

CONSULTA Nº 228.356/16 –EMENTA: SITUAÇÃO HIPOTÉTICA SERVIDOR PÚBLICO DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL INCOMPATIBILIDADE E IMPEDIMENTO CONSULTA CONHECIDA E RESPONDIDA, (i) Admite-se a consulta quando se tratar de situação hipotética e não se verificar, de chofre, interesse de obtenção de prejulgamento para caso específico (R.I. do TED/ES. Art. 45); (ii) As causas de incompatibilidade estão previstas, taxativamente, no art. 28 do EAOAB, enquanto as de impedimento se encontram no art. 30 do EAOAB. Socorrendo-se desses dispositivos, vê-se que não há, de princípio, incompatibilidade do exercício da advocacia com o fato de ser, apenas e tão somente, servidor público do Poder Executivo Estadual, mormente porque, o inciso I do art. 28 prevê a incompatibilidade da advocacia apenas com o cargo de chefe do Poder Executivo, não se estendendo aos demais servidores do Poder Executivo, inadmitindo-se, neste contexto, interpretação extensiva, por se tratar de norma restritiva; (iii) Há, contudo, incompatibilidade se o *soi-disant* advogado for ocupante de cargo ou função de direção junto ao Poder Executivo, assim como haverá impedimento para que se advogue, em qualquer esfera (penal, cível e/ou administrativa), contra o ente público que remunera o servidor ou que, com ele, possua vínculo; (iv) Pode existir, em determinados casos, vedação interna corporis. c isso, em eventual apreciação concreta, deverá ser levado em consideração para se apurar a existência (ou não) de impedimento ou incompatibilidade; (v) Em conclusão, conhece-se da consulta, e, atendendo à reflexão empreendida, conclui-se por: não haver, de princípio, incompatibilidade do exercício da advocacia com o fato de ser, apenas e tão somente, servidor público do Poder Executivo Estadual. Existindo, lado outro, incompatibilidade se o servidor público ocupar cargo ou função de direção. Ainda, há impedimento, para o servidor público do Poder Executivo Estadual, para que se advogue, em qualquer esfera (penal, cível e administrativa), contra o ente público que remunera o servidor ou que, com ele, possua vínculo. Por fim, o exercício da advocacia quando impedido, poderá, em lese. Caracterizar a infração descrita no inciso I do art. 34 do EAOAB. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência acordam os membros julgadores integrantes da Primeira Turma do Tribunal de Ética Disciplina do Conselho Seccional da OAB/ES, por unanimidade de votos, observado o quórum exigido no art. 18 do RITED/OAB/ES. Em conhecer da consulta para concluir não haver, de princípio, incompatibilidade do exercício da advocacia com o fato de ser, apenas e tão somente, servidor público do Poder Executivo Estadual, existindo, lado outro, incompatibilidade se o servidor público ocupar cargo ou função de direção. Ainda, há impedimento, para o servidor público do Poder Executivo

Estadual, para que se advogue, em qualquer esfera (penal, cível e administrativa), contra o ente público que remunera o servidor ou que, com ele, possua vínculo. Por fim, o exercício da advocacia quando impedido, poderá, em tese, caracterizar a infração descrita no inciso I do art. 34 do EAOAB, nos termos do voto do Relator. Vitória/ES. 20 de setembro de 2019. Marlilson Machado Sueiro de Carvalho Presidente da Turma Julgadora, Bruno Richa Menegatti –Relator.

I. RELATÓRIO: Trata-se de consulta formulada, cujo teor é o seguinte: "*Servidores públicos do Poder Executivo Estadual que sejam também advogados podem atuar em ações criminais propostas ou assumidas pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo, quando a vítima não seja o Estado do Espírito Santo?*".

O processo foi redistribuído por duas vezes, a primeira em virtude de incompetência material e a segunda em virtude de suspeição.

II. FUNDAMENTAÇÃO: De saída, **admite-se** a consulta, tendo em vista se tratar de consulta sobre situação hipotética e não se verificar, de chofre, interesse de obtenção de prejulgamento para caso específico (RI do TED-OAB/ES, art. 45). Aliás, penso que a conclusão desse tema é de importância singular, sendo de rigor sua admissão e apreciação por esta Turma de Deontologia. Pois bem. Como dito, a rigor, pretende a consulente saber se há impedimento ou incompatibilidade do exercício da advocacia por servidor público do Poder Executivo Estadual, e, em havendo, se isso pode caracterizar infração ético-disciplinar. Como se sabe, as causas de incompatibilidade estão previstas, taxativamente, no **art. 28 do EAOAB**, enquanto as de impedimento se encontram no **art. 30 do EAOAB**. Socorrendo-se desses dispositivos, vê-se que não há, de princípio, incompatibilidade do exercício da advocacia com o fato de ser, apenas e tão somente, servidor público do Poder Executivo Estadual, mormente porque, o inciso I do art. 28 prevê a incompatibilidade da advocacia apenas com o cargo de **chefe do Poder Executivo**, não se estendendo aos demais servidores do Poder Executivo, inadmitindo-se, aqui, interpretação extensiva, por se tratar de norma restritiva. Nesse sentido, aliás, vem entendendo o **C. STJ** sobre a interpretação das normas restritivas: "*As normas restritivas de direito fundamental ao exercício profissional demandam interpretação restritiva, de modo que a atividade de técnico administrativo da Receita Federal não se enquadra na regra de incompatibilidade prevista no art. 28 do Estatuto da OAB, configurando apenas impedimento do exercício da advocacia contra a Fazenda Pública que o remunera ou à qual seja vinculada a entidade empregadora, a teor do disposto no*

art. 30, I, do mesmo estatuto". (STJ, AgInt no REsp 1589174/PR, *grifos acrescentados*) De toda sorte, cabe ressaltar a existência de incompatibilidade se o *soi-disant* advogado for ocupante de cargo ou função de **direção** junto ao Poder Executivo. Nessa hipótese, sem desconfiar, haverá incompatibilidade. A propósito, nesse sentido, *mutatis mutandis*, já entendeu este Tribunal de Ética, em ementa cuja relatoria coube ao culto membro **Gabriel de Carvalho Costa**: "...controlador geral do poder executivo municipal - cargo de direção configurado – atividade incompatível com a advocacia, nos termos do inciso III, do artigo 28, do EAOAB". (Proc. n.º 57672018-0, 10.ª Turma, DEOAB, 03.04.2019, *grifos acrescentados*).

Notadamente ao impedimento, vê-se do art. 30, de maneira especial do inciso I, que há impedimento de que se advogue "...contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora".

Assim, **há impedimento** para que se advogue, em qualquer esfera (penal, cível e administrativa), contra o ente público que remunera o servidor ou que, com ele, possua vínculo. Nesse sentido, colhe-se ementário da Turma de Deontologia do E. TED da OAB/SP: ADVOCACIA - EXERCÍCIO PROFISSIONAL - SERVIDOR PÚBLICO - IMPEDIMENTO - APROVEITAMENTO DE STATUS PROFISSIONAL PARA CAPTAÇÃO DE CLIENTES - VEDAÇÃO ÉTICA - LIMITES DO IMPEDIMENTO.

Funcionário, mesmo celetista, de fundação estadual estará sujeito ao impedimento previsto no EAOAB (art. 30-I), impossibilitado de advogar contra a Fazenda Pública, isto é, contra todas as entidades vinculadas à entidade fazendária que o remunera, mas podendo atuar para ou contra as outras esferas do Poder Público. Em nenhuma hipótese, porém, pode o funcionário valer-se do seu status funcional - máxime em casos ou situações em que lhe caiba dar opinião ou parecer - para, posteriormente, patrocinar esses assuntos contra pessoas ou entidades mesmo contra as quais não esteja impedido de advogar por se traduzir em oferta de serviço, em captação de clientela, de concorrência desleal e, no fundo, em claro desprestígio, tanto para a função pública que desempenhe quanto para a advocacia que exercerá de forma eticamente reprovável, tanto o faça para si mesmo como o faça para seus colegas não impedidos. (Fundamento: EAOAB: 31; 34; CED: 5º.; 7º.) Proc. E-3.079/2004 - v.u., em 17/02/2005, do parecer e ementa do Rel. Dr. ERNESTO LOPES RAMOS - Rev. Dr. JAIRO HABER - Presidente Dr. JOÃO TEIXEIRA GRANDE. *Grifos acrescentados*. Portanto, **não pode o servidor público do Poder Executivo Estadual advogar contra as entidades da administração estadual, seja direta, indireta ou fundacional, mesmo que essa advocacia se dê na área penal**

ou administrativa. A título de exemplo, **não pode** um servidor público do Poder Executivo Estadual advogar para suposto acusado de crime cometido contra a Fazenda Estadual, malgrado não exista impedimento o mero fato de o autor da ação penal ser o Ministério Público Estadual. Esse entendimento, *mutatis mutandis*, já foi adotado por esta **1.ª Turma de Deontologia** quando da apreciação das consultas n.º 74642019-0 e n.º 209012017-0, ambas relatadas pelo culto membro e colega *Rodolfo Gomes Amadeu*. Por mais que em tais consultas se tenha tratado sobre assessores parlamentares do legislativo municipal e estadual, me quer parecer, *d. v.*, que a *ratio decidendi* seja a mesma.

Cabe pontuar, ainda, que pode existir, em determinados casos, vedação *interna corporis*, e isso, em eventual apreciação concreta, deverá ser levado em consideração para se apurar a existência (ou não) de impedimento ou incompatibilidade.1.1 A título meramente exemplificativo, o servidor público do Ministério Público da União (MPU) está impedido de exercer, por Lei (Lei n.º 13.316/2016), a atividade de advogado, assim como existe uma Resolução editada pelo CNMP (Res. N.º 27/2008), ampliando essa proibição aos demais servidores do Ministério Público.

É válido destacar, ademais, que mesmo podendo, a depender da hipótese, advogar, deve o Servidor Público Estadual ter extrema cautela ao fazê-lo, evitando qualquer possibilidade de advocacia administrativa (CP, art. 321) ou de violação dos preceitos nodais da administração pública (LIA, art. 11). Por derradeiro, o exercício da advocacia quando impedido, poderá, *em tese*, caracterizar a infração descrita no inciso I do art. 34 do EAOAB, sem prejuízo de penalizações aplicadas pelo Poder Judiciário e pelo próprio ente da administração pública.

PARECER: Portanto, **conhece-se** da consulta, e, atendendo à reflexão empreendida, conclui-se por: ***não haver, de princípio, incompatibilidade do exercício da advocacia com o fato de ser, apenas e tão somente, servidor público do Poder Executivo Estadual, existindo, lado outro, incompatibilidade se o servidor público ocupar cargo ou função de direção. Ainda, há impedimento, para o servidor público do Poder Executivo Estadual, para que se advogue, em qualquer esfera (penal, cível e administrativa), contra o ente público que remunera o servidor ou que, com ele, possua vínculo. Por fim, o exercício da advocacia quando impedido, poderá, em tese, caracterizar a infração descrita no inciso I do art. 34 do EAOAB.***