art. 27 do Estatuto diz que impedimento é “a proibição parcial do exercício da advocacia”. Que temos no art. 29, senão um evidente caso de impedimento? Às pessoas ocupantes dos cargos ali descritos, é permitida a advocacia no âmbito de suas funções, sendo vedada em qualquer outra hipótese. Trata-se, por óbvio, de proibição parcial do exercício da advocacia, o que traduz-se em impedimento.

Assim, a hipótese não é de “incompatibilidade excepcionada”, como se insiste em repetir erroneamente, mas sim de impedimento, porém um impedimento diferente, já explicado, por ser expresso em dizer a(s) única(s) hipótese(s) em que o impedido pode exercer a advocacia, dando a entender que fora desse âmbito de permissão para advogar é ele impedido para qualquer ato de advocacia. Ou seja, o art. 29 trata de um impedimento de exclusividade abrangente.

4.2. DOS IMPEDIMENTOS DE EXCLUSIVIDADE ESPECÍFICA.

O Estatuto da Advocacia traz duas hipóteses normativas de impedimentos de exclusividade específica.

A primeira hipótese é o que chamo de impedimento de ordem moral e econômica, pois são impedidos de exercer a advocacia: os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora.

A segunda hipótese é o que chamo de impedimento de ordem moral e política, pois são impedidos de exercer a advocacia, os membros do Poder Legislativo, em seus diferentes níveis, contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público.

Há ainda uma terceira hipótese, o impedimento de ordem moral e forense, que todavia não consta do Estatuto da Advocacia, tendo ingressado no ordenamento jurídico pátrio por meio da Emenda Constitucional n.º 45, que regula a “quarentena dos juízes”.

Abordarei essa classificação doutrinária que proponho, nas linhas seguintes.

4.2.1. IMPEDIMENTOS DE ORDEM MORAL E ECONÔMICA.

São impedidos de exercer a advocacia, os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora. Tais impedimentos só ocorrem se houver vínculo estatutário (servidor) ou vínculo de emprego (empregado) entre o advogado as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado vinculadas a ente federado.

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Ementa 005/2002/PCA. Exercício de cargo burocrático em Câmara de Vereadores não gera incompatibilidade para o exercício da advocacia, mas, impedimento, nos termos do artigo 30, I, do EAOAB, restringindo-se aquela aos cargos da mesa diretiva. (Recurso nº 5.608/2001/PCA-SC. Relator: Conselheiro Edson Ulisses de Melo (SE), julgamento: 18.02.2002, por maioria, DJ 25.02.2002, p. 760, S1);*

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Analista técnico, servidora da administração indireta que não exerce cargo ou função*

de direção. Inscrição deferida com impedimentos do inc. I, art. 30, da Lei nº 8.906/94. Recurso provido. (Proc. nº 4.612/94/PC, Rel. Renato Gomes Nery, j. 13.2.95, v.u., D.J. de 12.3.95, p. 4.004).

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *I – Médico do Trabalho exerce todas as atividades dos fiscais do trabalho, menos as das alíneas "a" e "m", do art. 8º, do Decreto nº 55.841, de 5 de março de 1965. Destarte, ficou esse profissional excluído da atividade para-fiscal. II – Bacharel em Direito, em sendo também médico do trabalho, não exerce função incompatível com o exercício da advocacia, podendo se inscrever na OAB, com impedimentos do art. 30, I, do Estatuto. (Proc. 5.330/99/PCA-PA, Rel. Francisco Arquilau de Paula (RO), Ementa 084/99/PCA, julgamento: 08.03.99, por maioria, DJ 14.10.99, p. 188, S1);*

O fundamento é de moral, pois os servidores e empregados públicos são os responsáveis pelo desenvolvimento de projetos e tarefas pela Administração Pública e suas entidades, sendo um contra-senso que patrocinem causas contra a mesma, se dela fazem parte, além de ter cunho econômico, pois o critério é que o advogado receba remuneração para caracterizar-se o impedimento, de maneira que aqueles que prestam serviços de voluntariado não sofrem impedimentos no exercício da advocacia.

Todavia, o impedimento é restrito, e refere-se à Fazenda Pública que remunere o advogado, que lá ocupa posição de servidor ou empregado. Por Fazenda Pública deve-se ter o conceito mais abrangente possível. Nessa esteira, o servidor de uma autarquia federal está impedido de advogar contra a União; um empregado de uma sociedade de economia mista federal, por ser entidade empregadora vinculada à União, não pode advogar contra esta última, nem contra qualquer autarquia, fundação pública ou empresa pública federais, nem contra sociedade de economia mista controlada ou mantida pela União; o servidor de uma fundação pública estadual não pode advogar contra o Estado a que vinculado, nem contra as autarquias e demais entidades desse mesmo Estado, e assim por diante.

Ressalto que o advogado, sem fazer parte de seu quadro de servidores (advogados públicos estatutários) nem empregados (advogados públicos celetistas), contratado pelo Poder Público por inexigibilidade de licitação em razão de sua notória especialização, na forma do art. 25, inciso II da Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993), para parecer jurídico determinado (art 13, inciso II), ou para patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas específicas (art. 13, inciso V), não perde, só por isso, sua condição de advogado privado, pois exatamente nesta condição é que é contratado, para colaboração com o Poder Público, não se lhe aplicando, em razão do pagamento dos honorários pertinentes a trabalho específico, os impedimentos previstos no art. 30, inciso I do Estatuto da Advocacia.

Todavia, se houver prestação de serviços em caráter permanente, aplica-se o impedimento. Eis o precedente:

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB:*Ementa 053/2002/PCA. Assessor Jurídico de Prefeitura Municipal - Impedimento: Advogado contratado por Prefeitura Municipal, que exerce a função em comissão de Assessor Jurídico, deve ter anotado em sua inscrição o impedimento previsto no art. 30, I, da Lei 8.906/94, podendo exercer a advocacia exceto contra a Fazenda que o remunera. (Recurso nº 0034/2002/PCA-SC. Relator: Conselheiro*

Alexandre Barroso Carneiro (CE), julgamento: 20.05.2002, por unanimidade, DJ 26.09.2002, p. 427, S1).

Ao contrário do servidor do Poder Judiciário, que é incompatível com a advocacia, o servidor do Ministério Público não o é, desde que não exerça função de direção com poderes sobre interesses de terceiros, sofrendo apenas impedimento com a Fazenda Pública que lhe remunera:

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Ementa 048/2002/PCA. O ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA OAB SÓ IMPÕE INCOMPATIBILIDADE AOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OS DEMAIS SERVIDORES DO ÓRGÃO, QUE NÃO EXERÇAM CARGOS DE DIREÇÃO COM RELEVANTE PODER DE DECISÃO SOBRE INTERESSES DE TERCEIRO, SOMENTE ESTÃO SUJEITOS AOS IMPEDIMENTOS PREVISTOS NO ART. 30, I, DO ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA OAB. (Recurso nº 0123/2002/PCA-RN. Relator: Conselheiro Jorge da Silva Fraxe (RR), julgamento: 17.06.2002, por maioria, DJ 21.08.2002, p. 546, S1)*

Questão interessante é que, se o servidor ou empregado público se aposenta, não sofre qualquer proibição ao exercício da advocacia, nem mesmo de impedimento, porque aposentadoria é direito adquirido, e não parcela remuneratória. Assim foi que decidiu o Conselho Federal da OAB no caso de magistrado que desejava obter inscrição para o exercício da advocacia, após haver-se aposentado da atividade judicante.^{xiii}

4.2.2. IMPEDIMENTOS DE ORDEM MORAL E POLÍTICA.

Como já vimos, são impedidos de exercer a advocacia, os membros do Poder Legislativo, em seus diferentes níveis, contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público.

Assim, enquanto o impedimento previsto no inciso I do art. 30 do Estatuto, é apenas contra a Fazenda Pública que remunere o advogado, o impedimento do inciso II do mesmo artigo, para os membros do Poder Legislativo, é contra a Administração Pública por inteiro.

Exemplificativamente, um vereador não pode advogar nem contra o Município, nem contra Estados Federados, nem contra a União, nem contra as respectivas entidades da Administração Indireta, estendendo-se a proibição ainda ao patrocínio de causas contra entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público.

O impedimento ocorre desde a posse, conforme art. 54, inciso II, “c”, da Constituição Federal, que entendo servir de orientação também para deputados estaduais e vereadores, por força do art. 27, §1º e art. 29, inciso IX, também da Constituição Federal. Por conseguinte, entre a diplomação e a posse pode-se exercer livremente a advocacia.

Questão espinhosa é saber se, com relação ao impedimento de advogar contra entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público, haveria alguma inconstitucionalidade, já que o art. 54, inciso II, alínea “c”, da CF/88, não alude a essas hipóteses. Creio que não, por aplicação do art. 5º, inciso XIII e art. 22, inciso XVI da Carta Magna.

É de se ressaltar que o impedimento se restringe aos membros do Poder Legislativo. Os servidores do Poder Legislativo são impedidos de advogar apenas contra a Fazenda Pública que lhe remunere.

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Assessor Técnico Legislativo não é integrante do Poder Legislativo, mas seu servidor. Além disso, não exerce, só por ser Assessor Técnico Legislativo, função nem ocupa cargo que lhe propicie o comando de serviços ou a chefia de servidores. O impedimento daí decorrente é o do art. 30, I, do EAOAB, e não o do inciso II do, mesmo artigo. Recurso a que se conhece e a que se dá provimento, para reformar a decisão recorrida, no sentido de enquadrar o impedimento do recorrido no inciso I do art. 30 do EAOAB, como servidor da administração Pública Direta que é. (Proc. 5.356/99/PCA, Rel. Raimundo Bezerra Falcão (CE), Ementa 126/99/PCA, julgamento: 08.11.99, por unanimidade, DJ 17.11.99, p. 146, S1)*

Por outro lado, como já vimos, se o membro do Poder Legislativo integra a Mesa da Casa Legislativa respectiva, ainda que na condição de substituto legal, a hipótese será de incompatibilidade (temporária). O impedimento que por agora estudamos é referente a membro do Poder Legislativo que não tenha cargo ou função junto à Mesa.

4.2.3. IMPEDIMENTOS DE ORDEM MORAL E FORENSE.

A Emenda Constitucional n.º 45 trouxe uma nova espécie de impedimento ao exercício da advocacia, na medida em que no seu art. 1º, dando-se nova redação ao parágrafo único do art. 95 da Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se que “aos juízes é vedado exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.”

Embora não conste tal vedação do Estatuto da Advocacia, mas sim da Constituição Federal, é evidente que temos na hipótese uma proibição parcial ao direito de exercer a advocacia, caracterizando-se um impedimento, que se vincula aos aspectos da vida forense do ex-magistrado. Daí porque o denomino de impedimento de ordem moral e forense.

O objetivo da norma constitucional é claro: evitar que a influência do ex-magistrado, recém-egresso de determinado fórum ou Tribunal, aproveite-se da facilidade de relacionamento e do prestígio de que goza junto aos servidores, para obter privilégios no andamento de processos.

5. EXCLUDENTES DE PROIBIÇÕES.

Como vimos, são incompatíveis com a advocacia os 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, desde que tenham poderes sobre interesses de terceiros (Estatuto, art. 28, inciso III, c/c art. 28, §2º).

Por outro lado, também foi apontado que são impedidos de exercer a advocacia, os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora (Estatuto, art. 30, inciso I).

Cai por terra a previsão de incompatibilidade acima descrita, se o advogado exerce atividade de administração acadêmica diretamente relacionada ao magistério jurídico (Estatuto, art. 28, §2º, parte final).

Por sua vez, no que toca ao impedimento de advogar contra a Fazenda Pública que lhe remunera, não existirá para o servidor que ostente a condição de docente de curso jurídico (Estatuto, art. 30, parágrafo único). Veja-se, à propósito, esta decisão:

EMENTA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: *Inscrição na OAB. Funcionário Público Estadual. Professor de Matemática. Inaplicação do disposto pelo parágrafo único do art. 30 da Lei 8.906/94. Inscrição deferida com o impedimento do art. 30, I da referida lei. (Proc. 5.329/99/PCA, Rel. Paulo Lopo Saraiva (RN), Ementa 026/99/PCA, julgamento: 08.03.99, por unanimidade, DJ 15.03.99, p. 28, S1)*

Nestes casos, quer-se preservar a participação de advogados na direção e docência em cursos jurídicos, o que é medida não a privilegiar os advogados, mas antes a permitir que os alunos possam ter contato com bons advogados, o que é importante para a formação dos mesmos.

6. CONCLUSÃO.

Ao fim do presente trabalho, chega-se à conclusão de que, muito embora a Constituição Federal estabeleça como direito fundamental da pessoa humana o livre exercício de qualquer profissão, atendidas as qualificações exigidas em lei, podemos verificar que, ainda que uma pessoa venha a preencher tais qualificações/requisitos para o exercício profissional, no que toca à advocacia, pela importância institucional e pelo imperativo ético que deve regê-la, a lei limita ou mesmo proíbe por completo o exercício profissional, em determinados casos, o que é medida salutar à preservação da boa aplicação do ordenamento jurídico em solo pátrio, conforme abordamos nas linhas acima.

Ainda, objetivou-se com o presente trabalho dar uma contribuição doutrinária ao estudo do tema, com sugestão de nomenclatura inovadora e tecnicamente mais precisa, que, espera-se, venha a traçar um rumo na formação de uma Doutrina da Advocacia.

NOTAS

ⁱ MADEIRA, Hélio Maciel França. História da Advocacia. São Paulo: RT, 2002, p. 81-82.

ⁱⁱ LÔBO, PAULO LUIZ NETTO. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2002, p. 145.

ⁱⁱⁱ RAMOS, Gisela Gondim. Estatuto da Advocacia – Comentários e Jurisprudência Seleccionada. Florianópolis: OAB/SC Editora, 4ª ed., 2003, p. 469.

^{iv} GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 8ª ed., 2003, p. 50 e 51.

^v Para compreender melhor o tema “Administração Pública”, cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 13ª ed, 2001, p. 53-62.

^{vi} MAMEDE, Gladston. A Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. São Paulo: Atlas, 2003, 2ª ed., p. 173-174.

^{vii} Ob. cit., p. 270.

^{viii} Ob. cit., p. 275.

^{ix} Ob. cit., p. 177.

^x Ob. cit., p. 154.

^{xi} Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário, 2a.ed., 1990, pág.164

^{xii} Ob. cit, p. 468.

^{xiii} CFOAB, recurso nº 0140/2003/PCA-SC. Relator: Conselheira Ana Maria Morais (GO), julgamento: 14.04.2003, por unanimidade, DJ 24.04.2003, p. 381, S1.