Exercício da Advocacia Privada pelo Advogado Público: Ponderação entre Riscos e Benefícios

Afrânio Carlos Moreira Thomaz
Procurador do Banco Central do Brasil no Rio de Janeiro. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Empresarial da Universidade Candido Mendes.

1. EXPOSIÇÃO DA CONTROVÉRSIA

A Lei Complementar 73/93, que trata da estruturação da Advocacia Federal da União, possui o seguinte dispositivo:

“Art. 28. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado:

I - exercer advocacia fora das atribuições institucionais”.

No mesmo sentido passou a estabelecer o art. 38, § 1º, I da Medida Provisória 2.229-93 e o art. 17-A da Lei 9.650/98, com relação, respectivamente, aos cargos de Procurador Federal e Procurador do Banco Central do Brasil, cujos ocupantes, até então, não tinham restrição para o exercício da advocacia privada:

“Art. 38. Os integrantes da Carreira de Procurador Federal têm os direitos e deveres que lhes prevê a Lei no 8.112, de

1990, e sujeitam-se às proibições e aos impedimentos estabelecidos nesta Medida Provisória.

§ 1º Ao Procurador Federal é proibido:

I - exercer a advocacia fora das atribuições do respectivo cargo”.

“Art. 17-A. Além das proibições previstas no art. 17, ao Procurador do Banco Central do Brasil também é proibido:

I - exercer a advocacia fora das atribuições do respectivo cargo”.

É de se supor que as proibições acima mencionadas tiveram por finalidade propiciar um maior engajamento do advogado público com a instituição em que atua e com as funções que desempenha, impedindo que suas atenções fossem desviadas para outras atividades advocatícias que não guardassem vínculo com as atribuições e responsabilidades inerentes ao seu cargo, otimizando o trabalho no âmbito da advocacia pública federal.

A vedação para o exercício da advocacia fora das atribuições do cargo evitaria ainda possíveis conflitos de interesses que surgiriam entre o ente estatal no qual o advogado público atua e eventuais constituintes que viessem a contratar seus serviços profissionais particulares.

Seriam também minimizados os riscos de que informações estratégicas e/ou sigilosas da Administração Pública federal a que esses servidores viessem a ter acesso no exercício de seus respectivos cargos fossem vazadas ao setor privado, em prejuízo do interesse maior da segurança do Estado e da sociedade.

A manutenção da proibição sob comento também é vista com bons olhos por muitos advogados particulares sem vínculo com a Administração Pública, pois acreditam que, se assim não fosse, estaria configurada uma “concorrência desleal”, propiciando uma “reserva de mercado” para os membros das carreiras da advocacia pública federal.

Internamente, o tema vem se mostrando bastante controverso entre os membros da advocacia pública federal. De um lado, há segmentos que defendem a manutenção da proibição, por acre-

ditarem tratar-se de um importante expediente para a valorização das carreiras e para a eficiência do serviço público, acentuando sua natureza de “carreiras típicas de Estado”. A proibição para advogar fora do serviço público reforçaria, destarte, os pleitos para que fossem estendidas as prerrogativas (e os subsídios) de outras carreiras essenciais à justiça, como a Magistratura e o Ministério Público. Aliás, receia-se que a liberação para o exercício da advocacia privada poderia servir de pretexto para que, em dados momentos, o Governo Federal deixasse de conceder reajustes aos subsídios devidos aos membros dessas carreiras, já que estes poderiam livremente auferir outras remunerações no desempenho da profissão de advogado.

Por outro lado, há um grupo, aparentemente majoritário, que almeja recuperar o direito que lhes foi tolhido pelos preceitos legais acima mencionados.

De nossa parte, aderimos, sem qualquer hesitação, àqueles que não só desejam, mas também clamam pela liberação dessa atividade. Isso porque a vedação para o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais se nos afigura um equívoco em dose dupla. Com efeito, nessa proibição vislumbramos flagrantes vícios de inconstitucionalidade, além da total falta de correspondência entre os fins pretendidos com a medida e os efeitos verdadeiramente criados junto aos profissionais das carreiras jurídicas da União.

2 - DA INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PRIVADA

2.1 - Ofensa ao art. 5º, IX e XIII da Constituição

A vedação sob comento transgride materialmente o art. 5º, *caput* da Carta de 1988, na parte em que é feita referência ao direito fundamental à liberdade, que, à luz do tema sob análise, se desdobra no direito à “*liberdade de expressão intelectual*” (inc. IX) e no direito à liberdade do “*exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*” (inc. XIII).

Observe-se, portanto, que com relação à liberdade para o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão assegurada no art. 5º, XIII da Constituição, a única restrição imposta por esse preceito diz respeito ao atendimento das “*qualificações profissionais que a lei estabelecer*”. Atualmente, a lei que regula a profissão de advogado no Brasil é o Estatuto da Advocacia - Lei 8.906/94. Assim, aqueles que preencherem os requisitos desse diploma legal podem advogar. Já os que não preencherem, por não atenderem à *qualificação profissional* que o dispositivo constitucional menciona, não podem advogar.

No texto da Lei 8.906/94 merece destaque o seguinte preceito:

“Art. 3º (...).

§ 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”.

Como se vê, dúvida não há de que os membros da advocacia pública federal nada mais são, em sua essência, do que advogados - conclusão essa que se afigura até redundante. Nunca é demais lembrar também que o art. 21, § 4º da própria Lei Complementar 73/93, e o art. 36, parágrafo único da Medida Provisória 2.229-93, preveem a participação da OAB nos concursos de ingresso nas carreiras da advocacia pública federal, sendo que os editais dos certames preceituam que, tanto para a inscrição como para a investidura no cargo, deve o candidato comprovar registro naquele órgão de classe.

Na Lei 8.906/94, as únicas restrições previstas para os advogados públicos estão contidas em seus arts. 29 e 30, a saber:

“Art. 29. Os Procuradores Gerais, Advogados Gerais, Defensores Gerais e dirigentes de órgãos jurídicos da Administra-

ção Pública direta, indireta e fundacional são exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exerçam, durante o período da investidura”.

“Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:

I - os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora”.

A disposição do art. 29 se justifica em razão do acentuado caráter político-administrativo da função exercida pelos dirigentes nele mencionados. Tratando-se de cargos de confiança, titulizados por advogados nomeados politicamente (o Advogado-Geral da União, inclusive, possui *status* de Ministro de Estado), e considerando a especial relevância da função que desempenham, é razoável admitir que esses profissionais se dediquem tão somente à atividade para a qual foram designados.

Por sua vez, o impedimento de que trata o art. 30, I reflete imperativo de ordem ética, decorrente do princípio da moralidade da Administração Pública previsto no art. 37, *caput* da Constituição. Com efeito, não se concebe que um advogado público, ainda que liberado fosse para exercer a profissão em caráter privado, pudesse vir a patrocinar interesses particulares contra quaisquer pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública direta ou indireta do ente federativo ao qual se encontra vinculado.

Partindo-se da premissa de que o art. 3º, § 1º da Lei 8.906/94 estatui que os servidores públicos nele mencionados exercem atividade de advocacia, percebe-se que aquele diploma legal, fora das hipóteses abordadas em seus arts. 29 e 30, não apresenta nenhum obstáculo para a prática dessa profissão pelos bacharéis em Direito regularmente inscritos na OAB, sejam, ou não, advogados públicos federais. Disso se infere, por evidente, que os integrantes dessas carreiras possuem a qualificação profissional que a lei estabelece para desempenhar o ofício de advogado, tendo assim liberdade para exercer sua profissão dentro ou fora do serviço público, observadas apenas as restrições impostas pelo Estatuto da Advocacia.

Portanto, qualquer texto normativo que venha a limitar o exercício profissional de alguém que detenha qualificação legal

para tanto incorre em patente inconstitucionalidade, pois a liberdade em apreço não está sujeita a critérios de conveniência, vantagem ou desvantagem para quem quer que seja, nem mesmo para a Administração Pública.

À luz dessas considerações, pensamos ser evidente a inconstitucionalidade dos preceitos legais que vedam, para os advogados públicos federais, o exercício da advocacia fora das atribuições de seus respectivos cargos, eis que tais servidores se encontram aptos, habilitados e qualificados para tanto nos termos da Lei 8.906/94, conforme exigência contida no art. 5º, XIII da Carta de 1988.

Por fim, diga-se que, tendo em vista que o exercício da advocacia - pública ou privada - pressupõe esforço intelectual por parte de quem desempenha essa atividade, fica patente que o legislador infraconstitucional, ao estabelecer a proibição sob comento, também transgrediu o inc. IX do art. 5º da Lei Maior, na medida em que cerceou a liberdade dos profissionais que, legitimamente, tencionam expressar sua produção criativa na área do Direito.

2.2 - Ofensa ao princípio da proporcionalidade

A vedação do exercício da advocacia privada por advogados públicos federais também ofende o princípio constitucional implícito da proporcionalidade. Sobre esse princípio, José dos Santos Carvalho Filho discorre nos seguintes termos:

“O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.”¹

¹ Manual de Direito Administrativo, 19ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 33.

Atentando-se para a lição doutrinária acima exposta, deve-se considerar que, se o objetivo da medida era o de buscar maior eficiência da advocacia pública federal e maior dedicação por parte desses servidores, o Direito Administrativo já dispõe de um rigoroso aparato jurídico para coibir e sancionar os profissionais - sejam advogados, sejam membros de quaisquer outras carreiras do serviço público - que desempenham suas funções de forma inadequada. É o que se confere com a transcrição dos seguintes dispositivos da Lei 8.112/90:

“Art. 116. São deveres do servidor:

I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;

II - ser leal às instituições a que servir;

III - observar as normas legais e regulamentares;

(...)

VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;

IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;

X - ser assíduo e pontual ao serviço.

Art. 117. Ao servidor é proibido:

I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;

II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;

(...)

IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

(...)

XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;

(...)

XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de Estado estrangeiro;

XV - proceder de forma desidiosa;
XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;
(...)
XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho”.

Especificamente no tocante aos Procuradores do Banco Central do Brasil, vigoram ainda as seguintes regras, nos termos da Lei 9.650/98:

“Art. 17. Além dos deveres e das proibições previstos na Lei nº 8.112 de 1990, aplicam-se aos servidores em efetivo exercício no Banco Central do Brasil:

I - o dever de manter sigilo sobre as operações ativas e passivas e serviços prestados pelas instituições financeiras (sigilo bancário), de que tiverem conhecimento em razão do cargo ou da função;

II - as seguintes proibições:

a) prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade é controlada ou fiscalizada pelo Banco Central do Brasil, salvo os casos de designação específica”.

Fica claro, portanto, que se o advogado público federal incorrer em alguma das situações acima descritas - seja em razão de estar exercendo a advocacia privada, seja por qualquer outro motivo -, haverá ensejo para que a Administração instaure o competente processo administrativo disciplinar visando à apuração de eventuais responsabilidades do servidor.

Por que, então, ser cerceada ainda mais a liberdade do membro da advocacia pública federal, impedindo-o de advogar fora das atribuições de seu cargo, se a lei já lhe impõe todos esses deveres, proibições e responsabilidades? Se o advogado público não vier a incorrer em nenhuma daquelas situações previstas nos dispositivos legais acima reproduzidos, qual é a razão lógica de não poder

exercer a advocacia privada, ou qualquer outra atividade? Ou, sob outro prisma, se o exercício da advocacia privada não o leva, ou não o levar, a incorrer naquelas situações, que mal existe em se permitir que ele se dedique a esse tipo de trabalho?

Fica patente, pois, que a vedação em apreço representa um cerceamento à liberdade manifestamente desproporcional, tratando-se de uma medida muito além do necessário à proteção do interesse público, que já se encontra devidamente tutelado, nesse aspecto, pela Lei 8.112/90 e pela Lei 9.650/98.

2.3 - Ofensa ao princípio da isonomia

A proibição sob comento ofende ainda o princípio da *isonomia* veiculado no *caput* do art. 5º da Constituição, eis que servidores de outras áreas (economistas, médicos, engenheiros, contabilistas, professores etc.) não possuem vedação para exercer suas profissões fora do serviço público. O que justifica, à luz do art. 5º, *caput* da Constituição, esse tratamento diferenciado em detrimento dos advogados públicos federais? A propósito, é importante que se diga que boa parte daqueles profissionais desimpedidos têm acesso a informações da Administração Pública tão ou mais importantes do que os advogados, e, teoricamente, poderiam provocar repercussões muito mais graves se acaso fizessem “mau uso” desses dados.

Existem até mesmo casos de servidores federais que, embora graduados em Direito e regularmente inscritos nas Seccionais da OAB de seus respectivos Estados, não ocupam cargo de Advogado ou Procurador, mas integram outras carreiras que não requerem formação específica na área jurídica, como as de técnicos, fiscais, auditores etc.. Para esses profissionais não se aplica qualquer proibição além daquela prevista no já citado art. 30, I da Lei 8.906/94, havendo, não raro, casos de servidores que militam cotidianamente na advocacia privada, ao mesmo tempo em que exercem suas funções no serviço público. Por essa realidade, torna-se, em tese, até mais interessante para um bacharel em Direito inscrito no OAB prestar concurso para alguma dessas áreas, do que para o cargo específico de advogado público - algo que somente uma legislação tacanha poderia produzir.

2.4. Ofensa aos requisitos da urgência e da relevância para a edição de Medidas Provisórias

Outro aspecto que merece ser abordado é a não observância do requisito da *urgência* para a edição de Medidas Provisórias, no tocante especificamente à MP 2.229-93. Afinal, os advogados públicos abordados naquele diploma, até o advento da Medida Provisória em que tal restrição foi instituída pela primeira vez, por décadas permaneceram livres para exercer a advocacia privada (com exceção, naturalmente, do impedimento de advogar contra a Fazenda Pública que os remunerava).

Que tipo de urgência poderia justificar que, de uma hora para outra, tal direito fosse suprimido, após tantos anos em que fora assegurado aos advogados públicos federais? Qual a situação de *periculum in mora* que demandava a súbita alteração do ordenamento jurídico, no que diz respeito ao *status libertatis* daqueles servidores?

Reconhece-se ser pequena a frequência com que o Judiciário proclama a inconstitucionalidade de Medidas Provisórias por alegada falta de urgência, predominando amplamente o entendimento de que suas edições, em geral, ficam sujeitas à avaliação discricionária do Chefe do Poder Executivo. No entanto, o próprio STF já se pronunciou no sentido de que a análise da discricionariedade é possível para a verificação da regularidade dos atos administrativos em relação às *causas*, aos *motivos* e à *finalidade* que ensejam (RE 365.368/SC). Assim, por mais que se procure respostas para aquelas indagações, a verdade é que nada, absolutamente nada, poderia justificar a súbita supressão do referido direito através da edição de Medida Provisória.

Por outro lado, não se pode desconsiderar o fortíssimo impacto que o súbito advento da medida restritiva teve nas relações mantidas entre advogados públicos federais, que exerciam seu ofício em caráter particular, e seus respectivos clientes. Muitos advogados públicos federais que, por anos patrocinavam em juízo os interesses de seus clientes em determinados processos, se viram obrigados a renunciar imediatamente aos mandatos que lhes haviam sido outorgados, ou a substabelecer para outros profissionais,

mesmo contra a vontade de seus constituintes. A esses advogados públicos não foi sequer ressalvada a possibilidade de concluir os trabalhos pendentes, tampouco a de intervir no decêndio previsto no art. 45 do CPC. Seus clientes, da noite para o dia, se tornaram “órfãos” de seus advogados, em quem depositavam sua confiança e suas esperanças, e que foram contratados em caráter *intuitu personae*.

Nesse contexto, infere-se que a proibição em apreço em nada se mostrou *relevante* para a sociedade, a ponto de ter de ser veiculada por Medida Provisória.

3 - As vantagens da liberdade para o exercício da advocacia privada

Além das questões de ordem constitucional que envolvem a proibição da advocacia privada pelos advogados federais, há que se registrar que, diferentemente do que se pretendeu quando da instituição dessa medida, tal vedação, na verdade, vem se mostrando não apenas desinteressante, mas até mesmo nociva para a própria advocacia pública, conforme será abordado nos tópicos seguintes.

3.1 - A proibição da advocacia privada como fator de enfraquecimento das carreiras da advocacia pública federal

É absolutamente inegável que a proibição para o exercício da advocacia privada desestimula muitos potenciais candidatos a concursos públicos promovidos pela AGU, PFN e demais Procuradorias federais a concorrer a esses certames. Não havendo a possibilidade de exercer a advocacia privada paralelamente à função pública, é natural que muitos advogados priorizem os concursos da Magistratura e do Ministério Público, cujos membros têm *incompatibilidade* com o exercício da advocacia (Lei 8.906/94, art. 28, II), mas, em contrapartida, percebem subsídios mais atraentes.

Mesmo para muitos candidatos que se inscrevem nos concursos da advocacia pública federal e são, ao final aprovados e empossados nos respectivos cargos, existe a intenção de fazer com que essas carreiras representem apenas um “trampolim” para,

futuramente, ingressar na Magistratura ou no Ministério Público. Muitos desses servidores - principalmente os mais jovens - dedicam grande parte de seu tempo para prosseguir nos estudos para outros concursos públicos, lendo e relendo livros, pesquisando jurisprudências, frequentando cursos, viajando para outros Estados onde esses certames são realizados, enfim, submetendo-se a atividades que podem trazer mais ocupações (e preocupações) do que o exercício da advocacia privada.

Existe ainda a disputa desigual com outras carreiras que não impedem o exercício da advocacia privada pelos seus membros. Várias Procuradorias Estaduais e Municipais - inclusive a do Distrito Federal e as do Estado e do Município do Rio de Janeiro -, embora remunerem seus integrantes em valores mais ou menos equivalentes aos recebidos pelos membros da advocacia federal, promovem concursos que têm justamente dentre os maiores atrativos a prerrogativa da liberdade para advogar fora das atribuições institucionais. Há casos, inclusive, de advogados federais que optam por prestar concursos para aqueles órgãos regionais, atraídos não propriamente pelos vencimentos, mas sim pela possibilidade de atuar profissionalmente fora da carreira, como já ocorreu com integrantes da Procuradoria do Banco Central no Rio de Janeiro em passado mais ou menos recente. Uma vez aprovados nesses concursos, os colegas não hesitaram em pedir exoneração do órgão federal e ingressar em outra Procuradoria que não impunha obstáculos para a atividade sob comento.

Aliás, o argumento de que, em ocorrendo o fim da proibição, teria o Governo Federal um pretexto para deixar de conceder reajustes aos subsídios dos membros das carreiras, tanto não procede que em diversas Procuradorias tal liberdade lhes é assegurada, e nem por isso deixam de remunerar seus profissionais de forma interessante. Além disso, as citadas Procuradorias do Distrito Federal, do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro, dentre outras, têm se notabilizado pela excelência de seus quadros e pelos trabalhos de alto nível que habitualmente realizam, não obstante estarem seus membros desimpedidos para exercer a advocacia privada.

No caso específico da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, basta lembrarmos de alguns nomes de destaque, como, dentre outros, os de Luís Roberto Barroso, José Edwaldo Tavares Borba, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Marcos Juruena Vilela Souto. Imagine-se agora se a advocacia desempenhada por esses grandes profissionais estivesse restrita apenas à Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro. Por certo a advocacia nacional não teria sido contemplada com contribuições tão valiosas como a que foram - e vêm sendo - dadas por esses juristas, se acaso estivessem proibidos de realizar suas produções intelectuais em caráter particular. E a projeção por eles alcançada na advocacia privada se reverte em benefício para a própria Procuradoria em que atuam, pois a aposição de suas respectivas assinaturas em qualquer peça processual ou parecer jurídico seguramente confere maior peso àquelas manifestações, aumentando as chances de que as teses lá sustentadas em favor do ente público venham a sensibilizar os órgãos judiciais e administrativos a que forem submetidas.

Se algum dia a advocacia privada vier a ser novamente liberada para os advogados públicos federais (com exceção, naturalmente, das situações previstas nos arts. 29 e 30, I da Lei 8.906/94), por certo os concursos para esses cargos atrairão maior número de candidatos qualificados, tornando os certames mais disputados. Além disso, tenderia a haver uma redução drástica na evasão desses profissionais para a Magistratura, para o Ministério Público e até para as Procuradorias locais que permitem a advocacia privada, pois a abertura dessa prerrogativa certamente representaria um estímulo para que os membros das carreiras permanecessem em seus cargos.

Com isso, a Administração Federal geraria uma interessante economia com a redução da frequência de concursos destinados a preencher as vagas de advogados públicos, além de evitar o constante rodízio de profissionais, já que muitos, tão logo estejam chegando ao ponto de amadurecer no exercício de suas funções, arumam suas malas para ingressar em outras carreiras jurídicas que oferecem melhores remunerações e/ou maiores prerrogativas.

Enfim, é intuitivo que quanto maiores forem as liberdades e prerrogativas funcionais do cargo, maior será a valorização e o

fortalecimento da respectiva carreira. Conseqüentemente, maior será o interesse de profissionais qualificados em nela ingressar. Ao se reduzir ou suprimir essas prerrogativas, quem perde com isso não são apenas os membros das carreiras jurídicas, mas sim o serviço público de modo geral.

3.2 - Estímulo para que os advogados públicos exerçam clandestinamente a advocacia privada

Outro aspecto que deve ser destacado é o de que, em tese, a proibição em apreço é muito fácil de ser burlada, por não representar nenhuma garantia de que o advogado público federal irá realmente se abster de exercer a advocacia privada. Basta que o advogado público federal peça para que algum sócio ou colega assine a petição e acompanhe o processo, realizando audiências que forem designadas, e informando sobre qualquer movimento que demande nova intervenção nos autos. Embora essa prática, a rigor, configure a infração disciplinar prevista no art. 34, V da Lei 8.906/94, a verdade é que tal irregularidade é de difícil comprovação, sendo muito pouco provável que a OAB e a própria Administração Pública logrem apurar concretamente um ato dessa natureza.

É de se lembrar ainda que o exercício da advocacia privada não se restringe à atuação no contencioso. A Lei 8.906/94, em seu art. 1º, II, reza que “*as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas*” são privativas de advocacia. Na prática, nada impede que o advogado público federal venha a se dedicar profissionalmente a essas atividades, orientando e aconselhando seus clientes particulares sobre as mais diversas questões jurídicas que lhe venham a ser submetidas, sem que isso pressuponha a assinatura de peças processuais ou quaisquer outros documentos, tornando-se extremamente improvável para a Administração apurar o cometimento desse “desvio”.

Ou seja, ao invés de incentivar a transparência na relação com seus advogados públicos, a Administração federal, na verdade, os impele para o exercício clandestino da advocacia privada, uma vez que, diante do eventual surgimento de uma oportunidade

profissional interessante fora do serviço público, muitos simplesmente poderão não se sentir desencorajados pela proibição em vigor, bastando que se valham dos expedientes acima citados.

3.3 - Advocacia privada x magistério

Curioso notar ainda que os advogados públicos federais não têm impedimento para se dedicar ao magistério superior. No entanto, a atividade de magistério se afigura muitas vezes tão ou mais complexa do que o exercício da advocacia privada. Engana-se quem imagina que o magistério pouco ou nada representa no rol de atribuições do advogado público federal, em razão de as aulas, em geral, serem ministradas após o “expediente” na repartição pública, no horário noturno. Com efeito, o magistério pressupõe o preparo de aulas, a elaboração e a correção de provas e trabalhos, e a atualização constante do professor. Tudo isso demanda tempo e dedicação, levando o advogado público a voltar suas atenções a essas atividades por várias horas ao longo de cada semana. Será que isso também não poderia “prejudicar” o trabalho do advogado público federal?

Pode-se argumentar que o exercício do magistério impele o advogado público a se aperfeiçoar nas matérias jurídicas que leciona, em virtude dos estudos a que tem de se dedicar para ministrar suas aulas. Mas será que a advocacia privada não poderia trazer o mesmo benefício? O fato é que, na advocacia privada, tanto contenciosa, como consultiva, o advogado se vê diante da necessidade de estar a todo tempo estudando e pesquisando os temas relacionados com os casos concretos que lhe são submetidos, enriquecendo sua cultura jurídica em intensidade equivalente àquela proporcionada pelo magistério. E com um detalhe: não se pode desconsiderar que a confecção de uma inicial de despejo, por certo, representa para o advogado uma tarefa bem menos complexa do que, por exemplo, preparar uma aula de Direito Tributário.

3.4 - O caráter meramente simbólico da jornada de trabalho de 40 horas semanais

Os que se opõem à advocacia privada pelos advogados públicos alegam também que a carga horária de 40 horas semanais (ou 8

horas diárias) corresponderia ao “horário de expediente integral”, dificultando ou inviabilizando a prática de atividades profissionais fora daquele período. Nada mais falso.

Seria compatível com o senso comum de justiça impedir que um advogado público se dedique a outras atividades em seus horários de almoço, no seu período de férias, nos feriados e nos finais de semana? Ou mesmo no período compreendido entre as 18:00 e as 09:00 horas do dia seguinte? Por que tem a Administração de interferir na vida do servidor público advogado, relativamente ao que este faz ou deixa de fazer fora da repartição, em horário diverso de seu “expediente”?

Na verdade, a noção de expediente deve ser relativizada em se tratando de advogados, pois para esses profissionais a obrigação de cumprir a carga de 40 horas semanais se afigura uma exigência meramente simbólica. O advogado público não é um plantonista, nem tem a incumbência de prestar atendimento ao público diante de um balcão. Constitui uma aberração impor ao advogado que permaneça rigorosamente por 8 horas diárias dentro do recinto da repartição. O “batimento de ponto” não se compatibiliza com o exercício da advocacia, seja pública ou privada - até porque frequentemente esses profissionais realizam diligências externas, como audiências, reuniões, comparecimento a cartórios ou a outras repartições, verificação de autos processuais diretamente nas varas, entrevistas com magistrados e autoridades etc.

Ou seja, nada mais é do que uma hipocrisia considerar que os advogados têm “jornada de trabalho” ou “expediente”. Advogados simplesmente têm tarefas. Se tais tarefas são executadas tempestivamente e apresentam boa qualidade, revelando que o advogado público desempenha de forma responsável as atribuições de seu cargo, pouco importa se das 09:00 às 18:00 horas (ou mesmo fora desses horários) ele permaneceu na repartição, na praia, na igreja, na boate, no cinema, no jardim zoológico, no estádio de futebol, na sua residência ou em seu escritório particular, ainda mais em uma época como a atual, em que as facilidades de comunicação são cada vez maiores (telefone celular, fax, e-mail etc.).

A se interpretar de forma rigorosa essa questão do cumprimento da “jornada” de 8 horas diárias pelos advogados públicos, teríamos que admitir, por outro lado, que certas tarefas de maior complexidade, que demandassem mais tempo para serem executadas, pudessem validamente deixar de ser concluídas nos prazos que lhes foram determinados sob a justificativa de que não puderam ser finalizadas dentro do horário de “expediente”, já que não são remunerados para trabalhar além daquele período.

O que a experiência tem revelado é que a intensidade da carga de trabalho na advocacia pública oscila periodicamente. Há ocasiões em que grandes quantidades de processos são distribuídas simultaneamente para cada advogado público, demandando o dispêndio de muitas horas de análise e estudo de cada caso, que podem se estender além de seu “expediente”. No entanto, há épocas em que existe uma demanda menor de trabalho, com reduzida quantidade de tarefas, que, em poucas horas diárias de dedicação, podem ser resolvidas de modo satisfatório. Nesses períodos, exigir do advogado público federal que cumpra rigorosamente 8 horas diárias de “expediente” representa um estímulo a manifestações de ócio no recinto da repartição - o que, por certo, em nada engrandece o servidor, nem a Administração Pública. Em tais ocasiões, a simples presença física do advogado no recinto após a execução de todas as suas tarefas, por força de sua inócua obrigação de ter de cumprir a “jornada” de 8 horas diárias, pode acarretar desnecessário dispêndio de energia elétrica e de outros suprimentos da repartição (água, telefone, materiais de escritório, etc.), o que, evidentemente, não condiz com o interesse público.

A propósito, cumpre registrar um interessante episódio ocorrido recentemente com um Advogado da União lotado no Rio Grande do Norte. Esse profissional se recusava a assinar as folhas de ponto da repartição - o que o levou a responder a um processo administrativo disciplinar instaurado pela AGU. Na decisão daquele processo administrativo, a AGU concluiu que os advogados públicos estariam dispensados de preencher e assinar a folha de ponto, devendo a frequência do servidor ser aferida através do sistema informatizado de controle de processos utilizado naquele órgão.

Trata-se, portanto, de mais uma evidência da inocuidade da exigência do cumprimento rígido da “jornada” de 40 horas semanais, para a qual a própria AGU parece ter se dado conta.

O que aqui se sustenta não é, entretanto, a concessão de um salvo-conduto para que o advogado público fique permanente e impunemente ausente da repartição. Evidentemente que não é isso que está sendo proposto. É fora de qualquer dúvida que o advogado público deve, ao menos diariamente, comparecer à sede do órgão para tomar ciência das atribuições que lhe são cometidas e prestar contas dos trabalhos já realizados, além de passar instruções a estagiários e realizar intercâmbio de informações com outros servidores - o que poderá ser cumprido em 8 horas, ou menos. Enfim, essa questão da “jornada de trabalho”, portanto, deve ser interpretada de forma maleável, mas também com bom-senso, razoabilidade e, sobretudo, responsabilidade.

3.5 - Da alegação de que a liberação da advocacia privada pelos advogados públicos acarretaria “concorrência desleal” e “reserva de mercado”

Não trata este item de uma questão de vantagem ou desvantagem que a eventual liberação para a advocacia privada poderia trazer para os advogados públicos federais ou para a Administração Pública. Trata-se apenas de impugnar os argumentos daqueles que sustentam que a hipotética adoção dessa medida acarretaria uma “concorrência desleal” com os advogados privados que não exercem nenhum cargo público, e que os advogados públicos federais teriam para si uma “reserva de mercado”.

É muito simples apresentar argumentos contra essa tese. Com efeito, não são poucos os escritórios de advocacia formados exclusivamente por advogados particulares que prestam seus serviços para grandes conglomerados empresariais e/ou companhias multinacionais, proporcionando a seus sócios remunerações muito mais expressivas do que os subsídios percebidos pelos advogados públicos federais. Além disso, alguns dos filões mais rentáveis da advocacia particular envolvem a propositura de ações judiciais em face do Poder Público - o que, pela dicção do art. 30, I da Lei

8.906/94, exclui os advogados públicos federais do patrocínio dessas demandas.

Na verdade, a advocacia pública federal é composta, em sua esmagadora maioria, de profissionais de excelente nível, que se acaso pudessem atuar fora do serviço público certamente teriam condições de captar significativa clientela. Mas essa captação não seria fruto de uma “concorrência desleal”, pois decorreria simplesmente do talento e da competência do profissional, e não de qualquer benefício de “reserva de mercado”. Isto, inclusive, forçaria os advogados particulares a se aprimorar cada vez mais, a fim de poderem enfrentar em melhores condições tal “concorrência”. Quem ganharia com isso, certamente, seria a sociedade, que passaria a contar com mais profissionais preparados e qualificados para prestar serviços advocatícios a quem deles necessita.

4 - A ADIn 4.036/DF

Atualmente, tramita no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.036/DF, proposta pela Confederação Nacional dos Servidores Públicos do Brasil contra os dispositivos legais que proíbem o exercício da advocacia privada pelos advogados públicos federais - quais sejam, o art. 28 da Lei Complementar 73/93 e o art. 38, § 1º, I da Medida Provisória 2.229-43/01 -, cujo relator é o Min. Carlos Britto.

Os autos foram recentemente encaminhados ao Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando de Souza, para a emissão de parecer sobre o tema. Para o PGR, a ADIn não deve ser conhecida em razão da ilegitimidade ativa da pessoa jurídica que a intentou, cujos argumentos “*melhor viriam organizados se apresentados por entidade mais próxima à categoria profissional atingida pelas regras atacadas*”.

Não se pretende aqui discutir a legitimação, ou não, da referida entidade para impugnar, em sede de ADIn, a legislação em apreço. Todavia, no que diz respeito ao mérito, considerando que o PGR opinou pela improcedência do pedido formulado naquela demanda, cabe pôr sob questionamento as ideias que o levaram a assim concluir.

O PGR contesta o argumento lançado pela entidade autora segundo o qual, se o constituinte tivesse a intenção de vedar a advocacia privada, o tê-lo-ia feito de forma expressa, como acontece com Defensores, Magistrados e membros do Ministério Público. De acordo com o parecerista, tal raciocínio “*resultaria na falaciosa conclusão de que toda e qualquer exigência fixada para o exercício de determinado ofício deveria ter status constitucional, o que por certo está longe do razoável*”.

A tese de que haveria necessidade de emenda constitucional para que a proibição da advocacia fosse estendida aos membros da AGU se afigura, de certa forma, discutível, não nos parecendo de grande clareza a sua pertinência. De toda sorte, com todas as vênias devidas ao máximo representante do *parquet* federal, a justificativa apresentada em seu parecer não se mostra consistente, e o caso nada tem a ver com a “*falaciosa conclusão*” por ele mencionada. Com efeito, pode-se contra-argumentar que, ao contrário de todas as outras profissões, a Advocacia da União, a Magistratura, o Ministério Público e a Defensoria Pública foram as únicas carreiras profissionais expressamente abordadas no texto constitucional, tendo lá sido designadas como “*funções essenciais à justiça*”. Nessa perspectiva, observe-se que a Constituição explicitou a proibição para que os membros das três últimas exerçam a advocacia (não a advocacia *privada*, mas a advocacia de forma geral - reconheça-se), mas nenhuma restrição impôs em relação aos da primeira. Evidentemente não se pode sustentar que as condições para o exercício de todas as profissões teriam de ser des-trinchadas pela Constituição. Porém, como o impedimento para o exercício da advocacia foi veiculada no texto magno para três das quatro carreiras que desempenham *funções essenciais à justiça*, sem que tivesse sido igualmente estendida para apenas uma delas, intui-se que, nesse último caso, não bastaria o advento de simples lei dispendo em tal sentido, afigurando-se necessário o advento de emenda à Constituição.

Ou seja, o legislador constituinte, ao dispor sobre as funções essenciais à justiça, houve por bem impor essa restrição para Defensores Públicos, Magistrados e membros do Ministério

Público, mas não o fez em relação aos Advogados da União, tendo considerado que a vedação sob comento não seria relevante o suficiente para receber tratamento em sede constitucional. À luz do princípio da isonomia, parece sustentável a tese de que, se os Advogados da União, Defensores Públicos, Magistrados e membros do Ministério Público exercem todos, indistintamente, *função essencial à justiça*, não haveria sentido em que o mesmo impedimento tenha sido veiculado no texto constitucional para uns, mas possa sê-lo por simples lei (ordinária ou complementar) para outros.

Em seu parecer, o PGR afirma ainda que a tese de ofensa ao princípio da isonomia “*desconsidera o nível de responsabilidade e a complexidade das atividades postas a cargo da Advocacia Geral da União, vindo a equipará-las afoita e genericamente a toda e qualquer atividade desenvolvida no âmbito da administração pública por seus servidores*”. Aduz que as normas restritivas, “*antes de serem uma limitação ao exercício de profissão, representam um instrumento capaz de garantir a excelência de outra*”.

Diferentemente do argumento anterior, que ainda é passível de suscitar alguma controvérsia, pensamos que a tese da violação ao princípio da isonomia se afigura irrespondível. Tais assertivas da lavra do PGR, além de não nos demover quanto ao entendimento sustentado no item 2.3 supra, desqualificam os servidores de outras áreas, como se mais nenhuma carreira pudesse desempenhar atividades tão ou mais complexas e carregadas de responsabilidade que a dos advogados. Se a proibição para advogar em caráter particular representa um instrumento para “*garantir a excelência*” da profissão, então todas as demais carreiras para as quais não existe tal vedação são desprovidas desse atributo - o que certamente é uma constatação falsa.

O PGR, no parecer proferido na ADIn 4.036/DF, alega ainda que as normas impugnadas não são inconstitucionais, pois “*uma carga considerável de processos estranhos à advocacia pública poderia desviar a atenção dos profissionais durante o expediente regular no serviço público*”. Declarou também que “*mesmo que*

não o faça, é certo o prejuízo às atribuições do cargo, quando exercidas por profissional que utiliza de suas horas de almoço e descanso para desenvolver outra jornada de trabalho”.

Tais argumentos, *data venia*, são totalmente infundados, e até reforçam as ideias articuladas no item 2.2. Por coerência com o raciocínio esposado no referido parecer, deveria haver também proibição para o magistério, a elaboração de livros, teses e artigos jurídicos, bem como para qualquer outra atividade profissional, esportiva, social, artística, religiosa ou cultural que, em tese, pudesse “desviar a atenção” do advogado público. Deveria igualmente ser proibido ao advogado público federal inscrever-se em outros concursos, que demandariam dedicação e estudo de sua parte, e “por certo”, “desconcentrariam” o profissional dos afazeres de seu cargo.

A alegação apresentada pelo PGR quanto a esse ponto também deve ser questionada levando-se em consideração, também, o período de férias do advogado público federal. Por mais esforço que se faça, a verdade é que nenhum prejuízo às atribuições do cargo de advogado público se vislumbraria na hipótese desse profissional se dedicar à advocacia privada em seus períodos de férias.

Ademais, o PGR fala em “*carga considerável de processos estranhos*” (sic). Mas o que se entende por “*carga considerável*”? E quando a carga de “*processos estranhos*” for pequena, e não “*considerável*”? Seria ainda assim justificável a vedação?

Por outro lado, e se houver “*carga considerável*” de aulas a serem ministradas em instituições de ensino? Aí poderia o advogado público lecionar normalmente, como fazem muitos membros da Magistratura e do Ministério Público? Isso não traria algum “risco” para a advocacia de Estado?

Não se pode prever como o STF irá julgar a ADIn sob comentário, mas espera-se que aquela Colenda Corte, caso venha a se debruçar sobre o mérito, leve em conta os aspectos sobre os quais se discorreu, que indubitavelmente apontam para a inconstitucionalidade dos dispositivos que impedem o legítimo exercício da advocacia privada pelos membros da AGU.

5 - CONCLUSÃO

A impressão que se tem é a de que o legislador, ao instituir a regra sob comento, partiu da falsa presunção de que todo advogado público que se dedica à advocacia privada é (ou tende a ser) um mau profissional, que não desempenhará satisfatoriamente a sua função no âmbito da Administração. Ledo engano. A verdade é que a grande maioria dos membros da advocacia federal possui competência suficiente para conciliar e exercer com zelo ambas as atividades - a particular e a pública -, como Procuradores de vários outros entes federativos vêm demonstrando ao longo de décadas. Se assim não for, que então se puna o advogado público federal através de processo administrativo disciplinar, a fim de coibir e sancionar eventuais abusos que forem perpetrados.

A proibição em apreço não imuniza o advogado público federal contra erros e trabalhos de má qualidade. Mesmo advogados que permanecem diariamente das 09:00 às 18:00 dentro do recinto da repartição podem cometer erros, como também podem realizar trabalhos de nível insatisfatório. Para causar danos ao serviço público, o mau servidor não precisa exercer a advocacia fora das atribuições de seu cargo. Quaisquer atividades privadas, remuneradas ou não - sejam profissionais, sociais, esportivas, artísticas, religiosas ou de mero lazer -, têm potencial para interferir no desempenho do servidor público, advogado ou não. Tudo vai depender, apenas, de organização, seriedade e responsabilidade. O legislador, ao instituir a proibição em apreço, subestimou a capacidade dos advogados públicos federais de assim proceder.

Acreditamos que todos teriam a ganhar caso aos advogados públicos federais fosse lícito exercer novamente a advocacia privada. Primeiro, os próprios advogados públicos federais, em razão das perspectivas profissionais e econômicas que lhes seriam abertas a partir do fim da restrição. Segundo, a Administração Pública, pelo maior potencial de atrair (e manter) profissionais qualificados que a medida em cogitação proporcionaria. E, por fim, a sociedade inteira sairia ganhando, pelo maior número de bons advogados que passariam a atuar no mercado de trabalho, e que estariam à disposição de todos aqueles que necessitam de serviços jurídicos.

Nesse contexto, há de se considerar que a Constituição, em seu art. 1º, estatui serem princípios da República Federativa do Brasil “a dignidade da pessoa humana” (inc. III) e “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (inc. IV). Mais adiante, em seu art. 170, a Lei Maior consagra como princípios gerais da atividade econômica a “redução das desigualdades regionais e sociais” e a “busca do pleno emprego”, que por sua vez são fundados na “valorização do trabalho humano” e na “livre iniciativa”, na dicção de seu parágrafo único. E a Lei 8.906/94 reza em seu art. 2º, § 1º que “no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social”. À luz desses preceitos, não conseguimos conceber como um advogado público federal possa vir a sofrer alguma sanção administrativa disciplinar pelo simples fato de exercer a advocacia fora de suas atribuições institucionais, almejando prosperidade econômica para si e sua família, ampliando sua experiência profissional, e contribuindo com seu trabalho para o aperfeiçoamento das relações sociais, sem que os deveres impostos na Lei 8.112/90 tenham sido concretamente inobservados, e sem que alguma transgressão ao art. 30, I, tenha sido cometida.

Pudesse o advogado público federal exercer a advocacia privada, certamente esse profissional se tornaria mais tarimbado, mais experiente. Com uma bagagem profissional mais rica graças à militância na advocacia privada, muitas ideias e soluções lá surgidas poderiam ser proficuamente aplicadas no exercício da advocacia pública, no interesse do ente estatal em que atua. O advogado público federal tenderia a se tornar mais dinâmico e criativo, a ter mais iniciativa, sentiria mais satisfação em pertencer a uma carreira que lhe oferece essa prerrogativa. Ele, enfim, passaria a se sentir mais advogado, na acepção técnica do vocábulo, e menos funcionário público, na conotação pejorativa do termo. 📄