
A CONSTITUCIONALIDADE DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PRIVADA PELOS ADVOGADOS PÚBLICOS FEDERAIS

*CONSTITUTIONALITY OF THE PRACTICE OF LAW IN
THE PRIVATE SPHERE BY FEDERAL GOVERNEMENT
ATTORNEY*

*Renata Cedraz Ramos Felzemburg
Especialista em Advocacia Pública
Procuradora Federal da Advocacia Geral da União
Procuradoria Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS no estado de Sergipe*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Advocacia Geral da União na Constituição Federal de 1988; 1.1 As Funções Institucionais do Advogado Público Federal; 2 Direito Fundamental ao Livre Exercício Profissional; 3 A Aplicação da Lei Nº 8.906/1994: Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Eoab); 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo realizar um estudo sobre a constitucionalidade do exercício da advocacia na esfera privada, por advogados públicos federais. Inicia-se com a análise da posição da Advocacia-Geral da União (AGU) na Constituição Federal e a sua condição de Função Essencial à Justiça, bem como apresenta as competências constitucionais reservadas aos seus membros e dos seus órgãos vinculados, enfatizando a compatibilidade com a advocacia fora das mencionadas competências. Seguindo o estudo do texto constitucional, reserva-se um tópico para exame sobre o livre exercício da profissão (artigo 5º, inciso XIII), ressaltando a máxima efetividade deste direito fundamental e a preservação do seu núcleo essencial, que é a liberdade, cuja regulamentação por lei deve respeitar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Por essa razão defende-se que o artigo 28, inciso I, da Lei Orgânica da AGU (LOAGU) é inconstitucional, uma vez que tolhe o exercício da advocacia privada aos membros da Instituição. Estuda também a aplicação do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB) aos advogados públicos federais, demonstrando que os membros da AGU e de seus órgãos vinculados são efetivamente advogados, cuja profissão está regulamentada pelo EOAB. Evidencia que esta lei revogou o artigo 28, inciso I, da LOAGU, uma vez que, a nova lei disciplinou a questão de maneira diversa, autorizando ao advogado público o direito ao exercício da advocacia privada, ressalvado o impedimento de exclusividade específica em relação à atuação contra a Fazenda Pública que o remunera. Por fim, conclui-se que os membros da AGU e de seus órgãos vinculados estão tolhidos do exercício desse direito fundamental, por força de previsão legal que contraria a Constituição brasileira e o ordenamento jurídico nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Geral da União; competência; advocacia pública federal; advocacia privada; Constituição brasileira.

ABSTRACT: This article aims to conduct a study on the constitutionality of the practice of law in the private sphere by federal government lawyers. It begins with the analysis of the position of the General Union Advocacy (AGU) in the Federal Constitution and its condition as Essential Function to justice as well as the constitutional powers reserved to its members and its related bodies, emphasizing the compatibility with advocacy outside the mentioned jurisdiction. Following the study of the Constitution, a topic is reserved, to take on the free exercise of the profession (Article 5, paragraph XIII), highlighting the maximum effectiveness of this fundamental right and the preservation of its essential core, which is freedom, whose regulation by law must respect

the principles of proportionality and reasonableness. Therefore it is argued that Article 28, paragraph I, of the Organic Law of the AGU (LOAGU) is unconstitutional as it hinders the practice of private law to the members of the institution. It also studies the application of the Statute of Law and Order of Brazilian Advocacy (EOAB) to federal government lawyers, demonstrating that members of AGU and its related agencies are effectively lawyers whose profession is regulated by EOAB. It also shows that this law repealing Article 28, paragraph I, of LOAGU, since the new law regulated the question differently, allowing the public advocate the right to exercise private practice, except for the specific exclusivity impediment in relation to performance against the Treasury that remunerate them. Finally, it is concluded that members of AGU and its related agencies are hindered of the exercise of this fundamental right, by virtue of legal provision which is contrary to the Brazilian Constitution and national law.

KEYWORDS: General Union Advocacy; competence; federal public law; private practice; Brazilian constitution.

INTRODUÇÃO

O tema abordado neste artigo trata da análise da constitucionalidade do exercício da advocacia privada por advogados públicos, notadamente os advogados públicos federais. A motivação para este estudo foi a celeuma envolvendo o Professor e Advogado Doutor Luiz Edson Fachin, indicado pela Presidente Dilma Rousseff para ocupar a vaga do Professor Doutor Joaquim Barbosa no Supremo Tribunal Federal. Este tema foi largamente debatido na imprensa nacional, haja vista que o Doutor Luiz Edson Fachin, havia exercido a advocacia privada durante o período que ocupou o cargo de procurador do estado do Paraná. A celeuma foi instaurada em face do impedimento ao exercício da advocacia fora de suas funções institucionais, por parte dos procuradores estaduais, expressa no art.125, §3º, da Constituição do estado do Paraná promulgada em 05 de outubro de 1989. (1)

O fato gerou controvérsias sobre a existência ou não da necessária reputação ilibada do jurista indicado para ocupar o cargo de ministro do Supremo.

Diante do empasse e do embate político partidário gerado pelo questionamento acerca da conduta do possível futuro Ministro do Supremo, as notícias veiculadas pela mídia nacional reportam que determinados congressistas, notadamente o senador da República Álvaro Dias, solicitou à consultoria do Senado Federal um estudo sobre a legalidade da atuação

do Doutor Luiz Edson Fachin como advogado privado e público, concomitantemente¹.

A análise sobre o preenchimento do requisito da reputação ilibada por Luiz Edson Fachin, diante do exercício da advocacia privada durante o tempo em que ocupou o cargo de procurador do estado do Paraná foi realizada pelo consultor legislativo do Senado Federal Fernando Trindade, através de Nota Informativa nº 1.501, de 2015, e está fundamentada em premissas jurídicas que podem se amoldar à situação dos membros da Advocacia-Geral da União e dos órgãos vinculados². Explica trecho da referida Nota:

De outra parte, cabe também registrar que em julho de 1994 deu entrada no mundo jurídico o novo Estatuto da OAB, a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, tanto quanto o Estatuto até então vigente, lei federal, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República.

Essa Lei, que permanece vigente até o presente momento, no seu art. 28 estatui que o exercício da advocacia é incompatível (vale dizer não pode ocorrer em hipótese alguma), com certos cargos e funções públicas, onde não estão incluídos os procuradores dos Estados, até por dedução lógica, pois a sua função básica é o exercício da advocacia em prol do poder público estadual.

Ademais, o art. 29, também do vigente Estatuto da OAB, estatui que 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.

Por outro lado, o art. 30, ainda do Estatuto da OAB ora vigente, arrola os profissionais que são impedidos de exercer a advocacia em determinadas situações.

1 Com o intuito de ilustrar a repercussão do fato na mídia, citem-se o artigo publicado no sítio eletrônico Consultor Jurídico com o seguinte título: "Parecer no Senado diz ser legal Fachin ter advogado quando era procurador". Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 27 maio 2015 e a matéria do jornal Estadão sobre o assunto, intitulado: "Meio jurídico diverge sobre exercício de dupla atividade". Disponível em: <www.politica.estadao.com.br>. Acesso em: 27 maio 2015.

2 Nota Informativa Nº 1.501, DE 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/nota-fachin-advogado-quando-procurador.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2015.

Assim, são impedidos de exercer a advocacia contra a Fazenda Pública que os remunerare ou à qual seja vinculada a entidade empregadora os servidores da administração direta, indireta e fundacional e também os membros do Poder Legislativo, em seus diferentes níveis, contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público.³

Cabe registrar que a Nota mencionada foi posterior à outra manifestação jurídica da lavra do consultor legislativo João Trindade Cavalcante Filho, que havia chegado à conclusão antagônica de que “*a atuação no âmbito da advocacia privada, concomitantemente com o exercício do cargo de Procurador do Estado, viola, prima facie, o ordenamento legal.*” Todavia, não prosperou o entendimento, haja vista que após sabatina no Senado Federal, o nome do Doutor Fachin foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal⁴ para ocupar o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal.

Diante desse fato político, surgiu a ideia do estudo sobre a existência no ordenamento jurídico entre o tratamento constitucional dispensado aos procuradores do estado e aos advogados públicos federais no que tange o exercício da atividade profissional da advocacia.

O estudo tem como objetivo analisar a constitucionalidade do exercício da advocacia privada pelos advogados públicos, notadamente os advogados públicos federais, haja vista a cláusula de exclusividade inserida no artigo 28, inciso I, da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (artigo 28 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

Entende-se que este estudo é importante na medida em que visa esclarecer se há provável diferenciação desarrazoada de tratamento dispensado no âmbito do poder executivo federal, bem como se a perpetuação dessa desigualdade de tratamento destinada aos membros da Advocacia-Geral da União (AGU) e dos órgãos vinculados representa uma arbitrariedade, haja vista que diariamente os advogados públicos federais podem estar sendo obrigados a renunciar o direito fundamental ao livre

3 Nota Informativa N° 1.385, DE 2015, relativa à STC no 2015-03673, do Senador Ricardo Ferraço, que solicita a análise sobre a legislação federal e estadual, acerca da possibilidade de os procuradores do Estado do Paraná exercerem a advocacia, à luz do caso do Sr. Luiz Edson Fachin. Disponível em: <<http://jota.info/consultoria-do-senado-diz-que-fachin-advogou-ilegalmente>> Acesso em: 4 jun. 2015.

4 Por 20 votos favoráveis e 7 contrários, os senadores membros da CCJ (Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania) aprovaram o nome do professor e jurista Luiz Edson Fachin para ocupar a vaga deixada por Joaquim Barbosa como ministro do STF (Supremo Tribunal Federal).” Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2015/05/12/apos-12-horas-de-sabatina-fachin-e-aprovado-por-comissao-do-senado>>. Acesso em: 04 jun 2014.

exercício profissional, mesmo gozando de aptidão necessária disciplinada pelo Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB).

O trabalho será fundamentalmente baseado na doutrina e na legislação nacional.

Os textos doutrinários sobre a matéria investigada são escassos, vez que o tema não foi muito explorado pelos juristas; contudo, há a pretensão de se obter o conteúdo para o desenvolvimento desta pesquisa nos artigos acadêmicos, nas orientações normativas da própria Advocacia-Geral da União, jurisprudência pátria, textos jornalísticos, pareceres jurídicos, livros doutrinários e sites especializados.

Parte-se da premissa de que o exercício profissional da advocacia privada é uma prerrogativa legal prevista no Estatuto da Advocacia (artigos 22 e 30 da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994) e, sendo assim, questiona-se o cabimento e a constitucionalidade da vedação imposta pelo Poder Executivo federal aos membros da Advocacia-Geral da União, assim como quais os fundamentos jurídicos que embasam a vedação contida na Lei Orgânica citada.

Dessa maneira, é objeto deste estudo a aplicação do Estatuto da Advocacia aos membros da Advocacia Geral da União (AGU) e de seus órgãos vinculados, assim como a existência ou não da compatibilidade da regulamentação profissional e impedimento ditado pela Lei Orgânica da AGU (LOAGU), haja vista que o Estatuto corrobora o texto constitucional, na medida em que confere ampla eficácia ao direito fundamental ao livre exercício profissional, consagrado no artigo 5º, inciso XIII⁵ da Constituição Federal, aos profissionais inscritos na Ordem de Advogados do Brasil (OAB).

A proposta deste artigo constitui-se das seguintes etapas: inicialmente, analisar o tratamento constitucional destinado à advocacia pública federal, para investigar no texto da Carta Magna, se existem previsões de vedações dirigidas aos respectivos membros que tenham o condão de aniquilar o direito ao exercício da advocacia privada. Em seguida, apresentar quais são as funções institucionais reservadas pelo ordenamento jurídico nacional, para a Advocacia Geral da União e aos seus órgãos vinculados, visando explicitar se existe a incompatibilidade funcional entre o exercício do múnus e da profissão de advogado.

Nessa perspectiva, pretende-se tratar do direito fundamental da liberdade de profissão, da sua eficácia e aplicabilidade, e, por consequência, estudar a constitucionalidade da vedação ao exercício profissional imposto pelo artigo 28, inciso I, da Lei Complementar nº 73/1993.

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

Aprofundando um pouco mais a pesquisa, pretende-se fazer uma exposição sobre o artigo 3º, §1º, da Lei nº 8.906/1994 e a sua aplicação no que tange à regulamentação das funções institucionais exercidas pelos advogados públicos federais e, especialmente, o exercício da advocacia privada.

Finalmente, prosseguindo neste exame da aplicabilidade da Lei nº 8.906/1994 aos membros da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados, serão abordadas as situações das incompatibilidades e impedimentos para o exercício profissional da advocacia, a fim de se obter uma conclusão sobre a validade da disciplina desta matéria pela Lei Complementar nº 73 de 10 de fevereiro de 1993.

1 A ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição brasileira de 1988 criou a Advocacia-Geral da União. Anteriormente, a defesa do patrimônio público federal e dos interesses da União em juízo, era patrocinada pelo Ministério Público Federal. Os membros do *parquet*, além do ofício típico da instituição, exerciam também o múnus de advogados da União. Nas palavras de José Afonso da Silva (2), “a Constituição desfez o bifrontismo que sempre existiu no Ministério Público Federal, cujos membros exerciam cumulativamente as funções de Ministério Público e de Procuradores da República no exercício da advocacia da União” (p. 589). A competência para representar a União Federal em juízo não é compatível com as atribuições típicas do Ministério Público; ao contrário, existe, em determinadas situações, um antagonismo evidente entre tais atribuições e a advocacia pública federal, haja vista que a defesa dos atos administrativos e dos próprios agentes públicos podem se contrapor, e não raras vezes se contrapõem, com ações judiciais promovidas pelo próprio *parquet*.

Sendo assim, a Advocacia-Geral da União foi criada exatamente para cumprir competência constitucional da mais alta relevância para o Estado brasileiro. Aos seus membros e a seus órgãos vinculados, cumprem a representação judicial e extrajudicial da União, bem como as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, consoante expressa disciplina do artigo 131 da Constituição:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar o que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

No texto constitucional, a Advocacia-Geral da União está inserida no capítulo IV (“Das funções essenciais à justiça”) do título IV (“Da organização dos Poderes”), cujas competências servem à consecução do Estado Democrático de Direito.

Consoante o próprio texto constitucional, a Advocacia-Geral da União é essencial, portanto imprescindível ao funcionamento do Poder Judiciário⁶. Gilmar Ferreira Mendes (3) esclarece a relevância:

São também funções essenciais à Justiça a Advocacia Pública e Privada e a Defensoria Pública. O constituinte não as tratou com a minúcia que devotou ao Ministério Público – opção que não deve ser interpretada como valoração diferente da relevância dos entes que compõem esse capítulo da Carta. Todos, dentro de suas peculiaridades, são fundamentais para a realização da Justiça. (p.p. 946-947)

Verifica-se que não existem patamares hierárquicos entre as instituições que desempenham as funções essenciais à justiça. As competências reservadas aos procuradores da República e aos promotores de justiça, aos defensores públicos, aos advogados públicos e privados, estão delimitadas pelo texto da Carta Magna e são, igualmente, indispensáveis ao funcionamento do Poder Judiciário.

É interessante apontar que a Constituição trata separadamente o múnus da Advocacia pública, nos seus artigos 131 e 132, e o exercício da Advocacia, no artigo 133.

6 O Professor José Afonso assevera o seguinte: “Nisso se acha a justificativa das *funções essenciais à justiça*, compostas por todas aquelas atividades profissionais públicas ou privadas, sem as quais o Poder Judiciário não pode funcionar ou funcionará mal”. São procuratórias e propulsoras da atividade jurisdicional, institucionalizadas nos arts. 127 a 135 da Constituição de 1988, discriminadamente: o *Advogado*, o *Ministério Público*, a *Advocacia-Geral da União*, os *Procuradores dos Estados e do Distrito Federal* (representação das unidades federadas) e a *Defensoria Pública*. (Cf. SILVA, José Afonso de. op., cit., p. 581)

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (4), fundamentado no texto constitucional, traça a separação dos ministérios advocatícios *lato sensu* e suas atuações:

5. A especialização de funções advocatícias que se vem processando desde há muito tempo no direito público brasileiro alcança a culminação positiva na Constituição de 1988, com o capítulo dedicado às funções essenciais à justiça, não apenas alcançando a advocacia *lato sensu* ao patamar constitucional, como definido os seus ramos - o privado e os públicos - em função dos interesses cuja a cura lhe são cometidos.

6. Assim é o que se distingue a (1) advocacia privada, com sua manifestação genérica a que cabe a defesa de todos os tipos de interesse, salvo os reservados privativamente às suas manifestações estatais, e (2) advocacia pública, aqui empregada em sentido pleno, subdivididas em três manifestações específicas.

7. Essas três espécies funcionais de advocacia pública, criadas todas pela Carta Política, caracterizam diferentes ministérios públicos da advocacia, distinguidas, bem como pelas suas carreiras, consoante a especial tutela de interesses a que se dirigem: *primo* a advocacia da sociedade, cujas funções se voltam à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conformando o Ministério Público, expressão agora empregada em seu sentido estrito; *secundo*, a advocacia pública das entidades públicas, constituindo, por isso, os diversos ramos da Advocacia de Estado, cujas funções se especializam na defesa dos interesses públicos primários e secundários cometidos aos diversos entes estatais, políticos ou administrativos, *tertio*, a advocacia pública dos hipossuficientes cujas funções se dirigem à defesa dos interesses dos necessitados, constituindo assim a Defensoria Pública.

Com relação ao Ministério Público, é importante sinalizar que seu múnus não se confunde com o ofício do advogado, uma vez que, no feixe de atribuições disciplinado no art. 129 da Constituição Federal, existem atividades que não são compatíveis com o exercício da advocacia, como por exemplo, o exercício do controle externo da atividade policial, requisições de diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial.

Nigro Mazilli (5) afirma que os membros do Ministério Público “*não desempenham atividade de advocacia em sua atuação*”, e explica que, “*o custo social do Ministério Público em defesa dos interesses da coletividade não é pago pelas*

custas do processo, e sim pelos impostos gerais suportados pela população". (p. 523)

O constituinte disciplinou expressamente, no artigo 128, inciso II, letra "b" e artigo 134, §1º da Carta Magna, respectivamente, para os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, a vedação do exercício da advocacia privada. Por outro lado, não há essa proibição para os membros da Advocacia pública.

Observa-se que, especialmente no que se refere aos advogados públicos federais, o artigo 131 da Carta da República disciplina que o ingresso nas carreiras da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados far-se-á mediante concurso público de provas e títulos; a única exceção constitucional é o próprio cargo de Advogado-Geral da União, porque este é de livre nomeação do Presidente da República, entre os cidadãos com reputação ilibada, notável saber jurídico, com mais de 35 (trinta e cinco) anos de idade.

Além do mais, o constituinte destinou para lei complementar a organização e o funcionamento da Advocacia-Geral da União. Portanto, a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que instituiu a lei orgânica da AGU, foi editada com o objetivo de oferecer plena eficácia jurídica ao artigo 131 da Constituição Federal.

Dessa maneira, o texto constitucional não traz a vedação ao exercício profissional da advocacia na seara privada para os membros da Advocacia-Geral da União, assim como não reserva para a lei complementar a disciplina desta prerrogativa.

1.1 AS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DO ADVOGADO PÚBLICO FEDERAL

Dando prosseguimento à análise da disciplina constitucional conferida à Advocacia Geral da União (AGU), o artigo 131 da Carta Magna dispõe as competências dirigidas aos membros da AGU e de seus órgãos vinculados:

- a) a representação judicial e extrajudicial da União;
- b) as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Os membros da Advocacia Geral da União e dos seus órgãos vinculados atuam perante o Poder Judiciário representando a União e suas autarquias e fundações públicas, na defesa judicial do erário, dos atos administrativos e das políticas públicas. Nesses termos, a representação da

Fazenda Pública federal em juízo é feita por advogados públicos investidos em cargos públicos, que detém capacidade postulatória; são seus procuradores judiciais. Leonardo José da Cunha (6) aborda esta questão explicando que,

Em se tratando de Fazenda Pública, sua representação é feita, via de regra, por procuradores judiciais, que são titulares de cargos públicos privativos de advogados regularmente inscritos na OAB, detendo, portanto, capacidade postulatória. Com representação decorrente da lei, é prescindível a juntada de procuração, de forma que os procuradores representam a Fazenda Pública sem necessidade de haver instrumento de mandato, eis que decorre do vínculo legal mantido entre a Administração pública e o procurador. (p.20)

Na defesa do ente público federal, a AGU tem competência constitucional para representar judicialmente os três Poderes da República: Executivo, Legislativo e Judiciário. O Supremo Tribunal Federal proferiu decisão reafirmando a competência constitucional exclusiva da AGU para representar os três Poderes da União. O tema foi analisado no julgamento de Questão de Ordem na Reclamação n.º 8025; a questão foi suscitada porque a defesa judicial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região foi feita por advogado particular, e por isso não foi considerada, pois que cabe exclusivamente à AGU representar judicialmente órgãos que fazem parte da estrutura da União. (7) O raciocínio é igualmente aplicável à representação extrajudicial da União e de suas autarquias e fundações públicas, incluindo todos os órgãos públicos que fazem parte da estrutura da União.

A representação extrajudicial é a atuação realizada pela AGU, em nome da União e sua administração indireta, perante as entidades públicas ou privadas, zelando pelos interesses institucionais dos entes públicos federais. Portanto, não se trata de uma atuação perante o Poder Judiciário, envolvendo litígios judiciais, mas, em outras esferas onde os interesses correlatos com os entes públicos federais estão sendo debatidos, questionados, violados e ou mesmo enfatizados. Exemplificando a atuação da AGU na qualidade de representante extrajudicial, cite-se o trabalho realizado com o Tribunal de Contas da União⁷, os Conselhos públicos ou privados e o Ministério Público⁸.

7 Cite-se o Decreto n.º 7.153 de 09 de abril de 2010, que dispõe sobre a representação e a defesa extrajudicial dos órgãos e entidades da administração federal junto ao Tribunal de Contas da União, por intermédio da Advocacia Geral da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7153.htm> Acesso em: 12 jun. 2015).

8 A Portaria n.º 09, de 16 de junho de 2009, dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pela Consultoria-Geral da União nas tratativas e respectivas assinaturas de Termos de Compromisso de Ajustamento de

Além do mais, os advogados públicos federais têm a atribuição constitucional de atuar como consultores e assessores jurídicos do Poder Executivo. Essa função específica é muito relevante para o Estado brasileiro, porque a atuação da AGU previne a ocorrência de ilegalidade, fraude e improbidade no âmbito da administração pública federal.

O consultor jurídico tem a função primordial de analisar a legalidade dos atos administrativos, viabilizando a atuação administrativa com o fim específico de permitir a concretização das escolhas dos Gestores e agentes políticos, em conformidade com os preceitos constitucionais e legais.

Gustavo Binenbojm (8) destaca o compromisso democrático do Advogado Público, enfatizando o seu papel primordial para a consecução do Estado Democrático de Direito:

Em primeiro lugar, vou abordar o compromisso democrático da Advocacia Pública. Esse compromisso atende à compreensão do nosso papel institucional em relação aos governantes eleitos. O Advogado Público não é um censor, não é um juiz administrativo, nem um Ministério Público interno à Administração Pública. O Advogado Público tem como uma das suas missões institucionais mais nobres e relevantes cuidar da viabilização jurídica de políticas públicas legítimas definidas pelos agentes políticos. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito democraticamente eleitos. O Advogado Público tem o direito, como cidadão, de discordar dessas políticas. Eu diria até que ele tem o dever, se esta for a sua convicção pessoal. Todavia, tem ele o dever funcional de se engajar na promoção e na preservação dessas políticas, desde que elas se mantenham dentro dos marcos da Constituição e das leis em vigor. (p.219)

Existe uma série infindável de ações judiciais patrocinadas pelos advogados privados que não guardam nenhuma relação com as competências dirigidas à AGU, a exemplo das ações de divórcios, inventários, ações penais referentes a crimes não relacionados com a administração pública, ação de despejo, reclamações trabalhistas ajuizadas contra empresas privadas, etc. Nesses litígios o interesse público da União passa ao largo, não existindo qualquer relação com a atuação do advogado público federal.

As funções institucionais dos advogados públicos federais estão bem demarcadas pela Constituição; desse modo, existe base constitucional

Conduta (publicada no Diário Oficial União em 17 de junho de 2009) é outro exemplo de norma que regulamenta a atuação da representação extrajudicial da AGU e seus órgãos vinculados.

para a fixação legal das incompatibilidades entre o exercício da profissão da advocacia e a atuação dos membros da Advocacia Geral da União e de seus órgãos vinculados.

2 DIREITO FUNDAMENTAL AO LIVRE EXERCÍCIO PROFISSIONAL

Os membros da AGU, necessariamente, devem ostentar o título de bacharéis em direito com a devida inscrição na OAB. É indispensável que tenham a habilitação de advogado, haja vista que a capacidade postulatória decorre deste ofício, isto é, os advogados gozam da capacidade técnica-formal para a prática de atos processuais em juízo⁹. Nelson Nery Júnior (9) explica a capacidade postulatória da seguinte maneira:

A lei exige que a parte esteja representada em juízo por quem tem capacidade postulatória. Trata-se de representação técnica, que não se confunde com aquela do CPC 12. Por capacidade postulatória entende-se a aptidão para promover ações judiciais e elaborar defesa em juízo. Há atos processuais cuja prática é privativa do advogado, não podendo ser realizados por estagiários (EOAB 1º, 3º §2º).

A Orientação Normativa CGAGU nº 1/2011¹⁰, emitida pelo Corregedor-Geral da União, determina a obrigatoriedade dos membros

9 Nas palavras de Leonardo José Carneiro da Cunha: “os membros da advocacia pública são advogados, a quem se confere a *capacidade postulatória*, ou seja, a possibilidade de postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário”. (CUNHA. op., cit., p. 20)

10 “O CORREGEDOR-GERAL DA ADVOCACIA DA UNIÃO, no exercício das competências e atribuições previstas nos artigos 5º e 6º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e art. 40, III, do Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, e considerando o despacho do Senhor Advogado-Geral da União constante a fl. 204 do Processo nº 00406.000246/2006-12, bem como a necessidade de orientar a atuação correcional e disciplinar, resolve expedir a presente orientação normativa, de caráter obrigatório a todos os Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais e integrantes do Quadro Suplementar da Advocacia-Geral da União, de que trata o art. 46 da Medida Provisória no 2.229-43, de 6 de setembro de 2001:

É obrigatória a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, por todos os Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais e integrantes do Quadro Suplementar da Advocacia-Geral da União, de que trata o art. 46 da Medida Provisória no 2.229-43, de 6 de setembro de 2011, para o exercício da advocacia pública no âmbito da instituição.

Os membros da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados respondem, na apuração de falta funcional praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontrem investidos, exclusivamente perante a Advocacia-Geral da União, e sob as normas, inclusive disciplinares, da Lei Orgânica da instituição e dos Atos Legislativos que, no particular, a complementem. Indexação: Advogados da União. Procuradores da Fazenda Nacional. Procuradores Federais. Integrantes do Quadro Suplementar. Ordem dos Advogados do Brasil. Inscrição. Obrigatoriedade. Falta funcional. Apuração. Competência exclusiva da Advocacia-Geral da União. Referência: art. 131 da Constituição Federal; arts. 5º, 6º e 32, da Lei Complementar nº 73, de 1993; art. 75, da MP 2.229-23, de 2011; art. 3º da Lei nº 8.906, de 1994; art. 148, da Lei nº 8.112, de 1990; Parecer AGU/MF nº 3/2000, de 20/4/2000, aprovado pelo

da AGU serem inscritos na OAB, o que reafirma de maneira contundente que os membros da advocacia pública federal são advogados.

O artigo 3º, § 1º, do Estatuto da Advocacia preceitua que,

[...] 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.

Nesses termos, uma vez estabelecido que os membros da AGU e de seus órgãos vinculados são advogados, não se pode olvidar que a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XIII, garante a liberdade do exercício da profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Indaga-se, portanto, a constitucionalidade do artigo 28, inciso I, da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993)¹¹, que proíbe expressamente o exercício desse direito fundamental aos advogados públicos federais.

Registre-se que o Estatuto da Advocacia é a lei que regulamenta esta atividade e institui o regime legal a que estão submetidos os respectivos profissionais.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento que envolvia a habilitação profissional do músico, cuja discussão era a validade da determinação que obrigava a inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil e consequente pagamento de anuidade para o exercício do ofício, fixou entendimento de que tal exigência afronta o livre exercício da profissão, considerando que a liberdade é regra¹².

Despacho AGU de 14/7/2000 e Despacho AGU de 10/8/2004 (Processo nº 00400.000438/2000-93); Nota nº 6/2010/CGAU-AGU e Despacho AGU, de 12/2/2010 (Processo nº 00406.00246/2006-12)". Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/270464>>. Acesso em: 14. jun. 2015.

11 Art. 28 da Lei Complementar nº73. 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;

12 "DIREITO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO PROFISSIONAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO. EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO EM CONSELHO PROFISSIONAL. EXCEPCIONALIDADE. ARTS. 5º, IX e XIII, DA CONSTITUIÇÃO. 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. A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 414.426 / SC - SANTA CATARINA, do Tribunal Pleno, Brasília, DF, 01 ago 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 14 jul. 2015.)

No voto de condução do julgamento do caso judicial referido, a relatora do recurso extraordinário, a ministra Ellen Grace, enfatizou que o direito ao livre exercício da profissão é quase absoluto. Segundo ela, qualquer restrição a esta liberdade só se justifica se houver necessidade de proteção do interesse público, ou seja, só deve ser restringida à medida que a atividade profissional exige um conhecimento técnico apurado para o desempenho e garantia da qualidade dos serviços prestados à sociedade. A Ministra exemplifica o ofício dos advogados, por ser profissão que, necessariamente, exige formação acadêmica específica e inscrição no respectivo conselho de classe, haja vista o grau de complexidade técnica que envolve o labor da advocacia e a exigível fiscalização da atuação dos profissionais¹³.

O livre exercício profissional, por ser um direito fundamental, deve ter a sua aplicação imediata, conforme previsão do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal¹⁴. O comando normativo constitucional não pode sofrer aniquilação, vez que, o constituinte originário estabeleceu a liberdade como regra indeclinável, outorgou, apenas, para o legislador ordinário, a modulação da qualificação profissional, cuja regulamentação deve satisfazer critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Portanto, se há a exigência de que os membros da AGU e de seus órgãos vinculados tenham habilitação de advogados, cuja atividade é disciplinada pelo respectivo Estatuto, que regulamenta a qualificação do profissional da advocacia e o regime jurídico que deve seguir, é de se perceber que a proibição ao exercício da advocacia fora das atribuições institucionais não respeita o comando constitucional expresso no artigo 5º, inciso XIII, eis que retira do advogado público a liberdade de exercer o seu ofício, para o qual está habilitado tecnicamente e legalmente.

13 Eis o trecho do voto da Ministra Elen Grace que explica a constitucionalidade de exigências instituídas em lei específica ao exercício profissional: "Daí a exigência de que médicos, psicólogos e enfermeiras, engenheiros e arquitetos, advogados e professores ostentem cursos superiores como requisito para o exercício de suas atividades. Exige-se o registro do diploma, e na maioria dos casos, também o registro profissional perante o conselho criado para fiscalização da atividade. Também é indubitável legítima a exigência de habilitação específica para outras atividades profissionais em que a imperícia implicaria risco grave, como a de motorista." (Quarta e quinta páginas do voto da ministra Ellen Grace. Informação retirada do endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628395>>. Acesso em: 15 jun. 2015).

14 "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: [...] § "1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". (BRASIL, 1988) Gilmar Ferreira Mendes comentando o artigo 5º, §1º, da Constituição explica que: "O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático. Explica-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei – como o que deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário". (op., cit. p. 241)

Pondera-se, todavia, que o exercício da advocacia, fora das suas atribuições institucionais, merece regramento condizente com as competências constitucionais reservadas, privativamente, aos membros da AGU.

No segundo capítulo deste trabalho, cuidou-se de traçar o conjunto de funções da advocacia pública federal. Assim, uma vez demarcado o feixe de atribuições do advogado público, a delimitação da compatibilidade com o exercício da advocacia privada encontra respaldo constitucional.

Acrescente-se que o direito fundamental ao exercício profissional, cuja restrição só é aceitável quando fundamentada em questões de interesse público, respeitados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade¹⁵, pode ser tolhido pelo legislador ordinário com o estabelecimento de restrições arbitrárias.

Canotilho (10) nos explica que os direitos e as liberdades estatuídas na Constituição de um Estado de direito revelam a sua fundamental importância no âmbito da comunidade e o legislador é obrigado a respeitar o núcleo essencial do comando constitucional. Observe-se:

Dizer que o Estado de direito é um Estado de direitos significa, desde logo, que eles regressam ao estatuto de *dimensão essencial* da comunidade política. Não admira, por isso, a sua *constitucionalização*. Estarem os direitos na constituição significa, antes de tudo, que beneficiam de uma tal dimensão de *fundamentalidade* para a vida comunitária que não podem deixar de ficar consagrados, na sua globalidade, na lei das leis, ou lei suprema (a constituição). Significa, em segundo lugar, que, valendo como direito constitucional superior, os direitos e liberdades obrigam o legislador a respeitá-los e a observar o seu núcleo essencial, sob pena de nulidade das próprias leis”.

No âmbito da própria AGU, editaram-se três normas internas com abrandamentos referentes à vedação ao exercício da advocacia fora das atribuições institucionais dos advogados públicos federais, são elas:

a) Portaria nº 758, de 09 de junho de 2009, que dispõe sobre o exercício da advocacia *pro bono* por ocupantes de cargos efetivos de Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal, Procurador do Banco Central ou integrante dos quadros suplementares

15 Nas palavras de Gilmar: “A questão da reserva legal envolve aspectos formais, relacionados com a competência para o estabelecimento de restrição, o processo e a forma de realização, e com aspectos materiais, referentes a exercício dessa competência, principalmente no que concerne às condições das reservas qualificadas, aos limites estabelecidos pelo princípio da proteção ao núcleo essencial, à aplicação do princípio da proporcionalidade e, com ele, o princípio da ponderação”. (MENDES. op., cit. p. 295)

de que trata o art. 46 da Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001; (11)

b) Instrução Normativa Conjunta CGAGU/PGF nº1, de 29 de julho 2009; (12)

c) Orientação Normativa nº 27, de 09 de abril de 2009, do Advogado-Geral da União. (13)

As três normas internas citadas tratam da questão que envolve o exercício da advocacia privada pelos membros da AGU. Esses regulamentos dispõem que apenas em duas situações é possível o exercício do ofício pelos advogados públicos federais: a advocacia *pro bono* e advocacia em causa própria.

As normas internas conduzem a três conclusões irrefutáveis: a primeira, que a própria AGU reconhece a invalidade do art. 28, inciso I, da Lei Complementar, vez que regulamenta um direito, cujo exercício está vedado pela referida lei; a segunda, que essas normas internas são juridicamente inválidas, na medida em que visam regulamentar direito fundamental reservado tão somente à lei específica, que trata da qualificação profissional do advogado, que é exatamente o Estatuto da Advocacia (14); a terceira, e mais importante de todas, caminha no mesmo sentido do artigo 28, inciso I, da Lei Complementar nº 73/1993, e desconsidera o núcleo essencial da liberdade ao exercício profissional e, por esse motivo, não poderia gozar de outra penalidade, que não o reconhecimento das respectivas nulidades, pois afronta diretamente a Carta de 1988. Ricardo Marques de Almeida (15), comentando a respeito das citadas normas internas da AGU, conclui que a própria Administração reconheceu a institucionalidade da Lei Complementar, em suas palavras:

Mesmo não sendo matéria de Lei Complementar, os Regulamentos infralegais acima, que liberaram a advocacia em causa própria e *pro bono*, trouxeram hipóteses de advocacia *fora das atribuições funcionais*. Ao reduzir o campo de incidência da proibição do artigo 28, I da LC 73/93, a Administração negou aplicação à Lei Complementar naquelas hipóteses específicas, o que equivale, segundo a jurisprudência do Supremo, ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade da lei pelo próprio Poder Executivo.

3 A APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.906/1994: ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (EOAB)

Consoante à exposição realizada no capítulo anterior, o Estatuto da Advocacia e da OAB (EOAB), Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, regulamenta a profissão do advogado; nela, está disciplinada a qualificação técnica necessária para a respectiva habilitação, bem como os seus direitos e deveres, seu código de ética, além de dispor sobre a organização da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

O artigo 3º, §1º, do Estatuto¹⁶ diz expressamente que os advogados públicos estão sujeitos à disciplina dessa lei, e não poderia ser diferente, haja vista que eles exercem a advocacia e são profissionais inscritos na OAB.

A Constituição Federal, ao disciplinar o livre exercício profissional, reserva ao legislador ordinário a regulamentação das qualificações profissionais¹⁷. O Estatuto da Advocacia preenche este desiderato constitucional, revelando-se o diploma jurídico hábil a proporcionar a liberdade do exercício profissional, dentro dos parâmetros técnicos e seguros exigíveis para a satisfatória prestação de serviços advocatícios, preservando o interesse público.

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 73/1993 invadiu a seara reservada à lei ordinária prevista no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, e regulamentou a profissão de advogado, quando trata do exercício da advocacia privada por parte dos advogados públicos federais, vedando-o completamente.

Percebe-se que os dispositivos legais que tratam das prerrogativas funcionais dos membros da AGU e de seus órgãos vinculados, não estão no âmbito normativo reservados à lei complementar pelo *caput* do artigo 131 da Constituição Federal de 1988¹⁸, a matéria reservada a tal lei se refere, unicamente, à organização e funcionamento da AGU.

16 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. (BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015)

17 O Supremo Tribunal Federal entende que os incisos I e XVI do art. 22, da Constituição, determinam, respectivamente, competir privativamente à União legislar sobre direito do trabalho e sobre condições para o exercício de profissões. *Vide* ADI nº 601/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, unânime, DJ 20.9.2002; ADI nº 953/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, unânime, DJ 2.5.2003; ADI-MC nº 2.487/SC, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, unânime, DJ 1.8.2003; ADI nº 3.069/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, unânime, DJ 16.12.2005; ADI nº 3.587/DF, Rel. Gilmar Mendes, DJ de 22/2/08.

18 Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser

Dessa maneira, na parte em que a Lei Complementar nº 73/1993 (LOAGU) exorbita a regulamentação do artigo 131, não é considerada, materialmente, lei complementar, mas lei ordinária efetivamente. Esse entendimento foi fruto do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, consoante a seguinte ementa:

EMENTA: Contribuição social sobre o faturamento – COFINS (CF, art. 195, I). 2. Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade. 3. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes. 4. A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 5. Recurso extraordinário conhecido, mas negado provimento. (16)

Gilmar Mendes (3), citando a ADI 789, DJ de 19-12-1994, Rel. Celso de Mello, explica que:

A lei complementar se peculiariza e se define por dois elementos básicos. Ela exige quórum de maioria absoluta para ser aprovada (art.69 da CF) e o seu domínio normativo ‘apenas se estende àquelas situações para as quais a própria Constituição exigiu – de modo expresso e inequívoco – a edição desta qualificada espécie de caráter legislativo’: Onde, portanto, o constituinte não cobrou a regulação de matéria por meio de lei complementar, há assunto para lei ordinária. (p. 836)

Portanto, as prerrogativas funcionais disciplinadas pela LOAGU são, materialmente, dispositivos de lei ordinária, e como tal, encontram-se revogados pelo EOAB, tendo em vista que nos termos do artigo 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “*a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior*”. (17)

Nas palavras de Gilmar Mendes:

A lei ordinária que destoa da lei complementar é inconstitucional, por invadir âmbito normativo que lhe é alheio, e não por ferir princípio

sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 jun. 2015.

de hierarquia das leis. Por outro lado, não será inconstitucional a lei ordinária que dispuser em sentido diverso do que estatui um dispositivo de lei complementar que não trata de assunto próprio de lei complementar. O dispositivo da lei complementar, no caso, vale como lei ordinária e pode-se ver revogado por regra inserida em lei ordinária. Nesse sentido é a jurisprudência do STF. (p. 836)

As incompatibilidades e os impedimentos para o exercício da advocacia estão regulados no Capítulo VII do EOAB. No rol taxativo das situações elencadas nos dispositivos legais, artigos 27 a 30, não existe nenhuma vedação ao exercício da advocacia privada por membros da AGU; limita-se a determinar que Procuradores Gerais e Advogados Gerais e dirigentes de órgão jurídicos da Administração Pública direta, indireta e fundacional são exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exerça, durante o período da investidura (art.29).¹⁹

Portanto, o Estatuto dispõe que, tão somente os advogados públicos que exercem cargos comissionados de chefias de órgãos jurídicos não podem, temporariamente, exercer a advocacia fora das suas atribuições institucionais. Uma vez cessada a investidura no respectivo cargo comissionado ou função de confiança, automaticamente, o membro da advocacia pública retoma a sua prerrogativa.

Thiago D'Ávila (18) traça a diferença entre os impedimentos disciplinados no artigo 29 do EOAB e o impedimento temporário preceituado no artigo 30 deste mesmo diploma. Eis as suas explicações, *in verbis*:

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

1) Impedimento de exclusividade específica: o advogado pode atuar livremente, exclusive para hipótese específica descrita em lei. Ou seja, ocorre quando a lei diz a hipótese específica em que o impedido não pode exercer a advocacia, mas deixa em aberto as hipóteses em que é livre para advogar. Como o impedimento só ocorre na hipótese específica, sendo livre a advocacia fora do âmbito do impedimento, está o advogado excluído, especificamente naquele caso descrito em lei,

19 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.

do direito de exercer a advocacia. No impedimento de exclusividade específica, a restrição ao direito de advogar é descrita em norma fechada;

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

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

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

Acerca da matéria relacionada aos ocupantes de cargos comissionados, cumpre registrar que tais servidores públicos, notadamente no âmbito da administração pública federal, estão sujeitos a regime de dedicação integral ao serviço, consoante dispõe o artigo 19, §1º, da Lei 8.112 de 11 de dezembro de 1990 - Estatuto do Servidor Público Federal (19).²⁰ Dessa maneira, o EOAB, ponderadamente, reafirma o regime do servidor público federal, e disciplina para advogados públicos que exercem cargos de chefia de órgãos jurídicos, o impedimento do exercício da advocacia fora das suas atribuições institucionais.

Para os membros da advocacia pública, existe um impedimento de exclusividade específica e está disciplinado no artigo 30, inciso I, do EOAB, que veda aos servidores da administração direta, indireta e fundacional,

²⁰ Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente. (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 17.12.91)
§ 1º - O ocupante de cargo em comissão ou função de confiança submete-se a regime de integral dedicação ao serviço, observado o disposto no art. 120, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)
§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica a duração de trabalho estabelecida em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 8.270, de 17.12.91).

advogarem contra a Fazenda Pública que os remunere ou a qual seja vinculada a entidade empregadora. Essa regra leva em consideração o dever de lealdade com a administração pública, conforme o artigo 116, inciso II, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990,²¹ exigível a todos servidores públicos, portanto critério proporcional e razoável na regulamentação do livre exercício da advocacia (artigo 5º, inciso XVIII, da Constituição de 1988).

O EOAB é a lei vigente que regulamenta a profissão do advogado, e como tal garante a liberdade de os advogados públicos federais exercerem a advocacia na esfera privada, desde que não atuem contra a Fazenda Pública que lhe remunera.

CONCLUSÃO

O advogado público federal exerce sua atividade profissional na defesa dos interesses públicos, na medida em que realiza o seu ofício de modo a assessorar juridicamente o gestor, garantindo a prestação dos serviços públicos, a execução das políticas implementadoras de projetos governamentais dos órgãos do Poder Executivo e sua administração indireta.

O zelo pela legalidade dos atos administrativos e a condução da probidade administrativa são tarefas constantes e papéis primordiais desempenhados pelo consultor jurídico federal.

É dever constitucional dos membros da advocacia federal a representação judicial e extrajudicial da União, contemplando os seus três Poderes, bem como das suas autarquias e fundações públicas, realizando a defesa judicial do patrimônio público e dos atos administrativos legalmente praticados pelas autoridades públicas federais.

Todas essas funções de alta relevância para o Estado brasileiro, não retira do advogado público federal a liberdade do exercício da advocacia na esfera privada, porque não existe na Constituição Federal vedação a esse exercício profissional.

O direito fundamental ao livre exercício profissional está consagrado na Lei Maior e goza de aplicabilidade imediata; a sua regulamentação só é autorizada nos casos em que a profissão exige conhecimentos técnicos apurados e seja necessária a preservação da segurança para não lesar o interesse da coletividade. A regra é a liberdade, por isso a LOAGU viola esta máxima. O seu artigo 28, inciso I, traz um comando que aniquila o núcleo essencial do direito fundamental, uma vez que veda o exercício profissional. Portanto, norma inconstitucional.

21 Art.116. São deveres do servidor: [...] II - ser leal às instituições a que servir". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>.

Sendo que, o membro da advocacia pública federal é essencialmente um advogado, e por tal condição, deve, necessariamente, estar habilitado para o exercício do seu ofício. A sua filiação na OAB é questão primordial para a sua atuação, tanto na esfera pública, como na esfera privada.

A lei que trata a regulamentação da profissão de advogado é o EOAB e ela não veda o exercício da advocacia na esfera privada pelo advogado público federal, e reza, tão somente, que tal advogado não deve atuar profissionalmente contra a Fazenda Pública que o remunera, em face de um dever de lealdade exigível a todos os servidores públicos.

Diante dessas conclusões extraídas do estudo realizado por este trabalho, há de se perceber que os membros da AGU e de seus órgãos vinculados estão tolhidos do exercício de direito fundamental, por força de previsão legal que contraria a Constituição brasileira e o ordenamento jurídico.

Eles estão impedidos de exercer a profissão de advogado na seara privada sem qualquer norma válida que embase juridicamente esta proibição.

A própria administração pública federal tem o dever de alterar o entendimento sobre a questão e, conseqüentemente, modificar o tratamento que é dispensado aos seus advogados, visto que norma inválida não deve ter aplicabilidade, mormente quando esta mesma norma já se encontra revogada por lei posterior que trata de forma diversa a matéria.

Por outro lado, os membros da advocacia pública federal, individualmente ou coletivamente, podem recorrer ao Poder Judiciário buscando o reconhecimento do direito fundamental ao livre exercício profissional e o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma violadora.

Por certo, não há como prever a solução jurídica que será dada pelos magistrados nacionais ao caso judicial, mas, acredita-se fortemente que as considerações elencadas neste trabalho sirvam de fundamentos relevantes para o julgamento de procedência do pedido.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ricardo Marques. *Advocacia pública federal precisa de estatuto jurídico*. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-07/ricardo-almeida-advocacia-publica-federal-estatuto-juridico>>. Acesso em: 15 jun 2015.

ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. Teoria das proibições ao exercício da advocacia. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 11, n. 1032, 29 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8315>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora*. RPGMJF, Belo Horizonte, a. 1, n. 1, p. 219-227, jan./dez. 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BRASIL. *Constituição do Estado do Paraná*. Outubro, 1989.

BRASIL. *Decreto-lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 16 jun. 2015.

BRASIL. *Instrução Normativa Conjunta CGAGU/PGF n. 1, de 29 de julho 2009*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/195204>>. Acesso em: 15 Jun. 2015.

BRASIL. *Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015

BRASIL. *Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 15 Jul. 2015

BRASIL. *Orientação Normativa AGU nº 27, de 09 de abril de 2009*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/189563>>. Acesso em 15 jun. 2015.

BRASIL. *Portaria AGU nº 758, de 09 de junho de 2009*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/190799>>. Acesso em: 15 Jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário RE 377.457/PR*. Tribunal Pleno. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570335>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estado de direito*. 1999. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>>. Acesso em: 15 Jun. 2015.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2007.

MAZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultura, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual em vigor: atualizado até 22 fev. 2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *A Responsabilidade do Advogado de Estado*. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?articleid=263388>>. Acesso em: 15 jun 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. Malheiros: 2001.