

Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Espírito Santo
Tribunal de Ética e Disciplina

Primeira Turma

Ref.: Processo n.º **231212020-0**

Assunto: Consulta

Consultante: Fernando José da Silva (OAB/ES 25.543)

Relatora: Giulia Pippi Bachour Guisso

- Membro **GIULIA PIPPI BACHOUR GUISSO** (Relatora):

I. Relatório.

Trata-se de Consulta formulada pelo advogado *Fernando José da Silva* (OAB/ES 25.543), indagando o seguinte a esta Turma de Deontologia: “Enfermeiro sendo empregado público, sendo o mesmo advogado, poderá exercer advocacia privada? Poderá exercer advocacia pública?”.

É o essencial para o relatório. Fundamenta-se o parecer.

II. Fundamentação

Com efeito, a admissibilidade da Consulta submetida ao Tribunal de Ética e Disciplina está a está adstrita ao preenchimento de dois requisitos: **(i)** ser formulada em tese e **(ii)** mesmo que em tese, não evidenciar “interesse de obtenção de prejulgamento para casos específicos”.

Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Espírito Santo
Tribunal de Ética e Disciplina

É o que se extrai da exegese do art. 71, inciso II, do Código de Ética e Disciplina da OAB (CED), que prevê a competência dos Tribunais de Ética para responder a consultas formuladas *em tese*, vejamos: “*Art. 71. Compete aos Tribunais de Ética e Disciplina: [...] II - responder a consultas formuladas, em tese, sobre matéria ético-disciplinar*”.

Assim, de saída, **admito** a presente Consulta e passo a respondê-la abaixo.

Pois bem. Em tese, o presente Parecer abordará dúvida quanto a eventual impedimento ou incompatibilidade do exercício da advocacia por advogado que, porventura, venha a ocupar função pública, na qualidade de “enfermeiro”, sem informações quanto ao âmbito de atuação.

Com efeito, as causas de incompatibilidade e de impedimento estão previstas, respectivamente, nos artigos 28 e 30 do EAOAB, abaixo transcritos *in verbis*:

Art. 28. *A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:*
I - chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Poder Legislativo e seus substitutos legais;
II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta
III - ocupantes de cargos ou funções de direção em Órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público;
IV - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro;
V - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza;
VI - militares de qualquer natureza, na ativa;

Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Espírito Santo
Tribunal de Ética e Disciplina

VII - ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais;
VIII - ocupantes de funções de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas.

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.

Parágrafo único. Não se incluem nas hipóteses do inciso I os docentes dos cursos jurídicos.

Como se extrai desses dispositivos, verifica-se que não há, a princípio, incompatibilidade ao exercício da advocacia para o profissional que atuar como empregado público na área da saúde, conquanto ele não exerça qualquer cargo ou função de direção (com poderes de decisão final em relação a terceiros), em quaisquer Órgãos da Administração Pública direta ou indireta, como prevê o inciso III do art. 28.

Trata-se, aqui, de norma restritiva, que deve ser analisada taxativamente, como já preconizou o C. STJ: “*As normas restritivas de direito fundamento 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*” – AgInt no REsp 1589174/RS.

Tal incompatibilidade, contudo, não se estende aos demais agentes públicos sem poder de direção. Nesses casos, a ocupação de função pública implica

Página | 3

Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Espírito Santo
Tribunal de Ética e Disciplina

em hipótese de impedimento – vedação parcial à prática da advocacia “*contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora*” (vide art. 30, I, do EAOAB). Isto é, o profissional que ocupa função pública **não poderá advogar contra quaisquer entidades (público ou privadas) vinculadas à Fazenda Pública que o remunera**, em qualquer esfera (seja penal, cível ou administrativa).

Nesse sentido, já decidiu esta Eg. Turma de Deontologia quando da apreciação das **Consultas n. 74642019-0 e 209012017-0**, relatadas pelo *Dr. Rodolfo Gomes Amadeu*, bem como da **Consulta n. 228356-16**, relatada pelo *Dr. Bruno Richa Menegatti*. Ainda que tais consultas versem sobre outros cargos públicos (assessor parlamentar e servidor público do Poder Executivo Estadual), o racional aplicado é o mesmo.

Vale mencionar, ainda, ementário da Eg. Turma de Deontologia do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP:

***“ADVOGADO QUE OCUPA CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA - AUTORIDADE SANITÁRIA MUNICIPAL - INCOMPATIBILIDADE OU IMPEDIMENTO A DEPENDER DOS PODERES EXERCIDOS. É irrelevante a denominação do cargo público que venha a ser eventualmente ocupado por um advogado para verificar se se está diante de um caso de impedimento ou de incompatibilidade. Alguns dos pontos balizadores da incompatibilidade prevista no art. 28, III, do Estatuto são: 1. O que importa não é a denominação ou tipo dos cargos, mas sim o fato do poder de decisão que tenha o detentor daquele, especialmente em relação a terceiros; 2. É relevante quem exerça o ato decisório final, mesmo que caiba recurso à instância superior, e não aqueles que estejam apenas assessorando, mas sem poder decisório; 3. Cargos de natureza burocrática ou interna, ainda que tenham grau de influência e/ou destaque, mas sem poder de decisão, incidiriam na hipótese de impedimento, vedação parcial à prática da advocacia, e não*”**

Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Espírito Santo
Tribunal de Ética e Disciplina

de incompatibilidade. (Precedentes: E-3.927/2010, E-4.625/2016 e E-4.624/2016). O advogado que ocupar cargo de "autoridade sanitária" com poderes de decisão final com relação a terceiros, por exemplo, aplicação de penalidades, multas, interdições, etc., estará incompatível ao exercício da advocacia. Contudo, caso não possua cargo de direção, sem poder de decisão final, ou seja, cargo de natureza burocrática ou interna, ainda que tenha grau de influência e/ou destaque, mas sem poder de decisão final, incidirá a hipótese de impedimento, vedação parcial à prática da advocacia. Por fim, caberá aos interessados comunicar à OAB, através da Comissão de Seleção e Inscrição, sua nomeação, apresentando a Portaria respectiva para deliberação e anotações pertinentes, já que este parecer analisa em tese o tema apresentado, cabendo àquela a palavra final sobre o caso concreto. – TED-OAB/SP, Proc. E-5.132/2018 v.u., em 18/10/2018, do parecer e ementa do Rel. Dr. EDUARDO AUGUSTO ALCKMIN JACOB, Rev. Dr. LUIZ ANTONIO GAMBELLI, Presidente Dr. PEDRO PAULO WENDEL GASPARINI."

Portanto, exemplificativamente, caso o empregado público esteja vinculado ao Poder Público Municipal, não poderá advogar contra as entidades da administração municipal, seja direta, indireta ou fundacional, mas poderá atuar para ou contra as outras esferas do Poder Público. Mesmo entendimento se aplica caso o agente público esteja vinculado ao Poder Público Estadual ou Federal.

Por fim, vale ressaltar que o exercício da advocacia, quando impedido, poderá, *em tese*, caracterizar a infração descrita no inciso I do art. 34 do EAOAB, sem prejuízo das penalizações aplicadas pelo Poder Judiciário e pelo próprio ente da Administração Pública.

Assim sendo, partindo dessas premissas e com intuito pedagógico, em resposta direta à indagação do Consulente:

Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Espírito Santo
Tribunal de Ética e Disciplina

- Caso o “enfermeiro” não possua cargo de direção, sem poderes de decisão final em relação a terceiros, incidirá na hipótese de impedimento – vedação parcial à prática da advocacia, restrita à Fazenda Pública que o remunera, conceito este que abrange todos os órgãos vinculados à Administração Direta ou Indireta.

Este é o Parecer, que submeto ao melhor Juízo deste Egrégio Colegiado.

*

* *

- Membro **ANA MARIA B. R. DE MENDONÇA PEZENTE**
(Vogal):

Acompanho a Relatora.

*

* *

- Membro **BRUNO RICHA MENEGATTI** (Vogal):

Acompanho a Relatora.

*

* *

- Membro **EDUARDO ROCHA LEMOS** (Vogal):

Acompanho a Relatora/divirjo.

Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Espírito Santo
Tribunal de Ética e Disciplina

*

* *

- Membro **MARLILSON MACHADO SUEIRO DE CARVALHO** (Presidente de Turma):

Acompanho a Relatora.

-

*

* *

SÚMULA DE JULGAMENTO: à unanimidade, conhecer da Consulta, nos termos do voto da Relatora.

EMENTA E ACÓRDÃO

Ref.: Processo n.º **231212020-0**

Assunto: Consulta

Consulente: Fernando José da Silva (OAB/ES 25.543)

Relatora: Giulia Pippi Bachour Guisso

CONSULTA N.º _____ /TURMA JULGADORA/2020

EMENTA: CONSULTA – EMPREGADO PÚBLICO – ENFERMEIRO – IMPEDIMENTO E INCOMPATIBILIDADE – AUSÊNCIA DE FUNÇÃO DE DIREÇÃO E PODER DE DECISÃO – INCIDÊNCIA DE IMPEDIMENTO. (I) 1. O que importa não é a denominação ou tipo dos cargos, mas sim o fato de o profissional ter poder de decisão em relação a terceiros; **(II)** Cargos de natureza burocrática ou interna, ainda que tenham grau de influência e/ou

Página | 7

Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Espírito Santo
Tribunal de Ética e Disciplina

destaque, mas sem poder de decisão, incidem na hipótese de impedimento (Art. 30, I, EAOAB), e não de incompatibilidade. **(III)** O advogado que ocupar cargo público de “enfermeiro”, sem poder de direção ou decisão final, estará parcialmente vedado à prática da advocacia, restrita à Fazenda Pública que o remunera, conceito que abrange todos os órgãos vinculados à Administração Direta ou Indireta. **(IV)** Precedentes do Eg. TED-OAB/ES: Consultas n. 74642019-0, 209012017-0 e 228356-16.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros julgadores integrantes da 1.^a Turma Julgadora do Tribunal de Ética e Disciplina do Conselho Seccional da OAB/ES, *por unanimidade de votos*, observado o quórum exigido no RITED/OAB-ES, em **conhecer da Consulta** e respondê-la nos termos do voto da Relatora. Vitória (ES), _____ de setembro de 2020.

Giulia Pippi Bachour Guisso
Relatora