DO ADVOGADO PÚBLICO VEREADOR

ANDRÉ BRAWERMAN*

Resumo: O Estatuto dos Advogados do Brasil prevê a proibição de exercer a advocacia contra ou a favor do Estado quando o advogado ocupar qualquer cargo eletivo. A presente tese demonstra que a correta interpretação desta norma é a de que esse veto do Estatuto dos Advogados não se aplica aos advogados públicos (que são servidores públicos), tendo em vista que a Constituição Federal brasileira permite, excepcionalmente, acumular o cargo de servidor público (do Poder Executivo) com o de vereador (Poder Legislativo), exigindo-se o único requisito de que as duas funções tenham compatibilidade de horário. É nesse sentido que deve ser interpretado o Estatuto da Advocacia brasileira, conforme a Constituição.

Palavras-chave: Interpretação do Estatuto do Advogado conforme a Constituição, cumulação de cargos no Poder Executivo e Legislativo, possibilidade; previsão no art.38 da CF; servidor público (advogado público) e vereador - único requisito constitucional: compatibilidade de horários.

Introdução

A Constituição Federal tem como regra geral não permitir a acumulação de cargos de mandato eletivo com o de servidor público do Poder Executivo (princípio da Inacumulatividade de funções), até mesmo para preservar a independência e harmonia dos poderes, pois seria, por exemplo, impensável o acúmulo de funções de juiz de direito com a função de deputado estadual, ou bem se é juiz de direito, ou bem se é parlamentar, adotando a Constituição a expressa ressalva de que poderá existir a cumulação de funções "do servidor público da administração direta, no exercício de mandato eletivo de vereador, desde que exista compatibilidade de horários" (nos termos do art.37 c/c art.38, III, da CF) [1].

Por outro lado, determina o art.30 do Estatuto da Advocacia (Lei 8906/94), que:

---

* Procurador do Estado de São Paulo. Membro do IBAP, Mestre e Doutorando em Direito Constitucional pela PUC/SP, Prof. de Direito Constitucional da PUC/SP e da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP)

1 Art.37 (...) XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI.

Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:

I - tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função;

II - investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;

III - investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior;

> 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;
> II - 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.

Pois bem, o problema apresentado na presente tese, em vista do disposto no art.30, II do Estatuto da OAB e o art.38, III da CF, trata a respeito da possibilidade do advogado público — que é servidor público da administração direta —, em qualquer esfera do Governo, seja Federal, Estadual ou Municipal poder exercer concomitantemente a advocacia a favor das pessoas jurídicas de Direito Público e o cargo de vereador (membro do Poder Legislativo).

Em síntese: como interpretar o impedimento previsto do Estatuto da Advocacia diante do permissivo previsto no art.38, III da CF?

Essa tese procura demonstrar que o art.38, III da CF adotou um único requisito restritivo ao servidor público de cumular funções com o cargo eletivo de vereador: a compatibilidade de horário. Estando preenchido este requisito, não cabe ao intérprete criar maiores restrições onde a Constituição não criou.

1. Do princípio da "interpretação conforme a Constituição"

É comum nas cidades de médio e pequeno porte constar do Regimento Interno da Câmara Municipal que as sessões parlamentares somente ocorrerão a partir das 18 horas, justamente para permitir a compatibilidade do cargo de vereador com qualquer outra atividade profissional, mesmo que seja a de servidor público da administração direta, conforme permite o art.38, III da CF.[2]

Dentre as interpretações possíveis do Estatuto da Advocacia, uma primeira interpretação poderia levar a crer que o art.30, II proíbe a advocacia acumulada com qualquer função parlamentar, qualquer que seja a advocacia, inclusive a Advocacia Pública.

2 Aliás, até bem pouco tempo atrás, algumas cidades sequer remuneravam os seus vereadores, situação que foi alterada pela nova redação dada ao art.29 da Constituição Federal de 1988, conforme Hely Lopes Meirelles "A vereança, que inicialmente fora um múnus público gratuito, passou a ser subsidiada nas grandes Edilicidades e posteriormente remunerada em todas as Câmaras, nos limites e segundo critérios estabelecidos em lei complementar federal, como determinava a EC 4, de 1975, ao dar nova redação ao §2º do art.15 da CF de 1969. (Direito Municipal Brasileiro, Ed.Malheiros, 13ª ed., p.603)".

Tal interpretação, todavia, não encontra ressonância no art.38, III da CF. Seria uma interpretação contrária à CF. Ensina Luis Roberto Barroso, em sua magnífica obra *Interpretação e Aplicação da Constituição* [3], a respeito do princípio da interpretação conforme a Constituição, que seria a "necessidade de buscar uma interpretação que não seja a que decorre da leitura mais óbvia do dispositivo. É, ainda, da sua natureza 'excluir' a interpretação ou as interpretações que contravenham a Constituição".

Admitir a interpretação de proibição da Advocacia Pública quando o advogado público é eleito vereador seria adotar uma linha de interpretação que conduz a resultado contrastante com a Constituição. É de se notar que "a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determina leitura da norma legal" [4].

É evidente que não cabe adequar a CF ao Estatuto da Advocacia. O certo é a impossibilidade de subsistir validamente uma norma se for incompatível com a Lei Fundamental, em razão da existência do princípio da Supremacia da Constituição.

Neste sentido, não se pode interpretar o art.30, II do Estatuto da OAB no sentido de ampliar os requisitos de impedimentos de cumulatividade dos cargos no Poder Executivo e no Poder Legislativo (no caso de servidor público eleito vereador), eis que viola, a um só tempo, *(i)* o direito fundamental à liberdade do exercício profissional (art.5º, XIII), que pode ser regulamentada pela lei infraconstitucional, mas jamais suprimida; *(ii)* o princípio da isonomia (art.5º, caput), eis que outros cargos do Poder Executivo poderiam acumular com o de vereador, exceto o de advogado público, sem um *discrimem* que justifique tal diferenciação; e *(iii)* a expressa exceção ao princípio da inacumulatividade de funções, prevista no art.38, III da CF, que permite cumular a função de servidor público da administração direta e a função parlamentar de vereador.

Conforme consagrado pelo "princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais", que direciona o intérprete para que "todas as vezes que esses espaços de tensão ou de contradição envolverem um direito fundamental, a atividade interpretativa deve

3 Ed. Saraiva, 2ª ed., 1998, p.174.

4 BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. Ed. Saraiva, 2ª ed., 1998, fls.175.

ser orientada no sentido de atribuir a maior efetividade possível ao direito fundamental examinado" [5].

Em resumo: entre a interpretação óbvia e rasa do art.30, II do Estatuto da Advocacia e a supremacia dos Direitos Fundamentais (dignidade, igualdade, liberdade de exercício profissional, e a expressa exceção ao princípio da inacumulatividade de funções previstos na CF), deve o intérprete optar pela CF.

Ou conforme a moderna doutrina constitucionalista, dentre as inúmeras interpretações possíveis, só se admite aquela que seja "conforme a Constituição".

Ora, é evidente que a própria existência das normas constitucionais dos artigos 37, XVI e 38 foram criadas pelo poder constituinte originário para confirmar a possibilidade de exercício de funções no poder executivo e no poder legislativo (em caráter excepcional, com o único requisito de que seja compatível os horários)! Não pode o interprete criar requisitos e condições onde a própria Constituição não criou, afinal, conforme o brocardo jurídico: "Onde a norma não restringe, o intérprete não restringirá".

Pois bem, não pode ser colocado no mesmo 'saco' o exercício da Advocacia Pública, com o exercício da advocacia privada, prevista no Estatuto da Advocacia, como causa de impedimento na cumulatividade de qualquer cargo parlamentar.

2. A Advocacia Pública e a defesa do interesse público primário

Deve-se lembrar que o exercício da Advocacia Pública tem como mister defender o interesse público primário. A função da Advocacia Pública, apesar de semelhante, não se confunde com a advocacia privada. É o advogado público um servidor público, deve atender tão somente ao interesse público, e não ao interesse alheio, quiçá do detentor transitório do poder (chefe do Executivo).

Cabe ressaltar, *verga gratia*, que a própria *praxis* da Administração Pública reconhece o caráter distinto da advocacia privada da Advocacia Pública, como, por exemplo, na declaração do Imposto de Renda, onde as rendas provenientes do exercício da Advocacia Pública é elencada como atividade de servidor público da administração direta, e não na mesma espécie reservada para a declaração dos advogados privados.

5 CANOTILHO, J. J. Gomes,.Direito Constitucional. Coimbra: Livr. Almedina, 1998, p.359.

Com a eleição ao cargo de vereador, qualquer advogado público, concursado e estável, pode continuar exercendo sua atividade, desempenhando regularmente sua função na Administração Pública, eis que não existe qualquer incompatibilidade entre os cargos (aliás, calcados na evidência de que prevalece a CF, sob a interpretação literal que poderia ser dada ao art.30, II do Estatuto dos Advogados).

A responsabilidade pela advocacia do Estado, atribuída pela Constituição Federal e Estadual, como ensina Derly Barreto Silva Filho, significa a defesa da "coisa pública", cujos bens, interesses e direitos, por indisponíveis e por comporem o patrimônio público, não se prestam sequer à renúncia, à transação, ou a outra forma de composição.[6]

Segundo Rafael Farinatti Aymone,

> a definição do interesse público a ser tutelado pela Administração Pública — e, por conseqüência, pela Advocacia Pública — deve levar em conta a ordem jurídica, de modo especial os princípios constitucionais, tanto os gerais como os específicos à Administração Pública. Há de se resguardar o interesse público afirmado pela Constituição e pela lei, fazendo prevalecer o interesse público primário se eventualmente contraposto a interesse secundário. É a tarefa de todo o Poder Público.[7]

Não se trata, portanto, de advocacia de interesses particulares. A idéia que deve trazer no bojo do exercício da Advocacia Pública é a de que se traduz no indeclinável atrelamento da causa *sub judice* (ou parecer administrativo) a um fim público, preestabelecido no mandato *ad judicia* conferido pelo povo (mediante concurso público), que deve ser atendido até última instância, para o benefício geral da sociedade.

Significa dizer: a função de advogado público tem os estreitos limites da legalidade — que é própria da função desempenhada pelo Poder Executivo, "andar no trilho da lei", como diria Bandeira de Melo.

Da mesma forma que o médico servidor público da administração direta atende seus pacientes no Hospital Público, a partir das 18 horas poderá acumular a função de médico servidor público e a de vereador, o advogado público exerce sua importante tarefa pública *atrelado à lei*, que lhe é o único chefe, podendo da mesma forma acumular as funções no Poder Executivo e Legislativo.

6 SILVA FILHO, Derly Barreto. O Controle da legalidade Diante da Remoção e da Inamovibilidade dos Advogados Públicos. Livro de Teses do XXIII Congresso Brasileiro de Procuradores do Estado, 1997, p.537.

7 AYMONE, Rafael Farinatti. Advocacia Pública: advocacia de que interesse público? Livro de Teses do XXX Congresso Nacional de Procuradores do Estado, 2004. p.27.

Poderia se argumentar que o advogado público acabaria por se subordinar aos caprichos do chefe do Poder Executivo Municipal, se acaso fosse vereador e procurador do município. Ora, sem fundamento tal assertiva. Como se sabe, *(I)* o parecer emitido pela Procuradoria do Município é meramente *opinativa*, não vincula a Administração Pública, que poderá adotar outra direção política, assumindo, naturalmente, os ônus jurídicos daí decorrentes. Ademais, *(II)* o dever ético da Advocacia Pública é a submissão à Lei e não à vontade do chefe do Poder Executivo. Se assim fosse, seria outra a conduta realizada, provavelmente a figura criminal da advocacia administrativa; *(III)* há a garantia constitucional da estabilidade do servidor público, justamente para garantir a obediência à CF e à Lei, e não a ordens manifestamente contrárias à ordem jurídica, alheias ao interesse público.

Partindo desta necessária premissa, podemos interpretar o art.30 do Estatuto da Advocacia *conforme a CF* adotando a interpretação que não contrarie o dispositivo da Carta Suprema.

3. Compatibilidade de horários como requisito único previsto na Constituição Federal

Determina o art.30, II do Estatuto da Advocacia que há o impedimento de "membros do Poder Legislativo advogarem a favor ou contra as pessoas jurídicas de Direito Público".

Esse impedimento não pode ser aplicado ao exercício da Advocacia Pública porque violaria a previsão constitucional da expressa *exceção* ao princípio da inacumulatividade de funções. Ou seja, não pode o Estatuto da Advocacia proibir a cumulatividade de funções entre o Poder Executivo e Legislativo se existir *compatibilidade de horários.*

Neste mesmo sentido, o parecer publicado no Boletim do Direito Municipal[8] do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, diz:

> Da leitura dos dispositivos constitucionais, depreende-se que a CF estabelece taxativamente as exceções à regra da inacumulabilidade de funções públicas remuneradas. Contudo, para que o servidor eleito mantenha-se no exercício do cargo efetivo em conjunto com o mandato de vereador, *há de se observar a compatibilidade de horários entre sua função na administração e os horários de funcionamento da Câmara.*

8 Publicado em janeiro/2000, p.28, fonte site www.cepam.sp.gov.br (acesso em outubro de 2005).

Perfeito o parecer do CEPAM (Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal, Fundação Prefeito Faria Lima), referendado por Diógenes Gasparini, ao declinar que:

> Ora, se o Prefeito pode prestar concurso público e o servidor eleito vereador pode exercer cargo, emprego ou função concomitantemente com o mandato, por que o cidadão eleito vereador deve ter tratamento diferenciado, negando-se-lhe o direito de participar de concurso público?

A Constituição não criou este impedimento. Pelo contrário, ao exprimir "no que couber" no inciso VII, do art.29, distinguiu o vereador dos membros do Congresso Nacional e das Assembléias Legislativas. Estes não podem prestar concurso público 'ex vi' do art.54, I, 'b' e II, 'd' (da CF) _ e Constituição Estadual, art.15, I, 'b', e II, 'd', respectivamente.

> Para que referida proibição se estenda ao vereador, necessário se faz estar expressa. Em não estando, a sua aplicação caracteriza-se uma restrição do direito, e toda restrição de ser explícita em lei.[9]

Vale citar Uadi Lammêgo Bulos, renomado constitucionalista baiano, que em sua *Constituição Federal anotada* fez a seguinte observação a respeito do art.38, III:

> O inciso admite a cumulatividade de remunerações para o servidor investido no mandato de vereador. Note-se que a Constituição preocupa-se, tão-somente, com a compatibilidade de horário.[10]

Em recente obra, o renomado Professor José Afonso da Silva (que, aliás, também foi "advogado público"), também em comentários específicos a respeito do art.38, III da CF, diz, que:

> *Servidor investido em mandato de vereador*:. Tratando-se de servidor investido no mandato de vereador, havendo compatibilidade de horário, exercerá cumulativamente o mandato com o cargo, emprego ou função. O servidor perceberá as vantagens desses ou dessa (vencimentos, etc.) sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo. Não ocorrendo a compatibilidade de horário, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função, facultando-se-lhe optar entre a remuneração de sua situação funcional e do mandato. O afastamento também aqui se verifica com a posse (art.38,III).[11]

Interessante observação fez o mesmo Prof. José Afonso da Silva, em artigo específico sobre o tema, em que diz:

9 Parecer do CEPAM, com a concordância de Diógenes Gasparini, em 20/11/1992.

10 BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. Ed. Saraiva, 5 ª edição. 2003P.675.

11 SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. Ed. Malheiros, 2005, p. 350.

> ...o titular de mandato fica impossibilitado até mesmo de aceitar cargo, função ou emprego na administração direta ou indireta (salvo, no que tange aos Vereadores, cargo de Secretário Municipal e concurso público): veda-se-lhe tornar-se servidor, ao passo que o servidor pode tornar-se titular de mandato eletivo[12].

Cabe ainda destacar, relacionado ao Centro de Estudos e Pesquisas da Administração Municipal (CEPAM – Fundação Prefeito Faria Lima), o parecer lavrado em 17 de março de 2003, em que esse renomado instituto reconhece a possibilidade de cumulação de cargos na Administração Pública e no Legislativo Municipal, ao determinar:

> Se houve compatibilidade de horários, continuando o servidor/vereador a exercer seus misteres na Administração com o mandato, continuará recolhendo normalmente sua contribuição ao sistema previdenciário a que estiver vinculado, enquanto servidor, bem como deverá, também, recolher ao INSS na condição de Vereador.[13]

Hely Lopes Meireles, em sua insuperável obra *Direito Municipal Brasileiro*, ensina que:

> Impedimentos constitucionais do vereador são, também, ocupar cargo em comissão e aceitar emprego ou função no âmbito da Administração direta ou indireta de qualquer entidade (art.29, IX, c/c art.54). Quanto à possibilidade do exercício de cargo de secretário municipal a Constituição da República não proíbe, admitindo-a por similaridade com os cargos que enumera para os membros do Congresso Nacional (art.29, IX), embora no âmbito municipal seja altamente inconveniente que o vereador se torne um subordinado do prefeito sem perda de seu mandato.[14]

Até mesmo na situação extremada, imaginada pelo saudoso Hely Lopes Meireles, de acumulação de cargo de secretário municipal e vereador, não existiria qualquer impedimento constitucional à acumulação dos cargos em razão da exceção prevista no texto constitucional, com maior razão ainda a permissão de acumulação de cargos de advogado público (mesmo que Procurador do Município) e vereador.

Ressalta-se o dizer do Prof. Hely: “Pode não ser conveniente, mas não é inconstitucional ou ilegal — nesta hipótese extremada (vereador + secretário + secretário municipal).

Cabe ressaltar que para Hely Lopes Meirelles

12 Manual do Vereador. ED. CEPAM, p. 62.

13 Parecer CEPAM n. 22.065, processo FPFL n.267/03, da lavra de Iara Beraldo Pereira do Amaral, fonte site www.cepam.sp.gov.br (acesso em outubro de 2005).

14 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 13ª ed., Ed Malheiros, 2003, p.106.

> o preceito constitucional veda ocupar cargo em comissão ou função de que seja demissível *ad nutum*. Daí resulta que o vereador não pode ser investido em cargo desta natureza, nem exercer funções em Comissões do *executivo*, com exceção, como se disse, do cargo de secretário municipal. Se antes de eleito estiver ocupando cargo em comissão, ou integrando Comissão Executiva, deverá exonerar-se até a data da posse, não se beneficiando, portanto, do disposto no art.38, III, primeira parte, CF.[15]

Ou seja, conforme a melhor doutrina, "o preceito constitucional veda ocupar cargo em comissão ou função de que seja demissível *ad nutum*, e não cargo concursado estável e efetivo, como é o caso do advogado público!".

E conclui o Prof. Hely que:

> Assim, o vereador não poderá aceitar, isto é , tomar posse em função ou emprego do Município ou de suas entidades descentralizadas sem renunciar ao mandato, salvo se a admissão ou contratação foi precedida de *concurso público*. Nesse caso, bem como no de nomeação para cargo efetivo, sempre sujeita a concurso prévio, poderá até exercê-los, se houver compatibilidade de horários.[16]

O Eg.Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *por exemplo,* admitiu a acumulação remunerada do cargo de oficial de justiça com o cargo eletivo de vereador, em face de demonstrada compatibilidade de horários, por aplicação do disposto no art.38, III da CF (2ª C. de Direito Público, Apel. Civel 141.284-5, rel. Des. Corrêa Vianna, j. 26.9.200, vu).

Uma vez demonstrado que o advogado público somente exerce o cargo público concursado, no estrito exercício da sua *Advocacia Pública*, e sendo compatível o horário das duas funções públicas, não *pode o Estatuto da OAB* ser interpretado de forma a violar a exceção expressa prevista na CF.

Parece evidente, portanto, que não pode o Estatuto da OAB alterar o consentimento dado pela Constituição, visto que não pode restringir o que a Constituição não restringe.

4. Impedimento evidente de praticar advocacia administrativa

É cristalino que a vedação à advocacia prevista no Estatuto da Advocacia é àquela "advocacia administrativa", ou seja, aquela em que o sujeito utiliza do cargo público para

15 idem, p.107

16 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 13ª ed., Ed Malheiros, 2003, p.106.

influenciar em casos ou causas particulares de seu interesse privado perante a Administração Pública.

Evidente que não poderá o advogado público (ainda mais se exercer a atividade no próprio município em que eleito vereador) exercer a advocacia para tratar de assuntos de interesse privado perante a Administração Pública, valendo-se da qualidade de funcionário público. Aliás, se isso ocorresse, não estaríamos diante do exercício da Advocacia Pública, mas sim diante do crime tipificado no art.321 do Código Penal, que institui o crime de "advocacia administrativa', ou seja, em nada se assemelharia ao exercício da Advocacia Pública.

> Advocacia administrativa
> Art. 321 - Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, valendo-se da qualidade de funcionário:

Seja na qualidade de servidor público, seja na qualidade de advogado, deve o profissional prestar o juramento de obediência à *Constituição Federal e à Lei*. Acaso se aplicasse o impedimento previsto no art.30, II do Estatuto da OAB ao advogado público, a conduta *não* seria de advocacia ou de servidor público, mas sim de *crime*, previsto no art.321 do CP.

O comentário de Celso Delmanto[17] em relação ao referido dispositivo penal, diz que:

> o núcleo é patrocinar, que tem a significação de pleitear, advogar, defender, apadrinhar, interesse alheio. Pune-se o comportamento do agente que patrocina interesse privado, interesse esse que pode ser justo ou não, lícito ou ilícito. O interesse deve ser de terceira pessoa, e não do agente, como faz ver o verbo empregado na definição do delito. O patrocínio deve ser realizado perante a Administração Pública valendo-se da qualidade de funcionário. O tipo subjetivo é o dolo, que consiste na vontade livre e consciente de patrocinar.

Assim, a interpretação do art.30, II do Estatuto da Advocacia, *conforme a Constituição*, deve ser no sentido de entender que o impedimento de praticar a advocacia pelo servidor público refere-se àquela advocacia administrativa, prevista no art.321 do Código Penal, perante o Poder Executivo, para cuidar de interesse privado, alheio à função pública.

17 DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. Ed. Renovar, 2005, p.640.

5. Da explicação do princípio da igualdade e da liberdade de exercício profissional (art.5, caput e XIII, CF)

Da mesma forma como um médico, dentista, engenheiro, ou qualquer outro profissional liberal, que exerce cargo público concursado, o advogado público também tem o direito de exercer sua função pública sem restrição pelo fato de ser vereador, basta que comprove a compatibilidade de horários. Caso queiram alegar a incompatibilidade, deve-se demonstrar que se utiliza o cargo público do executivo para fins de proveito próprio, e não para o exercício da função pública que ocupa em razão de concurso público.

Servidor público - Dentista - Cargo em comissão - Posse no cargo de vereador - Continuidade na prestação de serviços odontológicos à comunidade - Compatibilidade de horários - Improbidade administrativa inocorrente - Desrespeito doloso à norma legislativa inexistente - Arquivamento dos autos - Denúncia improcedente JTJ 246/375.

Crime contra a Administração Pública - Advocacia administrativa - Vereadores que, por força de seus mandatos, agem em nome próprio com o intuito de resolver problemas sociais - Conduta atípica - Crime descaracterizado - Inteligência do art.321 do CP (TJSP) RT 740/605.

Reforça os argumentos até aqui aduzidos o fato de que a lei que regulamenta uma profissão (no caso, o Estatuto da Advocacia) somente pode estabelecer condicionamentos capacitários que apresentem nexo lógico com as funções a serem exercidas, jamais qualquer requisito discriminatório ou abusivo, sob pena de violar o art.5, XIII da CF, que determina: "XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

É abusiva a interpretação que amplia o impedimento da Advocacia a favor da pessoa jurídica de Direito Público ao advogado público que é, concomitantemente, vereador, eis que o único requisito exigido pela CF é a compatibilidade de horários, sendo vedado ao Estatuto da Advocacia criar mais outro requisito em confronto com o Texto Maior. Neste sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Possibilidade de estabelecimento de requisitos objetivos para o exercício da profissão. A legislação somente poderá estabelecer condicionamentos capacitários que apresentem nexo lógico com as funções a serem exercidas, jamais qualquer requisito discriminatório ou abusivo, sob pena de ferimento do princípio da igualdade (STF, 1ª T., Ag. Reg. , em Ag. Instr. N.

134.449/SP – Rel . Min. Sepulveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 21, set, 1990, p. 9.784 e STF – RT 666/230).

6. Da liberdade do exercício da atividade parlamentar (imunidade material nos crimes de opinião)

Por outro lado, a atividade exercida pelo advogado público dentro da esfera do Poder Legislativo, como vereador, jamais poderá ser utilizada contra ele, por exemplo, em processo administrativo disciplinar, tendo em vista a imunidade material de opiniões, palavras e votos. Nos termos do art.29, VIII da CF, não pode o Poder Executivo imiscuir-se na seara política, sob pena de violação à garantia da inviolabilidade Parlamentar.

> "Art.29.
> VIII - inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município."

Apenas por hipótese, se um procurador do Estado fosse eleito vereador, poderia subir ao palanque para apresentar a crítica que quisesse, mesmo contra a política do Governo do Estado que o remunera, eis que estaria emitindo opinião como parlamentar, e nesta atividade lhe é garantida a imunidade material, nos termos do art.29, VIII da CF, em todos os seus aspectos: civil, penal ou administrativo. *Mutatis Mutantis*, guardada as devidas proporções, da mesma forma como o presidente de um sindicato tem a estabilidade garantida no emprego durante o contrato de trabalho.

Conclusão

1- O impedimento previsto no art.30, II do Estatuto da Advocacia (Lei 8906/94), que proíbe a advocacia do detentor de cargo eletivo, contra ou a favor do "Estado", deve ser interpretada conforme a CF.

2- A CF expressamente excepciona o servidor público do princípio da inacumulatividade de funções, no caso de ter sido eleito vereador (art.38, III, CF), desde que as duas atividades públicas tenham compatibilidade de horários.

3 - O advogado público, sendo servidor público, também pode acumular o cargo de vereador, se preenchido o único requisito constitucional de *"compatibilidade de horários das funções"*.

4 - Qualquer outra restrição deve ser interpretada de forma restritiva, sob pena de violar o princípio da igualdade, da liberdade de exercício profissional e da expressa previsão da regra constitucional, que constitui exceção ao princípio da inacumulatividade de funções públicas.

5 - Portanto, o advogado público pode exercer sua função no Poder Executivo concomitantemente com o cargo eletivo de vereador, desde que tenha compatibilidade de horários nas duas funções.

REFERÊNCIAS

AYMONE, Rafael Farinatti. Advocacia Pública: advocacia de que interesse público? *Livro de Teses do XXX Congresso Nacional de Procuradores do Estado*, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. Ed. Saraiva, 5 ª edição, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional.* Coimbra: Livr. Almedina, 1998.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado.* Ed. Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação E Aplicação Da Constituição*. Ed. Saraiva, 2ª ed., 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 13ª ed., Ed Malheiros, 2003.

Parecer CEPAM n. 22.065, processo FPFL n.267/03, da lavra de Iara Beraldo Preira do Amaral. Fonte: *site* www.cepam.sp.gov.br (acesso em outubro de 2005).

Parecer do CEPAM, com a concordância de Diógenes Gasparini, em 20/11/1992, fonte *site* www.cepam.sp.gov.br (acesso em outubro de 2005).

SILVA FILHO, Derly Barreto. O Controle da legalidade Diante da Remoção e da Inamovibilidade dos Advogados Públicos. *Livro de Teses do XXIII Congresso Brasileiro de Procuradores do Estado*, 1997.

SILVA, José Afonso. *Manual do Vereador*. Ed. CEPAM, 1987.

_____. *Comentário Contextual à Constituição.* Ed. Malheiros, 2005.