

PARECER TÉCNICO®

Desincompatibilização e afastamento. Conselheiro Estadual da OAB. Lei Complementar (LC) nº. 64/1990. Inexistência de exercício em função de direção, administração ou representação. Ausência de vedação legal. Desnecessidade.

1. RELATÓRIO

Trata-se de consulta dirigida a este escritório pelo atual Conselheiro Estadual da OAB-PARANÁ, ex-presidente da OAB Maringá, advogado **CÉSAR AUGUSTO MORENO**, pré-candidato às Eleições Municipais 2016, indagando se "Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB", seja da subseção, seja da seccional do Estado, ou então, do Conselho Federal, necessita se desincompatibilizar da função com vistas a eventual disputa a cargo eletivo nas eleições municipais deste ano de 2016. E, em caso positivo, em que período e, em que modalidade (definitiva ou temporária).

É, em síntese, o relatório.

2. ANÁLISE

A dúvida suscitada não é sem razão. É que o art. 1º, Inciso II, alínea "g" e Inciso II, alínea "a", ambos da LC 64/1990, assim dispõe:

Art. 1º São inelegíveis:

II - para Presidente e Vice-Presidente da República:

g) os que tenham, dentro dos 4 (quatro) meses anteriores ao pleito, ocupado cargo ou função de direção, administração ou representação em entidades representativas de classe, mantidas, total ou parcialmente, por contribuições impostas pelo poder Público ou com recursos arrecadados e repassados pela Previdência Social;

® Direitos Reservados no INPI/Fundação Biblioteca Nacional. Registro na FBN-RJ, sob os ns. 18.277, 200.812, e seqüenciais. Proibido o plágio. Proibida a reprodução, total ou parcial, a menos que citada a fonte e ou com permissão expressa do titular de ANDERSON ALARCON – Consultoria em Direito Público, Eleitoral e Partidário. A violação aos direitos autorais ensejará punição ético-profissional (OAB), civil e criminal. Direito autoral resguardado no valor de 500.000 (quinhentas mil) UFIRs.

IV - para Prefeito e Vice-Prefeito:

a) no que lhes for aplicável, por identidade de situações, os inelegíveis para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, observado o prazo de 4 (quatro) meses para a desincompatibilização;

Nesse sentido, a jurisprudência seguida da edição da referida Lei Complementar, isto na década de 1990, assim entendia:

“Registro de candidato. Inelegibilidade. Membro da OAB. Desincompatibilização. Art. 1º, inciso II, alínea g, da LC nº 64/90. É de até quatro meses antes do pleito o prazo para desincompatibilização de candidato que ocupe cargo ou função ou direção de entidade representativa de classe, nos termos do art. 1º, inciso II, alínea g, da LC nº 64/90. Recurso provido.” NE: Presidente de subseção da OAB. (Ac. nº 14.316, de 10.10.96, rel. Min. Ilmar Galvão).

E,

“Inelegibilidade. Desincompatibilização. Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Presidentes e demais membros das diretorias dos conselhos e subseções. [...] Devem afastar-se de suas atividades, quatro meses antes do pleito, os ocupantes de cargo ou função de direção, nas entidades representativas de classe, de que trata a letra g do item II do art. 1º da LC nº 64, de 18 de maio de 1990, entre as quais se compreende a OAB.” (Res. nº 16.551, de 31.5.90, rel. Min. Octávio Gallotti).

Como se nota, *ab initio*, a interpretação até então predominante, era no sentido da necessidade de desincompatibilização.

Todavia, com o aprofundamento dos estudos acerca do instituto da desincompatibilização e afastamento, a jurisprudência sofreu reiteradas alterações, as quais trouxeram novos contornos mais condizentes com os fins almejados pela norma.

Frederico Franco Alvim (“Curso de Direito Eleitoral”, 2016, p. 172) ensina que a necessidade de desincompatibilização:

“[...] encontra justificativa na preservação da igualdade de oportunidades entre os candidatos, isto é, no imperativo equilíbrio da disputa, cuidando de depurá-la da influência abusiva de fatores políticos ou pondo óbice ao intento antirrepublicano de assenhoreamento do poder, que fundamenta a própria existência dos processos eleitorais, prestigiando assim a renovação periódica da representação”.

Nas palavras de Marcos Ramayana (*apud* José Afonso da Silva, “Curso de Direito Constitucional positivo”, 2010, p. 252), a desincompatibilização:

“É o ato pelo qual o candidato se desvencilha da inelegibilidade a tempo de concorrer à eleição cogitada. O mesmo termo, por conseguinte, tanto serve para designar o ato, mediante qual o eleito sai de uma situação de incompatibilidade para exercício de mandato, como para o candidato desembaraçar-se da inelegibilidade.”

Já a jurisprudência dispõe que:

“(…) **Desincompatibilização** é o ato pelo qual o candidato é compelido a se afastar de certas funções, cargos ou empregos, na administração pública, direta ou indireta, com vistas à disputa eleitoral. Trata-se de previsão constitucional, prevista no art. 14, § 9º da CR/88 que busca proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego (...)” RE nº 7174, de 1º/09/09, disponibilizado no DJE de 10/09/2009.

E ainda:

“(…) Entende-se por desincompatibilização a saída voluntária de uma pessoa, em caráter provisório ou precário de direito ou de fato, de um cargo, emprego ou função pública ou privada, pelo prazo exigido em lei, a fim de elidir inelegibilidade que, se não removida, impede essa pessoa de concorrer a um ou mais mandatos eletivos. (...)” Ac. TRE-MG nº 1691, de 23\08\2004, publicado em Sessão.

Avulta frisar que a não promoção da desincompatibilização é circunstância que resulta no **indeferimento do registro de candidatura**, como mostra à jurisprudência pátria:

RECURSO ELEITORAL. INDEFERIMENTO DO REGISTRO DE CANDIDATURA. AGENTE DE TRIBUTOS MUNICIPAL. COMPROVAÇÃO DE DESINCOMPATIBILIZAÇÃO PELO PERÍODO DE TRÊS MESES. REGRA DO ARTIGO 1º, INCISO II, ALÍNEA D, DA LEI COMPLEMENTAR N.º 64/90. PERÍODO DE SEIS MESES. RECURSO DESPROVIDO. REGISTRO INDEFERIDO. 1. Os agentes de tributo devem promover sua desincompatibilização no prazo de 06 (seis) meses, para poder requerer o registro de candidatura e concorrer ao cargo de seu interesse na eleição, conforme disposto no art. 1º, II, d, da Lei Complementar 64/90. 2. É necessária a comprovação da desincompatibilização, não bastando o argumento do não exercício, de fato, das atividades de fiscal de tributos, uma vez que a legislação não faz essa diferença. 3. Recurso a que se nega provimento. (TRE-MT - Rcand: 15226 MT, Relator: FRANCISCO

ALEXANDRE FERREIRA MENDES NETO, Data de Julgamento: 15/08/2012.
Data de Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 15/08/2012).

Arrematando, afirma Volgane Carvalho (2016, p. 145):

"A parte final das inelegibilidades apontadas na Lei Complementar nº 64/90 diz respeito aos prazos de desincompatibilização que devem ser obedecidos pelos pretensos candidatos que ocupam funções públicas. A norma destina-se, como as demais, a garantir a lisura do pleito e a igualdade de possibilidades de concorrência para todos os candidatos".

O objetivo da desincompatibilização, portanto, é proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na Administração Direta ou Indireta, em prol da equidade eleitoral. Deste modo, o bem jurídico protegido é a lisura das eleições, em respeito ao Estado Democrático de Direito!

Em sintonia, a Constituição Federal, denominada por muitos como; “Constituição Cidadã”, traz em seu corpo, de forma expressa, precisamente no artigo 14, §9º, disposições acerca da desincompatibilização. Vejamos:

“Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)

Nesse sentido, cômicos de que a ausência de desincompatibilização regular é causa de indeferimento do registro de candidatura, enquanto configuradora de inelegibilidade, dado a severidade da questão, os Tribunais têm se dedicado a balizar o tema, delineando contornos e alcance, a fim de evitar aplicação ampliada eventualmente desmedida e, de regra, restritiva de direitos. Andam, portanto, em par com a lição de José Afonso da Silva (*apud* Frederico Franco Alvim, “Curso de Direito Eleitoral”, 2016, p. 135-136), no sentido de que:

[...] a interpretação das normas constitucionais ou complementares relativas aos direitos políticos deve dirigir-se ao favorecimento do direito de votar e de ser votado, enquanto as regras de privação e restrição não de entender-se nos limites mais estreitos de sua expressão verbal, segundo as boas regras de hermenêutica.

Com efeito, eventual interpretação nesse sentido poderia desarrazadamente ceifar da disputa eleitoral pessoas que – a despeito de ocuparem funções até mesmo voluntárias e

graciosas em determinadas entidades – não possuem qualquer poder administrativo, de representação individual, ou poder unilateral de gestão, a ponto de *v.g.*, usar a Entidade, de forma ilícita, para desequilibrar a disputa em prejuízo aos demais participantes, não detentores daquela condição.

Subsunção perfeita faz-se presente *in casu*, uma vez que o Conselheiro da OAB não dispõe desse poder.

E, a despeito da jurisprudência anterior, contemporânea à edição da LC 64/90, o Tribunal Superior Eleitoral, tendo em vista os direitos políticos fundamentais e o exercício pleno do direito de sufrágio, tanto ativo (votar), quanto passivo (ser votado), intrinsecamente ligado ao próprio conceito e viabilização da soberania popular que origina e fundamenta o Estado Democrático de Direito, tal e qual concebido e conhecido, alterou o entendimento anterior, passando a entender contemporaneamente que os Conselheiros e demais participantes, que não ocupem/detendam função diretiva, administradora, representativa ou de gestão, NÃO estão alcançados pela exigência de desincompatibilização de que tratou genericamente a Lei Complementar em tela, pelas razões adiante transcritas:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÃO MUNICIPAL. (2012). REGISTRO DE CANDIDATO. DEFERIMENTO. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO. CONSELHEIRO DA OAB. DESNECESSIDADE. 1. É possível a atribuição de efeitos infringentes aos embargos declaratórios em casos excepcionais, em que o reconhecimento de omissão ou contradição tenha por consequência a alteração do julgado. Precedentes. 2. A incompatibilidade prevista no art. 1, II, g, da LC no 64/1990 impõe o afastamento daqueles que tenham ocupado, nos 4 (quatro) meses anteriores ao pleito, função de direção, administração ou representação em entidades representativas de classe, mantidas, total ou parcialmente, por contribuições impostas pelo Poder Público, situação que não ficou configurada nos autos. 3. Assentado pela instância regional que o agravado não integrava a diretoria do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, não incide a mencionada cláusula de inelegibilidade, sendo desnecessária, portanto, a desincompatibilização. 4. Agravo regimental desprovido. (AgR-REspe no 521-10/MT, rei. Mm. Dias Toifoli, DJE 25.3.2013).

E,

Ementa: ELEIÇÕES 2010 - REGISTRO DE CANDIDATURA - PARTIDO - DEPUTADO ESTADUAL - CONSELHEIRO DE OAB - DESINCOMPATIBILIZAÇÃO - PRAZO 4 (QUATRO) MESES - INOCORRÊNCIA - INDEFERIMENTO. Conselheiros de Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, para concorrerem ao cargo de deputado estadual, devem se afastar do cargo até 4 (quatro) meses antes do pleito (Lei Complementar

64 /90, art. 1º , II , g c/c inc. V , a c/c inc. VI). O afastamento em prazo inferior implica no indeferimento do pedido de registro de candidatura TRE-AC - REGISTRO DE CANDIDATO RCAND 44706 AC (TRE-AC) Data de publicação: 21/07/2010.

Nessa esteira, compartilhamos da posição do professor Michel Saliba de que: "*os membros das Diretorias têm funções mais relevantes e podem praticar, isoladamente, atos que afetem a isonomia de condições entre aqueles e outros candidatos, já o conselheiro não detém o referido poder por ato unilateral, pois, para tudo, dependerá do colegiado, além de não praticar atos da administração propriamente dita*", daí porque exigir ao conselheiro que se desincompatibilize seria por demais desarrazoado.

Não é outro o entendimento atual:

"[...] Desincompatibilização. Conselheiro da OAB. Desnecessidade. [...] 2. A incompatibilidade prevista no art. 1º, II, g, da LC nº 64/90 impõe o afastamento daqueles que tenham ocupado, nos 4 (quatro) meses anteriores ao pleito, função de direção, administração ou representação em entidades representativas de classe, mantidas, total ou parcialmente, por contribuições impostas pelo Poder Público, situação que não ficou configurada nos autos. 3. Assentado pela instância regional que o agravado não integrava a diretoria do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, não incide a mencionada cláusula de inelegibilidade, sendo desnecessária, portanto, a desincompatibilização. [...]" (Ac. de 14.2.2013 no AgR-REspe. nº. 52110, rel. Min. Dias Toffoli).

E para eliminar qualquer dúvida ou questionamento a respeito, não faz muito, o Tribunal Superior Eleitoral – TSE consolidou este entendimento, em nova consulta de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, sob n. 111-87.2014.6.00.0000 – Classe 10 – Brasília – Distrito Feral.

CONSULTA. SENADOR DA REPÚBLICA. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO. CONSELHEIRO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). ART. 1, INCISO II, ALÍNEA g, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/1990. 1. A OAB enquadra-se no rol das entidades representativas de classe a que se refere a alínea g do inciso II do art. 10 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. 2. A necessidade de desincompatibilização exigida no art. 1, inciso II, alínea g, da LC nº64/1990 não alcança conselheiro da OAB, desde que não ocupe função de direção, administração ou representação no Conselho Federal.

3. CONCLUSÃO

Firmes nas razões jurisprudenciais, legais, doutrinárias e no entendimento recente e reiterado do Tribunal Superior Eleitoral – TSE, ao simples Conselheiro da OAB (Federal ou Seccional) – desde que NÃO ocupe outra função diretiva em Subsecção, Seccional ou Conselho Federal, bem como NÃO exerça qualquer poder de gestão ou administração - normalmente afeto aos demais membros da diretoria (Presidente, Vice-presidente, Secretário, Tesoureiro), NÃO É NECESSÁRIA a desincompatibilização e ou o afastamento em período anterior ao pleito das eleições municipais de 2016, de modo que o seu não licenciamento NÃO SE AFIGURA CAUSA DE INELEGIBILIDADE descrita no art. 1º, Inciso II, alínea “g” e Inciso II, alínea “a”, ambos da LC 64/1990.

Em caso de exercício de função de direção, administração ou representação, conforme funções de poder acima exemplificadas, necessário o afastamento temporário¹, pelo menos 04 (quatro) meses antes do pleito, nos termos do art. 1, inciso II, alínea g, da LC n. 64/1990.

É, s.m.j., o parecer.

Brasília, Distrito Federal, 30 de Maio de 2016.

ANDERSON DE OLIVEIRA ALARCON²

GUILHERME RODRIGUES CARVALHO BARCELOS³

¹ O afastamento aqui é temporário por algumas razões: o instituto da desincompatibilização foi pensado inicialmente para aplicação geral, com vistas a ocupação de funções e cargos remunerados, de livre nomeação e exoneração, demissíveis *ad nutum*, de modo que a desincompatibilização implica na exoneração do cargo, com corte de pagamento. Daí porque no caso de diretor da OAB, a despeito do termo genérico “desincompatibilização” utilizado pelo legislador, em verdade estaríamos diante do instituto do afastamento, tendo em vista que o exercício de referido cargo não se enquadraria nas hipóteses administrativas de livre nomeação e exoneração, antes, abriga-se nos casos de mandatos eletivos por prazo certo, escolhidos que são pela categoria profissional que representam, com prazo de início e de encerramento definidos, e, mais ainda, sem qualquer pagamento de contraprestação ou remuneração pelo exercício daquele mister, exigindo a atuação e colaboração voluntária, não integral e não exclusiva do ocupante daquela função diretiva perante a entidade. Exigir a desincompatibilização tal e qual concebida (saída definitiva, exoneração), implicaria, antes, em violar o legítimo exercício associativo e de prerrogativa funcional, já que uma vez exonerado a pedido, à função para a qual fora antes eleito só poderia novamente regressar alhures, mediante próximos certames ocorridos na entidade. Não foi essa a *mens legis*. Antes e, ao contrário, fora a de proteger a normalidade do pleito, indevidas interferências e equilíbrio da disputa. Nesse sentido, o licenciamento efetivo (de fato e de direito) da função diretiva, seria mais do que suficiente para salvaguardar os auspícios legais, a bem da lisura do pleito eleitoral. (Consulte nosso artigo acerca dos conceitos, diferenças e finalidades dos institutos da desincompatibilização e do afastamento - www.andersonalarcon.com.br)

² Advogado. OAB/DF n. 22.587, OAB/PR n. 64.449-B, OAB/RS n. 99.962-A. Professor. Especialista em Direito Público. Especialista Internacional em Direito Eleitoral. Membro-fundador da ABRADep - Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político. Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB Paraná e presidente da mesma comissão da OAB Maringá. Mestrando em Processos Políticos e Instituições Públicas – UEM.

³ Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS). Especialista (Pós Graduado) em Direito Eleitoral pela Verbo Jurídico. Especialista (Pós Graduado) em Direito

Constitucional pela Escola Paulista de Direito. Membro-fundador da ABRADep – Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político. Advogado, OAB/RS 85.529.