

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL



CONSELHO FEDERAL



**Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal**

VOLUME 1



Processo n. 49.0000.2017.006813-4/Comissão Nacional de Estudos Constitucionais Classe: Processo

Órgão Julgador: Comissão Nacional de Estudos Constitucionais **Autuação:** 11/08/2017

Origem: Conselho Seccional da OAB/São Paulo

Assunto: Solicita ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade em face dos artigos 122, inciso II e 135, inciso IV, alínea "f", da Lei Complementar Estadual nº 1.270/2015, da Procuradoria do Estado de São Paulo, que restringe o exercício da Advocacia plena pelos Procuradores do Estado.



Of. 351/17 - SC
PGI 7130.2.170124.4066
TM



São Paulo, 31 de maio de 2017.

Exmo. Sr.
Dr. Claudio Pacheco Prates Lamachia
Presidente do Conselho Federal da OAB
Brasília, DF

Senhor Presidente.

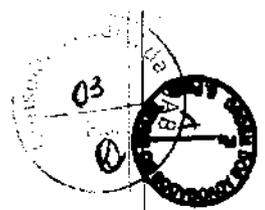
A Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo, por sua Comissão de Advocacia Pública, encaminha cópia do expediente 7130.2.170124.4066, para conhecimento do parecer das fls. 7/23 e providências de possível propositura, por parte desse egrégio CFOAB, de ação inconstitucionalidade em face do Governo do Estado de São Paulo e da Assembleia Legislativa, quanto aos artigos 122, inciso II e 135, inciso IV, alínea "f", da Lei Complementar Estadual nº 1.270/2015, promulgada em 25.08.2015, da Procuradoria do Estado de São Paulo, que restringe o exercício da Advocacia plena pelos Procuradores do Estado.

Na oportunidade, apresentamos à Vossa Excelência, os nossos protestos de estima e consideração.

Fábio Romeu Canton Filho
Vice-Presidente

Carlos Figueiredo Mourão
Presidente da Comissão de Advocacia Pública





CÓPIA

PARECER – C.A.P. OAB/SP

Autos do Processo nº 7130.2.170124.4066

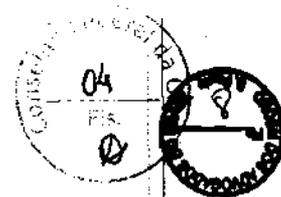
Interessados: Procuradores do Estado de São Paulo

Assunto: Solicitação de providência. Lei Orgânica da PGE/SP. Incompetência para legislar sobre proibições ao exercício da advocacia.

EMENTA: Procurador do Estado - Lei Orgânica da PGE/SP - Incompetência para legislar sobre proibições do exercício da advocacia – Matéria reservada à competência exclusiva da União – Inexistência de vedação nesse sentido na Lei Federal nº 8.906/94 (Estatuto da OAB) – Violação à simetria constitucional por parte de Estado-membro - Inconstitucionalidade formal e material dos artigos 122, inciso II e art. 135, inciso IV, alínea “f” da Lei Complementar Estadual nº 1.270/2015 – Necessidade da propositura de ADI pelo egrégio CFOAB como forma de salvaguarda do direito dos Procuradores do Estado de São Paulo ao exercício da advocacia privada, vedada a atuação apenas contra a Fazenda Pública que os remunere.

DO RELATÓRIO

Trata-se de Ofício encaminhado pelo Colendo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ao egrégio Conselho Seccional da OAB/SP, dando conta do recebimento de manifestação do advogado Lucas Leite Alves, inscrito na OAB/SP sob o nº 329.911, por meio do qual reclama e solicita providências do CFOAB para que se invalide a Lei Orgânica da PGE/SP naquilo que restringe o exercício da advocacia pelos Procuradores do Estado de São Paulo.



Por se tratar de demanda circunscrita à base territorial do Conselho Estadual, o Conselho Federal encaminhou a referida manifestação para a adoção das medidas que entender cabíveis, registrando disposição daquela Entidade para prestar o auxílio que se fizer necessário.

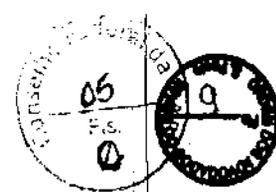
No âmbito da OAB/SP os autos foram encaminhados à Comissão da Advocacia Pública para distribuição entre um dos seus membros visando a emissão de Parecer Jurídico acerca das questões postas.

Examinando o assunto, verifica-se que a matéria controvertida se deu pela sobrevinda no Estado de São Paulo da Lei Complementar nº 1.270/2015, a qual trouxe em seu bojo a Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado, que, entre outras coisas, proibiu aos Procuradores do Estado de exercer a advocacia fora do âmbito das atribuições institucionais (art. 122, inciso II), cuja sanção no caso de desobediência é a demissão (art. 135, inciso IV, alínea "f").

A problemática instalada e objeto de insurgência por via desses autos reside justamente no fato de saber se é possível ou não, do ponto de vista constitucional e legal, uma Lei Estadual criar obstáculo ao livre exercício da advocacia pelos Procuradores do Estado, quando a Lei Federal nº 8.906/94 (EOAB), editada com fulcro no art. 5º, inciso XIII e art. 22, XVI, ambos da Constituição da República, não proíbem essa atividade.

Eis, em síntese, o necessário.

Passo a fundamentar.



DA FUNDAMENTAÇÃO

Analisando de forma detida os elementos constantes nos autos, em especial os argumentos do advogado precursor do reclamo, assim como os dispositivos constitucionais e legais aplicáveis à espécie, entendo que no caso vertente inteira razão assiste à irresignação do causídico que provocou a análise e enfrentamento da questão por parte da Ordem dos Advogados do Brasil.

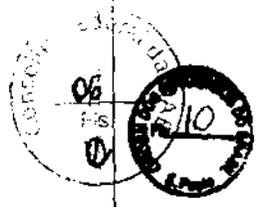
Isso porque, no âmbito do Estado de São Paulo, o regime jurídico dos Procuradores do Estado é regido pela Lei Orgânica da Procuradoria do Estado, respeitados as balizas previamente estabelecidas pelas Constituições Federal e do Estado, donde a disciplina organizacional da PGE/SP está prevista na Lei Complementar Estadual nº 1.270/2015, promulgada em 25.08.2015.

Vejo que a lei em comento, a pretexto de regulamentar a carreira em questão, transbordou a esfera da atividade pública e proibiu de forma taxativa o exercício da advocacia privada pelos Procuradores do Estado, consoante o disposto nos artigos 122, inciso II e 135, inciso IV, alínea "f", todos da LCE nº 1.270/2015, *in verbis*:

Artigo 122 - Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, ao Procurador do Estado é vedado:

...

II - exercer a advocacia fora do âmbito das atribuições institucionais;



Artigo 135 - As sanções previstas no artigo 134 desta lei complementar serão aplicadas:

...

IV - a de demissão, nos casos de:

...

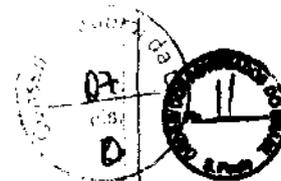
f) exercício da advocacia fora do âmbito das atribuições institucionais;

Contudo, há que se esclarecer que a regulação das carreiras tidas como Funções Essenciais à Justiça foi elevada para o âmbito exclusivamente constitucional, portanto, sendo inadequada sua tratativa em terreno de lei, além do fato da Carta da República ter cometido à União, **com exclusividade**, a competência para legislar sobre "*condições para o exercício das profissões*" (art. 22, XVI), o que, por óbvio, proíbe outros entes federados de se arvorar nesse desiderato.

Chama a atenção, também, que no âmbito da competência legislativa atribuída à União para essa regulamentação de condições para o exercício de profissões, a Lei Federal n. 8.906/1994 (EOAB), definiu que os Procuradores poderiam exercer a advocacia privada, vedando a atuação **apenas** contra a Fazenda Pública que os remunere (art. 30, inciso, I, do EOAB), *in verbis*:

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;



É incontroverso que em nações que adotam o modelo federativo de Estado, a Constituição ocupa uma posição de supremacia máxima dentro do ordenamento jurídico, instituindo-se uma pirâmide normativa, em cujo ápice se localiza a Constituição, sendo que dessa maneira todos os atos normativos infraconstitucionais devem, por princípio, guardar compatibilidade com a respectiva Carta.

Assim, a Constituição cria uma relação piramidal entre esta e as demais normas do ordenamento jurídico, que com ela devem guardar relação de necessária lealdade. Esse dever de compatibilidade vertical com a Carta Magna obedece, porém, a dois parâmetros: um formal e outro material.

O parâmetro formal diz respeito às regras constitucionais referentes ao processo legislativo, vale dizer, aos meios constitucionalmente aptos a introduzir normas no sistema jurídico. A inobservância dessas regras gera a **inconstitucionalidade formal** desse ato normativo.

Já o parâmetro material refere-se ao conteúdo das normas constitucionais. Assim, o núcleo de uma norma infra ordenada não pode ser antagônico ao de sua matriz constitucional, pois, do contrário, ocasiona a **inconstitucionalidade material**.

Nesse contexto, entendo que a Lei Complementar Estadual nº 1.270/2015, no que diz respeito aos artigos 122, inciso II e 135, inciso IV, alínea "f", possui vícios de inconstitucionalidade formal e material que não

sobrevivem a uma análise mais criteriosa e acurada de sua compatibilidade com a Constituição da República.

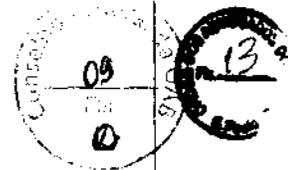
E a razão dessa afirmação se dá em virtude de imposição explícita da própria Constituição Federal que os Estados-membros se organizam e se regem pelas Constituições e leis que adotarem, **observados os princípios desta Constituição** (art. 25).

Ou seja, há um comando muito severo e claro no sentido de que o espectro normativo que cada Estado federado porventura eleger no seu âmbito, precisa, necessariamente, estar em absoluta consonância com a essência principiológica consagrada na Constituição Federal. É chamado **princípio da simetria constitucional**.

Aliás, essa determinação trazida pelo art. 25 da Constituição da República foi reforçada pelo disposto no art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), quando apregou que:

Art. 11 do ADCT. "Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, **obedecidos os princípios desta.**" (grifei)

Assim, atendendo aquele comando Federal, em 05 de outubro de 1989 foi promulgada a Constituição do Estado de São Paulo, que de cara, logo no seu art. 1º, traz a seguinte e importante determinação, *in verbis*:



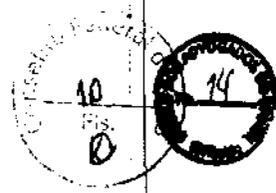
Artigo 1º - O Estado de São Paulo, integrante da República Federativa do Brasil, **exerce as competências que não lhe são vedadas pela Constituição Federal.** (grifei)

Na Carta Bandeirante o Título II disciplina a Organização do Poderes, cujo Capítulo V cuida das Funções Essenciais à Justiça, onde a Seção II trata especificamente da Procuradoria Geral do Estado (arts. 98 a 102). Nesse ponto o texto constitucional chama a atenção quanto à previsão trazida pelo §1º do art. 98, *in verbis*:

"Lei orgânica da Procuradoria Geral do Estado disciplinará sua competência e a dos órgãos que a compõem e disporá sobre o regime jurídico dos integrantes da carreira de Procurador do Estado, respeitado o disposto nos arts. 132 e 135 da Constituição Federal.

É exatamente aqui que encontra fundamento normativo a possibilidade de edição da Lei Complementar nº 1.270/2015, ora questionada. Todavia, a sua elaboração, formal e material, precisaria guardar necessária relação de compatibilidade com os postulados constitucionais, o que no caso não ocorreu.

A propósito, e sempre com o devido respeito, causa surpresa a desconsideração com que o legislador estadual ordinário de São Paulo tratou do assunto, pois simplesmente ignorou as quatro advertências constitucionais prévias acerca das balizas e limites que deveriam nortear os seus trabalhos quando da aprovação da LCE nº 1270/2015, no caso, os artigos 25, 22, inciso XVI e 11 do



ADCT, todos da Constituição da República, além do art. 1º da Constituição Bandeirante de 1989.

O art. 1º inciso IV da Constituição Federal traça os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como sendo um dos princípios fundamentais da República, que visa assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*, da CR/88).

Como consectário lógico dessas premissas suso mencionadas, emergem dois outros dispositivos que dão concretude aqueles postulados principiológicos, no caso, os arts. 5º, inciso XIII, e 22, inciso XVI, ambos da Carta Federal, *in verbis*:

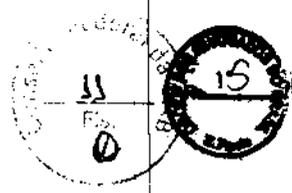
Art. 5º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, **atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;**

Art. 22 - Compete **privativamente à União** legislar sobre:

...

XVI - organização do sistema nacional de emprego e **condições para o exercício de profissões;**

Portanto, extrai-se do texto constitucional as diretrizes de que o exercício de qualquer profissão é livre, todavia, submetido às imposições de qualificação profissional que a lei porventura entender por bem estabelecer (norma de eficácia contida); e as condições para o exercício de profissões somente podem ser criadas por lei de iniciativa privativa da União, ninguém mais.

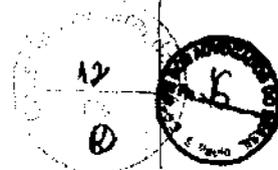


Com esteio nesses dispositivos constitucionais é que sobreveio a Lei Federal n. 8.906/1994 (EOAB), que no âmbito da competência legislativa atribuída à União para regulamentar "*condições para o exercício de profissões*", definiu que os Procuradores poderiam exercer a advocacia privada, vedando a atuação apenas contra a Fazenda Pública que os remunere.

Percebe-se, então, que se somente lei de iniciativa da União pode estabelecer condições para o exercício de profissões, isso jamais poderia ter sido feito por meio da Lei Complementar Estadual (1.270/2015) como, de fato, foi, caracterizando, assim, maltrato violentíssimo ao regramento constitucional aplicável à espécie, contaminando de maneira insanável com inconstitucionalidades formal e material a norma naquilo que aqui é objeto de ataque (arts. 122, II e 135, IV, alínea "f").

A inconstitucionalidade formal se dá na medida em que o veículo legislativo escolhido para impor essa limitação – Lei Complementar Estadual - está equivocado, porque somente lei de natureza federal teria essa possibilidade, considerando o delineamento trazido no art. 22, inciso XVI da Constituição da República.

Por sua vez, a inconstitucionalidade material acontece pelo fato de que as limitações das carreiras que integral às funções essenciais à Justiça foi alçada pela Carta Política de 1988 para nível constitucional, configurando verdadeira **reserva de constituição**, o que impede a ingerência de reforma por parte



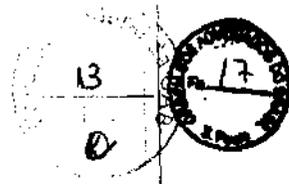
do Poder Legislativo Ordinário, tendo em vista que não é permitido à lei se arvorar em temas exclusivamente constitucionais.

Nesse sentido, a própria Constituição Federal entendeu por bem proibir expressamente o exercício da advocacia aos membros da Magistratura (art. 95, parágrafo único, inciso I), do Ministério Público (art. 128, §5º, inciso II, alínea "b") e da Defensoria Pública (art. 134, §1º), silenciando, contudo, no tocante à Advocacia Pública.

Percebe-se, então, dentro desse contexto, que a Constituição Federal proibiu expressamente o exercício da advocacia privada apenas e tão somente à Magistratura, ao Ministério Público, à Defensoria Pública, não prevendo qualquer proibição nesse sentido no que diz respeito à Advocacia Pública, traduzindo esse modo de dispor em verdadeiro **silêncio eloquente**, especialmente porque é cediço que em matéria de normas proibitivas a interpretação deve ser sempre restrita, não sendo permitido emprestar interpretação elástica ou extensiva a ela.

Há de se considerar, ainda, a lição do eminente Ministro EROS GRAU, do Supremo Tribunal Federal, de que *"a Constituição não pode ser interpretada em tiras, aos pedaços"*¹. Deve, por isso mesmo, ser analisada de forma global e em consonância com seu sentido sistemático-teleológico, sob pena de maltratar os verdadeiros sentido e alcance de seus postulados, razões pelas quais,

¹ (Voto proferido nos autos da ADPF 144, de relatoria do Exmo. Min. Celso de Mello, DJE em 26.02.2010)



qualquer tentativa de legislação estadual em disciplinar "condições para o exercício de profissões" viola frontalmente o disposto nos arts. 22, XVI e 5º, XIII, ambos do Texto Constitucional.

Sobre a questão, o STF tem recente e paradigmático precedente, no qual invalidou lei do Estado de São Paulo que, a pretexto de prescrever regras de caráter administrativo, criou vedações e condições ao exercício da profissão dos despachantes que atuam perante o Governo:

EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 8.107, de 27 de outubro de 1992, e Decretos nº 37.420 e nº 37.421, todos do Estado de São Paulo. Regulamentação da atividade de despachante perante os órgãos da Administração Pública estadual. Competência legislativa privativa da União (art. 22, I e XVI, da CF/88). Ratificação da cautelar. Ação julgada procedente. 1. A Lei estadual nº 8.107/92, a pretexto de prescrever regras de caráter administrativo acerca da atuação dos despachantes junto aos órgãos públicos estaduais, acabou por regulamentar essa atividade, uma vez que estabeleceu os próprios requisitos para seu exercício. Violação da competência legislativa da União, a quem compete privativamente editar leis sobre direito do trabalho e sobre condições para o exercício de profissões. Precedentes. A norma de que trata o art. 5º, XIII, da Carta Magna, que assegura ser "livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", deve ter caráter nacional, não se admitindo que haja diferenças entre os entes federados quanto aos requisitos ou condições para o exercício de atividade profissional. 2. O Estado de São Paulo, conforme se verifica nos arts. 7º e 8º da lei impugnada, impôs limites excessivos ao exercício da profissão de

despachante no âmbito do Estado, submetendo esses profissionais liberais a regime jurídico assemelhado ao de função delegada da administração pública, afrontando materialmente o disposto no art. 5º, inciso XIII, da Carta Magna.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 4387, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-198 DIVULG 09-10-2014 PUBLIC 10-10-2014)

Neste mesmo sentido, já se decidiu:

EMENTA: 1. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei Distrital no 3.136/2003, que "disciplina a atividade de transporte de bagagens nos terminais rodoviários do Distrito Federal". 3. Alegação de usurpação de competência legislativa privativa da União para legislar sobre direito do trabalho (CF, art. 22, I) e/ou sobre "condições para o exercício de profissões" (CF, art. 22, XVI). 4. [...]. **5. Quanto à violação ao art. 22, XVI, da CF, na linha dos precedentes do STF, verifica-se a inconstitucionalidade formal dos arts. 2º e 8º do diploma impugnado por versarem sobre condições para o exercício da profissão. Precedente citado: ADI-MC no 2.752/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, maioria, DJ 23.4.2004, [...]** (ADI 3587, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2007, DJe-031 DIVULG 21-02-2008 PUBLIC 22-02-2008 EMENT VOL-02308-01 PP-00149 LEXSTF v. 30, n. 353, 2008, p. 75-84)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO DISTRITO FEDERAL 2.763, DE 16 DE AGOSTO DE 2001. CRIAÇÃO DE SERVIÇO COMUNITÁRIO DE QUADRA. LIMINAR DEFERIDA. **Lei distrital que cria o "Serviço Comunitário de Quadra", caracterizado como serviço de vigilância prestado por particulares. Plausibilidade da alegação de contrariedade aos arts. 22, XVI, e 144, § 5º, da**



SÃO PAULO

Constituição Federal. Riscos à ordem pública. Liminar deferida. (ADI 2752 MC, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2004, DJ 23-04-2004 PP-00008 EMENT VOL-02148-03 PP-00467)

Em outros julgados, o Supremo Tribunal Federal vem ratificando a competência privativa da União para legislar sobre condições para o exercício da profissão de advogado, destacando-se os seguintes precedentes:

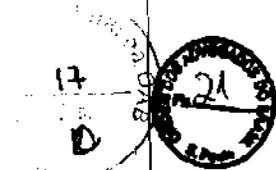
EMENTA: - CONSTITUCIONAL. ADVOGADO: EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. INCOMPATIBILIDADE. C.F., art. 5º, XIII; art. 22, XVI; art. 37. Lei 4.215/63, artigos 83 e 84. Lei 8.906/94, art. 28. I. - Bacharel em Direito que exerce o cargo de assessor de desembargador: incompatibilidade para o exercício da advocacia. Lei 4.215, de 1963, artigos 83 e 84. Lei 8.906/94, art. 28, IV. Inocorrência de ofensa ao art. 5º, XIII, que deve ser interpretado em consonância com o art. 22, XVI, da Constituição Federal, e com o princípio da moralidade administrativa imposto à Administração Pública (C.F., art. 37, caput). II. - R.E. não conhecido. (RE 199088, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 01/10/1996, DJ 16-04-1999 PP-00024 EMENT VOL-01946-06 PP-01152)

TRABALHO - OFÍCIO OU PROFISSÃO - EXERCÍCIO. Consoante disposto no inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal, "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer". BACHARÉIS EM DIREITO - QUALIFICAÇÃO. Alcança-se a qualificação de bacharel em Direito mediante conclusão do curso respectivo e colação de grau. ADVOGADO - EXERCÍCIO PROFISSIONAL - EXAME DE ORDEM. O Exame de Ordem, Inicialmente previsto no artigo 48, inciso II, da Lei nº 4.215/63 e hoje no



artigo 84 da Lei nº 8.906/94, no que a atuação profissional repercute no campo de interesse de terceiros, mostra-se consentâneo com a Constituição Federal, que remete às qualificações previstas em lei. Considerações. (RE 603583, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-102 DIVULG 24-05-2012 PUBLIC 25-05-2012 RTJ VOL-00222-01 PP-00550)

EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Exercício da advocacia. Servidores policiais. Incompatibilidade. Artigo 28, inciso V, da Lei nº 8.906/94. Ausência de ofensa ao princípio da isonomia. Improcedência da ação. 1. A vedação do exercício da atividade de advocacia por aqueles que desempenham, direta ou indiretamente, serviço de caráter policial, prevista no art. 28, inciso V, da Lei nº 8.906/94, não se presta para fazer qualquer distinção qualificativa entre a atividade policial e a advocacia. Cada qual presta serviços imensamente relevantes no âmbito social, havendo, inclusive, previsão expressa na Carta Magna a respeito dessas atividades. O que pretendeu o legislador foi estabelecer cláusula de incompatibilidade de exercício simultâneo das referidas atividades, por entendê-lo prejudicial ao cumprimento das respectivas funções. 2. Referido óbice não é inovação trazida pela Lei nº 8.906/94, pois já constava expressamente no anterior Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 4.215/63 (art. 84, XII). Elegeu-se critério de diferenciação compatível com o princípio constitucional da isonomia, ante as peculiaridades inerentes ao exercício da profissão de advogado e das atividades policiais de qualquer natureza. 3. Ação julgada improcedente. (ADI 3541, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-057 DIVULG 21-03-2014 PUBLIC 24-03-2014)



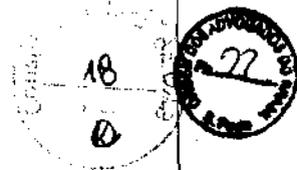
Diante disso, é fácil perceber que a Suprema Corte tem jurisprudência consolidada sobre a exclusiva aplicação do Estatuto da OAB no que tange às incompatibilidades e impedimentos ao exercício da advocacia.

Deveras, Procuradores do Estado exercem a atividade da advocacia em prol de ente federado a que são vinculados, portanto, são advogados regularmente inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, nos termos do art. 3º, §1, da Lei Federal nº 8.906/94, *in verbis*:

Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

§1º 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.

Justamente por isso gozam de todas as prerrogativas que essa submissão à OAB lhes traz, inclusive a de ver, conforme o caso, proposta ação judicial por parte da Entidade para a defesa das prerrogativas profissionais relativas à advocacia quando estas forem aviltadas, como de fato foram pela Lei Complementar Estadual nº 1.270/2015.



Nessa conjuntura, como considero que os artigos 122, inciso II e 135, inciso IV, alínea "f" da LCE nº 1270/2015 violaram os arts. 22, inciso XVI e 5º, inciso XIII, da Constituição da República, entre outros dispositivos, entendo, com fundamento no art. 102, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal, que há necessidade imperiosa da propositura de Ação Direita de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal para a correção da anomalia, buscando-se a declaração da invalidade dos dispositivos hostilizados, de modo a impedir a existência de contradição no sistema normativo nacional, valendo-se o colendo Conselho Federal da OAB da legitimidade **expressa** que lhe foi franqueada pelo art. 103, inciso VII, da Constituição Federal, como forma de salvaguarda do direito dos Procuradores do Estado de São Paulo ao exercício da advocacia privada, vedada a atuação apenas contra a Fazenda Pública que os remunere.

DA CONCLUSÃO

Ante os fatos e fundamentos jurídicos invocados e por tudo o mais que dos autos consta, concluo a emissão desse Parecer e **OPINO**, salvo melhor juízo, pela propositura por parte do egrégio CFOAB de ação direta de inconstitucionalidade em face do Exmo. Sr. Governador do Estado de São Paulo e do Exmo. Sr. Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, quanto aos artigos 122, inciso II e 135, inciso IV, alínea "f", ambos da Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 1270/2015, por violação, no mínimo, dos arts. 22, inciso XVI e 5º, inciso XIII, da Constituição da República, propondo a expedição de Ofício do CEOAB ao CFAOB para a adoção das providências nesse sentido ou, ainda, outras mais que porventura entender cabíveis à salvaguarda do direito dos Procuradores



SÃO PAULO



do Estado de São Paulo ao exercício da advocacia privada, vedada a atuação apenas contra a Fazenda Pública que o remunere.

É o Parecer.

São Paulo, 17 de Fevereiro de 2017

MARCELO LUIZ COELHO CARDOSO

Procurador do Município de Bertioga - SP

Membro da Comissão da Advocacia Pública – OAB/SP

OAB/SP 154.969

20



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - DF

Registro de Remessa Prot. 49.0000.2017.006813-4

Faço, em 01/08/2017, às 16h16min, a remessa do protocolo em referência ao setor Chefia de Gabinete, com 1 volume(s).

Valdinez Barbosa de Macedo
Conselho Federal
Protocolo

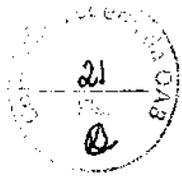
Registro de Recebimento Prot.49.0000.2017.006813-4

Recebi, em 01/08/2017, às 17h10min, do setor Protocolo, o protocolo em referência.

Raquel de Paiva Pereira
Conselho Federal
Chefia de Gabinete



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.



Ref.: Protocolo n. 49.0000.2017.006813-4.

CONCLUSÃO

Faço, nesta data, conclusão do protocolo em referência ao Sr. Presidente.

Brasília, 2 de agosto de 2017.

Kaline Costa
Chefe de Gabinete

DESPACHO

À Comissão Nacional de Estudos Constitucionais para análise e parecer.

Após, volte-me o expediente.

Brasília, 2 de agosto de 2017.

Cláudio Lamachia
Presidente



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

CERTIDÃO DE AUTUAÇÃO E REMESSA DE PROCESSO

Processo: 49.0000.2017.006813-4 / CNECO

Data de recebimento: 09/08/2017

Nº. de folhas recebidas: 20 fl(s).

Volume: 01

De ordem do Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais, **Dr. Marcus Vinicius Furtado Coêlho**, faço, nesta data, a autuação do processo em referência, contendo 22 fls., incluindo esta, todas rubricadas e conferidas.

Brasília, 11 de agosto de 2017.

Kamyla Silva Teixeira
Kamyla Silva Teixeira
Analista Jurídico

REMESSA

Encaminho o processo em referência ao Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais, **Dr. Marcus Vinicius Furtado Coêlho**, para conhecimento, análise e deliberação.

Brasília, 11 de agosto de 2017.

Kamyla Silva Teixeira
Kamyla Silva Teixeira
Analista Jurídico



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

CERTIDÃO DE REMESSA

Ref.: Processo n. 49.0000.2017.006813-4 / CNECO

De ordem do Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais, Dr. Marcus Vinicius Furtado Coêlho, encaminho os presentes autos ao relator, **Dr. Marcelo Fontes Cesar de Oliveira**, para análise e parecer.

Brasília, 31 de agosto de 2017.

Kamyla Silva Teixeira
Kamyla Silva Teixeira
Analista Jurídico

Kamyla Silva Teixeira

De: CFOAB.Procuradoria Constitucional
Enviado em: quinta-feira, 31 de agosto de 2017 10:44
Para: Marcelo Fontes César de Oliveira
Cc: CFOAB.Procuradoria Constitucional
Assunto: CFOAB. CNECO. Processo n. 49.0000.2017.006813-4.
Anexos: 49.0000.2017.006813-4.pdf

Exmo. Sr.

Dr. Marcelo Fontes Cesar de Oliveira

Membro da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais

Encaminho a V.Exa. o Processo 49.0000.2017.006813-4, para análise e parecer.

Solicito, por gentileza, confirmação do recebimento.

Coloco-me à disposição.

Atenciosamente,

Kamyla Silva Teixeira

Analista Jurídico

Procuradoria Constitucional

Conselho Federal da OAB

Tel: (61) 2193-9824

kamyla.teixeira@oab.org.br



Antes de imprimir, pense em seu impacto ambiental.

Este e-mail foi verificado pelo Bitdefender

Processo nº 49.0000.2017.006813-4

Origem: Conselho Seccional da OAB/São Paulo

Assunto: Solicita ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade em face dos artigos 122, inciso II e 135, inciso IV, alínea "t", da Lei Complementar Estadual nº 1.270/2015, da Procuradoria do Estado de São Paulo, que restringe o exercício da advocacia plena pelos Procuradores do Estado.

RELATÓRIO

Cuida-se de pedido de providências formulado pelo advogado Lucas Leão Alves, inscrito na OAB/SP sob o nº 329.911, por meio do qual ele solicitou providências do CFOAB para que se invalide dispositivo da Lei Orgânica da PGE/SP naquilo que restringe o exercício da advocacia pelos Procuradores do Estado.

A Seccional da OAB de São Paulo, em parecer, se manifestou de forma favorável ao pleito, pugnando pela inconstitucionalidade da proibição contida na Lei Orgânica.

Constam dos autos: (i) Ofício do Vice-Presidente da Seccional da OAB de São Paulo, fl. 02; (ii) Parecer da Comissão de Advocacia Pública da OAB/SP, às fls. 03/23; (iii) despachos internos de encaminhamento com numeração repetida.

Eis o breve relatório.

VOTO

Estou de acordo com o posicionamento da Seccional de São Paulo. Tive notícia também de que já houve manifestações nesse mesmo sentido nas seccionais do Rio de Janeiro, Pernambuco, Goiás e do Distrito Federal, que junto a esse voto como anexos.

O tema em questão deve ser tratado a partir do "estatuto constitucional da advocacia". São estes os dispositivos aplicáveis: o art. 5º, caput, I, X, XIII e §2º, o art. 37, XI, o art. 52, II, o art. 84, XVI e parágrafo único, o art. 103, §3º, o art. 131, §§ 1º ao 3º, o art. 132, caput e parágrafo único, o art. 133, o art. 135, o art. 235, VIII, todos da Constituição Federal e art. 29, §§ 1º ao 5º e art. 69 do ADCT.

O exercício da advocacia, seja ela pública ou privada, é um *munus* público. A Constituição Federal, nas seções II e III, tratou a atividade da advocacia num mesmo capítulo e lhe conferiu a mesma natureza de *função essencial à justiça*. A advocacia, em sua essência, é uma só, uma vez que está submetida à autorregulamentação pela OAB, conforme art. 3º, §1º, da Lei nº 8.906/94. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda foi mais longe. Ao apreciar a questão da intimação pessoal dos procuradores federais, o **MINISTRO GILMAR MENDES** chegou a afirmar que “os fatos demonstrariam que a advocacia pública atuaria em igualdade com a advocacia privada” (ARE 648629/RJ, rel. Min. Luiz Fux, 24.4.2013).

No panorama nacional, a proibição infligida aos procuradores do Estado de São Paulo parece colocá-los sob um regime de exceção. O exercício de qualquer profissão fora das atribuições do cargo deve observar os potenciais conflitos de interesse, mas não deve ser proibido a todo custo, sob pena de malferir o direito fundamental de liberdade de profissão.

A Constituição Federal disciplinou que compete à Advocacia-Geral da União a representação judicial e extrajudicial da União, bem como a consultoria e o assessoramento do Poder Executivo. Às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, atribuiu a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Ao contrário do que fez com os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública (art. 128, II, “b”, art. 134, §1º da CF), a Constituição Federal não vedou o exercício da advocacia pelos membros das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal.

Como o texto constitucional não contém palavras inúteis, a ausência da proibição do exercício da advocacia sobre as carreiras que compõem advocacia pública não é mera lacuna: trata-se de silêncio eloquente¹. Não se quer dizer que

¹ São exemplo de casos de silêncio eloquente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: (a) a *inexistência* de lei que atribua competência à Justiça do Trabalho para julgar litígio entre sindicato de empregados e empregadores sobre o recolhimento de contribuição estipulada em convenção ou acordo coletivo de trabalho (STF RE 135.637); (b) a *inexistência* de menção às receitas decorrentes de exportação dentre as várias hipóteses de não incidência da CPMF no artigo 85 do ADCT (STF RE 566.259); (c) a *inexistência* de disposição expressa no Decreto nº 5.295/04 que impeça a comutação de pena aos condenados que estão em

todo regramento da carreira deva estar na Constituição. A lei tem liberdade para conformá-lo, mas dentro dos limites trazidos pelo próprio texto constitucional. No particular, ensina Carlos Maximiliano² que o silêncio também pode ser interpretado de modo a revelar o conteúdo da norma, no caso, a proibição de restringir, aos advogados públicos, o livre exercício da advocacia além daquilo que sejam “qualificações profissionais” mencionadas na parte final do art. 5º, XIII da CF.

Quando o Supremo Tribunal Federal julgou o RE n º 539.370/RJ, **firmou-se diretriz segundo a qual, apesar de existirem leis específicas, os advogados públicos. em matéria de direitos e vedações, devem se submeter ao REGIME JURÍDICO ÚNICO dos servidores do Poder Executivo.** Neste, o exercício da advocacia é, em regra, sempre possível, a todos os cargos que não tenham prerrogativas da magistratura ou não exerçam poder de polícia, respeitada, evidentemente, a proibição de advogar contra a Fazenda Pública que lhe remunera.

Com efeito, no julgamento da ADI nº 1246-1/PR, o **MINISTRO MOREIRA ALVES** assentou que “o regime constitucional dos servidores públicos civis que titularizam cargos públicos compreende, ordinariamente, na dimensão normativa

livramento condicional (STF, HC 94.654); (d) a *inexistência* de qualquer condição ou limite, no regime constitucional do IPI, à compensação do tributo pago nas operações antecedentes, ao contrário do que ocorre com o ICMS (STF, RE 562.980); (e) a *inexistência* de menção à imunidade formal ou processual dos vereadores no artigo 29 da Constituição Federal (STF, ADI 371); (f) a *inexistência* de previsão de depoimento pessoal do investigado ou representado na disciplina legal da investigação judicial eleitoral (STF, HC 85.029); (g) a *inexistência* de previsão de imunidade à prisão cautelar e a qualquer processo penal por delitos estranhos à função governamental, no artigo 86, parágrafos 3º e 4º, da Constituição Federal, aos Governadores dos Estados (STF, ADI 978); (h) a *inexistência* de estipulação expressa relativamente à exigência de comprovação de dependência econômica para além dos casos previstos nas alíneas “d” e “e” do inciso I, e nas alíneas “c” e “d” do inciso II do artigo 217 da Lei nº 8.112/1990, havendo o legislador restringido o benefício da pensão decorrente do falecimento de servidor público apenas para determinadas hipóteses (STF, MS 28.530); (i) a *inexistência*, a partir da EC nº 45/2004, de referência expressa ao inciso II do artigo 93 da Constituição Federal no inciso III do mesmo dispositivo, relativamente às promoções por merecimento de juízes para a segunda instância (STF, MS 30.585 e STF, MS 31.375); (j) a *inexistência* de menção a aposentados e pensionistas na redação dada ao artigo 89 do ADCT pela EC nº 60/2009, a qual restringe sua incidência aos integrantes da carreira policial militar e os servidores municipais do Estado de Rondônia que, comprovadamente, se encontravam no exercício regular de suas funções prestando serviço àquele ex-Território Federal na data em que foi transformado em Estado, bem como os servidores e os policiais militares alcançados pelo disposto no artigo 36 da Lei Complementar nº 41/1981, e aqueles admitidos regularmente nos quadros do Estado de Rondônia até a data de posse do primeiro Governador eleito, em 15 de março de 1987 (STF, MS 29.373). Quando a Constituição se calou sobre a permissão do exercício da advocacia fora das atribuições funcionais pelos advogados públicos, mas proibiu expressamente outras categorias, ela quis dizer que estava vedado ao constituinte ou ao legislador ordinário estabelecer esse tipo de restrição. Silêncio eloquente é norma constitucional proibitiva, obtida, a *contrario sensu*, de interpretações segundo as quais a simples ausência de disposição constitucional permissiva significa a proibição de determinada prática por parte dos órgãos constituídos, incluindo o próprio legislador infraconstitucional.

² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 208

em que se projeta, apenas as prerrogativas, os direitos e as obrigações expressamente previstos nos artigos 37, 39, 40 e 41 da Carta Federal, consoante enfatiza Celso Antônio Bandeira de Mello (“Curso de Direito Administrativo”, p. 138, 4ª ed., 1993, Malheiros)”. É essa a base constitucional dos direitos e obrigações dos advogados públicos.

Assim, no que diz respeito à proibição da advocacia, a Lei Orgânica da PGE/SP cria uma assimetria entre os procuradores de Estado e os demais servidores civis do Poder Executivo, já que essa obrigação não está projetada nos artigos 37, 39, 40 e 41 da CF. Na verdade, o constituinte entendeu que bastariam aos advogados públicos as prerrogativas de qualquer advogado, não sendo necessária a equiparação de todas as suas garantias e vedações a de membros do Ministério Público, por exemplo.

Não há, portanto, fundamento constitucional para proibir, em caráter absoluto, o advogado público de advogar.

Segundo essa linha de raciocínio, a Advocacia-Geral da União defendeu a mesma tese no Parecer ASMG/CGU/AGU/04/2013, ao apreciar o caso do então Vice-Governador de São Paulo, que assumiu um Ministério no Governo Federal: a inexistência de vedação na Constituição Federal para o exercício do *munus* público de Ministro de Estado por um Vice-Governador. Segundo o parecer oficial, “[n]ão há rol de impedimentos para o exercício do *munus* de chefe da pasta ministerial. Atendida a regra do art. 87 da Constituição, que exige brasileiros maiores de vinte e um anos e exercício dos direitos políticos, não se pode criar constrangimento ou limitação, que não os já referidos na citada norma constitucional”.

À semelhança do caso acima, o exercício da advocacia, que é um *munus* público, seja ela adjetivada de pública ou privada, não encontra vedação no texto da Constituição. A restrição contida no corpo da Constituição que se impõe sobre o exercício da atividade de advogado pelos advogados públicos deriva apenas dos limites impostos pelo art. 5º, XIII da Constituição, *in verbis*:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

Portanto, a questão deve ser vista sob duas premissas: (1) o legislador pode criar restrições ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão; (2) mas deve se ater ao limite do que sejam "qualificações profissionais", sob pena de incidir em inconstitucionalidade.

Qualificações profissionais, segundo a jurisprudência do STF, são precisamente requisitos de capacidade técnica, o que já mostra a incompatibilidade da proibição contida na Lei Orgânica da PGE/SP, com o direito fundamental de liberdade de profissão.

Com efeito, de acordo com o art. 5º, XIII, da CF, o exercício da advocacia deve ser livre, obedecidas apenas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. **Trata-se de uma reserva legal qualificada ao direito fundamental**, que tolhe do legislador ordinário a discricionariedade para restringir o direito de forma diferente do que dispõe a fórmula "atendida as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

Segundo o **MINISTRO GILMAR FERREIRA MENDES**³, "[t]em-se uma *reserva legal* ou *restrição legal qualificada* quando a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados."

A possibilidade do exercício da advocacia fora das atribuições funcionais, a chamada "advocacia privada", decorre da sua dupla submissão ao regime estatutário e ao Estatuto da OAB, cujo art. 3º, §1º, dispõe que "exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a

³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 309.

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”. Fora das atribuições funcionais, basta preencher os requisitos de capacidade do art. 8º do Estatuto da Advocacia.

Ademais, a proibição da Lei Orgânica da PGESP acaba sujeitando o exercício liberal da advocacia fora das atribuições funcionais a uma entidade que não a OAB. Isso é inconstitucional, pois a advocacia privada, ou melhor, a advocacia fora das atribuições do cargo, é atividade sujeita à autorregulamentação por entidade não estatal – a Ordem dos Advogados do Brasil – que é entidade *sui generis*, que presta um serviço público independente, não se subordinando a qualquer amarra aos órgãos do Poder Público.

Com efeito, o STJ decidiu que “*competes exclusivamente à OAB averiguar se o caso é de incompatibilidade ou de impedimento para o exercício da advocacia e decidir em qual situação devem ser enquadrados os ocupantes de cargos ou funções referidos nos arts. 28 a 30 do Estatuto da Advocacia*. Precedente citado: AgRg no REsp 1.287.861-CE, Segunda Turma, DJe 5/3/2012. AgRg no REsp 1.448.577-RN, Rel. **Min. Herman Benjamin**, julgado em 7/8/2014”.

Ademais, não se olvida que o exercício de uma profissão pode ser regulamentado para otimizar sua eficácia. Admite-se, para o bom desempenho do cargo ou emprego, que o contrato de trabalho ou a lei possam fixar horário do início do trabalho, a jornada semanal ou o caráter exclusivo da dedicação. O que não pode fazer é tolher completamente essa liberdade.

A questão da dedicação exclusiva é um bom exemplo. É perfeitamente possível que, no regime estatutário ou contratual, exija-se do trabalhador dedicação exclusiva ao serviço sem que isso se configure uma restrição. No entanto, a dedicação exclusiva decorre da jornada prevista na lei ou no contrato de trabalho, período durante o qual não pode haver dedicação a nenhum outro ofício, mas não

impede que o trabalhador, fora desse espaço, exerça sua profissão com liberdade em favor de outros tomadores de serviço⁴.

Segundo o TST, a dedicação exclusiva do advogado empregado não o impede, fora do horário de trabalho contratado, de exercer seu mister para outra pessoa⁵.

Por tudo isso, entendo que a proibição contida nos artigos 122, inciso II e 135, inciso IV, alínea “t”, todos da Lei Complementar Estadual n 1.270/2015 é inconstitucional, podendo o Conselho Federal da OAB, sucessivamente, adotar duas providências: i) editar provimento expondo o posicionamento institucional da Ordem, no exercício de sua competência autorregulamentadora, pela possibilidade do exercício da advocacia fora das atribuições do cargo de advogado público; ii) se não bastar a providência acima, opino favoravelmente ao ajuizamento de ADI.

Brasília/DF,

Marcelo Fontes

Relator

⁴ ALMEIDA, Ricardo Marques de. Os limites impostos pelo direito fundamental de liberdade de profissão às leis e aos contratos. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3636, 15 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24702>>. Acesso em: 9 nov. 2014.

⁵ TST: “HORAS EXTRAORDINÁRIAS. ADVOGADO BANCÁRIO. DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. CONFIGURAÇÃO. JORNADA CONTRATUAL DE 8 HORAS DIÁRIAS e CONTRATAÇÃO ANTERIOR À LEI 8.906/94. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 403 DA SBDI-1/TST. **Esta c. Corte estabeleceu o entendimento de que o regime de dedicação exclusiva não deriva do fato de o advogado empregado não poder prestar serviços a outros empregadores; a dedicação exclusiva decorre, em verdade, da jornada prevista no contrato de trabalho.** Assim, se o advogado empregado tiver sido admitido para cumprir jornada de 8 horas diárias ou 40 horas semanais, trabalhará em regime de dedicação exclusiva, enquadrando-se na exceção contida no art. 20 da Lei 8.906/94, pelo que não fará jus à jornada reduzida de 4 horas diárias e 20 semanais. Conforme delimitação regional, a reclamante ingressou no banco reclamado, em 1977, como escriturária, e, em 1984, assumiu o cargo de advogada. Destacou ainda o eg. TRT ser incontroverso que a jornada de trabalho diária praticada pela reclamante sempre foi de 8 horas. Nesses termos, verifica-se que de fato a reclamante estava submetida ao regime de dedicação exclusiva, com jornada de 8 horas diárias por dois motivos: 1) em razão da contratação para jornada de 8 horas diárias e 40 horas semanais antes do advento da Lei 8.906/94 (incidência da Orientação Jurisprudencial 403 da SBDI-1/TST); e 2) **ante o próprio cumprimento da jornada contratual de 8 horas diárias, independentemente da possibilidade de prestação de serviços a outros empregadores. Assim, aplica-se à autora a jornada de 8 horas diárias e 40 horas semanais, não se cogitando do pagamento de horas extraordinárias excedentes à 4ª diária, nos termos do art. 20 da Lei 8.906/94. Recurso de revista conhecido e provido. (...)**” (Recurso de Revista nº 1209-53.2011.5.08.0007 , Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 21/11/2012, 6ª Turma, Data de Publicação: 01/03/2013)