

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 24/02/2011

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/31146-advocacia-p-blica-dedica-o-esclusiva-ou-libera-o-advocacia-privada>

Autore: Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes

Advocacia Pública: dedicação exclusiva ou liberação à advocacia privada

Advocacia Pública: dedicação exclusiva ou liberação à advocacia privada

*Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes*¹

O exercício da advocacia privada pelos Advogados Públicos não é uma questão que gera consenso entre as diversas carreiras típicas de Estado. Nos últimos anos, porém, pôde ser observado um forte movimento favorável à liberação deste exercício profissional em alguns Estados e em âmbito federal. Somente a título de exemplo lembremos que os Estados de Goiás e de Minas Gerais, em face do sucateamento da carreira e da debandada de bons Procuradores em decorrência da vedação ao exercício privado da advocacia, recentemente voltaram a permiti-la.

Na Advocacia-Geral da União, um forte movimento em prol da liberação deste exercício profissional também tem sido observado nos últimos anos com a permissão para advocacia *pro bono*, em causa própria ou quando em licença para tratar de interesses particulares, conforme será exposto adiante.

Sobre o tema, é necessário frisar que **não há qualquer vedação na Constituição Federal ao exercício privado da advocacia pelos Advogados Públicos**. Logo, a opção passa a ser de cada uma das carreiras, as quais podem instituir um regime de *dedicação exclusiva*, vedando o exercício da advocacia, ou, de forma oposta, um regime de não vedação, para o qual basta a ausência de vedação expressa ou a *omissão* do Estatuto quanto à exclusividade, ou até mesmo um regime misto, como ocorre na Procuradoria Geral do Estado da Bahia, na qual a Lei Orgânica (LC Estadual nº 34/2009) veda a advocacia privada apenas aos Procuradores que percebem a gratificação de Adicional de Dedicção Exclusiva.

Como as restrições à liberdade de exercício profissional e à liberdade pessoal do cidadão devem ser expressas no mínimo em *lei* (art. 5º, II e XIII da CF²), ou até mesmo na Constituição,

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB); mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU); duas especializações em Direito Público; professor de Direito Constitucional e Direito Tributário do UniCEUB/DF; autor do livro *Jurisprudência do STF*: anotada e comentada e do livro *Regime Jurídico da Advocacia Pública*; Procurador do Distrito Federal; advogado e consultor em Brasília; autor de diversos artigos científicos.

² Art. 5º (...): II - ninguém será obrigado a fazer ou *deixar de fazer* alguma coisa senão *em virtude de lei*; (...) XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais *que a lei estabelecer*; Grifos não originais.

conclui-se que o **regime jurídico nacional da Advocacia Pública permite, em regra, a advocacia privada.**

O contrário ocorre com as demais *funções essenciais à justiça*, pois as carreiras do Ministério Público e da Defensoria Pública possuem vedação constitucional expressa quanto à advocacia privada, conforme art. 128, § 5º, II, *b* e art. 134, § 1º, *in fine* ambos da CF. Esse é um ponto de diferença entre as carreiras essenciais à justiça.

Contudo, como dito no item 2.1, o regime jurídico das Procuradorias e Advocacias-Gerais deve ser estabelecido por *lei complementar*. Esta lei deve conter *todas* as vedações *específicas* ao exercício do cargo de Procurador, Advogado da União ou do Estado, vez que as vedações *genéricas* estão estabelecidas no regime *subsidiário* (Estatuto dos servidores). Assim, **a restrição legal aos Advogados Públicos do exercício da advocacia privada pode ocorrer desde que, frise-se, por meio de lei complementar.** As Constituições dos entes federados podem também estabelecer a referida proibição.

Diante disso, cada unidade da federação opta pelo regime dos seus Procuradores, se de *dedicação exclusiva* (vedação à advocacia privada) ou *não exclusiva* (não vedação). Destaca-se, contudo, que a regra geral é a permissão do exercício da advocacia privada. Por isso, se a Constituição do Estado ou o Estatuto da carreira forem omissos, a prática privada estará permitida.

Na Advocacia Pública federal, p. ex., há vedação expressa ao exercício da advocacia privada, salvo a advocacia *pro bono* ou em causa própria, conforme art. 28, I da LC nº 73/93³ c/c Instrução Normativa nº 27/09⁴ (AGU), Portaria nº 758/09 (AGU), e Instrução Normativa Conjunta nº 01/09 (PGF). Dispositivos que, como dito, vedam também a participação em sociedade de advogados. Além dessas duas permissões flexibilizadoras da vedação à advocacia

³ Art. 28. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado: I - exercer advocacia fora das atribuições institucionais;

⁴ A Instrução Normativa nº 27/09 excepcionou a aplicação da vedação estabelecida no art. 28, I da LC 73 à advocacia *em causa própria* e à advocacia *pro bono* no seguintes termos: (...) “É vedado aos membros da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados o exercício da advocacia privada e figurar como sócio em sociedade de advogados, mesmo durante o período de gozo de licença para tratar de interesses particulares, ou de licença incentivada sem remuneração, ou durante afastamento para o exercício de mandato eletivo, salvo o exercício da advocacia *em causa própria* e a advocacia *pro bono*”.

privada, mais uma foi instituída pelo Advogado Geral da União em abril de 2010, que afastou essa vedação aos Advogados e Procuradores que estejam de licença não remunerada⁵.

Portanto, na esfera federal, há vedação expressa à advocacia privada; essa é a regra geral. Vedação esta que convive com três exceções: advocacia *pro bono*, *em causa própria* e *no exercício de licença sem vencimentos*, neste caso permitindo-se inclusive a participação em sociedades de advogados.

De forma oposta, regra geral, nas **Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, não há vedação ao exercício privado da advocacia**, uma vez que, dos 26 Estados e Distrito Federal, poucos vedam a advocacia privada, quais sejam: Acre, Mato Grosso, Minas Gerais (atualmente, pois os mais antigos ainda preservam o direito), Paraná (atualmente, pois os mais antigos ainda preservam o direito), Rio Grande do Sul e São Paulo.

Entre as que não vedam essa liberdade citam-se os Estados da Bahia (duplo regime, se o Procurador optar pela dedicação exclusiva recebe uma remuneração maior, se optar pela permissão à advocacia privada a remuneração é menor), do Ceará, do Espírito Santo, de Goiás, do Rio de Janeiro, do Rio Grande do Norte, além do Distrito Federal e muitos outros Estados da federação.

Em todos os casos em que é permitida a advocacia privada em face do regime de não exclusividade, há que se considerar que, por força do art. 30, I da Lei nº 8.906/94⁶, os Procuradores estão **impedidos**⁷ de exercer a advocacia contra a Fazenda Pública que os remunere.

Especificamente em relação aos **Procuradores-Gerais, Advogados-Gerais e dirigentes** de órgãos jurídicos da Administração Pública direta, indireta e fundacional, caso exerçam o cargo

⁵ O ato foi o Despacho datado de 15.04.2010 (DOU de 19.04.2010, S. 1, ps. 2 e 3; processo nº 00400.023223/2009-89) que determinou a suspensão temporária da Orientação Normativa/AGU nº 27, de 09.04.2009 (indicada acima), no que tange à vedação aos membros da Advocacia-Geral da União e de seu órgão vinculado para o exercício da advocacia privada e de figurar como sócio em sociedade de advogados, durante o período de gozo de Licença para Tratar de Interesses Particulares, ou de Licença Incentivada sem Remuneração, permanecendo as demais vedações normativas sobre o tema, até ulterior deliberação.

⁶ 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;

⁷ O impedimento, nos termos da Lei 8.906/1994, é uma proibição parcial, enquanto a incompatibilidade é uma proibição total do exercício da advocacia. O Estatuto dos Advogados limitou somente parcialmente a prática da advocacia pelos Advogados Públicos, vedando qualquer atuação contrária aos interesses da Fazenda que o remunere. Nos demais casos, o Estatuto permite a prática.

em instituição que os permita advogar privadamente, mesmo assim, enquanto ocuparem a função, não poderão exercer a advocacia privada em hipótese alguma, uma vez que são exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exerçam, durante o período da investidura, conforme o art. 29 da Lei nº 8.906/94⁸.

Passadas as primeiras considerações sobre a advocacia privada, é tempo de retomar o comentário à vedação estabelecida no art. 117, X da Lei nº 8.112/90 (proibição de participar de gerência de sociedade). Em unidade federada que não vede a advocacia privada, caso haja vedação ao gerenciamento de sociedade no *regime jurídico dos servidores locais*, essa vedação **não se aplicará à gerência de sociedade de advogados.**

Algumas Procuradorias estaduais e distrital têm estabelecido regras éticas quanto ao exercício da advocacia privada, impondo inclusive algumas vedações. É o caso, p. ex., do Distrito Federal que mantém Código de ética que veda ao Procurador “integrar, na qualidade de sócio, empregado ou associado, escritório de advocacia que patrocina ação contra o Distrito Federal ou suas entidades da administração indireta” (art. 5º, II do Código de Ética da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, utilizado nos mesmos moldes pelo Estado do Paraná).

Note-se que o impedimento de advogar contra a Fazenda Pública que o remunere, nos termos do art. 30, I da Lei nº 8.906/94, é uma vedação pessoal ao advogado e não uma vedação à pessoa jurídica, à sociedade de advogados. Não por outra razão que a OAB entende que a vedação é pessoal e não do escritório de advogados⁹.

⁸ Art. 29. Os Procuradores Gerais, Advogados Gerais, Defensores Gerais e dirigentes de órgãos jurídicos da Administração Pública direta, indireta e fundacional são exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exerçam, durante o período da investidura.

⁹ Nesse sentido, seguem dois precedentes da OAB/SP, gentilmente cedidos pelo Dr. Alexandre Vitorino, colega da PGDF: **IMPEDIMENTO – ADOGADO E ASSESSOR PARLAMENTAR – EXTENSÃO DO IMPEDIMENTO À SOCIEDADE E DEMAIS SÓCIOS, ASSOCIADOS, EMPREGADOS E PRESTADORES DE SERVIÇOS – INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA – CAUTELAS A SEREM ADOTADAS – SOCIEDADE DE ADOGADOS OU DEMAIS SÓCIOS QUE PODEM PRESTAR SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS A OUTRO ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA.** O impedimento do assessor parlamentar de advogar contra a Fazenda Pública que o remunera não alcança a sociedade de que faça parte, nem os demais sócios, associados e empregados, desde que haja, conforme constante das proposições elencadas, previsões neste sentido no contrato social. Todavia, o advogado impedido não poderá ter, como já decidiu o TED I, ter “seu nome na procuração, nem no contrato de prestação de serviços e nos impressos da sociedade, devendo, enfim, estar totalmente alheio às relações costumeiras entre cliente e advogado na lide diária, nas causas que houver impedimento, sob pena de infringir os ditames ético-estatutários”. (...) Precedentes do TED I processos E-3.035/2004 e E-2.790/03. Proc. E-3.395/2006 – v.m., em 19/10/06, do parecer e ementa do Rel. Dr. FÁBIO DE SOUZA RAMACCIOTTI – Rev. Dr. LUIZ ANTONIO GAMBELLI – Presidente Dr. JOÃO TEIXEIRA GRANDE.

EXERCÍCIO PROFISSIONAL – ADOGADO EMPREGADO E POSTERIORMENTE ASSOCIADO À SOCIEDADE DE ADOGADOS – IMPEDIMENTO – LAPSO DE 2 (DOIS) ANOS PARA ADOGAR

Não obstante, as discussões a respeito¹⁰, caso a Procuradoria entenda por bem lançar mão de restrições ao exercício da advocacia privada, elas devem ser respeitadas, mesmo que estabelecidas por meio de ato infralegal, como os Códigos de Ética, ante a presunção de legalidade dos atos administrativos.

Por fim, impende ressaltar algumas vantagens e possíveis desvantagens para a instituição (Procuradoria-Geral ou Advocacia-Geral). Primeiro as **vantagens**:

1. **Incentivo à atualização frequente.** A atividade da advocacia privada obriga o advogado atuante a estar em constante reciclagem, uma vez que a clientela exige que o advogado conheça o que há de mais moderno e atual no direito. Não pretende dizer que a Advocacia Pública que não permite a advocacia privada não tenha excelentes

CONTRA EX-CLIENTE OU EMPREGADOR – SOCIEDADE DE ADVOGADOS – EXTENSÃO DO IMPEDIMENTO À SOCIEDADE E DEMAIS SÓCIOS, ASSOCIADOS, EMPREGADOS E PRESTADORES DE SERVIÇOS – INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA – CAUTELAS A SEREM ADOTADAS. EMENTA Nº 02. O impedimento do advogado de advogar contra ex-cliente, em princípio, não alcança a sociedade de que faça parte, nem os demais sócios, associados e empregados, desde que haja, conforme constante das proposições elencadas, previsões neste sentido no contrato social. Todavia, o advogado impedido não poderá ter, como já decidiu o TED I, “seu nome na procuração, nem no contrato de prestação de serviços e nos impressos da sociedade, devendo, enfim, estar totalmente alheio às relações costumeiras entre cliente e advogado na lide diária, nas causas que houver impedimento, sob pena de infringir os ditames ético-estatutários”. O impedimento não atinge os demais sócios na hipótese destes atuarem isoladamente, fora do âmbito da sociedade, sem o advogado impedido, desde que o contrato social respectivo assim o permita. Para não incidirem em infração ética, os demais sócios, associados, empregados e prestadores de serviços não impedidos não podem, em hipótese alguma, valer-se do cargo do sócio impedido para captar causas e clientes, nem tampouco se prestarem a permitir que o advogado impedido atue de forma oculta. Casos concretos, em que se prove, ainda que por indícios, a utilização desse princípio enunciado em tese para fraudar a regra do impedimento, poderão caracterizar infrações éticas a serem apuradas perante as Turmas Disciplinares. Precedentes do TED I processos E-3.035/2004 e E-2.790/03. Proc. E-3.605/2008 – v.u., em 19/06/2008, do parecer e ementa nº 1 do relator Dr. LUIZ ANTONIO GAMBELLI, com declaração de voto convergente e ementa nº 2 do julgador, Dr. FÁBIO DE SOUZA RAMACCIOTTI – Rev. Dr. FABIO KALIL VILELA LEITE – Presidente Dr. CARLOS ROBERTO F. MATEUCCI.

¹⁰ Em que pesem os fortes argumentos lançados contra o estabelecimento de vedações como estas, como a) a inconstitucionalidade de imposição de vedação ou obrigação de não fazer por norma infralegal – Código de Ética (art. 5º, II da CF), b) a impossibilidade de limitação da liberdade de exercício profissional (art. 5º, XII da CF), c) o malferimento da liberdade de associação (art. 5º, XVII da CF), d) os impedimentos serem matéria reservada ao Estatuto da Advocacia, o qual não vedou essa espécie de associação, mas tão só o impedimento de *caráter pessoal* de patrocínio de causas contra a Fazenda Pública (art. 30, I da Lei nº 8.906/94), e) os diversos precedentes das Seccionais da OAB permitindo a participação de Advogado Público em sociedades de advogados que patrocinam causas contra a Fazenda, desde que não haja seu patrocínio pessoal; as *vedações específicas* por ele implementadas encontram-se vigendo no âmbito do Distrito Federal e do Estado do Paraná, cuja presunção de legalidade impõe a fiel observância..

Os argumentos favoráveis à limitação da conduta profissional por meio de norma ética infralegal, por sua vez, são: a) limitações éticas são passíveis de promover a ordenação da conduta no âmbito do serviço público, na esteira de diversos atos normativos infralegais (Códigos de Ética); b) o Código de Ética não cria punições ou vedações, somente especifica e esmiúça deveres e vedações já constantes em normas legais; c) os termos do Código de Ética podem ser interpretados como “balizas interpretativas concretas”, sem criar ilícitos administrativos (voto do Conselheiro relator Hélder de Araújo Barros do Conselho Superior da PGDF na aprovação do Código de Ética).

Apoiamos a primeira linha de ideias.

Procuradores, os quais se reciclam frequentemente, mas tão só afirma-se que o exercício advocatício privado é *um estímulo a mais* para que o Procurador não se transforme em um ‘burocrata que só assina peças em modelos’;

2. **Atuação em ações relevantes.** Em algumas situações de maior gravidade que necessitam de uma atuação advocatícia mais efetiva, nas Procuradorias em que a advocacia pública é permitida, frequentemente são os Procuradores que exercem a advocacia privada que são chamados a atuar com o problema. Isso porque eles ganham uma experiência prática sem precedentes na atuação exclusiva na Procuradoria.
3. **Prestígio externo.** Na mesma linha de raciocínio do item anterior, a boa fama dos advogados que atuem em processos relevantes territorial ou nacionalmente, é diretamente transferida para sua Procuradoria de atuação. Exemplo dessa hipótese é o i. Procurador do Estado do Rio de Janeiro e advogado, Luis Roberto Barroso, um constitucionalista de renome internacional que atua em causas de extrema relevância pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. O Estado lhe paga um salário de Procurador e recebe os serviços de um exímio profissional que cobra milhares de reais pelo mesmo serviço aos particulares. Com isso, poder-se-ia falar, inclusive, em respeito ao princípio da economicidade e eficiência (art. 37, caput da CF).

Por fim, é tempo de elencar **eventuais desvantagens** da atuação privada no exercício da advocacia:

1. **Eventual falta de comprometimento com a carreira.** Podem ocorrer casos excepcionais em que algum Procurador que exerça a atividade privada se esqueça de que seu *primeiro e principal cliente é o Estado* e pratique seu labor público com desleixo, sem zelo ou comprometimento por ter causas financeiramente mais relevantes em seu escritório. Porém, dessa mal também um excelente Professor de cursinho ou faculdade, ou mesmo quem não esteja motivado com o serviço também pode sofrer. Essa postura não depende da atividade privada que se exerça, mas sim do caráter e do compromisso funcional do Procurador. Além disso, para esses casos de exceção há as Corregedorias de cada órgão da Advocacia Pública, órgão capaz de afastar vícios como estes do sistema.

2. **Eventual conflito de interesses.** Poder-se-ia questionar eventual conflito ou choque de interesses entre a atuação pública e privada, como, p. ex., se um cliente do Procurador pedir orientações contra a Fazenda Pública e ele aceitar a fazê-lo. Na linha dos argumentos expostos acima, esse eventual vício profissional poderia ocorrer com outros profissionais do Direito, como os membros do Ministério Público que poderiam auxiliar a parte adversa sem que isso ficasse registrado. Ou seja, não é a advocacia privada que atrai esse eventual conflito, mas sim o caráter e do compromisso funcional do Procurador. Além disso, instrumento como os Códigos de Ética adotados pioneiramente pela Procuradoria-Geral do Distrito Federal (que permite a advocacia privada) e, em seguida, pela Procuradoria-Geral do Estado do Paraná (que a permite aos mais antigos), impuseram regramentos de conduta inibidores desse fato, como, p. ex., a vedação ao Procurador figurar no quadro societário de escritório que mova qualquer ação contra o Estado que o remunera independentemente dele não atuar diretamente nessa ação¹¹.

Pelos motivos expostos, acreditamos que o regime de dedicação parcial onde o exercício da advocacia privada é permitido apresenta muito mais vantagens ao Estado que o regime de dedicação exclusiva, desde que seja regido com seriedade e responsabilidade tanto por parte dos Procuradores que fizerem essa opção quanto pelos órgãos de correção funcional.

¹¹ Citou-se que existe um questionamento sobre se por ato infralegal se poderia criar obrigação que impeça o livre exercício profissional, a qual não vem ao caso na presente discussão. Mas para solucionar eventual discussão a esse respeito é só criar a limitação por meio de lei.