



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.



Consulta n. 49.0000.2013.011065-5/OEP.

Origem: Processo Originário.

Assunto: Consulta. Incompatibilidade para o exercício da advocacia. Cargo de provimento efetivo ou em comissão. Tribunais e Conselhos de Contas. Conselho Seccional. Anotação. Nulidade de atos. Pedido de inscrição. Alcance da expressão "membros" (art. 28, II, do EAOAB).

Consulente: Presidente do Conselho Seccional da OAB/Pará – Gestão 2013/2016, Jarbas Vasconcelos.

Interessado: Conselho Seccional da OAB/Pará.

Relator: Conselheiro Federal José Guilherme Carvalho Zagallo (MA).

Redistribuído: Conselheiro Federal Maurício Gentil Monteiro (SE).

RELATÓRIO

Cuida-se de consulta formulada pelo então Presidente do Conselho Seccional da OAB/PA, Jarbas Vasconcelos, acerca da incompatibilidade para o exercício da advocacia por membros dos tribunais e conselhos de contas, prevista no Art. 28, II da Lei nº 8.906/1994, em que pede que este Órgão Especial responda aos seguintes questionamentos:

- a) A ocupação de cargos de provimento efetivo ou em comissão nos tribunais e conselhos de contas por advogados é incompatível com a advocacia pública e privada?
- b) Caso a resposta do item "a" seja sim, constitui dever das Seccionais proceder à respectiva anotação da incompatibilidade nos assentamentos do profissional que estiver nessa condição se tomar conhecimento de caso concreto?
- c) Caso a resposta do item "a" seja sim, os atos praticados por advogado nessa condição durante a ocupação do cargo no tribunal ou conselho de contas são nulos?
- d) Pedidos de inscrição nos quadros da OAB formulados por ocupantes de cargos de provimento efetivo ou em comissão nos tribunais ou conselhos de contas devem ser indeferidos pelas Seccionais?
- e) Qual o alcance da expressão "membros" constante do art. 28, II da Lei nº 8.906/1994 (EAOAB) no que tange aos tribunais e conselhos de contas? Nesta expressão se enquadra todo e qualquer servidor ou existem requisitos objetivos e/ou subjetivos, e se sim, quais seriam estes para que se configure a incompatibilidade?

Fundamenta a necessidade desses esclarecimentos tendo em vista a significativa quantidade de pedidos de inscrição formulados por servidores dos tribunais de



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



contas, sendo também muito frequente a discussão quanto ao alcance da expressão “membros” constante do mencionado dispositivo legal.

É o relatório.

VOTO

Conheço da consulta, porque formulada em tese e relativa a matérias de competência da Primeira Câmara (a saber, inscrição nos quadros e incompatibilidades e impedimentos ao exercício da advocacia – Art. 88, inciso I, alíneas “b” e “c” do Regulamento Geral), bem como relacionada a interpretação do Estatuto (Arts. 27 e 28), tudo conforme competência do Órgão Especial assinalada no inciso IV do Art. 85 do Regulamento Geral.

PREMISSAS DO VOTO: INTERPRETAÇÃO DAS HIPÓTESES LEGAIS DE INCOMPATIBILIDADE DEVE SER RESTRITA

É importante, de saída, apontar as premissas que fundamentam o voto.

Entendo que a interpretação das hipóteses legais de incompatibilidade com a advocacia deve ser estrita, e não ampla. Isso porque a Constituição Federal assegura, com *status* de direito fundamental, a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Ou seja: a Constituição assegura a liberdade de exercício profissional, no sentido de vedar peremptoriamente ao Estado (ou aos particulares) a imposição de exercício de determinado trabalho, ofício, ou profissão, contra a vontade do indivíduo. É nesse sentido que essa norma vem sendo interpretada, inclusive tendo em vista situações ocorridas em Estados Totalitários, que se arvoram no poder de impor aos indivíduos que atividades profissionais deverão desempenhar. É o típico organicismo de Estados Totalitários, que entendem o indivíduo como mera engrenagem do poder estatal, como mera peça de um todo orgânico, à sua total e inteira disposição. A Constituição Democrática de 1988, portanto, em sentido diametralmente oposto, garante ao indivíduo o direito de livre escolha quanto à profissão que deseja seguir, quanto à vocação a que pretende dar vazão, quanto às atividades que intenta cumprir, ao seu livre arbítrio, sem interferência estatal ou de terceiros.



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



Podemos conferir na literatura jurídica especializada que esse sempre foi o entendimento corrente acerca da norma do inciso XIII do Art. 5º da CF/88:

“O dispositivo confere liberdade de escolha de trabalho, de ofício e de profissão, de acordo com as propensões de cada pessoa e na medida em que a sorte e o esforço próprio possam romper as barreiras que se antepõem à maioria do povo. Confere, igualmente, a liberdade de exercer o que fora escolhido, no sentido apenas de que o Poder Público não pode constranger a escolher e a exercer outro.

(...)

Como o princípio é o da liberdade, a eficácia e aplicabilidade da norma é ampla, quando não exista lei que estatua condições ou qualificação especiais para o exercício do ofício ou profissão ou acessibilidade à função pública. Vale dizer, não são as leis mencionadas que dão eficácia e aplicabilidade à norma. Não se trata de direito legal, direito decorrente da lei mencionada, mas de direito constitucional, direito que deriva diretamente do dispositivo constitucional. A lei referida não cria o direito, nem atribui eficácia à norma. Ao contrário, ela importa em conter essa eficácia e aplicabilidade, trazendo norma de restrição destas.” (grifou-se) (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 257-258);

“A finalidade do dispositivo é indisfarçável: proibir o Poder Público de criar normas ou critérios que levem o indivíduo a exercer ofício ou profissão em desacordo com sua vontade.

Como se vê, cuida-se de um típico direito de liberdade do cidadão. A norma, fixando uma limitação da atividade do Estado, demarca um território impenetrável da vida individual e, dessa forma, fixa o direito à autodeterminação do indivíduo na escolha de sua profissão.

O dispositivo, porém, foi erigido sob os moldes de uma regra de eficácia contida, permitindo que lei infraconstitucional venha a limitá-la, criando requisitos e qualificações para o exercício de determinadas profissões. Logo, enquanto não existir lei acerca dessa ou daquela profissão, a permissão constitucional tem alcance amplo. Entretanto, caso seja editada uma lei regulamentando determinada profissão, o indivíduo que queira exercer tal atividade fica adstrito à observância das qualificações profissionais que o diploma vier a estabelecer.” (grifou-se) (ARAÚJO, Luiz Alberto David Araujo e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, .p. 149-150);

“Conclui-se que o cidadão pode escolher qualquer profissão, desde que atendidas as qualificações necessárias ao exercício dela, como, no caso dos advogados, a exigência, para o exercício da profissão, do diploma em curso de direito reconhecido pelo Ministério da Educação e a aprovação no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil.

Essa é uma norma de eficácia contida porque uma norma infraconstitucional poderá criar requisitos para o exercício da liberdade profissional.

O princípio da liberdade profissional é considerado como um direito individual, de primeira dimensão, que se concretiza com a simples abstenção do Estado em



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.



criar empecilhos para os cidadãos escolherem a profissão que mais se adequar a suas aptidões.

O direito de liberdade profissional encontra respaldo no princípio da livre iniciativa, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Um país que adota o regime capitalista como modelo produtivo não pode impedir o acesso da população à carreira profissional de sua escolha. O que pode ocorrer é que haja incentivo a algumas profissões em que exista carência, como incentivar a formação de médicos para trabalhar no norte do País.” (AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 125).

Todavia, apesar de a norma constitucional assegurar essa livre escolha, essa não-interferência estatal, a mesma norma (e aí levando em conta o interesse público, o interesse geral da sociedade) admite que a legislação infraconstitucional imponha qualificações profissionais que devem ser atendidas por quem queira exercer determinado trabalho, ofício ou profissão. Assim, o que a Constituição expressamente admite é que a sociedade, por decisão democrática direta ou de seus representantes, aprove, por meio de lei, exigências que devem ser atendidas para o exercício de certas atividades.

Somente a lei, pelo seu pressuposto democrático de representação da vontade popular, é que está autorizada pela Constituição a impor condicionantes (qualificações profissionais) à liberdade de exercício profissional.

Mesmo a lei, com essa pressuposição democrática, deve observar a razoabilidade e a proporcionalidade, na perspectiva do atendimento do interesse público, sob pena de comprometer o núcleo essencial desse direito fundamental à liberdade de exercício profissional. Assim já decidiu o STF, que considerou incompatível com a Constituição a exigência de inscrição na Ordem dos Músicos para o exercício da profissão de músico (EDL no RE nº 635.023, Relator Ministro Celso de Mello e RE nº 414.426, Relator Ministra Ellen Gracie) e a exigência de diploma de curso superior para exercício da profissão de jornalista (RE nº 511.961, Relator Ministro Gimar Mendes). Nesses casos, o STF assentou que:

“No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII,



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.



não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.” (grifou-se) (RE nº 511.961);

“Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional” (grifou-se) (RE 414.426).

Em conclusão: se mesmo à lei não está franqueada absoluta discricionariedade para imposição de restrições ao exercício da liberdade profissional, o mesmo se diga ao intérprete da lei, que não deverá adotar interpretação extensiva do comando legal, que de algum modo traduza violação ao direito fundamental que somente pode ser restringido por meio de deliberação democrática e soberana do legislador, efetuada dentro dos cânones da razoabilidade e da proporcionalidade. Por conseguinte, a interpretação das hipóteses legais de incompatibilidade com a advocacia deve ser restrita.

A EXPRESSÃO “MEMBRO” CONSTANTE DO INCISO II DO ART. 28 DA LEI Nº 8.906/94

Pois bem, apresentada a premissa, passo a examinar concretamente os termos da consulta. E o faço começando por abordar a última indagação do consulente, qual seja: “Qual o alcance da expressão ‘membros’ constante do Art. 28, II da Lei nº 8.906/94 no que tange aos tribunais e conselhos de contas? Nessa expressão se enquadra todo e qualquer servidor ou existem requisitos objetivos e/ou subjetivos, e se sim, quais seriam estes para que se configure a incompatibilidade?”.

Anoto desde logo uma resposta de exclusão: a expressão “membros” constante do inciso II do Art. 28 da Lei nº 8.906/94 não enquadra nenhum servidor, do que se conclui não haver qualquer requisito objetivo ou subjetivo para que se configure a apontada incompatibilidade.

É preciso fixar a diferença fundamental entre membros de um Poder (ou órgão) e servidores desse poder.

A expressão “membros” é utilizada na Constituição para designar, na linguagem de Celso Antônio Bandeira de Mello para definir agentes políticos, “titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.



arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 229).

São membros: a) do Poder Executivo: Presidente da República e Ministros de Estado (na esfera federal), Governadores e Secretários (na esfera estadual e distrital), Prefeitos e Secretários (na esfera municipal); b) do Poder Legislativo: Deputados Federais e Senadores (na esfera federal), Deputados Estaduais e Distritais (na esfera estadual e distrital), Vereadores (na esfera municipal); c) do Poder Judiciário: os magistrados, os juízes, de todas as instâncias em todos os órgãos do Poder Judiciário (descritos no Art. 92 da Constituição); d) do Ministério Público: os Procuradores da República, Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça; e) do Tribunal de Contas: Ministros do TCU, Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Municípios do Rio de Janeiro e São Paulo.

Diversas são as passagens da Constituição em que a expressão “membros” é utilizada nessa perspectiva, absolutamente restritiva e excludente dos servidores:

- § 3º do Art. 5: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos **membros**, serão equivalentes às emendas constitucionais”;

- Art. 29, *caput*: “O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos **membros** da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos”;

- Art. 29, inciso IX: “proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, similares, no que couber, ao disposto nesta Constituição para os **membros** do Congresso Nacional e na Constituição do respectivo Estado para os **membros** da Assembléia Legislativa”;

- Art. 31, § 2º: “O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos **membros** da Câmara Municipal”;

- Art. 37, inciso X: “a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa



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



inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos **membros** do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;”;

- Art. 47: “Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus **membros**”;

- Art. 49, inciso XIII: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: XIII - escolher dois terços dos **membros** do Tribunal de Contas da União”;

- Art. 51, inciso I: “Compete privativamente à Câmara dos Deputados: I - autorizar, por dois terços de seus **membros**, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;”;

- Art. 51, inciso V: “Compete privativamente à Câmara dos Deputados: V - eleger **membros** do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.”;

- Art. 52, inciso II: “Compete privativamente ao Senado Federal: (...) II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os **membros** do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade”;

- Art. 52, inciso XIV: “Compete privativamente ao Senado Federal: XIV - eleger **membros** do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.”;

- Art. 53, § 2º: “Desde a expedição do diploma, os **membros** do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”;

- Art. 53, § 3º: “Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus **membros**, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação”;

- Art. 53, § 8º: “As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos **membros** da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida”;

- Art. 55, § 3º: “Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus **membros**, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa”;

- Art. 57, § 4º: “Cada uma das Casas reunir-se-á em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para a posse de seus **membros** e eleição das respectivas Mesas, para mandato de 2 (dois) anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente”;



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.



- Art. 57, § 6º, inciso II: “A convocação extraordinária do Congresso Nacional far-se-á: II - pelo Presidente da República, pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal ou a requerimento da maioria dos **membros** de ambas as Casas, em caso de urgência ou interesse público relevante, em todas as hipóteses deste inciso com a aprovação da maioria absoluta de cada uma das Casas do Congresso Nacional”;

- Art. 58, § 2º, incisos I: “Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos **membros** da Casa;”;

- Art. 58, § 3º: “As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus **membros**, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”;

- Art. 60, incisos I e III: “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos **membros** da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; (...) III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus **membros**”;

- Art. 60, § 2º: “A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos **membros**”;

- Art. 62, § 1º, inciso I, alínea “c”: “É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I - relativa a: (...) c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus **membros**”;

- Art. 67: “A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos **membros** de qualquer das Casas do Congresso Nacional”;

- Art. 68, § 1º, inciso I: “Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus **membros**”;

- Art. 73, § 2º, inciso I: “Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos: I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e **membros** do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento”;

- Art. 84, inciso XVII: “Compete privativamente ao Presidente da República: XVII - nomear **membros** do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII;”;



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



- Art. 91: “O Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, e dele participam como **membros** natos: I - o Vice-Presidente da República; II - o Presidente da Câmara dos Deputados; III - o Presidente do Senado Federal; IV - o Ministro da Justiça; V - os Ministros militares; V - o Ministro de Estado da Defesa; VI - o Ministro das Relações Exteriores; VII - o Ministro do Planejamento; VIII - os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.”;

- Art. 93, inciso II, alínea “d”: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas: (...) d) na apuração de antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus **membros**, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação.”;

- Art. 93, inciso X: “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus **membros**”;

- Art. 93, inciso XI: “nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco **membros**, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.”;

- Art. 94: “Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de **membros**, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.”;

- Art. 96, inciso I, alínea “f”: “Compete privativamente: I - aos tribunais: (...) f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus **membros** e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados.”;

- Art. 96, inciso II, alíneas “a” e “b”: “Compete privativamente: (...) II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: a) a alteração do número de **membros** dos tribunais inferiores; b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus **membros** e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver.”;

- Art. 96, inciso III: “Compete privativamente: (...) III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os **membros** do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.”;

- Art. 97: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos **membros** do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”;

- Art. 102, inciso I, alíneas “b”, “c” e “n”: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: b) nas



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.



infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os **membros** do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os **membros** dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (...) n) a ação em que todos os **membros** da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos **membros** do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;”;

- Art. 102, § 3º: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus **membros**.”;

- Art. 103-A: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus **membros**, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”;

- Art. 103-B, *caput* e § 2º: “O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) **membros** com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal; II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; XI - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. (...) § 2º Os demais **membros** do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”;

- Art. 103-B, § 4º, incisos II, III e V: “Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (...) II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por **membros** ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III - receber e conhecer das reclamações contra **membros** ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; (...) V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e **membros** de tribunais julgados há menos de um ano;”;



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



- Art. 103-B, § 7º: “A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra **membros** ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça”;

- Art. 104, parágrafo único, inciso II: “Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros. Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: (...) II - um terço, em partes iguais, dentre advogados e **membros** do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.”;

- Art. 105, inciso I, alínea “a”: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os **membros** dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os **membros** dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;”;

- Art. 107, inciso I: “Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo: I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e **membros** do Ministério Público Federal com mais de dez anos de carreira;”;

- Art. 108, inciso I, alínea “a”: “Compete aos Tribunais Regionais Federais: I - processar e julgar, originariamente: a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os **membros** do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;”;

- Art. 111-A, inciso I: “O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: I um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e **membros** do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;”;

- Art. 115, inciso I: “Os Tribunais Regionais do Trabalho compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região, e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo: I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e **membros** do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94”;

- Art. 119: “O Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, no mínimo, de sete **membros**, escolhidos: (...)”;



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.



- Art. 121, § 1º: “Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais. § 1º Os **membros** dos tribunais, os juízes de direito e os integrantes das juntas eleitorais, no exercício de suas funções, e no que lhes for aplicável, gozarão de plenas garantias e serão inamovíveis.”;

- Art. 123, parágrafo único, inciso II: “Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis. Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo: (...) II - dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e **membros** do Ministério Público da Justiça Militar.”;

- Art. 128, § 1º: “O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos **membros** do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução.”;

- Art. 128, § 5º, inciso I, alínea “b”: “Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus **membros**: I - as seguintes garantias: (...) b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus **membros**, assegurada ampla defesa;”

- Art. 128, § 6º: “Aplica-se aos **membros** do Ministério Público o disposto no art. 95, parágrafo único, V”;

- Art. 130: “Aos **membros** do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura”;

- Art. 130-A, *caput* e incisos II e III: “O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze **membros** nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: (...) II - quatro **membros** do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras; III três membros do Ministério Público dos Estados;”;

- Art. 130-A, § 1º: “Os **membros** do Conselho oriundos do Ministério Público serão indicados pelos respectivos Ministérios Públicos, na forma da lei.”;

- Art. 130-A, § 2º, incisos II, III e IV: “Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe: (...) II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por **membros** ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas; III - receber e conhecer das reclamações contra **membros** ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.



em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de **membros** do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano;”

- Art. 130-A, § 3º, incisos I e III: “O Conselho escolherá, em votação secreta, um Corregedor nacional, dentre os **membros** do Ministério Público que o integram, vedada a recondução, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei, as seguintes: I receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares; (...) III - requisitar e designar membros do Ministério Público, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de órgãos do Ministério Público.”;

- Art. 130-A, § 5º: “Leis da União e dos Estados criarão ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra **membros** ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público.”;

- Art. 140: “A Mesa do Congresso Nacional, ouvidos os líderes partidários, designará Comissão composta de cinco de seus **membros** para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa e ao estado de sítio.”;

- Art. 155, § 2º, inciso IV: “resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus **membros**, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;”;

- Art. 155, § 2º, inciso V, alíneas “a” e “b”: “é facultado ao Senado Federal: a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus **membros**; b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus **membros**;”;

- Art. 235, inciso III: “Nos dez primeiros anos da criação de Estado, serão observadas as seguintes normas básicas: (...) III - o Tribunal de Contas terá três **membros**, nomeados, pelo Governador eleito, dentre brasileiros de comprovada idoneidade e notório saber;”

- Art. 1º do ADCT: “O Presidente da República, o Presidente do Supremo Tribunal Federal e os **membros** do Congresso Nacional prestarão o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, no ato e na data de sua promulgação.”;

- Art. 3º do ADCT: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos **membros** do Congresso Nacional, em sessão unicameral”.

Portanto, na interpretação de qualquer dispositivo legal, para que essa interpretação esteja de acordo com a Constituição, a expressão “membro” de poder ou de órgão abrangerá apenas “titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado”, para usar mais



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



uma vez a expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre agentes políticos, excluindo os servidores desse órgão ou poder.

E sendo assim, a interpretação da expressão “membros” constante do inciso II do Art. 28 da Lei nº 8.906/94 deve seguir a mesma toada.

Dispõe a referida norma do Estatuto da Advocacia:

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

(...)

II - 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 órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta;”

Ao se referir a “membros” de órgãos do Poder Judiciário, a norma está se referindo aos magistrados, aos juízes, de todas as instâncias, mas não aos servidores titulares de cargos públicos ou funções no âmbito do Poder Judiciário; de igual forma, ao se referir a “membros” de órgãos do Ministério Público, a norma está se referindo aos promotores, procuradores, e não aos servidores titulares de cargos públicos ou funções no âmbito do Poder Judiciário; também assim quando se refere a “membros” de órgãos dos tribunais e conselhos de contas, a norma está se referindo aos Conselheiros e Ministros dos Tribunais de Contas, não aos seus servidores.

Observe-se, ainda, que para o caso de servidores ocupantes de cargos ou funções no âmbito do Poder Judiciário, existe explícita disposição legal assentando a incompatibilidade com a advocacia (inciso IV do Art. 28 da mesma Lei n. 8.906/94: “A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades: ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro”).

Assim também sucede com relação aos servidores do Ministério Público da União, com expresse estabelecimento em lei de incompatibilidade com a advocacia (Art. 21 da Lei n. 11.415/2016: “Art. 21. Aos servidores efetivos, requisitados e sem vínculos do Ministério Público da União é vedado o exercício da advocacia e consultoria técnica.”).



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



Em nenhum momento, contudo, existe qualquer previsão legal – que, como assentado na premissa desse voto, deve ser previsão legal expressa, não se admitindo interpretação extensiva ou ampliativa para restringir indevidamente a liberdade fundamental de exercício de profissão – que imponha incompatibilidade com a advocacia por parte de servidores, ocupantes de cargos ou funções nos Tribunais de Contas.

Com esses esclarecimentos e fundamentos que negam o enquadramento de servidores dos Tribunais de Contas como “membros” de órgãos desses Tribunais, afastada portanto a incompatibilidade com a advocacia prevista no inciso II do Art. 28 da Lei n. 8.906/94, a resposta integral aos termos da consulta se apresenta naturalmente.

CONCLUSÃO – RESPOSTA AOS TERMOS DA CONSULTA

Por todo o exposto, respondo à consulta nos seguintes termos:

a) “A ocupação de cargos de provimento efetivo ou em comissão nos tribunais e conselhos de contas por advogados é incompatível com a advocacia pública e privada?”

Resposta: **não**.

b) Prejudicada;

c) Prejudicada;

d) “Pedidos de inscrição nos quadros da OAB formulados por ocupantes de cargos de provimento efetivo ou em comissão nos tribunais ou conselhos de contas devem ser indeferidos pelas seccionais?”

Resposta: **não, pois essa circunstância por si só não acarreta incompatibilidade com a advocacia.**

e) “Qual o alcance da expressão ‘membros’ constante do Art. 28, II da Lei nº 8.906/94 no que tange aos tribunais e conselhos de contas? Nessa expressão se enquadra todo e qualquer servidor ou existem requisitos objetivos e/ou subjetivos, e se sim, quais seriam estes para que se configure a incompatibilidade?”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Resposta: **A expressão membros constante do inciso II do Art. 28 da Lei n. 8.906/94, no que tange aos tribunais e conselhos de contas, abrange apenas os Ministros do Tribunal de Contas da União e os Conselheiros dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Estados e dos Municípios do Rio de Janeiro e São Paulo, não alcançando os servidores desses mesmos Tribunais e Conselhos.**

É como voto.

Brasília(DF), 29 de agosto de 2016.

Maurício Gentil Monteiro
Relator



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



Ref.: **Consulta n. 49.0000.2013.011065-5/OEP**

CERTIDÃO

Certifico que, em sessão do Órgão Especial, realizada no dia 29/08/2016, o julgamento do processo em referência foi suspenso em razão do pedido de vista concedido ao Conselheiro Federal Ibaneis Rocha Barros Junior (DF).

Brasília, 30 de agosto de 2016.

^{KS}
Karina Haeser dos Santos
Técnica Jurídica do Órgão Especial

^{Luana}
Luana Silva de Souza Fernandes
Coordenadora do Órgão Especial



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



236ª Sessão Ordinária do Órgão Especial
Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

Incluído na pauta de: 23/02/2016.

Consulta n. 49.0000.2013.011065-5/OEP.

Origem: Processo Originário. (APENSO: Consulta n. 49.0000.2016.006966-7/OEP.
Assunto: Exercício da Advocacia por servidores do Tribunal de Contas do Brasil.
Consulente: Procurador do M.Público de Contas do Paraná – Michel Richard Reiner).
Assunto: Incompatibilidade para o exercício da advocacia. Cargo de provimento efetivo ou em comissão. Tribunais e Conselhos de Contas. Conselho Seccional. Anotação. Nulidade de atos. Pedido de inscrição. Alcance da expressão "membros" (art. 28, II, do EAOAB).

Consulente: Presidente da OAB/Pará – Gestão 2013/2016, Jarbas Vasconcelos.

Interessado: Conselho Seccional da OAB/Pará.

Relator: Conselheiro Federal Maurício Gentil Monteiro (SE).

Presidente: Conselheiro Federal Luiz Viana Queiroz (BA).

Secretário "ad hoc": Conselheiro Federal Luiz Saraiva Correia (AC).

CERTIDÃO

Certifico que o Órgão Especial, ao apreciar o processo em referência, em sessão realizada no dia 11/06/2019, proferiu a seguinte decisão: "Após a manifestação dos Conselheiros Luiz Cláudio Silva Allemand (ES), Sergio Ludmer (AL) e Felipe Sarmiento Cordeiro (AP), o julgamento foi suspenso em razão da designação da Conselheira Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave (RN) como revisora, com fundamento no art. 94, § 2º, do Regulamento Geral do EAOAB."

Brasília, 13 de junho de 2019.


Luana Silva de Souza Fernandes
Coordenadora do Órgão Especial



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



Consulta n. 49.0000.2013.011065-5/OEP.

Origem: Processo Originário. (APENSO: Consulta n. 49.0000.2016.006966-7/OEP.

Assunto: Exercício da Advocacia por servidores do Tribunal de Contas do Brasil.

Consulente: Procurador do M.Público de Contas do Paraná – Michel Richard Reiner).

Assunto: Incompatibilidade para o exercício da advocacia. Cargo de provimento efetivo ou em comissão. Tribunais e Conselhos de Contas. Conselho Seccional. Anotação. Nulidade de atos. Pedido de inscrição. Alcance da expressão "membros" (art. 28, II, do EAOAB).

Consulente: Presidente da OAB/Pará – Gestão 2013/2016, Jarbas Vasconcelos.

Interessado: Conselho Seccional da OAB/Pará.

Relator: Conselheiro Federal Maurício Gentil Monteiro (SE).

Revisora: Conselheira Federal Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave (RN).

RELATÓRIO

Adoto o relatório elaborado pelo Conselheiro Maurício Gentil Monteiro.

Consulta em apreço foi formulada em 2013 pelo Conselho Seccional da OAB-PA em razão da existência de advogados ocupando cargos de provimento efetivo ou em comissão nos Tribunais e Cortes de Contas, além da significativa quantidade de pedidos de inscrição por servidores de tais tribunais.

A consulta se limita a cinco questões, sendo as quatro últimas decorrentes de resposta positiva da primeira, que podem ser assim sintetizadas: 1) há incompatibilidade para advocacia aos ocupantes de cargos efetivos ou em comissão nos tribunais de contas? 2) Em havendo, deve a seccional providenciar a respectiva anotação nos assentos profissionais? 3) Em havendo, os atos praticados por eles são nulos? 4) Os pedidos de inscrição de tais servidores devem ser indeferidos? 5) Qual o alcance da expressão “membro” constante do art. 28, II da Lei 8906/94?

Apensou-se aos autos outra Consulta (Consulta 2), de n. 49.0000.2016.006966-7, formulada pelo Procurador do Ministério Público de Contas do Paraná Michael Richard Reiner, por força de haver “incongruências na aplicação normativa regente da atuação da advocacia perante os Tribunais de Contas brasileiros, notadamente pelos seus servidores (incidência ou não de vedação à advocacia).”



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



O Consulente 2 pede que a consulta leve em conta a necessidade de se imprimir “uniformidade de tratamento entre as instituições republicanas em jogo (Ministério Público; Judiciário e Tribunais de Contas) e os profissionais do Direito que nelas atuam, bem como fomenta a profissionalização do serviço público e o livre desempenho da advocacia nestes órgãos públicos. ” Destaca, ainda, que cabe exclusivamente à OAB estabelecer tal entendimento e que o tratamento difuso dado pelas diversas seccionais não tem alcançado um tratamento igualitário ao tema.

Continua seu arrazoado afirmando que a questão trata de conferir aos servidores dos Tribunais de Contas o sistema de vedações disposto na Lei 8906/94, como forma de conferir “tratamento isonômico ao imposto aos Ministérios Públicos de Contas, cujos servidores, em sua maioria (para não dizer exclusividade), pertencem aos quadros dos Tribunais de Contas.”

Assevera, em síntese, que os Tribunais de Contas exercem atividade que se assemelha muito à jurisdição, identificando-se com o Poder Judiciário em termos organizativo-operacional e de prerrogativas funcionais. Além disso, afirma que “há outra forte vinculação entre os Tribunais de Contas e o Poder Judiciário (União e Estados): sob os aspectos gerais da legalidade, da legitimidade e da atuação administrativa (gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional), as Cortes de Contas fiscalizam esse Poder.” Assim, “os Tribunais de Contas portam-se como “órgãos subordinantes” e, assim, conectam constitucionalmente, em suas atuações administrativas de controle.”

Continua suas razões destacando que “os Tribunais de Contas, além da relação organizativo-operacional com o Poder Judiciário e da similaridade com o Ministério Público na geografia constitucional, comungam, (...) atribuições de fiscalização e de controle das atividades governamentais juntamente com o Parquet, em gênero.” Esta característica colocaria sob o mesmo enfoque o Ministério Público especial e o Tribunal de Contas.

Acrescenta o argumento da “profissionalização das funções públicas” em que destaca a inconveniência do exercício da advocacia por servidores dos Tribunais de Contas e finaliza suas razões questionando se não “estariam as Cortes de Contas situadas



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



num privilegiado e injustificado isolamento em relação às demais atividades estatais que se encontram proibidas ao exercício da advocacia em face das importantes funções públicas de fiscalização e julgamento desempenhadas.”

Apresentados Memoriais pelo Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, pugnando pela interpretação restritiva; Juntada também manifestação feita pelo Ministério Público de Minas Gerais, efetivada em resposta a denúncia anônima, em que se defende a interpretação ampla do dispositivo.

O voto do Conselheiro Relator, é no sentido de dar interpretação restritiva ao art. 28, II, EAOAB, limitando-se o termo “membros” aos Ministros do TCU e aos Conselheiros-titulares e Suplentes dos Tribunais de Contas, não alcançando os servidores.

Em apertada síntese, é o que consta dos autos.

VOTO

Farei a análise conjunta dos questionamentos e argumentos lançados em ambas as consultas, uma vez que a análise da questão em abstrato se cinge, inicialmente, à aferição se há ou não incompatibilidade para o exercício da advocacia pelos servidores dos Tribunais de Contas, uma vez que todos os argumentos lançados pelo “Consulente 2” estão diretamente relacionados à resposta da questão colocada. Apenas no caso de resposta positiva os questionamentos feitos pelo “Consulente 1” ganham relevância, pois que tratam das consequências de tal incompatibilidade.

O relatório apresentado pelo Conselheiro Maurício Gentil é bastante claro quanto à compreensão da amplitude do termo “membro” disposto no art. 28, II. Fundamentado em farta doutrina e em interpretação sistêmica do texto constitucional, entendeu pela interpretação restritiva do dispositivo, considerando que a incompatibilidade se restringe aos membros dos Tribunais, e que o termo “membro” faz referência apenas aos Conselheiros e Ministros dos Tribunais de Contas, não incluindo os demais servidores. Os demais quesitos da primeira consulta restaram prejudicados.



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



Num primeiro momento, é necessário dizer que, sob o ponto de vista ontológico, todos os servidores dos Tribunais de Contas – tenham eles função de julgar ou não – fazem parte de uma estrutura que não se compatibiliza com o exercício da advocacia.

Em outras palavras, independentemente das funções realizadas por cada um dos servidores que atuam junto ao Tribunal de Contas - seja em cargos administrativos ou em cargos que detenham poder decisório – é certo que a incompatibilidade não decorre das atividades desenvolvidas pelo interessado: o que é incompatível é o fato de pertencer a esta estrutura. A estrutura do Tribunal de Contas é que é incompatível com o exercício da advocacia, não decorrendo a incompatibilidade do fato de exercer ou não função de julgamento ou fiscalização.

Entretanto, o fato de ser ontologicamente incompatível com a advocacia não é suficiente para que haja efetiva restrição ao exercício profissional. Isso porque a Constituição Federal estabelece de maneira expressa que as limitações à liberdade do exercício profissional devem decorrer exclusivamente da lei¹.

De acordo com a adequada hermenêutica constitucional, as normas que impõem restrição devem sempre ser interpretadas de maneira restritiva, de modo que os incisos do art. 28 do EAOAB devem ser interpretados restritivamente.

Veja-se que, a própria lei 8906/94, talvez para deixar mais claro aquilo que já estava previsto no art. 28, II, optou por expressar a incompatibilidade dos demais ocupantes de cargos no Poder Judiciário no inc. IV² do dispositivo, o que remete à inequívoca conclusão de que o legislador deu tratamento diferenciado aos chamados “membros de tribunais” e aos “demais ocupantes de cargos nesses tribunais”, enquadrando os primeiros na hipótese do inc. II e os demais, na previsão contida no inc. IV do referido art. 28 da Lei 8906/94.

¹ Art. 5o. (...) XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

² Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades: I - chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Poder Legislativo e seus substitutos legais; II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta; (...) IV - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro;



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



Assim, embora os “demais ocupantes de cargos” dos Tribunais de Contas, incluindo-se aí todos aqueles que não atuem como julgadores - tampouco os que possam, em tese, substituí-los – sejam, ontologicamente, membros em sentido amplo de uma estrutura incompatível com a advocacia, a previsão legal disposta no art. 28 do EAOAB não faz referência expressa a esses profissionais.

Acrescente-se, ainda, o fato de diversas seccionais (a exemplo de Roraima e Alagoas) não apresentarem resistência à inscrição de auditores externos dos diversos Tribunais de Contas, o que traz situação grave insegurança jurídica.

Nesta perspectiva, e por ser a liberdade de atuação a regra garantida constitucionalmente, as limitações ao exercício profissional devem estar expressamente previstas em lei, devendo-se interpretar sempre de maneira restritiva as normas limitadoras de direitos. E assim deve ser feito com o art. 28, II do EAOAB, conferindo à expressão “membro” interpretação restritiva, limitando-se a incompatibilidade para o exercício da advocacia aos integrantes do Tribunal que exercem - efetiva ou potencialmente - a função de julgar.

Por estas razões, voto assim como o Relator, no sentido de que a incompatibilidade prevista no art. 28, II seja aplicada exclusivamente aos conselheiros dos Tribunais de Contas que exerçam a função de julgamento – ainda que em substituição, ou seja, àqueles que se enquadrem no conceito restrito de “membro”. Aos demais servidores deve-se permitir a inscrição com a anotação de impedimento para advogar contra a fazenda que lhes remunera, nos termos do art. 30, I da Lei 8906/94.

É como voto.

Brasília, 17 de setembro de 2019.


Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave
Revisora



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



Consulta n. 49.0000.2013.011065-5/OEP.

Origem: Processo Originário.

Assunto: Consulta. Incompatibilidade para o exercício da advocacia. Cargo de provimento efetivo ou em comissão. Tribunais e Conselhos de Contas. Conselho Seccional. Anotação. Nulidade de atos. Pedido de inscrição. Alcance da expressão "membros" (art. 28, II, do EAOAB).

Consulente: Presidente do Conselho Seccional da OAB/Pará – Gestão 2013/2016, Jarbas Vasconcelos.

Interessado: Conselho Seccional da OAB/Pará.

Relator: Conselheiro Federal José Guilherme Carvalho Zagallo (MA).

Redistribuído: Conselheiro Federal Maurício Gentil Monteiro (SE).

Ementa n. 078 /2019/OEP. CONSULTA. ALCANCE DA EXPRESSÃO “MEMBROS” CONSTANTE DO INCISO II DO ART. 28 DA LEI Nº 8.906/94, NO QUE SE REFERE AOS TRIBUNAIS E CONSELHOS DE CONTAS. SERVIDORES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS. INEXISTÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE COM A ADVOCACIA. NÃO ENQUADRAMENTO.

1. As hipóteses legais de incompatibilidade com a advocacia devem ser interpretadas restritivamente, sob pena de ferimento à liberdade fundamental de exercício profissional;

2. A expressão “membros” é utilizada na Constituição para designar, na linguagem de Celso Antônio Bandeira de Mello para definir agentes políticos, “titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado”;

3. São membros: a) do Poder Executivo: Presidente da República e Ministros de Estado (na esfera federal), Governadores e Secretários (na esfera estadual e distrital), Prefeitos e Secretários (na esfera municipal); b) do Poder Legislativo: Deputados Federais e Senadores (na esfera federal), Deputados Estaduais e Distritais (na esfera estadual e distrital), Vereadores (na esfera municipal); c) do Poder Judiciário: os magistrados, os juízes, de todas as instâncias em todos os órgãos do Poder Judiciário (descritos no Art. 92 da Constituição); d) do Ministério Público: os Procuradores da República, Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça; e) do Tribunal de Contas: Ministros do TCU, Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Municípios do Rio de Janeiro e São Paulo;

4. Ao se referir a “membros” de órgãos do Poder Judiciário, a norma está se referindo aos magistrados, aos juízes, de todas as instâncias, mas não aos servidores titulares de cargos públicos ou funções no âmbito do Poder Judiciário; de igual forma, ao se referir a “membros” de órgãos do Ministério Público, a norma está se referindo aos promotores, procuradores, e não aos servidores titulares de cargos públicos ou funções no âmbito do Poder Judiciário; também assim quando se refere a “membros” de órgãos dos



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

tribunais e conselhos de contas, a norma está se referindo aos Conselheiros e Ministros dos Tribunais de Contas, não aos seus servidores;

5. A expressão membros constante do inciso II do Art. 28 da Lei n. 8.906/94, no que tange aos tribunais e conselhos de contas, abrange apenas os Ministros do Tribunal de Contas da União e os Conselheiros dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Estados e dos Municípios do Rio de Janeiro e São Paulo, não alcançando os servidores desses mesmos Tribunais e Conselhos.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros do Órgão Especial do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o *quorum* exigido art. 92 Regulamento Geral, por maioria, em responder à consulta, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 17 de setembro de 2019.


Luiz Viana Queiroz
Presidente


Maurício Gentil Monteiro
Relator



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



238ª Sessão Ordinária do Órgão Especial
Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

Incluído na pauta de: 19/03/2019.

Consulta n. 49.0000.2013.011065-5/OEP.

Origem: Processo Originário. (APENSO: Consulta n. 49.0000.2016.006966-7/OEP. Assunto: Exercício da Advocacia por servidores do Tribunal de Contas do Brasil. Consulente: Procurador do M.Público de Contas do Paraná – Michel Richard Reiner).

Assunto: Incompatibilidade para o exercício da advocacia. Cargo de provimento efetivo ou em comissão. Tribunais e Conselhos de Contas. Conselho Seccional. Anotação. Nulidade de atos. Pedido de inscrição. Alcance da expressão "membros" (art. 28, II, do EAOAB).

Consulente: Presidente da OAB/Pará – Gestão 2013/2016, Jarbas Vasconcelos.

Interessado: Conselho Seccional da OAB/Pará.

Relator: Conselheiro Federal Maurício Gentil Monteiro (SE).

Revisora: Conselheira Federal Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave (RN).

Presidente: Conselheiro Federal Luiz Viana Queiroz (BA).

Secretária *ad hoc*: Conselheiro Federal José Augusto de Araújo Noronha (PR)

CERTIDÃO

Certifico que o Órgão Especial, ao apreciar o processo em referência, em sessão realizada no dia 17/09/2019, proferiu a seguinte decisão: “Na presença da Diretora Jurídica da Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil – ANTC, Kasla Garcia Gomes Tiago de Souza OAB/MS 8226, e do Coordenador Jurídico do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe – TCSE, Marcos Torres de Brito, o relator submeteu ao colegiado a questão preliminar do pedido da ANTC e do TCSE de ingresso nos autos como amicus curiae, ressaltando o seu indeferimento monocrático, sob o fundamento de já ter sido iniciado o julgamento, e justificando a submissão ao colegiado em razão da subsequente apresentação de pedido de reconsideração. Em seguida, após as manifestações dos Conselheiros José Augusto de Araújo Noronha (PR), Luciana Diniz Nepomuceno (MG), Joaquim Felipe Spadoni (MT), Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave (RN), que suscitou divergência, Sergio Ludmer (AL) e Rogério Magnus Varela Gonçalves (PB), decidiu o Órgão Especial, por 15 votos (RO, RR, SP, SE, TO, AC, AL, AP, AM, BA, MT, MS, MG, PA e PB) a 08 (RN, RS, CE, DF, GO, MA, PR e PE), indeferir o pedido de ingresso da ANTC e do TCSE como amicus curie. Em seguida, quanto ao mérito da consulta, após a exposição da síntese do voto do Relator e da leitura do voto da Revisora, que acompanhou o entendimento do Relator, manifestaram-se os Conselheiros Rogério Magnus Varela Gonçalves (PB), que suscitou divergência, Guilherme Octávio Batochio (SP), Sandra Krieger Gonçalves (SC), José Augusto Araújo de Noronha (PR), Marcello Terto e Silva (GO), Sergio Ludmer (AL), Aniello Miranda Aufiero (AM), Francisco Queiroz Caputo Neto (DF), Daniel Blume (MA), Rodolpho César Maia de Moraes (RR) e Alex Souza de



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



Moraes Sarkis (RO). Não havendo outras manifestações, decidiu o Órgão Especial, por 22 votos (AC, AL, AP, AM, BA, CE, DF, GO, MA, MT, MS, MG, PA, PR, PE, PI, RN, RO, RR, SP, SP e SE) a 02 votos (PB e TO), responder à consulta, nos termos do voto do Relator.”.

Brasília, 24 de setembro de 2019.


Karina Haeser dos Santos
Técnica Jurídica do Órgão Especial


Luana Silva de Souza Fernandes
Coordenadora do Órgão Especial



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



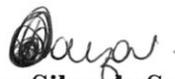
Ref.: Consulta n. 49.0000.2013.011065-5/OEP.

CERTIDÃO DE DISPONIBILIZAÇÃO/PUBLICAÇÃO DE ACÓRDÃO

Certifico que a ementa do acórdão de fls. 27/42, 78/84 foi disponibilizada no Diário Eletrônico da OAB do dia 03/10/2019, p. 4, com publicação no dia 04/10/2019, cf. documento juntado às fls. 88/89.

Brasília, 03 de outubro de 2019.

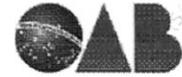

Karina Haeser dos Santos
Técnica Jurídica do Órgão Especial


Luana Silva de Souza
Coordenadora do Órgão Especial



DIÁRIO ELETRÔNICO

Ordem dos Advogados do Brasil

88
3

Ano I N.º 194 | quinta-feira, 3 de outubro de 2019 | Página: 4

Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei n. 8.906/94): “Art. 69. ... § 2º No caso de atos, notificações e decisões divulgados por meio do Diário Eletrônico da Ordem dos Advogados do Brasil, o prazo terá início no primeiro dia útil seguinte à publicação, assim considerada o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário.”

Conselho Federal

Distrito Federal, data da disponibilização: 03/10/2019

ÓRGÃO ESPECIAL

ACÓRDÃO

CONSULTA N. 49.0000.2013.011065-5/OEP.

(APENSO: Consulta n. 49.0000.2016.006966-7/OEP. Assunto: Exercício da Advocacia por servidores do Tribunal de Contas do Brasil. Consulente: Procurador do Ministério Público de Contas do Paraná – Michel Richard Reiner). Assunto: Incompatibilidade para o exercício da advocacia. Cargo de provimento efetivo ou em comissão. Tribunais e Conselhos de Contas. Conselho Seccional. Anotação. Nulidade de atos. Pedido de inscrição. Alcance da expressão “membros” (art. 28, II, do EAOAB). Consulente: Presidente do Conselho Seccional da OAB/Pará – Gestão 2013/2016 - Jarbas Vasconcelos do Carmo. Interessado: Conselho Seccional da OAB/Pará. Relator: Conselheiro Federal Maurício Gentil Monteiro (SE). EMENTA N. 078/2019/OEP. CONSULTA. ALCANCE DA EXPRESSÃO “MEMBROS” CONSTANTE DO INCISO II DO ART. 28 DA LEI N. 8.906/94, NO QUE SE REFERE AOS TRIBUNAIS E CONSELHOS DE CONTAS. SERVIDORES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS. INEXISTÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE COM A ADVOCACIA. NÃO ENQUADRAMENTO. 1. As hipóteses legais de incompatibilidade com a advocacia devem ser interpretadas restritivamente, sob pena de ferimento à liberdade fundamental de exercício profissional; 2. A expressão “membros” é utilizada na Constituição para designar, na linguagem de Celso Antônio Bandeira de Mello para definir agentes políticos, “titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado”; 3. São membros: a) do Poder Executivo: Presidente da República e Ministros de Estado (na esfera federal), Governadores e Secretários (na esfera estadual e distrital), Prefeitos e Secretários (na esfera municipal); b) do Poder Legislativo: Deputados Federais e Senadores (na esfera federal), Deputados Estaduais e Distritais (na esfera estadual e distrital), Vereadores (na esfera municipal); c) do Poder Judiciário: os magistrados, os juízes, de todas as instâncias em todos os órgãos do Poder Judiciário (descritos no Art. 92 da Constituição); d) do Ministério Público: os Procuradores da República, Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça; e) do Tribunal de Contas: Ministros do TCU, Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Municípios do Rio de Janeiro e São Paulo; 4. Ao se referir a “membros” de órgãos do

Poder Judiciário, a norma está se referindo aos magistrados, aos juízes, de todas as instâncias, mas não aos servidores titulares de cargos públicos ou funções no âmbito do Poder Judiciário; de igual forma, ao se referir a “membros” de órgãos do Ministério Público, a norma está se referindo aos promotores, procuradores, e não aos servidores titulares de cargos públicos ou funções no âmbito do Poder Judiciário; também assim quando se refere a “membros” de órgãos dos tribunais e conselhos de contas, a norma está se referindo aos Conselheiros e Ministros dos Tribunais de Contas, não aos seus servidores; 5. A expressão membros constante do inciso II do Art. 28 da Lei n. 8.906/94, no que tange aos tribunais e conselhos de contas, abrange apenas os Ministros do Tribunal de Contas da União e os Conselheiros dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Estados e dos Municípios do Rio de Janeiro e São Paulo, não alcançando os servidores desses mesmos Tribunais e Conselhos. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros do Órgão Especial do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o *quorum* exigido art. 92 Regulamento Geral, por maioria, em responder à consulta, nos termos do voto do Relator. Brasília, 17 de setembro de 2019. Luiz Viana Queiroz, Presidente. Maurício Gentil Monteiro, Relator.

Documento assinado digitalmente conforme MP
nº2.200-2 de 24/08/2001, que instituiu a Infraestrutura de
Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil