

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PARA
FISCAIS

EDUARDO ALVES PEREIRA

RIO DE JANEIRO

2008

EDUARDO ALVES PEREIRA

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PARA
FISCAIS

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Roberto Monteiro Litrento

RIO DE JANEIRO
2008

2008

Pereira, Eduardo Alves

A possibilidade jurídica do exercício da advocacia para fiscais
/ Eduardo Alves Pereira – 2008.

_____ f.

Orientador: Roberto Monteiro Litrento

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio
de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de
Direito.

Bibliografia: f. _____.

1. Liberdade das profissões - Monografias. 2. Exercício da
advocacia para fiscais I. Litrento, Roberto Monteiro. II. Universidade
Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.
Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.2734

EDUARDO ALVES PEREIRA

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PARA
FISCAIS

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

RESUMO

Pereira, E.A. A possibilidade jurídica do exercício da advocacia para fiscais. 2008___ f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

Este trabalho analisa as proibições para o exercício da advocacia para profissionais que exercem atividade de fiscalização. Na primeira parte, faz-se uma definição dos conceitos de impedimento e incompatibilidade. Apresenta-se também o tratamento dos três estatutos da OAB, o pensamento doutrinário bem como as decisões do Conselho Federal da Ordem sobre este assunto. A segunda parte trata do poder de polícia. É feito um estudo da transformação histórica do seu conceito e de suas características. Nesta parte é feita uma diferenciação entre os conceitos de polícia administrativa e polícia judiciária. A terceira parte fala do trabalho, traçando sua evolução histórica, quando ele deixou de ser atividade de escravos para se constituir em instrumento de promoção da dignidade humana, recebendo tratamento de destaque na Constituição Federal. A quarta parte faz um estudo dos direitos fundamentais, dos tipos de restrições legais que eles podem sofrer e na importância do princípio da proporcionalidade. A última parte fala da aplicação do direito. Cita-se diversos autores, que afirmam que restrições a direitos pessoais devem ser interpretadas restritivamente. Este trabalho conclui que o “exercício de atividade policial de qualquer natureza”, motivo de incompatibilidade pelo artigo 28, V, do estatuto da Ordem, é uma norma que impõe limites a um direito fundamental, o direito ao trabalho, e deve ser interpretada de forma restritiva, referindo-se às carreiras policiais indicadas no artigo 144 da Constituição Federal. Assim sendo, os fiscais que não fiscalizam tributos podem exercer parcialmente a advocacia, em conformidade com o artigo 30 do estatuto da Ordem.

Palavras-Chave: Estatuto da OAB; advocacia; Incompatibilidades; Impedimentos; Poder de polícia; Fiscalização; Direito ao trabalho; Interpretação de normas limitadoras de direitos.

RESUMÉ

Pereira, E.A. A possibilidade jurídica do exercício da advocacia para fiscais. 2008___ f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

Ce travail analyse les interdictions pour l'exercice de l'avocatie pour des professionnels qui exercent l'activité de fiscalisation. Dans sa première partie, il se fait une définition des concepts d'empêchement et d'incompatibilité. Il se présente aussi le traitement des trois statuts de l'OAB, la pensée doctrinale

Bien comme les décisions du Conseil Fédéral de l'Ordre sur ce sujet. La seconde partie traite du pouvoir de police. Est faite une étude de la transformation historique de son concept et de leurs caractéristiques. En cette partie est faite une différenciation entre les concepts de Police Administrative et de Police Judiciaire. La troisième partie parle du travail, en traçant son évolution historique, quand il a cessé d'être activité d'esclaves pour se constituer dans un instrument de promotion de la dignité humaine, en recevant traitement de prééminence dans la Constitution Fédérale. La quatrième partie fait une étude des droits fondamentaux, des types de restrictions légales que ils peuvent subir et de l'importance du principe de proportionnalité. La dernière partie parle de l'application du droit. On cite de divers auteurs, qui affirment que des restrictions de droits personnels doivent être interprétées restrictivement. Le travail conclut que l'« exercice d'activités policières de toute nature », raison d'incompatibilité par l'article 28, V, du statut de l'Ordre, c'est une norme qui impose des limites à un droit fondamental, le droit au travail, donc elle doit être interprété de forme restrictive, par rapport aux carrières policières indiquées dans l'article 144 de la Constitution Fédérale. Ainsi, les inspecteurs qui ne fiscalisent aucun impôt, peuvent exercer la partiellement l'avocacie conformément à l'article 30 du statut de l'Ordre.

Mots-clé: statut de l'OAB;avocatie; incompatibilité; empêchement; pouvoir de police; fiscalisation; Droit au travail; Interpretation de normes restrictives de droits

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 INCOMPATIBILIDADES ,IMPEDIMENTOS E FISCALIZAÇÃO	8
2.1 Introdução	8
2.2 A incompatibilidade para fiscais; o artigo 28 do estatuto da Ordem	9
2.2.1 <u>Atividades policiais</u>	10
2.2.2 <u>Atividades tributarias</u>	10
2.3 Impedimentos para fiscais; o artigo 30, I, do estatuto da Ordem	11
2.4 Tratamento dos estatutos da Ordem em relação a fiscais e policiais	13
2.5 Atividade policial segundo a Doutrina	15
2.6 incompatibilidades para fiscais; decisões da Ordem	17
3 PODER DE POLÍCIA	24
3.1 Introdução	24
3.2 Conceito	25
3.3 Polícia administrativa	27
3.4 Fundamentação do poder de polícia administrativa	31
3.5 Atributos do poder de polícia administrativa	32
3.5.1 <u>Discricionariedade</u>	32
3.5.2 <u>Auto-executoriedade</u>	33
3.5.3 <u>Coercibilidade</u>	35
3.6 Polícia administrativa e Polícia Judiciária	36
4 O TRABALHO	37
4.1 Introdução	37
4.2 O direito ao trabalho na Constituição brasileira	42
5 DIREITOS FUNDAMENTAIS	44
5.1 Introdução	44
5.2 Diretos fundamentais, âmbito de proteção e restrições	45
6 HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO	49
6.1 Introdução	49
6.2 Interpretação de normas jurídicas	50
6.3 Interpretação das restrições legais do direito ao trabalho	52
6.4 Interpretação de incompatibilidades para fiscais	54
7 CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS	60

1-INTRODUÇÃO

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, a Lei n.º 8.906, de 04/07/94, estabelece uma série de limitações ao exercício da advocacia, que podem ocorrer por incompatibilidades, ou seja, a proibição total, como também por impedimentos, a proibição parcial. As circunstâncias que dão causa às incompatibilidades estão previstas nos incisos do artigo 28, e os impedimentos, no artigo 30 desta lei.

O Conselho Federal da OAB é a instância superior responsável por decidir em grau de recurso, a inscrição de estagiários e bacharéis na Ordem. Este órgão tem negado o ingresso na Ordem de profissionais exercendo atividades de fiscalização, com base em duas incompatibilidades: o vínculo com atividade policial de qualquer natureza e o exercício de atividades tributárias, incisos V e VII do artigo 28, respectivamente.

A incompatibilidade para fiscais de tributos está bem definida no inciso VII do artigo 28 do Estatuto; a compreensão desta norma não comporta maiores discussões. Tal não ocorre quando o Estatuto trata da incompatibilidade para policiais, quando veda o exercício da advocacia para pessoas ligadas direta ou indiretamente com “atividade policial de qualquer natureza.” Cabe ressaltar que os dois estatutos da advocacia anteriores tratavam o assunto de forma clara, atribuindo a incompatibilidade para policiais, associando tal atividade com o conceito de segurança pública, ou seja, de polícia judiciária.

Ocorre que existem muitas categorias de fiscais, que atuam na fiscalização de natureza não tributária em diversas atividades da sociedade, como por exemplo, saúde pública, produção agropecuária e meio ambiente, exercendo poder de polícia da administração. Tais profissionais são proibidos de advogar devido à confusão envolvendo os conceitos de “poder de polícia administrativa”, “atividade policial” e “polícia judiciária”, bem como sua relação com a incompatibilidade prevista no referido inciso V do artigo 28 do estatuto da Ordem.

Esta polêmica não existe na esfera doutrinária. Todos os doutrinadores pesquisados mantêm o entendimento unânime de que a advocacia é incompatível com atividades policiais ligadas à segurança pública, incidindo especificamente sobre as carreiras policiais relacionadas no artigo 144 da Constituição.

O direito ao trabalho é um direito fundamental. A Constituição garante o livre exercício de qualquer profissão em território nacional. O texto constitucional, ao mesmo tempo em que assegura o direito ao trabalho, estabelece restrições ao seu exercício, quando autoriza expressamente a lei ordinária a estabelecer critérios de qualificação profissional. Ocorre que toda restrição a um direito deve ser dosada, de tal forma a evitar a situação absurda de anulá-lo. Neste sentido, a doutrina atual defende o uso do princípio da proporcionalidade como forma de validar medidas restritivas de direitos. Assim sendo, uma medida restritiva deve atender a critérios de aptidão, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*, como será abordado neste trabalho. A doutrina, por outro lado, ao se referir a normas limitadoras de direitos, entende que elas devem ser interpretadas restritivamente, como assim o atestam as opiniões dos diversos autores citados neste trabalho.

O direito ao trabalho é um direito fundamental, e qualquer restrição ao seu exercício deve ser interpretada restritivamente, porque ela estará afetando a própria sobrevivência do indivíduo, e porque não dizer, sua dignidade. Não há controvérsia quanto à incompatibilidade para a advocacia de fiscais de tributos. Assim sendo, o foco deste trabalho é o conceito de atividade policial. Neste sentido, levando-se em conta que a Constituição vincula as atividades policiais à noção de segurança pública, deve-se interpretar restritivamente a incompatibilidade prevista no inciso V do estatuto da Ordem, e assim possibilitar o exercício da advocacia para fiscais desvinculados de atividades tributárias.

A conclusão a que se chega, pois, no presente trabalho é a de que tais profissionais encontram-se sob impedimento, nos termos do artigo 30, I, do estatuto da Ordem, podendo assim praticar parcialmente a advocacia - até porque são profissionais que passaram pelo crivo dos concursos públicos, e a advocacia não pode abrir mão de pessoal qualificado.

2- INCOMPATIBILIDADES, IMPEDIMENTOS E FISCALIZAÇÃO.

2.1 Introdução

As incompatibilidades e os impedimentos são um conjunto de situações que estabelecem restrições para o exercício da advocacia, e decorrem da situação pessoal de quem postula se tornar advogado.

Segundo Gisela Gondim Ramos¹:

Incompatibilidade é a proibição total para o exercício da advocacia. Significa que a atividade exercida pelo profissional apresenta-se em conflito absoluto com a atividade da advocacia, impossibilitando a coexistência de ambas. A incompatibilidade atinge todo e qualquer ato privativo de advogado. Quem é incompatível está não só proibido de postular em juízo, mas também de prestar qualquer serviço de consultoria e/ou assessoria jurídicas.

Prossegue a autora, falando de impedimento:

Impedimento é a proibição parcial. Significa que a atividade exercida pode coexistir com o exercício da advocacia, embora de forma limitada. Ou seja, há possibilidade de exercer a advocacia, mas num âmbito de atuação restrito.

Os impedimentos determinam a proibição relativa para a advocacia, e as incompatibilidades, a proibição absoluta. As incompatibilidades e impedimentos deixam de ter efeito no momento em que desaparecem as causas que lhes deram origem; mas tal situação deve ocorrer em caráter definitivo – não é permitido advogar temporariamente, enquanto durar uma eventual suspensão de causa de incompatibilidade. Ambas as situações estão bem determinadas no estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil², que estabelece:

Art. 27. A incompatibilidade determina a proibição total, e o impedimento, a proibição parcial do exercício da advocacia.

¹ RAMOS, Gisela Gondim. Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada. Rio de Janeiro. Forense, 2009, 5ª ed., p. 344

² Informação disponível no sítio eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm

2.2 A incompatibilidade para fiscais; o artigo 28 do estatuto da Ordem.

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil³ trata da proibição total para o exercício da advocacia, ou seja, das incompatibilidades, as quais estão relacionadas nos diversos incisos de seu artigo 28, que aqui se reproduz:

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 ou 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;

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.

§ 1º A incompatibilidade permanece mesmo que o ocupante do cargo ou função deixe de exercê-lo temporariamente.

§ 2º Não se incluem nas hipóteses do inciso III os que não detenham poder de decisão relevante sobre interesses de terceiro, a juízo do Conselho competente da OAB, bem como a administração acadêmica diretamente relacionada ao magistério jurídico.

No caso de profissionais exercendo atividades de fiscalização, duas incompatibilidades têm sido usadas para fundamentar sua inscrição nos quadros da Ordem: o vínculo com atividade policial e atividades tributárias, situações previstas nos incisos V e VII, respectivamente.

³ Informação disponível no site eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm

2.2.1 Atividades policiais

A vedação do exercício da advocacia para policiais está determinada no artigo 28, V, do EAOAB. Sua razão de ser parte da premissa de que a atividade policial demanda investigações, muitas vezes feitas sob sigilo, cuja revelação poderia inviabilizá-las. Assim, previne-se, por exemplo, que um policial, atuando, como advogado, repasse para algum cliente informações sigilosas, que possam levá-lo a antecipar-se de qualquer eventual medida persecutória contra ele. Por outro lado, um policial atuando como advogado estaria atuando em condições vantajosas desiguais, em relação aos demais colegas, quanto à potencial captação de clientela e ao tráfico de influência, que tal posto poderia lhe oferecer. Por estas razões, os ocupantes de cargos ou funções ligadas, de forma direta ou indireta com atividades policiais estão incompatibilizados para a advocacia, e não podem se inscrever na Ordem.

2.2.2 Atividades tributárias

A incompatibilidade para servidores atuando em atividades tributárias está determinada no artigo 28, VII, do EAOAB. Ela abrange os servidores encarregados de lançar, fiscalizar e arrecadar tributos. Tais atividades são exercidas no interesse do Erário, além do mais, elas conferem a quem as desempenha conhecimentos sigilosos sobre a situação fiscal de contribuintes. Não é, porém, o nome do cargo ou função, que causa a incompatibilidade, e sim a natureza da atividade desempenhada pelo servidor. Para que haja incompatibilidade é necessário que a natureza ou a finalidade de sua atividade seja tributária. Ou seja. Não há incompatibilidade para fiscalização de natureza não tributária.

A propósito, algumas decisões de órgãos da OAB denegam a inscrição de fiscais na Ordem – excluindo mesmo aqueles que não fiscalizam tributos, porque identificam erroneamente uma natureza tributária no poder de polícia administrativa que eles exercem.

Isto ocorre porque o poder de polícia é definido no Código Tributário Nacional. Segundo Maria Sylvia Di Pietro ⁴, a razão de o Código Tributário Nacional dar o conceito de poder de polícia decorre do fato de constituir o exercício desse poder um dos fatos geradores da taxa, tributo previsto tanto na Constituição, em seu artigo 145, II, quanto no referido código, em seu artigo 77. A título de exemplo, reproduz-se decisão do Tribunal de Ética da OAB-SP⁵, que pode ser encontrado em seu site:

INCOMPATIBILIDADE – AGENTE VISTOR – ATIVIDADE RELATIVA AO EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO – INCOMPATIBILIDADE NOS TERMOS DO ARTIGO 28, INCISO IV, DA LEI Nº 8.906/94.

O cargo de agente vistor tem poder de fiscalização e de lavrar auto de infração, que serve de início ao processo administrativo e à imposição da multa correspondente, no efetivo exercício do poder de polícia, como define o Código Tributário Nacional. Como consequência, a nomeação para tal cargo implica na incompatibilidade para o exercício da advocacia, incompatibilidade essa absoluta, nos termos do artigo 27 do Estatuto da Advocacia. Precedentes E-2.982/2004, E-3.033/2004 e E-3.193/05

Tal argumento também confunde os conceitos de tributo e multa. A multa, ao contrário do tributo, decorre de ato ilícito. A propósito, cabe reproduzir o conceito de tributo, que é encontrado no artigo 3º do Código Tributário Nacional⁶:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

2.3 Impedimentos para fiscais; o artigo 30, I, do estatuto da Ordem.

O artigo 30 do estatuto da Ordem⁷ trata da proibição parcial para o exercício da advocacia, ou seja, dos impedimentos:

Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:

I – os servidores da administração direta, indireta ou 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

⁴ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004, 17ª ed. p.111

⁵ Decisões extraídas do sítio eletrônico: http://www2.oabsp.org.br/asp/tribunal_etica/tedEmentasXAno.asp

⁶ Informação disponível no sítio eletrônico:

<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/codtributnaci/ctn.htm>

⁷ Informação disponível no sítio eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm

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.

A hipótese cabível para servidores fiscais que não exercem a fiscalização de tributos se enquadra no artigo 30, I. Algumas decisões de órgãos da Ordem dos Advogados do Brasil, porém, negam a inscrição destes profissionais com fundamento na potencial captação de clientela resultante de sua atividade, e da redução da independência profissional.

O estatuto anterior, a lei 4.215/63, em seu artigo 83 definia incompatibilidade como toda atividade pública capaz de reduzir a independência profissional de proporcionar a captação de clientela. Sobre a redução da independência profissional, Rui Sodré⁸ assim se manifesta:

A redução de independência pode caracterizar-se de duas maneiras:- ou o candidato tem a independência reduzida com a falta de liberdade de locomoção, ou aquela redução se concretiza com a subordinação a que está obrigado.

No primeiro caso, se enquadraria o que está sujeito a horário e à permanência no emprego e, no segundo, aquele que, embora gozando de certa liberdade de locomoção, se acha subordinado à escala hierárquica.

Ao tratar da captação de clientela, assim Rui Sodré⁹ se pronuncia:

A *captação de clientela* é outro fator negativo, ou seja, impeditivo da inscrição.

Ela se caracteriza pela posição ocupada pelo candidato no quadro do funcionalismo público, posição essa que possa criar, entre as pessoas que com êle lidam, ou situação de temor, de represália, ou a esperança de tratamento privilegiado nas suas relações com o Poder Público.

(.....)

Em outro sentido pode ser entendida a captação de clientela, que não o previsto no Estatuto. É aquele que, abusando da posição que ocupa no Funcionalismo, pressiona a pessoa a servir-se de seus préstimos para obter as prometidas vantagens para outros.

O atual estatuto não faz referências diretas a “captação de clientela” ou a “redução de independência”, mas o servidor fiscal, como agente público que é, tendo em vista as determinações da lei n.º 8.429 de 02/06/92, é proibido de manter qualquer relação profissional entre sua função pública e sua atividade como advogado. A lei n.º 8.429/92 trata das sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de funções públicas. Esta lei, em

⁸ SODRÉ, Rui de Azevedo. **O advogado seu estatuto e a ética profissional**, São Paulo. RT: 1967, 2ª ed. p.222

⁹ Ibid. p.222

diversos artigos descreve práticas dentro das quais pode ser enquadrada a captação de clientela. A título de exemplo, reproduz-se alguns de seus artigos¹⁰:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no artigo 1º desta lei, e notadamente:

I – receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público; (.....)

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

Pela leitura destes artigos da lei n.º8.429/92, percebe-se que o impedimento de fiscais para advocacia vai além de advogar contra a fazenda que os remunera ;na verdade, eles ficam impedidos de atuar em qualquer atividade relacionada ao seu exercício de fiscalização.

2.4 Tratamento dos estatutos da Ordem em relação a fiscais e policiais.

No primeiro estatuto, já havia a incompatibilidade para servidores encarregados de atividades tributárias. Quanto aos policiais, é interessante observar que o primeiro estatuto da Ordem já vinculava a noção de polícia à atividade de polícia judiciária, mas tal situação era motivo de impedimento, e não de incompatibilidade para a advocacia, como pode se verificar pela leitura do artigo 10 do Decreto n.º 22.478¹¹, de 20/02/33:

DECRETO N.º 22.478, DE 20 DE FEVEREIRO DE 1933

Aprova e manda observar a consolidação dos dispositivos regulamentares da Ordem dos Advogados do Brasil.

O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, usando das atribuições que lhe confere o artigo 1º do Decreto n.º 19.398, de 11 de novembro de 1930, decreta:

¹⁰ Informação disponível no sítio eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm

¹¹ Informação extraída no sítio eletrônico: http://www.oab.org.br/hist_oab/inicio.htm#instalacao

(.....)

CAPÍTULO II

Dos proibidos e dos impedidos de procurar em Juízo

Art. 10. São proibidos de procurar em juízo, mesmo em causa própria:

(.....)

IV — as autoridades e funcionários policiais em geral, em matéria criminal;

V — os funcionários da Fazenda, exatores ou fiscais, em geral, não incluídos os incumbidos simplesmente da escrituração de rendas, sem encargo de fiscalização direta de contribuintes, e os que só eventual, ou secundariamente, exerçam tal fiscalização;

O segundo estatuto da advocacia, a Lei nº 4.215¹² de 27.04.1963, manteve a incompatibilidade para servidores fiscais encarregados de tributos. Manteve também vinculada a atividade policial à noção de polícia judiciária, inovando no sentido de torná-la incompatível com a advocacia – não a tratando mais como um motivo de impedimento relativo às questões criminais:

CAPÍTULO III

DAS INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS

Art. 82. Considera-se incompatibilidade o conflito total, o impedimento o conflito parcial, de qualquer atividade, função ou cargo público, com o exercício da advocacia.

(.....)

Art. 84. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria com as seguintes atividades, funções e cargos:

(.....)

VII - Servidores públicos, inclusive de autarquias e entidades paraestatais e empregados de sociedades de economia mista e empresas concessionárias de serviço público, que tiverem competência ou interesse direta ou indireta, eventual ou permanentemente, no lançamento, arrecadação e fiscalização de impostos, taxas e contribuições de caráter obrigatório, inclusive parafiscais, ou para aplicar multas relacionadas com essas atividades;

(.....)

XII - Policiais de qualquer categoria, da União, do Distrito Federal, dos Estados, Territórios e Municípios.

A vinculação da natureza da atividade policial ao caráter de polícia judiciária, causa de incompatibilidade para advocacia, restou evidenciada pelo Provimento n.º 62/88¹³, que ainda está em vigência e estabelece:

¹² Informação extraída no sítio eletrônico: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1963/4215.htm>

¹³ Informação extraída no sítio eletrônico: <http://www.oab.org.br/buscalegislacao.asp#>

Provimento nº 62/88

Dispõe sobre a incompatibilidade de que cuida o item XII do art. 84 da Lei nº 4.215/63.

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 18, incisos VIII, letra d, e IX da Lei n 4.215, de 27 de abril de 1963, e tendo em vista o que foi decidido no Processo CP nº 2.858/83, RESOLVE:

Art. 1º. A incompatibilidade prevista no item XII do art. 84 da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, abrange todos os servidores, estatutários ou celetistas, que exerçam cargos ou funções de natureza policial ou diretamente vinculada a atividade policial, e ainda aqueles que, de forma permanente ou transitória, estejam em exercício em repartições policiais.

Parágrafo único - Compreendem-se entre os cargos mencionados neste artigo, os de Perito Criminal, Despachante Policial, Datiloscopista, e seus Auxiliares, bem como os de Guarda de Presídio e Médico-Legista.

O atual estatuto da Ordem dos advogados do Brasil, a lei nº. 8.906¹⁴, de 04 de julho de 1994, manteve incompatível o exercício da advocacia para fiscais de tributos e para policiais em seu artigo 28. Quanto a estes, ao prescrever tal vedação, abriu o conceito de atividade policial, possibilitando interpretação ampliada, o que se tornou objeto de controvérsia hermenêutica. O artigo 28 do atual estatuto da Ordem prescreve:

Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

(-----)

V – ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza;

(-----)

VII – ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais;

2.5 Atividade policial segundo a Doutrina

¹⁴ Informação disponível no sítio eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm

O significado da expressão “atividade policial de qualquer natureza”, contida no inciso V do artigo 28 do estatuto da Ordem, tem sido objeto de discussões, quanta à sua interpretação. Atividade policial, em sentido amplo, pode ser entendida como toda a atividade policial exercida pelo Estado, aí compreendendo as atividades de polícia administrativa e judiciária. Em sentido estrito, tal expressão é vinculada apenas à atividade de segurança pública, ou seja, atividade de polícia judiciária – tratamento, aliás, que a Constituição Federal dá ao assunto, quando relaciona em seu artigo 144 as carreiras policiais, todas ligadas à segurança pública.

Diversos autores, ao tratar da incompatibilidade prevista no inciso V do artigo 28 do estatuto da Ordem, interpretam a expressão “atividade policial” no seu sentido estrito, ou seja, o de polícia judiciária. Assim entende Gladston Mamede¹⁵:

Às polícias atribui-se uma função específica de auxílio às funções judiciais, cumprindo-lhe um papel fundamental na segurança pública do Estado brasileiro, como se pode aferir do artigo 144 da Constituição da República. Seu trabalho – e o enfoque da realidade em que se fundamenta – é a preservação da ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio, para o que se estrutura sob regime jurídico específico, fortemente alicerçado numa concepção hierárquica. Em contraste, o advogado, por função, possui da realidade o enfoque do cliente, ou seja, um enfoque que é, e deve ser parcial, aos que desempenham cargos e funções na atividade policial, deve orientar a busca imparcial da verdade dos fatos

"(...) São agentes da lei, não agentes das partes. Ao contrário do que se pensa comumente, a polícia não existe para acusar (...), mas para o trabalho responsável de buscar, não raro com dificuldade, a verdade fática (quaestio facti) que abalizará os debates em torno ao direito aplicável (quaestio iuris), desaguando na sentença (ius dicere).

O mesmo entendimento manifesta Paulo Luiz Neto Lobo¹⁶:

Atividade policial

A quinta hipótese diz com a incompatibilidade dos ocupantes de cargos vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza, em caráter transitório ou permanente, sob regime estatutário ou celetista. Aqui também são atingidos os que prestam serviços tanto nas atividades-fim quanto nas atividades-meio ou de apoio, inclusive quando postos à disposição, sejam ou não policiais.

No mesmo diapasão, esclarece Gisela Gondim Ramos¹⁷:

O Estatuto diz que a vinculação, seja direta ou indireta, à atividade policial, importa em incompatibilidade ao exercício da advocacia. O

¹⁵ MAMEDE, Gladston. **A Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2003, 2ª ed., p. 177

¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2002, p. 153.

¹⁷ RAMOS, Gisela Gondim. Op. cit. p. 347

dispositivo abrange, assim, todos aqueles que se vinculem aos serviços e órgãos relacionados no art. 144 da Constituição Federal, quais sejam: polícia Federal, Polícias Rodoviárias, Polícias Ferroviárias, Polícias Cíveis, Polícias Militares, Corpos de Bombeiros e guardas municipais.

2.6 incompatibilidades para fiscais; decisões da Ordem.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, órgão que decide administrativamente em última instância questões envolvendo a inscrição nos seus quadros de bacharéis e estagiários, tem negado para fiscais atuando em áreas fora da esfera tributária tal direito, sob o entendimento de que o ato de fiscalizar representa uma atividade de polícia - incorrendo os postulantes no artigo 28, V do estatuto da Ordem. Tal entendimento vem na contramão de decisões anteriores, em que a incompatibilidade para fiscais se limitava às atividades relacionadas com a fiscalização de tributos - o que ainda ocorre.

Decisões denegando o exercício da advocacia para fiscais de tributos são freqüentes, e não comportam polêmica. Neste sentido, a título de exemplo, reproduzem-se aqui alguns julgados do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no que diz respeito a fiscais de tributos pleiteando a inscrição na Ordem, que podem ser encontrados no seu site¹⁸:

Ementa 049/2002/PCA. AGENTE DE TRIBUTOS ESTADUAIS. ATRIBUIÇÃO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS. INCOMPATIBILIDADE. O cargo de Agente de Tributos Estaduais, tendo por atribuição arrecadar tributos, insere-se no rol das incompatibilidades previsto no artigo 28, inciso VII da Lei n. 8.906/94 (EAOAB). A omissão do cargo, pelo bacharel, no requerimento de inscrição, torna-a nula, impondo-se a instauração do processo de cancelamento a partir do conhecimento, pela Seccional. A intimação por edital, quando não encontrado o advogado no endereço fornecido à Seccional, não impede a defesa. No caso, a defesa foi efetivada, tendo sido a decisão de cancelamento atacada mediante recurso dirigido ao Conselho Seccional e ao Conselho Federal, garantida a regularidade do procedimento. Cancelamento mantido. Recurso conhecido, mas improvido. (Recurso nº 0124/2002/PCA-BA. Relator: Conselheira Fides Angélica de C. V. M. Ommati (PI), julgamento: 17.06.2002, por unanimidade, DJ 21.08.2002, p. 546, S1)

¹⁸ Informações extraídas do sítio eletrônico <http://www.oab.org.br/rsEmentario.asp>

Ementa 047/2002/PCA. AGENTE DE TRIBUTOS ESTADUAIS. ATRIBUIÇÃO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS. INCOMPATIBILIDADE. O cargo de Agente de Tributos Estaduais, tendo por atribuição arrecadar tributos, insere-se no rol das incompatibilidades previsto no artigo 28, inciso VII da Lei nº 8.906/94 (EAOAB), impondo-se o cancelamento da respectiva inscrição no quadro da OAB. Recurso conhecido mas improvido. (Recurso nº 0109/2002/PCA-BA. Relator: Conselheira Fides Angélica de C. V. M. Ommati (PI), julgamento: 17.06.2002, por unanimidade, DJ 21.08.2002, p. 546, S1)

Ementa 021/2002/PCA. AGENTE DE TRIBUTOS ESTADUAIS. ATRIBUIÇÃO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS. INCOMPATIBILIDADE. O cargo de Agente de Tributos Estaduais, tendo por atribuição arrecadar tributos, insere-se no rol das incompatibilidades previsto no inciso VII do artigo 28 da Lei n.8.906/94 (EAOAB). A omissão do cargo, pelo bacharel, no requerimento de inscrição, torna-a nula, impondo-se a instauração do processo de cancelamento a partir do conhecimento, pela Seccional. O regime de incompatibilidades e impedimentos não atenta contra a liberdade de trabalho, constitucionalmente assegurada, mas se impõe em razão do interesse público, consoante entendimento da OAB e dos órgãos judiciários. Recurso conhecido, mas improvido. (Recurso nº 5.621/2001/PCA-BA. Relatora: Conselheira Fides Angélica de C. V. M. Ommati (PI), julgamento: 18.03.2002, por unanimidade, DJ 10.05.2002, p. 715, S1)

Recurso nº 2008.08.00154-05. Recorrente: Wadih Damous - Presidente do Conselho Seccional da OAB/Rio de Janeiro. Interessado: George Francisco Cintron. Advogado: Alexandre Augusto Gonçalves OAB/RJ 88.496. Recorrido: Conselho Seccional da OAB/Rio de Janeiro. Relator: Conselheiro José Brito de Souza (MA). Ementa PCA/041/2008. Cargo de Agente Fiscal de Tributos. Incompatibilidade que emerge da natureza do cargo. A designação do servidor exercente de cargo de Fiscal de Tributos para atividade diversa, sobre importar desvio de função, não tem o condão de mudar a natureza do cargo, e/ou a competência do titular, que é de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais. Quem se acha investido no cargo referido, ipso facto ipso iure, está submetido à proibição total ao exercício da advocacia, tal como definido pelo art. 27 e imposto pelo comando do art. 28 e inciso VII, tudo, do Estatuto da Advocacia e da OAB. Se a Pública Administração se permite, por conveniência - ou questão de ordem política, manter o Fiscal de Tributos em atividade diversa, tal não tem força suficiente para conferir privilégio, menos ainda, para burlar a lei ou escamotear a observância e o cumprimento desta. Eventual omissão no Código Tributário e demais legislação pertinente da pessoa jurídica de direito público interno, a respeito das atribuições do Agente Fiscal de tributos, não transmuda a competência deste para mero agente de apoio administrativo. Certamente, instrumentaliza desvio de função. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros da Primeira Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, à unanimidade, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do relator. Decisão unânime. Brasília, 19 de maio de

2008. Cléa Carpi da Rocha, Presidente da Primeira Câmara. Brito de Souza, Conselheiro Relator. (DJ, 13.06.2008, p. 1055)

Recurso nº 2007.08.07075-05. Recorrente: Wadih Nemer Damous Filho - Presidente do Conselho Seccional da OAB/Rio de Janeiro. Interessado: Nilda Maria Peçanha de Sousa. Recorrido: Conselho Seccional da OAB/Rio de Janeiro. Relator: Conselheiro Almino Afonso Fernandes (MT). Ementa PCA/018/2008. FISCAL DE ATIVIDADES ECONÔMICAS DA SECRETARIA DE FAZENDA MUNICIPAL. INCOMPATIBILIDADE COM O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. Fiscal de Atividades Econômicas da Secretaria da Fazenda Municipal. Cargo incompatível com o exercício da advocacia, nos termos do Art. 28, VII, do Art. 9º da Lei 8.906/94. Inscrição indeferida. Recurso conhecido e provido. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros da Primeira Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, à unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso nos termos do voto do relator. Impedido de votar o representante da Seccional OAB/Rio de Janeiro. Brasília, 10 de março de 2008. Cléa Carpi da Rocha, Presidente da Primeira Câmara. Almino Afonso Fernandes, Conselheiro Relator. (DJ, 20.03.2008, p. 42, S1).

Recurso nº 2007.08.04608-05. Recorrente: Elton Johnny Jung OAB/RS 11.467. Recorrido: Conselho Seccional da OAB/Rio Grande do Sul. Relator: Conselheiro Marcus Vinícius Furtado Coêlho (PI). Ementa PCA/009/2008. "Incompatibilidade, mesmo em causa própria, para o exercício da advocacia, decorrente da ocupação de cargo ou exercício de função que possua competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais. Incidência do art. 28, VII, da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994." Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros da Primeira Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, à unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Impedido de votar o representante da Seccional OAB/RS. Brasília, 18 de fevereiro de 2008. Agesandro da Costa Pereira, Presidente "ad hoc" da Primeira Câmara. Marcus Vinícius Furtado Coêlho, Conselheiro Relator. (DJ, 20.03.2008, p. 42, S1)"

Recurso nº 2007.08.03779-05. Recorrente: Eduardo de Borba Pandolfo OAB/RS 41.119. Recorrido: Conselho Seccional da OAB/Rio Grande do Sul. Relator: Conselheiro Marcus Vinícius Furtado Coêlho (PI). Ementa PCA/007/2008. "Embargos de Declaração. Inexistência dos pressupostos para seu conhecimento, ante a inexistência de omissão ou contradição alegadas. Negativa aos seus efeitos infringentes, tendo em vista que não é hipótese de erro material ou equívoco teratológico. Mantida incólume o acórdão embargado, que concluiu pela incompatibilidade, mesmo em causa própria, para o exercício da advocacia, decorrente da ocupação de cargo ou exercício de função que possua competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais. Incidência do art. 28, VII, da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994". Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros da Primeira Câmara do Conselho

Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, à unanimidade de votos, em não conhecer os embargos declaratórios, nos termos do voto do relator. Impedido de votar o representante da Seccional OAB/RS. Brasília, 18 de fevereiro de 2008. Agesandro da Costa Pereira, Presidente "ad hoc" da Primeira Câmara. Marcus Vinícius Furtado Coelho, Conselheiro Relator. (DJ, 20.03.2008, p. 42, S1).

Quando a atividade de fiscalização dos postulantes a ingressar na Ordem não envolve matéria tributária, tem-se denegado a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil em função de seu poder de polícia administrativa. Tal entendimento é recente e se contrapõe a julgados anteriores. Reproduzem-se aqui, neste sentido, os seguintes julgados¹⁹:

Recurso nº 2007.08.05186-05. Recorrente: Rodrigo Tenfen Legat. Recorrido: Conselho Seccional da OAB/Santa Catarina. Relator: Conselheiro Miguel Eduardo Britto Aragão (SE). Ementa PCA/103/2007. Pedido de Inscrição Definitiva. Fiscal Sanitarista. Poder de Polícia da Administração. Atividade Policial. Aplicação do disposto no Art. 28, V, do Estatuto da OAB. Incompatibilidade com a Advocacia Reconhecida. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros da Primeira Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por maioria de votos em conhecer e negar provimento ao recurso, reconhecendo a incompatibilidade nos termos do voto do relator. Impedido de votar o representante Seccional da OAB/SC. Brasília, 05 de novembro de 2007. Cléa Carpi da Rocha, Presidente da Primeira Câmara. Miguel Eduardo Britto Aragão, Conselheiro Relator. (DJ, 17.12.2007, p. 1075, S1)

Recurso nº 2007.08.03749-05. Recorrente: Andréia Bertoncini Pereira. Recorrido: Conselho Seccional da OAB/Santa Catarina. Relator: Conselheiro Alexander Ladislau Menezes (RR). Relator P/Acórdão: Almino Afonso Fernandes (MT). Ementa PCA/085/2007. Pedido de inscrição definitiva. Fiscal Sanitarista. Poder de Polícia da Administração. Atividade Policial. Aplicação do Disposto no art. 28, V, do Estatuto da OAB. Incompatibilidade com a advocacia reconhecida. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros da Primeira Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por maioria de votos (11x04), em conhecer e negar provimento ao recurso nos termos do voto divergente. Impedido de votar o representante da Seccional da OAB/SC. Brasília, 03 de setembro de 2007. Cléa Carpi da Rocha, Presidente da Primeira Câmara. Almino Afonso Fernandes, Conselheiro Relator. (DJ, 14.11.2007, p. 1098, S1)

Recurso 2007.08.00551-01. Origem: Conselho Seccional da OAB/Mato Grosso, Processo 10086/06. Conselho Federal da OAB, Recurso 0906/2006-PCA. Assunto: Recurso contra decisão da Egrégia Primeira Câmara. Recorrente: Rogério Chapadense Liberalesso. Recorrido: Conselho Seccional da OAB/Mato Grosso. Relator: Conselheiro Federal Eloi Pinto de Andrade (AM). Relator p/

¹⁹ Informações extraídas do sítio eletrônico <http://www.oab.org.br/rsEmentario.asp>

o acórdão: Conselheiro Federal Marcelo Cintra Zarif (BA). EMENTA 40/2007/OEP. O exercício do cargo de fiscal de defesa do consumidor é incompatível com o exercício da advocacia por a ele é inerente a função fiscalizadora e porque enseja captação de clientela. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os Conselheiros Federais integrantes do Órgão Especial, por maioria, vencido o relator, acolher o voto divergente do Conselheiro Marcelo Cintra Zarif (BA), conhecendo e negando provimento ao recurso, para manter a decisão da Primeira Câmara, no sentido de indeferir a inscrição do recorrente, em face da incompatibilidade. Absteve-se de votar o Representante da OAB/Ceará. Brasília, 17 de junho de 2007. Vladimir Rossi Lourenço, Presidente. Marcelo Cintra Zarif, Relator p/ o acórdão. (DJ, 13.08.2007, p. 884, S

Recurso nº 0906/2006/PCA. Recorrente: Rogério Chapadense Liberalesso. Recorrido: Conselho Seccional da OAB/Mato Grosso. Relator: Conselheiro Reginald Delmar Hintz Felker (RS). Ementa PCA/098/2006. O Cargo de Fiscal de Defesa do Consumidor com, entre outras atribuições legais, de fiscalizar estabelecimentos industriais e comerciais, examinar documentos fiscais, livros comerciais e de estoques, bem como de lavrar autos de infração, de apreensão e termo de depósito, configura hipótese de incompatibilidade para o exercício da advocacia. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros da Primeira Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, à unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Impedido de votar o representante da OAB/Mato Grosso. Salvador, 11 de dezembro de 2006. RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGÃO, Presidente da Primeira Câmara. Reginald Delmar Hintz Felker, Conselheiro Relator

Em sentido contrário, como anteriormente mencionado, existem decisões favoráveis à inscrição na Ordem, para requerentes que atuam na fiscalização, em matéria desvinculada de matéria tributária, como pode ser visto pelos exemplos abaixo relacionados²⁰:

Recurso nº 0189/2006/PCA. Recorrente: Patrícia Baptista Venturi. Recorrido: Conselho Seccional da OAB/Rio de Janeiro. Relator: Conselheiro Sebastião Cristovam Fortes Magalhães (AP). EMENTA 045/2006/PCA. Exercício de cargo de Fiscal de Atividade Econômica. Atribuições meramente fiscalizadora e administrativa, não se assemelham com os cargos que possuem competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais. Inexistência de incompatibilidade para o exercício da Advocacia, ficando tão somente impedido para atuar contra a Fazenda Pública Municipal, por interpretação analógica do art. 30, inciso I, da Lei 8.906 de 04 de julho de 1994. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros da Primeira Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, à unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso nos termos do voto do relator. Impedido de votar o representante da OAB/RJ. Brasília, 05 de junho de 2006. Raimundo

²⁰ Informações extraídas do sítio eletrônico <http://www.oab.org.br/rsEmentario.asp>

Cezar Britto Aragão, Presidente da Primeira Câmara. Sebastião Cristovam Fortes Magalhães, Conselheiro Relator. (DJ, 12.06.2006, p. 874, S 1)

Recurso nº 0271/2005/PCA. Recorrente: Marcelo Fernandes Pinto. Advogado: Carlos Eduardo Ciossani OAB/SP 204.026. Recorrido: Conselho Seccional da OAB/São Paulo. Relator: Conselheiro Sebastião Cristovam Fortes Magalhães (AP). Ementa 009/2006/PCA. Cargo de Agente Vistor. Inexistência de incompatibilidade para o exercício da Advocacia, embora tenha competência para fiscalizar, autuar e aplicar multas. Inexistindo nas atribuições a arrecadação e fiscalização de tributos. Por força de ser servidor público municipal ficará tão somente impedido para atuar contra a Fazenda Pública Municipal, por interpretação analógica do inciso I do art. 30, da Lei 8.906 de 04 de julho de 1994. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros da Primeira Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso nos termos do voto do relator. Brasília, 08 de novembro de 2005. RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGÃO, Presidente da Primeira Câmara. (DJ, 16.02.2006, p. 751, S 1)

Agente de Saneamento da Secretaria de Saúde. Impedimento. Agente de Saneamento. Funcionário de Secretaria de Estado da Saúde sem função de direção na administração pública, não constitui atividade policial. Inexistência de causa determinante de incompatibilidades previstas no art. 28 da Lei 8.906/94. Inscrição deferida com os impedimentos previstos no art. 30, I, do EOAB. (Proc. 5.275/98/PCA-SP, Rel. Sady Antônio Boéssio Pigatto (TO), Ementa 089/99/PCA, julgamento: 16.08.99, por unanimidade, DJ 14.10.99, p. 188, S1

RECURSO nº 0411/2004/PCA. Recorrente: Michelli Cristiani Ferreira. Advogado: Amarildo Alcino Miranda OAB/SC 18.037. Recorrido: Conselho Seccional da OAB/Santa Catarina. Relator: Conselheiro Elarmin Miranda (MT). EMENTA 036/2005/PCA. INSCRIÇÃO. AGENTE FISCAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. INEXISTÊNCIA DE FUNÇÃO ESTRITAMENTE TRIBUTÁRIA. O exercício da função de Fiscal de Vigilância Sanitária não importa em incompatibilidade se o servidor não lança, arrecada ou fiscaliza tributos. A eventual imposição de multas não está abrangida pelo disposto no art. 28, VII, do Estatuto. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros da Primeira Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, à unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso, deferindo a inscrição. Impedido de votar o representante da OAB/SC. Brasília, 12 de abril de 2005. RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGÃO, Presidente da Primeira Câmara. ELARMIN MIRANDA, Conselheiro Relator. (*) Republicada por ter saído com incorreção, do original, no DJ, 11.05.2005, p. 688, S 1. DJ, 30.06.2005, p. 730, S 1

Ementa 007/2004/PCA. Fiscal de Postura Municipal - Atividade limitada e sem poder de efetuar lançamento, arrecadar ou fiscalizar tributos - Incompatibilidade inexistente, mas sim impedimento - As

causas de incompatibilidade do art. 28 do EAOAB são de direito estrito, não se admitindo interpretação extensiva para o alcance de outras situações, como a tratada nos autos. Recurso provido por maioria. (Recurso nº 0368/2003/PCA-MG. Relator: Conselheiro Jorge da Silva Fraxe (RR). Redistribuído: Conselheiro Joaquim Pinto Souto Maior (RR). Pedido de vista: Conselheiro Edgard Luiz Cavalcanti de Albuquerque (PR), julgamento: 05.04.2004, por maioria, DJ 27.05.2004, p. 595, S1)”

“Ementa 002/2003/PCA. FISCAL DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE PREFEITURA - IMPEDIMENTO. O cargo de Fiscal de Serviços Públicos não gera incompatibilidade com a advocacia, apesar de fiscalizar, autuar, aplicar multas, todas, entretanto, no exercício do Poder de Polícia da Administração Pública, no município de Blumenau. Inexistência de atribuições relativas a arrecadação e fiscalização de tributos. Somente se aplicaria a incompatibilidade temporária se o Fiscal de Serviços Públicos passasse a ocupar cargo ou função de direção ou assessoramento com decisão sobre relevante interesse de terceiros (art. 28, III, e § 1º, do EAOAB). Impedimento previsto no artigo 30, I, do EAOAB. Recurso que se conhece e dá provimento. (Recurso nº 0396/2002/PCA-SC. Relator: Conselheira Fides Angélica de C. V. M. Ommati (PI), julgamento: 10.02.2003, por unanimidade, DJ 14.02.2003, p. 706, S1)

Agente Fiscal de Atividades Sanitárias do Município. Impedimento.

1. Inscrição. Servidor Municipal. Agente Fiscal. Atividades Sanitárias. Função sem atuação tributária, apenas de multas em razão do poder de polícia sanitária. 2. A denominação funcional de fiscal não acarreta a incompatibilidade se o servidor não lança, arrecada ou fiscaliza tributos. A tributação de multas não está abrangida pelo disposto no art. 28, VII, do Estatuto. (Proc. 5.251/98/PCA-SP, Rel. Roberto Ferreira Rosas (AC), Rev. Saul Venancio de Quadros Filho (BA), Ementa 050/99/PCA, julgamento: 17.05.99, por maioria, DJ 25.05.99, p. 90, S1)

Agente de Saneamento Municipal. Impedimento.

Agente de Saneamento Municipal, com atribuições de fiscalizar as condições de higiene, limpeza e profilaxia em bares, lanchonetes e residências, exerce atividade de natureza sanitária, e não tributária, não incidindo na incompatibilidade do art. 28, VII, do Estatuto da Advocacia e da OAB, mas no impedimento previsto pelo art. 30, I, do Estatuto. A competência prevista nesse dispositivo legal é manifestamente diversa das atividades cometidas àquele. Recurso provido. (Proc. 5.298/98/PCA-RS, Rel. Brito de Souza (MA), Ementa 008/99/PCA, julgamento: 08.02.99, por unanimidade, DJ 17.02.99, p. 198, S1)

Servidor municipal. Competência de lavrar autos de notificação e de infração. Impedimento.

Inscrição principal. Servidor municipal com atribuição para lavrar autos de notificação e de infração pelo descumprimento de normas de obras e posturas. Natureza não tributária de tais lançamentos. Incompatibilidade do inciso VII do art. 28 do EAOAB não configurada. Caso de impedimento previsto pelo inciso I do art. 30. Recurso provido para deferir a inscrição. As causas de incompatibilidade do art. 28 do EAOAB são de direito estrito, não sendo admissível

interpretação extensiva para alcançar situações que não estejam expressamente contempladas. (Proc. 005.028/97/PCA - ES, Rel. Joaquim Roberto Munhoz de Mello, j. 17.3.97, DJ 11.9.97, p. 43670)

3. PODER DE POLÍCIA

3.1 Introdução

Os indivíduos, como cidadãos de um Estado, vivem em sociedades reguladas por leis e regulamentos, que dão um sentido de ordem geral, e previnem o interesse particular de prevalecer sobre o coletivo, criando assim condições de bem estar à coletividade. Os cidadãos detêm uma série de direitos fundamentais, como por exemplo, os de liberdade e propriedade, garantidos pela constituição e pelas demais normas do ordenamento jurídico. O exercício destes direitos deve ser compatível com a ordem pública, o bem estar da sociedade. O Estado delinea o âmbito de liberdade e propriedade, prerrogativas dos cidadãos, bem como promove atos administrativos que concretizam estes direitos, sendo que ele realiza esta atividade através do poder de polícia.

A palavra polícia deriva do latim *politia*, que vem do grego *politéia*, que significa a arte de governar a cidade. Tal conceito se manteve durante a Idade Média, referindo-se á organização das comunas, cidades em que se desenvolviam atividades comerciais, e que ganhavam vida política própria, libertando-se do poder dos senhores feudais. A partir do século XVII, o sentido da palavra evoluiu de seu significado original, de administração pública, para assumir seu significado atual, de atividade especializada, responsável pela manutenção da ordem pública.

A expressão “poder de polícia”, segundo Odete Medauar²¹, citando Caio Tácito, apareceu pela primeira vez no julgamento da suprema corte norte-americana, no caso *Brown x Maryland*, de 1827; tal expressão dizia respeito ao poder dos Estados-membros em criar leis que limitavam direitos individuais, em

²¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 5ª ed. São Paulo: RT. 2001. p 388

benefício do interesse coletivo. No Brasil, segundo a autora, a Constituição Federal de 1824, em seu artigo 169, atribuiu a uma lei a disciplina das funções municipais das câmaras e a formação de suas posturas policiais; a lei de 1º de outubro de 1828, continha título denominado “Posturas Policiais”.

3.2 Conceito

O conceito de poder de polícia está estabelecido em lei, no artigo 78 do Código Tributário Nacional²², que dispõe:

Considera-se poder de polícia a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Deve-se atentar para o fato de o conceito de poder de polícia estar incluído no Código Tributário Nacional pelo fato de que o exercício deste poder é um dos fatos geradores da taxa - espécie de tributo previsto, tanto na Constituição Federal, em seu art.145, II, quanto no próprio Código Tributário Nacional.

O poder de polícia é objeto de estudo de vários autores de Direito Administrativo. Segundo Ely Lopes Meirelles²³:

é o mecanismo de frenagem de que dispões a administração pública para conter os abusos do direito individual. Por este mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e á segurança nacional

Odília Ferreira da Luz Oliveira²⁴, conceitua poder de polícia como sendo:

conjunto de atribuições conferidas por lei aos agentes da Administração Pública para, na execução da lei formal, regulamentar, controlar e fiscalizar o exercício de direitos e liberdades individuais,

²² Informações extraídas do sítio eletrônico:

<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/codtributnaci/ctn.htm>

²³ MEIRELLES, Ely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 27ªed.2002, p.127

²⁴ OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 167

prevenindo e reprimindo, mediante atos executórios, as omissões e ações que transgridam a ordem jurídica.

Segundo Odete Medauar²⁵, poder de polícia “é a atividade da administração que impõe limites ao exercício de direitos e liberdades”.

Maria Sylvia Zanella di Pietro²⁶ traça um conceito que considera moderno para o poder de polícia:

Pelo conceito moderno, adotado pelo direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.

Esse interesse público diz respeito aos mais variados setores da sociedade, tais como segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade. Daí a divisão da polícia administrativa em vários ramos: polícia de segurança, das florestas, das águas, de trânsito, sanitária, etc.

Segundo esta mesma autora²⁷, o poder de polícia é atribuição, tanto do poder executivo, quanto do legislativo:

O poder de polícia reparte-se entre Legislativo e Executivo. Tomando-se como pressuposto o princípio da legalidade, que impede à Administração impor obrigações ou proibições senão em virtude da lei, é evidente que, quando se diz que o poder de polícia é a faculdade de limitar o exercício de direitos individuais, está pressupondo que essa limitação seja prevista em lei.

O poder Legislativo, (.....) cria, por lei, as chamadas limitações administrativas ao exercício das liberdades públicas.

A Administração pública (.....), regulamenta as leis e controla a sua aplicação, preventivamente (.....) ou repressivamente.

Tal conceito de poder de polícia é objeto de críticas, por parte de Celso Antonio Bandeira de Mello²⁸, que entende ser equivocado usar expressão poder de polícia, para designar a atividade estatal responsável, tanto pela delimitação do âmbito da propriedade e liberdade, bem como pelos atos administrativos que as executam. Entende este renomado autor que leis e atos administrativos são muito distintos entre si, no sentido de que são muito distantes em escala hierárquica de normas jurídicas, e que incluí-las na categoria poder de polícia, poderia dar ensejo a interpretações autorizando o estado a exacerbar de suas funções legais, algo inadmissível num regime político de Estado Democrático de Direito. Segundo este autor, este tema é tratado em diversos países da Europa, não como “poder de polícia”, mas sim como” limitações administrativas à liberdade e à propriedade”.

²⁵ MEDAUAR, Odete. **Op. cit.** p 387

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Op.cit.** p.131

²⁷ *Ibid.*p.111

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo.* . São Paulo: Malheiros, 1998. 10ª ed. p. 513

Rendendo-se, porém ao fato de que no Brasil é de largo uso a expressão “poder de polícia”, Celso Antonio Bandeira de Mello²⁹, trata de conceituá-la, dando-lhe um sentido amplo e um estreito.

Pelo sentido amplo, conceitua o autor:

a atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade, ajustando-as aos interesses coletivos designa-se “poder de polícia”. A expressão, tomada neste sentido amplo, abrange tanto os atos do Legislativo quanto do executivo. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos.

O autor também conceitua poder de polícia de forma restrita, afirmando que a expressão “poder de polícia” pode ser entendida em sentido restrito, relacionando-se com intervenções gerais e abstratas, como os regulamentos, ou concretas e específicas, como autorizações, licenças e injunções, do Poder Executivo com o propósito de prevenir e obstar o desenvolvimento de atividades particulares que se confrontem com os interesses sociais

A Administração Pública exerce suas funções através dos seus vários órgãos, dentre os quais, aqueles que condicionam o direito particular aos interesses de ordem pública, os quais exercem assim o poder de polícia.

3.3 Polícia administrativa

A sociedade criou um estado complexo, desempenhando várias funções para atender variadas demandas sociais, nos mais diversos campos da atividade humana. O estado atual intervém, fazendo valer diretrizes de ordem pública em vários domínios, fiscalizando o cumprimento dos regulamentos administrativos respectivos. Assim, pelo poder de polícia administrativa, o estado fiscaliza e reprime o descumprimento de regulamentos pertinentes às relações de trabalho, finanças, meio ambiente, saúde pública, etc. Polícia administrativa é a atividade pela qual o Estado aplica regulamentos de natureza administrativa sobre bens e atividades, subordinando os interesses particulares às diretrizes de ordem pública.

Ely Lopes Meirelles³⁰, afirma quanto a seu objeto:

²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op.cit. p. 514

³⁰ MEIRELLES, Ely Lopes. Op. cit. P.129-130

o objeto do poder de polícia administrativa é todo bem, direito ou atividade individual que possa afetar a coletividade ou pôr em risco a segurança nacional, exigindo, por isso mesmo, regulamentação, controle e contenção pelo Poder público. Com este propósito, a administração pode condicionar o exercício de direitos individuais, pode delimitar a execução de atividades, como pode condicionar o uso de bens que afetem a coletividade em geral, ou que contrariem a ordem jurídica estabelecida ou se oponham aos objetivos permanentes da nação.

A polícia administrativa espalha-se por todos os órgãos estatais reguladores da atividade humana, fiscalizando o cumprimento de regulamentos administrativos e reprimindo seu descumprimento, com o objetivo de manter a ordem pública, atuando preferencialmente de forma preventiva. A título de exemplo, reproduzir-se julgado do Supremo Tribunal Federal³¹, decidindo sobre a ação do Estado, na sua atribuição de polícia administrativa, regulando a proteção do meio ambiente:

ADI-MC3540 / DF - DISTRITO FEDERAL
 MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
 INCONSTITUCIONALIDADE
 Relator (a): Min. CELSO DE MELLO
 Julgamento: 01/09/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528

Parte(s)

REQTE.(S) : Procurador-geral da República
 REQDO.(A/S) : Presidente da República
 ADV.(A/S) : Advogado-Geral Da União
 INTDO.(A/S) : Estado De São Paulo
 ADV.(A/S) : PGE-SP - Jose do Carmo Mendes Junior
 INTDO.(A/S) : Estado de Minas Gerais
 ADV.(A/S) : José Bonifácio Borges de Andrada e outros
 INTDO.(A/S) : Confederação Nacional da Indústria - CNI
 ADV.(A/S) : Maria Luiza Werneck dos Santos
 INTDO.(A/S) : Estado do Espírito Santo
 ADV.(A/S) : PGE - ES Maria Christina de Moraes
 INTDO.(A/S) : Estado da Bahia
 ADV.(A/S) : PGE - BA Cândice Ludwig Romano
 INTDO.(A/S) : Instituto Brasileiro de Mineração - IBRAM
 ADV.(A/S) : Marcelo Lavocat Galvão
 INTDO.(A/S) : Estado de Mato Grosso do Sul
 ADV.(A/S) : PGE-MS Ulisses Schwarz Viana
 INTDO. (A/S): Estado do Amazonas
 ADV.(A/S): PGE-AM Patrícia Cunha e Silva Petrucelli

³¹ Informação extraída do sítio eletrônico:

<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=387260&codigoClasse=555&numero=3540&siglaRecurso=MC&classe=ADI>

Ementa

e m e n t a: meio ambiente - direito à preservação de sua integridade (cf, art. 225) - prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais - espaços territoriais especialmente protegidos (CF, ART. 225, § 1º, III) - alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente - medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei - supressão de vegetação em área de preservação permanente - possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial - relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) - colisão de direitos fundamentais - critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes - os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) - A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) - decisão não referendada - conseqüente indeferimento do pedido de medida cautelar. a preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. a atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu

aspecto físico ou natural. A questão do desenvolvimento nacional (cf, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): o princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O ART. 4º DO CÓDIGO FLORESTAL E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.166-67/2001: UM AVANÇO EXPRESSIVO NA TUTELA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4o do Código Florestal, **longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão.** - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - **É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III).**

Decisão

O Tribunal, por maioria, negou referendo à decisão que deferiu o pedido de medida cautelar, restaurando-se, desse modo, em plenitude, a eficácia e a aplicabilidade do diploma legislativo ora impugnado nesta sede de fiscalização abstrata, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Ausentes, justificadamente, o Senhor

Ministro Carlos Velloso e, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pelo requerente, o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República; pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa, Advogado-Geral da União; pelos amici curiae, Estados de São Paulo, Minas Gerais e Espírito Santo; Confederação Nacional da Indústria-CNI e Instituto Brasileiro de Mineração-IBRAM, respectivamente, os Doutores José do Carmo Mendes Júnior, Procurador-Geral do Estado, em exercício; Lyssandro Norton Siqueira, Procurador-Geral do Estado; Maria Cristina de Moraes, Procuradora-Geral do Estado, em exercício; Maria Luiza Werneck dos Santos e Marcelo Lavocat Galvão. Plenário, 1º.09.2005.

3.4 Fundamentação do poder de polícia administrativa

A Administração Pública cria limites para o exercício dos direitos de liberdade e propriedade, fazendo prevalecer sobre eles o interesse coletivo.

A Administração Pública tira fundamentação para concretizar esta missão pelo princípio da supremacia geral do interesse público sobre o privado. Deste princípio, decorre que o Poder Público mantém posição de superioridade sobre os particulares. Ao condicionar liberdades, o poder de polícia impõe aos particulares um dever de abstenção. Assim fazendo, o estado pretende evitar um dano social.

O Estado, em nome do interesse público, exerce supremacia geral sobre seu território, a qual incide sobre bens, indivíduos e direitos. Neste sentido, os órgãos do Estado têm uma posição privilegiada e de supremacia na sua relação com os particulares. A posição privilegiada dos órgãos da administração pública garante que as políticas públicas sejam implementadas de forma facilitada, e tal posição se manifesta em varias circunstancias, como por exemplo, com a presunção de veracidade dos atos administrativos, por meio de prazos prescricionais maiores em que o Poder Público é parte, etc. O poder público exerce sua supremacia através de atos unilaterais, pelos quais pode obrigar os cidadãos, sempre no interesse maior da coletividade. Tal posição de supremacia do interesse público sobre o particular não autoriza, porém, a plena liberdade de seu exercício por parte da Administração Pública; a Administração exerce uma função, tendo, pois o dever de atuar em prol do interesse comum. E para que a Administração Pública possa se desempenhar a

contento sua função administrativa, é que a ela foi conferida a supremacia do interesse geral, do qual ela é a zeladora, sobre os interesses particulares.

Para Ely Lopes Meirelles³²:

a razão do poder de polícia é o interesse social e o seu fundamento está na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades, supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, que a cada passo opõem condicionamentos e restrições aos direitos individuais em favor da coletividade, incumbindo ao Poder Público o seu policiamento administrativo.

Prossegue ainda o autor:

As liberdades admitem limitações e os direitos pedem condicionamento ao bem-estar social. Essas restrições ficam a cargo da polícia administrativa. Mas sob a invocação do poder de polícia não pode a autoridade anular as liberdades públicas ou aniquilar os direitos fundamentais do indivíduo, assegurados na constituição, dentre os quais se inserem o direito de propriedade e o exercício de profissão regulamentada ou de atividades lícita.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello³³:

o poder expressável através da atividade de polícia administrativa é o que resulta de sua qualidade de executora das leis administrativas. É a contraface de seu dever de dar execução a estas leis. Para cumpri-lo não pode se passar de exercer autoridade – nos termos destas mesmas leis - *indistintamente sobre todos os cidadãos que estejam sujeitos ao império destas leis*. Daí a “supremacia geral” que lhe cabe.

3.5 Atributos do poder de polícia administrativa

3.5.1 Discricionariedade

³² MEIRELLES, Ely Lopes . Op. cit. P.129

³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op.cit. p. 515

A Administração Pública atua, pelo seu poder de polícia, valendo-se de atos administrativos vinculados ou discricionários. Os atos vinculados são de aplicação obrigatória, independentemente do poder de decisão do agente de polícia administrativa. Assim sendo, quando um fiscal sanitário visita uma fábrica de alimentos, por exemplo, deve executar o ato administrativo vinculado de lavrar um Termo de Inspeção, que é um relatório no qual se registra tudo o que foi feito durante a fiscalização no local. Por outro lado, este agente fiscal pode, caso verifique alguma irregularidade, aplicar uma Intimação, efetuar a apreensão de material, ou mesmo um Auto de Infração. Neste caso estará praticando um ato discricionário. A lei lhe dá margem para decidir na sua competência, segundo critérios de conveniência e oportunidade, qual a medida a ser tomada, numa dada circunstância.

Ely Lopes Meirelles³⁴ refere-se sobre discricionariedade:

(...) traduz-se na livre escolha, pela administração, da oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia, bem como de aplicar as sanções e empregar os meios conducentes a atingir o fim colimado, que é a proteção de algum interesse público. Neste particular, e desde que o ato de polícia administrativa se contenha nos limites legais e a autoridade se mantenha na faixa de opção que lhe é atribuída, a discricionariedade é legítima.

Prossegue o autor:

No uso da liberdade legal de valoração das atividades policiais e na graduação das sanções aplicáveis aos infratores é que reside a discricionariedade do poder de polícia, mas mesmo assim a sanção deve guardar correspondência e proporcionalidade com a infração.

Com relação à proporcionalidade da medida de repressão adotada em face de um ilícito administrativo, é necessário que ela seja adequada à finalidade última, qual seja, a manutenção do interesse público.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello³⁵,

mormente no caso da utilização de meios coativos, que, bem por isso, interferem energicamente com a liberdade individual, é preciso que a administração se comporte com extrema cautela, nunca se servindo de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei, sob pena de vício jurídico que acarretará responsabilidade da administração. Importa que haja proporcionalidade entre a medida adotada e a finalidade legal a ser atingida.

³⁴ MEIRELLES, Ely Lopes. Op. cit. P.132

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op.cit. p. 529

3.5.2 Auto-executoriedade

A auto-executoriedade é um atributo da polícia administrativa, pela qual ela adota as medidas cabíveis, restritivas de direitos, sem a necessidade de intervenção do poder judiciário. A administração pública pode, por seus agentes munidos de poder de polícia, numa situação em que esteja ocorrendo um ilícito administrativo, agindo segundo os critérios de oportunidade e conveniência que instruem seu poder discricionário, atuando os mesmos dentro de sua competência funcional, adotar medidas preventivas e repressivas auto-executáveis, sem a necessidade de se invocar o poder judiciário.

A auto-executoriedade caracteriza ações que devem ser tomadas pontualmente, na presença de risco iminente para o interesse da coletividade. Sobre isto ensina Ely Lopes Meirelles³⁶:

mas não se confunda a auto-executoriedade das sanções de polícia com punição sumária e sem defesa. A administração só pode aplicar sumariamente e sem defesa (principalmente as de interdição de atividade, apreensão ou destruição de coisas) nos casos urgentes que ponham em risco a segurança ou a saúde pública, ou quando se tratar de infração instantânea, surpreendida na sua flagrância, aquela ou esta comprovada pelo respectivo auto de infração, lavrado regularmente;

Pela auto-executoriedade de suas ações, o órgão estatal com competência de polícia administrativa executa diretamente a sua decisão, sem ter que recorrer previamente ao poder Judiciário.

A auto-executoriedade resta, pois, presente nos atos de polícia administrativa dos diversos órgãos da Administração pública, sendo que por vezes aparece incidentalmente em julgados como este, do Supremo Tribunal Federal³⁷, que se reproduz a seguir:

Sta-agr112 / PR – Paraná

Ag.Reg.na suspensão de tutela antecipada

Relator(a): Min. Ellen Gracie

julgamento: 27/02/2008

órgão julgador: tribunal pleno

³⁶ MEIRELLES, Ely Lopes . Op. cit. P.133-134

³⁷ Decisão extraída do sítio eletrônico: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=518191&codigoClasse=1246&numero=112&siglaRecurso=AgR&classe=STA>

publicação dje-060 divulg 03-04-2008 public 04-04-2008
 ement vol-02313-01 pp-00001

parte(s)

Agte.(s): NKR - Agropecuária Comercial Ltda

Adv.(a/s): José Carlos del Grossi e outro(a/s)

Adv.(a/s): Alexandre César del Grossi e outro(a/s)

Agdo.(a/s): Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos
 Naturais Renováveis - Ibama

adv.(a/s): Luciane do Carmo Scheffer de Souza

Intdo.(a/s): União

Adv.(a/s): Advogado-geral da União

Ementa

agravo regimental. Suspensão de tutela antecipada. Decisão que impede a administração de exercer seu poder de polícia. Possibilidade de ocorrência de danos ao meio ambiente. Existência de grave lesão à ordem pública. Artigo 225, caput, da constituição da república. 1. Art. 1º da Lei 9.494/97, c/c art. 4º da Lei 8.437/92: configuração de grave lesão à ordem pública. Pedido de suspensão de tutela antecipada deferido. 2. A decisão impugnada no presente pedido de suspensão autorizou a agravante a utilizar os imóveis rurais de sua propriedade situados nos limites do Parque Nacional de Ilha Grande, até o recebimento da quantia pleiteada na ação de indenização por ela proposta, e determinou à União que se abstivesse de proceder qualquer autuação ou embargo em seu desfavor, até o trânsito em julgado da referida ação. 3. Existência de grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, dado que a decisão impugnada no presente pedido de suspensão impede a Administração de exercer seu poder de polícia. 4. Possibilidade de ocorrência de danos irreparáveis ao meio ambiente, o que contraria o interesse público, nos termos do art. 225, caput, da Constituição da República. 5. Impossibilidade de apreciação, em medida de contracautela, dos argumentos deduzidos pela agravante no sentido da ocorrência de ofensa ao art. 5º, XXIV e LIV, da Constituição da República e da existência de seu direito à prévia indenização por desapropriação indireta, matérias relativas ao mérito da ação sob o procedimento ordinário. 6. Agravo regimental improvido.

Decisão

O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto da relatora, Ministra Ellen Gracie (Presidente), vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que lhe dava provimento. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim

Barbosa. Plenário, 27.02.2008.

Pode-se notar nesta decisão, que o Poder Judiciário manteve uma decisão de polícia administrativa, a qual, por uma medida auto-executória, havia limitado um

direito de propriedade, a utilização particular de um imóvel rural, em defesa de um interesse a sociedade, no caso, a proteção do meio ambiente.

3.5.3 Coercibilidade

O ato de polícia é imperativo para quem ele se destina. A polícia administrativa atua impondo suas determinações, valendo-se de força policial, conforme o caso. Daí dizer-se que ela tem como atributos a coercibilidade.

A coercibilidade dos atos de polícia administrativa não significa uma carta branca para seu exercício arbitrário. Neste sentido, afirma Ely Lopes Meirelles³⁸:

O atributo da coercibilidade do ato de polícia justifica o emprego de força física quando houver oposição do infrator, mas não legaliza a violência desnecessária ou desproporcional á resistência, que em tal caso pode caracterizar o excesso de poder e o abuso de autoridade nulificadores do ato praticado e ensejadores das ações civis e criminais para a reparação do dano e punição dos culpados

3.6 Polícia administrativa e Polícia Judiciária

A polícia judiciária é a atividade estatal responsável pela segurança pública. Tem por propósito auxiliar o poder judiciário na sua função jurisdicional de aplicar a lei penal. Para tanto, atua na perseguição e prisão de delinquentes infratores da lei penal. É uma atividade desempenhada por órgãos especializados do Estado, responsáveis pela segurança pública. Tem como característica a atuação repressiva, embora possa também desempenhar funções preventivas, como o policiamento ostensivo, por exemplo. A sua ação incide sobre todas as pessoas.

Importantes diferenças podem ser traçadas entre as polícias administrativa e judiciária; os órgãos com função de polícia administrativa têm competência para elaborar regulamentos que limitam o exercício de direitos, ao contrário do que ocorre com a polícia judiciária. A polícia administrativa previne e reprime ilícitos administrativos, ao passo que a polícia judiciária atua investigando a autoria e a

³⁸ MEIRELLES, Ely Lopes. Op. cit. P.134

materialidade de ilícitos penais. A polícia administrativa exerce coação direta sobre administrados, em função de sua prerrogativa de auto-executoriedade, podendo assim aplicar sanções administrativas por seus próprios meios, enquanto a polícia judiciária somente exerce coação em caráter cautela, já que as sanções penais competem ao poder judiciário, da qual ela é órgão auxiliar. Finalmente, a polícia administrativa é regulada pelo direito administrativo, ao passo que a polícia judiciária é basicamente regulada pelo direito processual penal³⁹

Outros autores se encarregaram se estabelecer diferenças entre estes dois tipos de polícia. Assim sendo, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁰:

A principal diferença que se costuma apontar entre as duas está no caráter preventivo da polícia administrativa e no repressivo da polícia judiciária. A primeira terá por objetivo impedir as ações anti-sociais, e a segunda, punir os infratores da lei penal.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello⁴¹ :

O que efetivamente aparta a polícia administrativa de polícia judiciária é que a primeira se predispõe unicamente a impedir ou paralisar atividades anti-sociais, enquanto que a segunda se preordena à responsabilização dos violadores da ordem jurídica.

4 - O TRABALHO

4.1 Introdução

³⁹ OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. Op.cit., pág. 170

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op.cit.. p. 112

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio.. Op. cit. P.520

Nem sempre o trabalho foi objeto de Direito. Na Grécia e Roma antigas, o trabalho era considerado ocupação indigna, sendo exercido por escravos. A ocupação de um homem livre era a participação política ou a contemplação, ou a participação em guerras, onde os prisioneiros desciam à condição de escravos.

Sobre o trabalho na antiguidade escreve Battaglia⁴²:

Mas o que deriva das considerações por nós desenvolvidas é a necessidade da escravidão, verdadeiramente arraigada no mundo grego e também no romano. Se a concepção grega da vida prescindia da natureza, esta não pode deixar de impor-se em toda sua premente solicitação na vida prática. Há necessidades materiais que exigem satisfação, tais como produzir para viver, alimentar-se, sustentar-se. Se o homem livre se dedica ao ócio especulativo, à contemplação, ao trabalho sem trabalho, é necessário admitir que outros devem prover para ele, e serão os escravos.

Segundo Sergio Pinto Martins⁴³:

Em Roma, o trabalho era feito pelos escravos. A *Lex Aquilia* (284 a.C.) considerava o escravo como coisa. Era visto o trabalho como desonroso. A *locatio conductio* tinha por objetivo regular a atividade de quem se comprometia a locar suas energias ou resultado de trabalho em troca de pagamento. Estabelecia, portanto, a organização do trabalho do homem livre

Na idade média havia o trabalho servil, em que os servos da gleba prestavam serviço nas terras de um senhor feudal em troca de proteção. Não era um trabalho escravo, já que os servos não eram coisa, mas tampouco tinham direito de escolher para quem iriam trabalhar. Estavam ligados à terra em que viviam, e suas obrigações para com os senhores feudais transmitiam-se para seus descendentes. O trabalho era visto como uma condenação imposta à humanidade, decorrente do pecado original e da expulsão do paraíso.

Nas cidades medievais, o trabalho era organizado em corporações de ofício, que se estruturavam numa hierarquia existente entre mestres e aprendizes. As corporações de ofício regulavam a capacidade produtiva e regulamentavam as técnicas de produção. O trabalho subiu de valor, na medida em deixava de ser ofício de escravos. Sobre o trabalho na Idade Média, nos conta Battaglia⁴⁴:

(...) é preciso distinguir trabalho de trabalho: é lícito o artesanato, o pequeno comércio, a agricultura; não o é, pelo contrário, a usura. O comércio deve ser unido ao justo preço. Em geral há um critério para valorizar éticamente o trabalho: se é tal, como o grande comércio, que una as coisas e os afetos terrenos, que distraia de Deus nas duras perdas ou nos súbitos lucros, é condenável e deve cortar-se;

⁴² BATTAGLIA, Felice. **Filosofia do Trabalho**. São Paulo: Saraiva. p.47

⁴³ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo, ATLAS, 23ª Ed. 2007

⁴⁴ BATTAGLIA, Felice. Op. cit.p.85

se, ao contrário, deixa aberta a alma ao céu, se diretamente ajuda à libertação e à purificação, é de aplaudir-se, realizando uma sua própria função indeclinável.

Prossegue Battaglia⁴⁵:

Tudo isto pressupõe uma ordem necessária e divina mediante a qual o particular pertence a um estado, classe social ou condição, que não pode mudar, porque é desejado por Deus – de quem a autoridade pública é fiadora, - cabendo-lhe sofrer e aceitar. Assim as antíteses estão confirmadas ética e religiosamente, e esta doutrina que, por um lado, eleva e preza o trabalho, concede certo lugar ao empreendimento, revela acentuados matizes conservadores. Isto se deve a que ela corresponde a duas situações sociais muito diversas: de um lado, à economia fechada do feudalismo hierárquico, do outro, à aberta burguesia citadina, manufatureira e comercial

No Renascimento houve uma valorização ainda maior do trabalho. A ideologia da época valorizava o homem; havia a perspectiva de se dominar a natureza pela razão. O homem não mais se comportava como um ser passivo, contemplativo. Ao contrário, passou a buscar conhecimentos, pelos quais desenvolveu novas técnicas, em variados campos, como na navegação, o que levou à era dos descobrimentos. Neste sentido, afirma Battaglia⁴⁶:

O Renascimento exalta portanto o trabalho. O apreço por ele nasce espontâneo na visão humanística. E ele, que os cristãos consideravam consequência do pecado original, que os pagãos consideravam indigno do homem livre, transvaloriza-se numa nova apreciação da *humanitas* como livre atividade reacional. Se o homem é tal que, livre, busca os seus fins, se ele constitui as coisas e a sua ordenação, se é capaz de dominar os fenômenos e as suas vicissitudes, se não está subordinado ao destino, mas na virtude é autor responsável pela vida e pela história, o ócio é condenado como desumano, o trabalho constitui a verdadeira essência humana. A ética da *humanitas* torna-se a ética do trabalho.

No renascimento também ocorre a reforma protestante, que apresentou ao mundo uma visão inteiramente nova sobre o trabalho. Vale reproduzir o que diz Battaglia⁴⁷ sobre o assunto:

O ofício torna-se profissão do divino, e a palavra alemã “beruf” adquire uma significação que mal se traduz no aproximativo termo italiano de “vocazione”. Isto importa em consequências notáveis. O trabalho é serviço divino, no sentido, exatamente, de que a profissão mundana, enquanto executada com espírito religioso, é o exercício de um culto que não possui mediadores. O divino reflete-se no humano, nele aliás desce, e convoca-o através daquele dever que é o trabalho ordenado por deus. Deus não está fora do mundo, projeta-

⁴⁵ Ibid.p.89

⁴⁶ Ibid. p.99

⁴⁷ BATTAGLIA, Felice. Op. cit. p..127-128

se no mundo, dispõe-no ao seu fim: o trabalho é dele o admirável instrumento.

Tal pensamento revela a ideologia da época sobre o trabalho livre. Não se pode esquecer que foi a partir desta época, com a descoberta das Américas, que se instituiu o tráfico de escravos a partir da África, o qual viabilizou uma economia colonial baseada no trabalho escravo, que no Brasil durou até 1888.

As três grandes revoluções, a revolução gloriosa inglesa de 1688, a revolução americana de 1776 e a revolução francesa de 1789 deram início ao estado burguês liberal. Uma das primeiras medidas tomadas com a revolução francesa foi a abolição das corporações de ofício.

Segundo Sergio Pinto Martins⁴⁸:

As corporações de ofício foram suprimidas com a revolução francesa, em 1789, pois foram consideradas incompatíveis com os ideais de liberdade do homem. Dizia-se, na época, que a liberdade individual repele a existência de corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado. Outras causas da extinção das corporações de ofício foram a liberdade de comércio e o encarecimento dos produtos das corporações.

As idéias que fomentaram estes movimentos revolucionários foram positivadas em constituições. Estas primeiras leis formam os chamados direitos fundamentais de primeira geração, que tratam de garantias dos cidadãos contra o poder arbitrário do estado, e são por isto direitos de defesa, negativos, entre os quais, os direitos de propriedade, de liberdade de religião, de livre expressão de idéias, etc.

Sobre os direitos fundamentais de primeira geração, escreve Paulo Bonavides⁴⁹

Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

(.....)

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que

⁴⁸ MARTINS, Sergio Pinto. Op.cit. p.5

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 23^a ed. 2008, p.562

é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Com a revolução industrial, a população rural migrou para as cidades, buscando trabalho nas indústrias. Surgiu então uma nova classe social, o proletariado. A industrialização, juntamente com o avanço científico-tecnológico, criou uma série de novos problemas, como o aumento desordenado da população urbana, problemas de insalubridade das condições de vida dos operários, poluição ambiental das cidades, jornadas de trabalho excessivas, trabalho infantil, etc.

As classes trabalhadoras passaram a lutar por melhores condições de vida, a partir do século XIX, organizando-se em sindicatos. Juntamente com os sindicatos, surgiram mobilizações e movimentos grevistas, sendo que o Estado foi gradativamente chamado a intervir no crescente conflito entre capital e trabalho.

Sobre este período, relata Segadas Vianna⁵⁰:

Por sua vez, os próprios trabalhadores tomavam posição para pleitear os benefícios que lhes eram devidos, e, para fortalecer sua ação, muito cooperou o desenvolvimento do espírito sindical(.....) provocavam-se greves, criavam-se organizações proletárias, travavam-se, por vezes, choques violentos entre essas massas e as forças policiais ainda movimentadas pela classe capitalista(.....) no campo político a voz dos trabalhadores já se fazia ouvir em parlamentos, quer através de líderes operários, quer através de políticos que se fizeram porta-vozes de seus anseios.

Em paralelo e em resposta ao movimento operário, a igreja católica passou a se manifestar a respeito das condições de trabalho, pregando a união entre as classes operárias e o patronato, iniciando movimento conhecido como doutrina social da Igreja. Em 1891 o Papa leão XIII lançou a encíclica “rerum novarum”, em que defende a dignidade dos operários, afirmando que o trabalho é motivo de honra para o indivíduo, na medida em que se constitui num meio de sustentar sua vida.

Assim Sergio Pinto Martins⁵¹ aborda o assunto:

A encíclica *Rerum Novarum* (coisas novas), de 1891, do Papa leão XIII, pontifica uma fase de transição para a justiça social, traçando regras para a intervenção estatal na relação entre trabalhador e patrão. Dizia o referido papa que 'não pode haver capital sem trabalho, nem trabalho sem capital

Pelos séculos XIX e XX, os operários foram conquistando projeção política, forçando a criação de leis regulando relações de trabalho, saúde e educação públicas. Estas leis, positivadas em constituições, formam o conjunto de direitos

⁵⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1981.8ª ed. p.36

⁵¹ MARTINS, Sergio Pinto. Op.cit. p.8

fundamentais de segunda geração, entre os quais, o direito ao trabalho, sobre os quais, afirma Paulo Bonavides:⁵²

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do Homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude.

Interessante abordagem para os direitos de segunda geração pode ser encontrada num site da internet, de autoria de Luciana Vieira Dallaqua⁵³ Santos, defensora pública do Estado de São Paulo, do qual se extraiu a seguinte passagem:

Como salientado, os direitos de segunda geração relacionam-se diretamente com a coletividade, com o direito desta a uma prestação por parte do Estado. Dentre eles, é possível destacar o direito ao trabalho, à moradia, à saúde, à educação e todos os que possuem um caráter econômico-social e cultural. São classificados como direitos da igualdade, pois possuem como tônica o tratamento dos seres humanos, coletivamente considerados, em igualdade de condições.

Através do reconhecimento desses direitos, passou-se a exigir do Estado sua intervenção, para que a liberdade do homem fosse protegida de forma ampla, através de uma prestação positiva.

Assim, é possível afirmar que não basta que o direito ao trabalho, à saúde e à educação sejam reconhecidos em favor da coletividade: é necessário que haja uma atuação efetiva do Estado, com o objetivo de fornecer os meios através dos quais tais direitos serão realmente implementados.

Assim, enquanto os direitos de primeira geração impõem ao Estado uma posição de respeito e abstenção, os direitos de segunda geração, entre os quais o direito ao trabalho, determinam um dever de prestar ao poder público.

O trabalho então, de atividade indigna, dever de escravos, passou a instrumento de promoção da dignidade humana. O Brasil é um dos signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁵⁴, um dos documentos básicos das Nações Unidas, cujo texto relaciona entre outros direitos fundamentais, o direito ao trabalho, conforme está determinado em seu artigo 23:

Artigo XXIII.

⁵² BONAVIDES, Paulo. Op.cit. p. 565

⁵³ Informação extraída do sítio eletrônico:

<http://www.ac.gov.br/pge/biblioteca/teses/IBAPtesesPDF/Aofensaaosdireitoshumanos.pdf>

⁵⁴ Informação extraída do sítio eletrônico:

http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/betto_deconu_60anos.htm

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

4.2 O direito ao trabalho na Constituição brasileira

A Constituição de 1988⁵⁵ trata dos direitos sociais já no seu preâmbulo, quando é declarado o objetivo de se instituir um Estado Democrático de Direito comprometido em assegurar o exercício de direitos sociais e individuais. A seguir, logo no seu artigo 1º, relaciona os fundamentos do Estado, entre os quais, o princípio da dignidade humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(.....)

III - a dignidade da pessoa humana;

(.....)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

O direito ao trabalho também aparece na Constituição como um dos direitos fundamentais, relacionado no artigo 5º, XIII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(.....)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

O capítulo II do texto constitucional é inteiramente dedicado aos direitos sociais referidos no seu preâmbulo. O artigo 6º relaciona toda uma série de direitos sociais, entre os quais o direito ao trabalho:

⁵⁵ Informação extraída do sítio eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

O texto constitucional privilegia a livre iniciativa e o trabalho em seu artigo 170, considerando-os como elementos capazes de reduzir diferenças econômicas regionais, na busca de uma sociedade mais justa. Neste sentido, o trabalho e a livre iniciativa – que também é uma manifestação do próprio trabalho, são tratados como fundamento da ordem econômica:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(.....)

VIII - busca do pleno emprego;

(.....)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O trabalho na atual Constituição é, pois, tratado como um dos fundamentos do estado de direito, como um direito social e como uma das bases da ordem econômica.

5- DIREITOS FUNDAMENTAIS

5.1 Introdução

Paulo Gustavo Gonet Branco⁵⁶, co-autor da obra *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, presta informações esclarecedoras sobre direitos

⁵⁶ BRANCO, P.G.G.; MÁRTIRES, Inocêncio; MENDES, Gilmar. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

fundamentais, entre os quais, o direito ao trabalho. Segundo ele, os direitos fundamentais, dada sua importância, são objeto de obras de diversos teóricos, entre os quais, Jellinek, sobre cuja obra, traça uma abordagem. Assim sendo, segundo este autor, Jellinek desenvolveu a teoria dos quatro status, que por sua vez influenciou na caracterização de três direitos considerados fundamentais.

Segundo Jellinek, em função de sua relação com o Estado, o indivíduo pode ter quatro status, a saber, negativo, positivo, passivo e ativo. Desta forma, quando está em uma posição de subordinação em face do Estado, ou seja, quando está vinculado ao Estado por deveres, o indivíduo apresenta status passivo. Quando se considera o indivíduo em seu âmbito de liberdade em face do poder Público, quando o Estado não intervém na sua liberdade individual, então fala-se em status negativo. Por outro lado, o indivíduo pode exigir do estado determinadas prestações, demandando direito e serviços necessários à sua vida. Neste caso, fala-se em status positivo. O quarto status é chamado por Jellinek de status ativo, quando o indivíduo, pelo exercício de seu direito de voto, tem a possibilidade de participar na formação dos programas de ação do Estado. Da teoria dos status de Jellinek, desenvolveu-se o conceito dos três direitos fundamentais: direitos de defesa, direitos a prestações e direitos de participação.

Paulo Gonet prossegue discorrendo em sua obra, sobre estes três grandes direitos fundamentais. Inicia abordando os direitos de defesa, os quais impõem ao Estado um dever de se abster de interferir na vida privada dos indivíduos, proibindo sua ingerência nos bens e direitos particulares, como liberdade, vida, privacidade e propriedade, entre outros. Os direitos de defesa manifestam-se em direito ao não impedimento de ações, quando se veda ao Estado interferir no espaço de liberdade de ação dos indivíduos. Manifestam-se também em direitos à não afetação dos bens protegidos, quando proíbem o Estado de desrespeitar direitos fundamentais, como os direitos à privacidade, à honra e demais direitos ligados à existência dos indivíduos. Por fim, os direitos de defesa se manifestam no direito de não eliminação de posições jurídicas, pelo qual o estado fica proibido de legislar ou implementar leis e medidas que revoguem ou prejudiquem direitos fundamentais.

Os direitos à prestação demandam do Estado uma conduta ativa, buscando satisfazer necessidades; buscam melhorar as condições materiais dos indivíduos, atenuando diferenças sociais. Correspondem às obrigações de fazer ou de dar. Estes direitos podem se referir a prestações materiais ou jurídicas. Com relação aos

direitos a prestações jurídicas, o Estado é obrigado a promulgar leis ordinárias que disciplinem e possibilitem o exercício de direitos fundamentais. Os direitos a prestações materiais são criados para melhorar as condições materiais, atenuando desigualdades sociais. Têm por objeto bens e serviços que devem ser prestados pelo estado, tais como saúde, educação, moradia e trabalho. Os direitos a prestações são contingenciados pelos recursos disponíveis para distribuição. Tal situação exige do legislador a capacidade de priorizar as áreas em que tais recursos serão usados. Por isto, diz-se que estes direitos submetem-se à reserva do possível.

Os direitos fundamentais de participação correspondem aos direitos destinados a assegurar a participação dos cidadãos na elaboração da vontade do Estado, ou seja, dos programas de governo. São os direitos políticos.

5.2 Diretos fundamentais, âmbito de proteção e restrições

Segundo Gilmar Mendes⁵⁷, a delimitação do âmbito de proteção a um direito individual, bem como a fixação de eventuais restrições ao seu exercício é de capital importância para a sua concretização. O autor afirma ser consensual a noção de que o âmbito de proteção a um determinado direito é a parcela de realidade que o constituinte decidiu proteger, em outras palavras, a fração da vida garantida por um direito fundamental.

A determinação do âmbito de proteção a um direito parte da identificação do bem protegido, bem como das agressões que podem incidir sobre ele, e contra as quais se deve protegê-lo. Assim sendo, segundo Gilmar Mendes, muitas vezes o âmbito de proteção de um direito é determinado pelo confronto com eventual restrição a este mesmo direito; a norma constitucional que estabelece reservas legais a um direito fundamental determina o âmbito de sua proteção, ao expressar uma autorização para restringi-lo. O autor, entretanto alerta para o fato de que, se por um lado a falta de previsão de reservas legais a direitos individuais pode dar causa a dúvidas quanto ao seu âmbito de proteção, por outro, a utilização abusiva destas mesmas cláusulas restritivas pode anulá-los

⁵⁷ BRANCO, P. G. G.; MÁRTIRES, Inocência; MENDES, Gilmar. Op. cit. p.210

As leis ordinárias, quando autorizadas pela constituição, podem não apenas restringir, mas também disciplinar um direito fundamental, viabilizando o seu exercício. Neste caso ocorre a conformação, quando a lei ordinária possibilita a concretização de um direito constitucional. Um exemplo é o artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição, o qual prevê que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. A lei referida foi promulgada, e se constitui no Código de Defesa do Consumidor.

A restrição a direitos individuais pode ocorrer por disposição direta da Constituição, a restrição imediata, ou por lei ordinária expressamente autorizada para tal, ou seja, por restrição mediata. Esta, por sua vez, pode ocorrer de duas formas: por restrição legal simples, quando o constituinte autoriza a lei ordinária a traçar limitações para o exercício de um direito fundamental, sem a previsão de qualquer requisito. Um exemplo de restrição legal simples é o inciso LVIII do artigo 5º, segundo o qual, quem for civilmente identificado não será identificado criminalmente, a não ser nas hipóteses previstas em lei.

A restrição a direitos individuais pode ocorrer também por restrição mediata qualificada, quando se impõe a observância de finalidades, ou de meios, para se efetivar a limitação a algum direito fundamental. Um exemplo de tal restrição é encontrado no inciso XIII, do artigo 5º, segundo o qual é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Neste caso a restrição ao direito ao trabalho obedece a critérios legais de qualificação profissional.

É importante ressaltar que a própria criação de limites para a restrição de direitos deve obedecer a limites; no início do século XX, a proteção dos direitos individuais era levada a cabo segundo preceitos do princípio da legalidade, pelo qual pode se fazer tudo o que a lei não proíbe. Tal princípio mostrou-se limitado, tendo em vista a possibilidade da promulgação de leis revogando direitos, o que pode levar, paradoxalmente a estados totalitários, como foi o caso da Alemanha nazista.

Em resposta a esta possibilidade, elaborou-se o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Há duas teorias que explicam este princípio: a teoria absoluta, pela qual o núcleo essencial de um direito fundamental é algo imutável, não sujeito a qualquer modificação de ordem legislativa, consistindo num espaço isento de alteração legal, uma espécie de limite do limite. Há também a teoria relativa, segundo a qual, o núcleo essencial de um direito essencial seria

revelado a cada caso concreto, segundo os critérios do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade é também conhecido como princípio da proibição de excesso, e dele decorrem três outros princípios: aptidão, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*. Assim sendo, pelo princípio da aptidão, a medida deve ser o meio certo para se alcançar a finalidade. Segundo Paulo Bonavides⁵⁸, o princípio da aptidão se confunde com o princípio da vedação do arbítrio. O segundo princípio, o da necessidade, informa que o Estado deve interferir o mínimo possível na restrição de direitos dos cidadãos, agindo dentro do mínimo necessário para a proteção da coletividade; caso o faça, a medida não deve ir além da finalidade que se busca atender. Entre as medidas restritivas de direitos, deve-se buscar a alternativa necessária menos prejudicial aos interesses do cidadão. O terceiro princípio, o da proporcionalidade *stricto sensu*, preconiza que haja um juízo de ponderação, no sentido de se avaliar se a medida restritiva foi proporcional ao efeito esperado.

Jairo Gilberto Schäfer⁵⁹, em tese de título “Restrições a Direitos Fundamentais”, disponível na internet, traça interessante explicação sobre o princípio da proporcionalidade:

De acordo com o princípio da proporcionalidade, sempre que haja restrições que colidam com direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, o intérprete deve atuar segundo o princípio da justa medida, vale dizer, escolhendo, dentre as medidas necessárias para atingir os fins legais, aquelas que impliquem o sacrifício mínimo dos direitos dos cidadãos. Ou seja: as restrições que afetem direitos e interesses dos cidadãos só devem ir até onde sejam imprescindíveis para assegurar o interesse público, não devendo utilizar-se medidas mais gravosas quando outras que o sejam menos forem suficientes para atingir os fins da lei. Em seu sentido amplo, portanto, quer significar o princípio da proporcionalidade a proibição do excesso: restrições a direitos somente podem ser efetuadas em havendo estrita necessidade para preservação de outras posições constitucionalmente protegidas. O Poder Público deve agir estritamente na busca do interesse público. A finalidade, e não a vontade, é que preside a ação da autoridade pública.

Paulo Bonavides⁶⁰ atribui importância fundamental ao princípio da proporcionalidade:

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. P. 397

⁵⁹ Informação extraída do sítio eletrônico: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/restrições%20a%20direitos%20-%202000.pdf>

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. P.399

Contribui o princípio notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontroláveis caso faltasse a presteza do novo axioma constitucional.

Debaixo de certos aspectos, a regra da proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz(executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar todavia a corroer ou abalar o princípio da separação de poderes.

O direito ao trabalho é um direito fundamental, e seu livre exercício, como foi visto, é objeto da restrição mediata qualificada que o submete às qualificações profissionais que a lei determinar.

No caso da advocacia, a lei que estabelece critérios de qualificação profissional é a lei nº. 8.906/94, o estatuto da OAB. Um dos critérios que impedem o bacharel em ingressar na Ordem é a incompatibilidade; e uma das causas para tal é o vínculo com atividade policial de qualquer natureza, conforme determinado no inciso V do artigo 28.

Cumprir determinar o significado da expressão “atividade policial de qualquer natureza”, e para tal, em se tratando de restrição a um direito fundamental, cabe referenciar o princípio da proporcionalidade. Neste sentido, levando-se em conta que a Constituição, em seu artigo 144, vincula a atividade policial à segurança pública, cabe indagar se a expressão “atividade policial de qualquer natureza” atende ao princípio da adequação, ou seja, se ela é apta para vedar de forma clara aos policiais encarregados da segurança pública, o exercício da advocacia.

Cumprir indagar se tal expressão atende ao princípio da necessidade, ou seja, se ela é a melhor alternativa para se vedar a advocacia à polícia judiciária, ou se há o risco de aí se incluir categorias distintas desta função, no caso, toda uma classe de fiscais imbuídos de poder de polícia administrativa, que em nada têm em comum aos referidos policiais, senão o dever de cumprir com suas respectivas atribuições profissionais.

Por fim, cabe indagar se tal incompatibilidade, na forma em que aparece no artigo 28, V, do estatuto da Ordem, atende à proporcionalidade *stricto sensu*, ou seja, se tal restrição não é excessivamente drástica, desproporcional ao fim almejado, qual seja, de impedir o acesso à advocacia a uma categoria restrita de profissionais, ou se ocorre desarrazoado efeito de tal vedação, incluindo toda uma população de profissionais qualificados que poderiam estar atuando a serviço da advocacia e da sociedade, no caso, os fiscais encarregados de atividades não

tributárias. Conhecendo-se a restrição pode se chegar ao âmbito de proteção ao direito.

6- HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO

6.1 Introdução

Hermenêutica jurídica é ciência da interpretação da lei. A interpretação da lei é a aplicação, na prática, dos preceitos da hermenêutica, na busca do sentido e do alcance de uma lei. A hermenêutica jurídica elabora os princípios e técnicas a serem usadas na interpretação, para atribuir um significado à norma jurídica, procedendo-se então a aplicação do direito a um fato.

Assim fala Carlos Maximiliano⁶¹ sobre a aplicação do direito:

A aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano.

Tal tarefa comporta dificuldades concernentes à pessoa que irá interpretar, ao texto, e à sua interpretação. Quem interpreta, o faz segundo conceitos pré-concebidos, e pode se questionar até que ponto seus preconceitos não irão influenciar a apreensão do significado do texto, quando se estiver interpretando uma lei. Também, o próprio texto jurídico pode comportar diferentes significados, haja vista os múltiplos significados que uma mesma palavra pode encerrar.

A questão da interpretação de textos jurídicos torna-se de capital importância, em se tratando da compreensão de textos constitucionais, pois eles traçam as diretrizes a serem seguidas por todo o ordenamento jurídico. Neste sentido, em geral as normas constitucionais apresentam caráter sintético, fazendo menção a princípios. Desta forma, permite-se que o texto constitucional possa ser atualizado, conforme mudam os valores da sociedade. As normas jurídicas constitucionais

⁶¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 18ª ed., p.6

formam então um conjunto de normas abertas, que permitem sua atualização pela legislação ordinária, conforme mudam os valores ideológicos da sociedade.

6.2 Interpretação de normas jurídicas

Didaticamente, a interpretação das normas jurídicas pode ser classificada por categorias, quanto aos meios, à origem do intérprete, e quanto aos resultados. Para o presente trabalho, importa a compreensão dos resultados da interpretação das leis. Neste sentido, quanto a seus resultados, a interpretação pode ser declarativa, extensiva ou restritiva.

Paulo Bonavides⁶² assim se refere à interpretação das normas jurídicas quanto aos resultados:

Quanto aos resultados, a interpretação pode ser declarativa, extensiva e restritiva.

Ocorre a interpretação declarativa quando na reconstrução do pensamento pelo intérprete coincide a interpretação gramatical com a interpretação lógica, isto é, a letra da lei corresponde ao sentido que lhe é atribuído pela razão (“cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio”).

Dá-se a interpretação restritiva (“Lex scripsit quam voluit”) quando a lei abrange mais casos que aqueles que ela taxativamente contempla, isto é, o teor da lei é objeto de alargamento e retificação, até coincidir com a vontade que o legislador quis exprimir.

Finalmente, temos a interpretação restritiva (“Lex plus scripsit quam voluit”), verificada na hipótese contrária, ou seja, quando se restringe o alcance da norma, de modo que a lei diz mais do que pretendeu o legislador.

A interpretação declarativa reconhece no texto legal o espírito da norma, considerando-a suficientemente clara, descartando-se por isso considerações quanto a aumentar ou restringir seu alcance. A interpretação extensiva extrai do texto mais do que as palavras sugerem. Ela amplia o alcance da lei, pondo em realce regras e princípios não expressos, porém contidos implicitamente, segundo Carlos Maximiliano⁶³, nas palavras do Código. A interpretação restritiva, por outro lado, entende que a vontade do legislador é mais estrita do que a simples leitura do texto legal poderia sugerir. A vontade do legislador está compreendida integralmente

⁶² BONAVIDES, Paulo. Op. cit. 444

⁶³ MAXIMILIANO, Carlos. Op.cit. p.199

nos texto da norma legal, não admitindo outras interpretações, senão à que esta expressa no texto legal.

Sobre interpretação extensiva e interpretação restritiva da lei, vale citar Carlos Maximiliano⁶⁴:

As duas expressões – interpretação *extensiva* e *restritiva* deixam na penumbra, indistintas, imprecisas, mais idéias do que a linguagem faz presumir; tomadas na acepção literal, conduzem a freqüentes erros. Nenhuma norma oferece fronteiras tão nítidas que eliminem a dificuldade em verificar se se deve passar além, ou ficar aquém do que as palavras parecem indicar. Demais não se trata de acrescentar coisa alguma, e, sim, de atribuir à letra o significado *que lhe compete*: mais amplo aqui, estrito acolá. A interpretação *extensiva* não faz avançar as raias do preceito; ao contrário, como a aparência verbal leva ao recuo, a exegese impele os limites de regra até ao seu verdadeiro posto. Semelhante advertência, *mutatis mutandis*, tem cabimento a respeito da interpretação *restritiva*: não reduz o campo da norma; determina-lhe as fronteiras exatas; não conclui nem de *mais*, nem de *menos* do que o exato texto exprime (.....) apenas declara o sentido verdadeiro e o alcance exato; evita a dilatação, porém não suprime coisa alguma. Abstém-se, entretanto, de exigir o sentido literal: a precisão reclamada consegue-se com o auxílio dos elementos lógicos, tomados em apreço todos os fatores jurídico-sociais que influíram para elaborar a regra positiva.

6.3 Interpretação das restrições legais do direito ao trabalho

O artigo 5º, inciso XIII da Constituição apresenta reserva legal mediata qualificada, limitando o exercício do direito ao trabalho a “qualificações profissionais”:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(.....)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

⁶⁴ Ibid. p.200-201

A Constituição autoriza a promulgação de leis ordinárias visando estabelecer restrições para o exercício de determinadas profissões. Tal autorização está expressa no seu artigo 22, XVI:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(.....)

XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;

Segundo diversos doutrinadores, não cabe a interpretação extensiva para normas restritivas de direitos; as condições para o exercício de uma dada profissão, prevista em lei federal, devem ser dosadas de forma a atender a finalidade para a qual se destinam, no caso, a proteção da sociedade contra a ação de profissionais desprovidos de requisitos técnico-legais. A restrição ao direito ao trabalho, por outro lado, não pode ser usada para negar o exercício do próprio direito, o que seria uma situação absurda.

Carlos Maximiliano⁶⁵ assim se refere à interpretação de normas restritivas de direitos:

Interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição. Assim se entendem os que favorecem algumas profissões, classes, ou indivíduos, excluem outros, estabelecem incompatibilidades, asseguram prerrogativas, ou cerceiam, embora temporariamente, a liberdade, ou as garantias da propriedade. Na dúvida, siga-se a regra geral.

Entretanto em Direito Público esse preceito não pode ser seguido à risca: o fim para que foi inserto o artigo na lei, sobreleva a tudo. Não se admite interpretação estrita que entrave a realização plena do escopo visado pelo texto, Dentro da letra rigorosa dele procure-se o objetivo da norma suprema; seja este atingido, e será perfeita a exegese.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior⁶⁶:

Assim, por exemplo, recomenda-se que toda norma que restrinja os direitos e garantias fundamentais reconhecidos e estabelecidos constitucionalmente deva ser interpretada restritivamente.

No mesmo diapasão, ensina Christiano José de Andrade⁶⁷:

Afirma-se que toda norma que restrinja os direitos e garantias deva ser interpretada restritivamente. Se os direitos fundamentais forem

⁶⁵ MAXIMILIANO, Carlos. Op.cit p.313

⁶⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.4º ed.p.296

⁶⁷ Andrade, Christiano José de. **O problema dos métodos da interpretação jurídica**. São Paulo: RT, 1992, p.117

limitados por lei, esta deve conter no seu espírito, antes o objetivo de promover o bem comum, sem, entretanto ferir aqueles. Como tais valores (vida, liberdade, propriedade, saúde, segurança) são ambíguos, toda vez que uma lei lhes imponha regras, deve o intérprete recorrer a uma definição conotativa daqueles, delimitando assim o seu sentido.

Ainda sobre a interpretação de normas constitucionais, Cândido Furtado Maia Neto⁶⁸, Mestre em Ciências Penais e Criminológicas, Promotor de Justiça de Foz do Iguaçu-PR, apresenta em texto disponível na internet uma posição interessante:

A interpretação da norma constitucional deve ser obrigatoriamente restritiva, não permite ilações, do contrário estaria ofendendo flagrantemente a ordem legal, o pacto nacional e o processo constituinte que é soberano e imperativo. Na teoria constitucional tem-se que os princípios da representação popular, soberania e validade hierárquica das normas, no sistema democrático norteiam a legitimidade jurídica e a legalidade da assembléia constituinte; desde a sua criação, discussão, até o ato último, ou seja, a aprovação final da Carta Magna via referendun popular. Tudo isto quer dizer: “nenhum legislador ordinário ou jurista - diga-se, os operadores do direito -, possuem poder ou autorização legal para interpretar dispositivo da Constituição, alargando ou ampliando o texto que foi taxativamente descrito pelo legislador e devidamente aprovado, para atender momentaneamente interesse próprio ou de grupo, visando esta ou aquela situação fática ou de direito; assim, o previsto taxativamente possui valor e o não expresso não existe, portanto este tipo de interpretação é proibida.

6.4 Interpretação de incompatibilidades para fiscais

A lei federal que estabelece as condições para o exercício da advocacia é a lei nº. 8.906, de 04 de julho de 1994, a qual determina já no seu artigo 3º, que o exercício da advocacia no território brasileiro, bem como a denominação de advogado, são privativos daqueles que forem inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, a OAB.

O artigo 8º da lei 8.906/94 estabelece as condições para o ingresso nos quadros da Ordem:

Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:

I – capacidade civil;

⁶⁸ Informação extraída no sítio eletrônico: http://www.investidura.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1529:clausula-petrea-e-direitos-humanos&catid=113:dtoconst&Itemid=921

- II – diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada;
- III – título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro;
- IV – aprovação em Exame de Ordem;
- V – não exercer atividade incompatível com a advocacia;
- VI – idoneidade moral;
- VII – prestar compromisso perante o Conselho.

O livre exercício da profissão de advogado submete-se à reserva legal mediata qualificada do preenchimento da qualificação profissional, qual seja estar inscrito nos quadros da Ordem. Para tanto, entre as demais condições do artigo 8º da lei 8.906/94, o bacharel em direito não pode exercer atividade incompatível com a advocacia.

Importa para o presente trabalho, delimitar a restrição prescrita no inciso v do artigo 8º do estatuto da Ordem: não exercer atividade incompatível com a advocacia.

O conceito de incompatibilidade já foi tratado no início do presente trabalho, e vem a ser em síntese: a vedação total para o exercício da advocacia. O artigo 28 do estatuto da Ordem, como, já foi dito, elenca as situações causadoras de incompatibilidade, entre as quais, o “exercício de atividade policial de qualquer natureza” e o exercício de fiscalização tributária.

A boa doutrina, como os exemplos acima atestam, recomenda prudência na aplicação de restrições a direitos fundamentais, no caso, o direito ao trabalho. Para tanto, impõe-se a interpretação restritiva acerca da natureza das atividades policiais referidas no inciso V do artigo 28 do estatuto da Ordem.

A Constituição vinculou definitivamente a noção de atividade policial com sua natureza de segurança pública, vale dizer, polícia judiciária; o seu artigo 144 é taxativo:

- Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
- I - polícia federal;
 - II - polícia rodoviária federal;
 - III - polícia ferroviária federal;
 - IV - polícias civis;
 - V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

A Constituição é a lei maior; quando ela autoriza expressamente a regulação do âmbito de aplicação de um direito fundamental – direito ao trabalho - por uma lei ordinária, caso do estatuto da Ordem, ela não está dando autorização para revogá-lo. Neste sentido, é forçosa a compatibilização dos dispositivos do estatuto da

Ordem com os ditames da Constituição. Em outras palavras, o estatuto da Ordem não pode ir além do que está determinado pela Constituição, porque foi desta que ele extraiu legalidade e legitimidade para vigir.

Por outro lado, quando o estatuto da Ordem faz referência à atividade de fiscalização, vincula seu sentido a atividades de natureza tributária – incompatibilidade prevista no inciso VII do seu artigo 28. Aqui cabe, igualmente, a interpretação restritiva; o Estatuto não fala, por exemplo, em incompatibilidade para “atividade fiscal de qualquer natureza”, porque a restrição para o exercício da advocacia limita-se aos fiscais de tributos.

Há, pois, duas incompatibilidades no estatuto da Ordem cuja interpretação resta esclarecida:

- As carreiras policiais relacionadas no artigo 144 da Constituição;
- Servidores encarregados de fiscalização tributária;

O Superior Tribunal de Justiça⁶⁹ teve oportunidade de decidir questão envolvendo a inscrição na Ordem de requerente, ao qual foi negado de início o seu ingresso por pertencer o mesmo aos quadros da guarda municipal do Rio de Janeiro - o que o faria incurso na incompatibilidade prevista no artigo 28, V, do estatuto da Ordem. O entendimento do Judiciário, como pode se verificar, foi de que a interpretação da norma deveria ter interpretação restrita, por se tratar de norma limitadora de direito pessoal - o direito ao trabalho.

O requerente não exercia atividade policial, nos termos das carreiras policiais elencadas na Constituição Federal, em seu artigo 144. Assim sendo, o requerente terminou por ver atendido o seu pleito. Tal caso é emblemático, motivo pelo qual se reproduz abaixo:

RECURSO ESPECIAL Nº 871.532 -RJ(2006/0165669-5)
 RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
 RECORRENTE : ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO
 DO ESTADO DO RIO DE
 JANEIRO
 ADVOGADO : SÉRGIO MURILO HERRERA SIMÕES E OUTROS
 RECORRIDO : **AGNALDO** CAMPOS DE FREITAS
 ADVOGADO : EDSON DA SILVA COSTA
 DECISÃO
 Vistos, etc.
 Trata-se de recurso especial interposto pela ORDEM DOS
 ADVOGADOS DO

⁶⁹ Informação extraída no sítio eletrônico: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoas/doc.jsp?livre=agnaldo+e+oab&&b=DTXT&p=true&t=&l=10&i=3>

BRASIL SEÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, com fundamento no artigo

105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Regional Federal da 2ª Região, que restou assim ementado, verbis:

"DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO ADMINISTRATIVO. REGISTRO DE PROFISSIONAL DA **OAB**. GUARDA MUNICIPAL. ART. 144, CF/88. ART. 28, V, LEI 8.906/94.

1. Cuida-se de mandado de segurança que visa resolver a questão acerca da existência (ou não) de direito líquido e certo à obtenção do registro como advogado junto à **OAB** no caso de integrante da guarda municipal do Rio de Janeiro.

2. Hipótese que não se encaixa nos impedimentos previstos no inciso V, do art. 28, da Lei nº 8.906/94, motivo pelo qual foi corretamente concedida a ordem em favor do impetrante.

3. Não há como confundir poder de polícia com poder da polícia, exercendo a guarda municipal atribuições de polícia administrativa e não de segurança pública. No direito brasileiro, especialmente com a Constituição Federal de 1988, não é possível a extensão de regra restritiva para as hipóteses não abrangidas expressamente na norma, notadamente em caso de direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, inciso XIII, da Constituição).

4. Recurso e remessa desprovidos" (fls. 116).

Sustenta a recorrente violação ao art. 28, inciso V, da Lei nº 8.906/94, aduzindo, em síntese, que o recorrido exerce função incompatível com a advocacia, qual seja, a de guarda municipal.

Alega que ele pratica poder de polícia, porquanto atua na "proteção de bens, serviços e instalações municipais". Afirma que a atividade do recorrido encontra-se enquadrada no art. 144, § 8º, da CF/88, já que a Guarda Municipal é responsável pela segurança pública.

Relatados. Decido.

Tenho que o apelo não merece prosseguir. Na verdade, a controvérsia em torno do registro de guarda municipal junto à Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, foi dirimida, eminentemente, com base na interpretação de disposições constitucionais e, também, na legislação local.

A propósito, confira-se os seguintes trechos do aresto recorrido, litteris:

"Com efeito, o art. 144, da Constituição Federal de 1988, é expresso ao prever como órgãos da segurança pública: a) a polícia federal; b) a polícia rodoviária federal; c) a polícia ferroviária federal; d) as polícias civis; e) as polícias militares e corpos de bombeiros.

Os parágrafos do referido art. 144 prevêem as atribuições dos vários órgãos de segurança pública, tendo os integrantes dos corpos de bombeiros militares, entre outras incumbências, a de executar atividades de defesa civil.

(...omissis...)

Da mesma forma, em se tratando de direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, inciso XIII, do texto constitucional de 1988), qualquer restrição a tais direitos somente poderá ser interpretada restritivamente, não podendo ser adotada a interpretação extensiva.

Outra poderia ser a solução na eventualidade de inexistir previsão a respeito da guarda municipal no texto constitucional por ocasião de

sua promulgação. Todavia, o parágrafo 8º, do art. 144, do texto de 1988, já previa a possibilidade de instituição de guardas municipais com vistas à proteção dos bens, serviços e instalações do Município. 6. A Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro estabelece, no seu art. 30, inciso VII, a instituição de guardas municipais especializadas destinadas à proteção dos bens, serviços e instalações, à organização, direção e fiscalização do tráfego de veículos em seu território, à proteção do direito da comunidade de desfrutar ou utilizar os bens públicos (com observância das prescrições legais), à proteção do meio ambiente e do patrimônio histórico, cultural e ecológico do Município, à oferta de apoio ao turista nacional ou estrangeiro. Da mesma forma pode-se verificar o rol das atribuições da Guarda Municipal por força do disposto na Lei Municipal do Rio de Janeiro nº 1.887, de 27 de julho de 1992.

Figura como atribuição das Guarda Municipal a proteção dos bens, serviços e instalações municipais do Rio de Janeiro, inclusive aqueles relativos à Administração Direta, Indireta e Fundacional.

(...omissis...)

Há evidentes diferenças entre as atividades desempenhadas pelos guardas municipais e aquelas desenvolvidas pelos agentes de segurança pública previstos no art. 144, caput, da Constituição Federal, não sendo possível fazer a equiparação quando o próprio texto constitucional não o fez, apesar de, em tese, ser perfeitamente possível. Observa-se, ainda, que a própria estrutura da guarda municipal do Rio de Janeiro envolve a contratação de pessoal no âmbito do regime celetista, e não estatutário, não sendo o impetrante classificado como servidor público – militar ou civil" (fls. 105/107).

Sendo assim, inviável a admissibilidade do recurso em tela, porquanto, a fim de se verificar se é possível o registro na OAB de guarda municipal, necessária a análise de preceitos normativos constitucional e locais, o que refoge à competência deste Sodalício. Incidente, portanto, a Súmula nº 280/STF.

Tais as razões expendidas, com esteio no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil c/c o artigo 34, XVIII, do RI/STJ e o artigo 38 da Lei nº 8.038/90, NEGO SEGUIMENTO ao recurso especial. Publique-se.

Brasília (DF), 26 de setembro de 2006.

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

Relator

7- CONCLUSÃO

O trabalho é um direito fundamental, e recebe tratamento destacado na Constituição Federal. O texto constitucional, ao mesmo tempo em que garante o livre exercício do trabalho, autoriza a promulgação de leis ordinárias restringindo seu exercício segundo critérios de qualificação profissional.

Para o exercício da advocacia, a lei que estabelece requisitos de qualificação profissional é a Lei nº. 8.906, de 04 de julho de 1994, o estatuto da Ordem dos advogados do Brasil. Esta lei relaciona duas alegadas incompatibilidades para profissionais encarregados de exercer fiscalização: atividades tributárias e o vínculo com atividades policiais. Se não há dúvidas quanto à incompatibilidade para fiscais tributários, tal certeza não há quando o estatuto se refere a atividades policiais de “qualquer natureza”. Diante de tal imprecisão de significado, para uma elucidação, cumpre pesquisar doutrinadores, cumpre adotar princípios e critérios de interpretação de leis, notadamente de reservas legais a direitos. Neste sentido, buscando a doutrina consagrada, bem como o princípio da proporcionalidade e regras elementares de interpretação de normas jurídicas, não há razão para negar o exercício da advocacia para fiscais de atividades não tributárias. Estes profissionais se enquadram no artigo 30 do estatuto da Ordem, ou seja, são proibidos de advogar contra a fazenda que os remunera.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Christiano José de. **O problema dos métodos da interpretação jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: 10ª edição, Malheiros, 1998.

BATTAGLIA, Felice. **Filosofia do Trabalho**. São Paulo: Saraiva 1958.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm
Acesso em: 17 nov. 2008

BRASIL. [Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994](#). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm
Acesso em: 17 nov. 2008

BRASIL. [Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992](#). Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm
Acesso em: 17 nov. 2008

BRASIL. **Decreto n.º 22.478, de 20 de fevereiro de 1933**. Disponível em:
http://www.oab.org.br/hist_oab/inicio.htm#instalacao
Acesso em: 17 nov. 2008

BRASIL. **Lei nº. 4.215, de 27 de abril de 1963**. Disponível em:
<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1963/4215.htm>
Acesso em: 17 nov. 2008

BRASIL. **Lei nº 5. 172, de 25 de Outubro de 1966**. Disponível em:
<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/codtributnaci/ctn.htm>
Acesso em: 17 nov. 2008

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito Constitucional e Direito Administrativo. **Recurso Especial. Registro de Profissional da OAB. Recurso Especial nº 871.532 – RJ**. Brasília-DF. 26/09/06. Disponível em :
<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/doc.jsp?livre=agnaldo+e+oab&&b=DTXT&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em 17 nov. 2008

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Meio Ambiente. **Medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.540-1 DF**, Tribunal Pleno, Ementário n.º 2219-3, Brasília, 01/09/05. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=387260&codigoClasse=555&numero=3540&siglaRecurso=MC&classe=ADI> .
Acesso em: 17 nov. 2008

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Meio Ambiente. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 112-7 PR**, Tribunal Pleno, Ementário n.º 2313-1, Brasília, 27/02/08. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=518191&codigoClasse=1246&numero=112&siglaRecurso=AgR&classe=STA>
Acesso em: 17 nov. 2008.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

DALLAQUA, L.V.S. **A ofensa aos direitos humanos de segunda geração como fator de degradação ambiental**, PGE, Biblioteca Virtual, Acre, 2008. Disponível em:
<http://www.ac.gov.br/pge/biblioteca/teses/IBAPtesesPDF/Aofensaaosdireitoshumanos.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2008

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva: 2002.

MAMEDE, Gladston. **A Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Cláusula Pétrea é Direitos Humanos**. Portal Jurídico Investidura, Biblioteca Jurídica, Novembro de 2008. Disponível em: http://www.investidura.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1529:clausula-petrea-e-direitos-humanos&catid=113:dtoconst&Itemid=921
Acesso em: 17 nov. 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23ª ed. São Paulo: ATLAS, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Ely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27ªed. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – Secção de São Paulo. Tribunal de Ética. **Decisão da 487ª Sessão, de 27 de abril de 2006**. Disponível em: http://www2.oabsp.org.br/asp/tribunal_etica/tedEmentasXAno.asp
Acesso em: 17 nov. 2008.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – Conselho Federal. **Provimento No. 62/88**. Dispõe sobre a incompatibilidade de que cuida o item XII do art. 84 da Lei no 4.215/63. Disponível em: <http://www.oab.org.br/buscalegislacao.asp#>
Acesso em: 17 nov. 2008.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – Conselho Federal. **Ementário**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/rsEmentario.asp>
Acesso em: 17 nov. 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – **Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/betto_deconu_60anos.htm
Acesso em: 17 nov. 2008.

RAMOS, Gisela Gondim. **Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SODRÉ, Rui de Azevedo. **O advogado seu estatuto e a ética profissional**. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

Schäfer, Jairo Gilberto. **Restrições a Direitos Fundamentais**. Buscalegis, Florianópolis, 2000. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/restricoes%20a%20direitos%20-%202000.pdf> .Acesso em: 17 nov. 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do trabalho**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981.