

01- Trata-se de ação de rito ordinário movida por TOSTES E ADVOGADOS ASSOCIADOS em face da ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, em que a parte autora postula a declaração de nulidade e ineficácia do ato editado pela entidade ré, que estendeu a quarentena prevista no inciso V do parágrafo único do art.95 aos sócios, advogados e funcionários da autora e suas filiais, juntamente com os conseqüentários da sucumbência.

02- Como causa de pedir, a parte autora arrola os seguintes fundamentos:

- a) O Conselho Federal da OAB, em resposta a consulta formulada para estabelecer o alcance da quarentena imposta pelo dispositivo constitucional, emprestou-lhe interpretação teratológica, no sentido de que o impedimento constitucional “contamina” todos os integrantes do escritório do qual fizer parte o ex-magistrado, independentemente da relação mantida por este, sob pena de infração disciplinar prevista no art.34, I, da Lei 8906/94.
- b) A parte autora conta com dois sócios minoritários Desembargadores aposentados do TJ-RJ, os quais ainda estão no triênio compreendido pela quarentena, com cláusula do contrato social que os exclui da divisão de honorários auferidos em causas processadas e julgadas perante o TJRJ. Nada obstante, todos os demais integrantes do demandante estão impedidos de advogar em todo o território do Rio de Janeiro, em virtude da interpretação emprestada.
- c) A ré, a pretexto de regulamentar o art.95, p.u, V, da CF, inovou na ordem jurídica, estendendo uma limitação personalíssima de forma indiscriminada a todos os integrantes de um escritório de advocacia.
- d) A preconceituosa e ofensiva ilação presume que todos os magistrados que desejam permanecer na atividade profissional após a aposentadoria compulsória sejam afetos aos crimes dos arts.332 e 357 do CP. “Buscar impedir a exceção (crime) proibindo a regra (exercício regular de direito) é punir a coletividade pela possibilidade abstrata da ocorrência de desvio. Nada mais teratológico”.
- e) Ademais, a sociedade de advogados não é dotada de *jus postulandi*, tampouco serve de “hospedeiro intermediário para que a ‘contaminação’ atinja outros integrantes”. A atuação do advogado é personalíssima, consoante se extrai dos arts.37 e 42, parágrafo único do EOAB, além dos arts.36 e 38 do CPC.
- f) Clara a violação do princípio da razoabilidade, pois a decisão da OAB amplia a esfera de incidência da proibição do Juízo ou tribunal perante o qual o aposentado oficiava para “*todos os Juízos e Tribunais que tenham sede no Estado do Rio de Janeiro*”. Ademais, assim como a pena não passa da pessoa do condenado (art.5º, XLV, CF) o impedimento não poderia ter esse poder.
- g) Viola-se também a legalidade, ante à vedação aos atos regulamentares de inovar no mundo jurídico, e da reserva de lei para limitar o livre exercício de profissão (art.5º, XIII, CF), estando mesmo o legislador ordinário impedido de adentrar o aspecto essencial do direito.

03- A liminar foi indeferida às fls.51-52 por ausência de perigo de dano irreparável. Citada, a parte ré apresenta contestação às fls.80ss, com os seguintes fundamentos:

- a) Preliminarmente, a ilegitimidade passiva da OAB-RJ, pois o art.75, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB confere ao Conselho Pleno do Conselho Federal a competência para deliberar, em caráter nacional, as questões relativas às finalidades institucionais da OAB. Cada órgão seccional possui competências próprias e privativas, exceto as subseções.
- b) No mérito, a decisão impugnada merece ser mantida, por resguardar a impessoalidade e a moralidade, pois qualquer pessoa que faça parte do escritório acaba-se por beneficiar-se de qualquer dividendo financeiro auferido pela sociedade, razão pela qual deve-se prestigiar a restrição, como garantia de imparcialidade dos juízes.
- c) Caso a restrição constitucional seja interpretada apenas no sentido de incidir sobre a pessoa do ex-magistrado, permitir-se-á seu descumprimento de forma indireta, não podendo ser descaracterizada, por tal razão, pela disposição contratual da parte autora no sentido de eximir os ex-magistrados da percepção de honorários oriundos da atuação perante os tribunais envolvidos no impedimento.
- d) O impedimento no âmbito territorial do tribunal no qual atuou o magistrado está em perfeita consonância com a própria ideia de jurisdição, observando-se que o prestígio alcançado pelo magistrado e a possibilidade do emprego de tráfico de influência não se limita ao tribunal em que atuou pela última vez.

04- Apresentada réplica às fls.100ss e sem mais provas a serem apresentadas, vieram-me os autos.

É o relatório. Passo a decidir.

05- O pleito ora deduzido gira em torno de interpretação conferida pelo Conselho Federal da OAB ao dispositivo do art.95, p.u., V, da CF, através da solução de consulta apresentada sob o processo 49.000.2012.007316-8. A parte autora pede, consoante se lê às fls.13, a declaração de “nulidade” e “completa ineficácia” da referida consulta, que estendeu o impeditivo constitucional da pessoa do magistrado a todos os componentes do escritório que o tenha acolhido.

06- Preliminarmente, a parte ré alega sua ilegitimidade *ad causam passiva*, fundando-se na existência de personalidade e competências próprias da OAB Federal em relação à Seccional do Rio de Janeiro.

07- Observando que o pedido clama pela intervenção jurisdicional em duas frentes, referentes à **validade** e **eficácia** da referida consulta, tenho que a preliminar deva ser acolhida parcialmente, para que o pedido relativo à *declaração de invalidade* do ato não seja conhecido. Com efeito, a pretensão de invalidar-se determinado ato jurídico deve ser deduzida em face de quem o editou, o que reclamaria a presença da OAB Federal no polo passivo. Aliás, sob esse aspecto,

faltaria também legitimidade à parte autora para fazê-lo, porque o resultado de consulta foi alçado à condição de norma proibitiva, dotada pois das características de generalidade e abstração, o que incompatibiliza a pretensão de sua invalidação com o sistema de controle concreto de constitucionalidade.

08- Todavia, no aspecto da *declaração de ineficácia*, deve ser demandada a entidade a quem compete a atribuição de *dar concretude* à norma impugnada, para que se abstenha de fazê-lo. Sob esse aspecto, inegável a legitimação da parte ora demandada para compor o polo passivo, pois nela se concentra toda a atribuição correicional e punitiva para aplicar as sanções decorrentes da prática da infração tipificada pelo ato do Conselho Federal, consoante dispõe o art.70 da Lei 8906/94:

*Art. 70. O poder de punir disciplinarmente os inscritos na OAB compete exclusivamente ao Conselho Seccional em cuja base territorial tenha ocorrido a infração, salvo se a falta for cometida perante o Conselho Federal.*

09- Portanto, a preliminar deve ser acolhida apenas em parte, para que não se conheça do pedido relativo à declaração de nulidade do ato emanado do Conselho Federal, adentrando-se, todavia, o mérito do pedido de *declaração de ineficácia* do mesmo ato em relação à parte autora e seus integrantes.

10- Já quanto ao mérito, transcrevo a parte “dispositiva” da solução de consulta impugnada (fls.39):

*“A integração de Advogado com impedimento parcial do exercício da Advocacia (art.30 do EOABA), em face de quarentena, afeta a pessoa jurídica que constituir ou ingressar como sócio, associado ou até como funcionário, atingindo os demais sócios, mesmo que o Escritório já atue vários anos na área que sofre o impedimento.”*

(...)

*“Portanto, mesmo que não ocorra os requisitos (sic) objetivos legais, de sociedade devidamente registrada, a simples vinculação informal, com a veiculação de mídia, em sites, revistas, cartões e inserções em papel timbrado ou cartórios (sic) de visitas, onde o Advogado Impedido por estar em quarentena demonstra estar vinculado a um escritório já é suficiente para se fazer prova da infração ao art.34, item I e II, do Estatuto da OAB e da Advocacia.”*

11- Por consequência, segue-se a ementa no sentido de que *“Inserção em empresa já existente, como sócio, associado ou funcionário de advogado impedido de advogar por quarentena contamina o escritório e todos os associados com o impedimento no âmbito territorial do tribunal no qual atuou como magistrado, desembargador ou ministro”*.

12- O dispositivo constitucional interpretado enuncia o seguinte:

*Art. 95. Parágrafo único. Aos juízes é vedado:*

*(...)*

*V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

- 13-Constata-se, desde logo, que a solução de consulta implicou no elastecimento da proibição sob o aspecto subjetivo, para alcançar, além do ex-juiz, todos os componentes do escritório ao qual se vinculou. Também houve extensão da norma proibitiva sob o aspecto objetivo, na medida em que o impedimento deixou de operar apenas perante o *juízo ou tribunal* a que pertencia o ex-juiz para repercutir sobre todos os juízos e tribunais que possuam a mesma base territorial. Em ambos os casos, a OAB exorbitou de suas atribuições de modo desproporcional, incorrendo em contrariedade não apenas à Constituição, mas à lei e aos regulamentos aplicáveis à advocacia.
- 14-Num primeiro aspecto, viola-se a *legalidade*, não apenas no seu aspecto mais geral (art.5º, II, CF), já que não há lei estabelecendo a restrição profissional aos demais advogados integrantes da banca que acolheu o ex-juiz; como também no aspecto profissional (art.5º, XIII, CF), na medida em que mesmo a norma legal somente poderia restringir o exercício de trabalho, ofício ou profissão mediante o estabelecimento de “qualificações profissionais”, expressão que não se identifica, sequer minimamente, o teor da proibição veiculada na solução de consulta impugnada.
- 15-Com efeito, o teor do art.34, I e II, da Lei 8906/94, do qual a parte ré tenta extrair as proibições que estabelece, não contém a mínima carga substancial necessária a respaldar as conclusões da consulta:

*Art. 34. Constitui infração disciplinar:*

*I - exercer a profissão, quando impedido de fazê-lo, ou facilitar, por qualquer meio, o seu exercício aos não inscritos, proibidos ou impedidos;*

*II - manter sociedade profissional fora das normas e preceitos estabelecidos nesta lei;*

- 16-Ambos os dispositivos não constituem tipos fechados, remetendo a outros preceitos. Porém, a remissão é feita **a outros preceitos da mesma lei**, que fixem hipóteses de impedimento, no caso do inciso I, ou de regulação da sociedade, no caso do inciso II, e não de regulamentos ou soluções de consulta. E no caso da Lei 8906/94 e também do seu Regulamento Geral, inexistem normas específicas tratando da proibição fixada na consulta.
- 17-Aliás, não se pode dizer que se esteja, nesse caso, exorbitando do poder regulamentar, uma vez que, no exercício de solução de consultas, o Conselho Federal da OAB-RJ não detém tal atribuição, cabendo-lhe apenas interpretar o direito que tenha sido previamente posto. Isso mostra o quanto o teor das

conclusões alcançadas por intermédio da solução de consulta é incompatível com a via eleita pelo Conselho Federal para fazê-lo.

- 18- É dizer, não se pode qualificar a solução de consulta como *ato regulamentar*, pois está estritamente a criar direito novo, tudo sem que o órgão responsável detenha investidura para tanto e sem fazer transparecer a adoção de qualquer das técnicas normalmente adotadas pelo intérprete-aplicador para essa finalidade, tal como a analogia (a qual, se admitida fosse, seria em si criticável, por atuar *in malam partem*).
- 19- Também a proporcionalidade transparece profundamente vulnerada pela decisão impugnada. Da forma como foi exposta a novel proibição, revela-se flagrante desproporcionalidade, tanto em relação aos grandes escritórios, de atuação nacional, pois o que o magistrado agregaria em termos de “prestígio” à banca seria relativamente pouco para justificar uma proibição indiscriminada a todos os seus membros. Quanto em relação aos escritórios menores, de atuação local, pois a proibição referente a todos os juízos e tribunais de sua base territorial terminaria por inviabilizar seu funcionamento.
- 20- Na verdade, o sopesamento essencial à correta aplicação da proporcionalidade constitucional já foi realizado a contento pelo constituinte e pelo legislador, que estabeleceram, de forma geral, as proibições, impedimentos e respectivas infrações em caráter estritamente pessoal, repugnando, por disposição sistemática, a “contaminação” de uns pela infração praticada por outros. A solução de consulta impugnada, ao adotar essa expressão “contaminação”, atenta contra todo um sistema que faz residir o caráter excepcional da punição na personalização do impedimento e da pena, sem exceções identificáveis. Nessa linha vão tanto a norma constitucional *sub interpretationem* quanto as normas do Estatuto da Advocacia que estabelecem hipóteses de impedimento e incompatibilidade.
- 21- Mesmo do ponto de vista teleológico, a invocada finalidade de prestigiar a independência judicial, a impessoalidade e a moralidade contra possíveis casos de tráfico de influência e exploração de prestígio, não é capaz de conferir sustentáculo à proibição. Evidentemente, que a edição de normas proibitivas é apenas um dos instrumentos para a proteção desses cultuados valores. O outro, e talvez o mais importante, é a punição efetiva dos casos identificados em concreto, já que as condutas mencionadas já são objeto de normas penais incriminadoras. Portanto, não é necessário, muito menos proporcional, estabelecer restrições a um ponto capaz de inviabilizar a própria atividade regulamentada, quando se pode e se deve atuar pontualmente nas hipóteses concretas de infração disciplinar. Mesmo que o legislador formal tivesse obrado nesse sentido, a norma posta nessa extensão seria de duvidosa constitucionalidade.
- 22- Portanto, sob qualquer aspecto que a questão possa ser apreciada, não há como se manter a proibição estabelecida sem respaldo legal, muito menos constitucional.

Por todo o exposto, JULGO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO o feito em relação ao pedido de declaração de nulidade do ato impugnado.

Em relação ao pedido remanescente, JULGO-O PROCEDENTE, para declarar a ineficácia da solução de consulta exarada nos autos do Processo 49.0000.2012.007316-8 pelo Conselho Federal da OAB em relação ao autor.

Reconsidero a decisão que indeferiu a antecipação, ANTECIPANDO A TUTELA PRETENDIDA. Tudo porque, além dos fundamentos jurídicos acima enunciados, que emprestam mais que verossimilhança ao pleito autoral, o perigo de dano irreparável é evidente. O próprio transcurso do tempo tenderá a criar fato consumado, no sentido da ultrapassagem do prazo de “quarentena” imposto aos dois sócios minoritários mencionados na petição inicial e, por extensão, aos demais integrantes do escritório, fazendo com que se perca, naturalmente, o objeto dessa ação. Portanto, para que a prestação jurisdicional seja eficaz e remedie com um mínimo de efetividade a ilegalidade já identificada, é imperioso que a tutela seja antecipada, para que cessem desde logo os efeitos do ato impugnado.

Tendo a demandante incorrido em sucumbência mínima (art.21, parágrafo único, do CPC), condeno a demandada ao ressarcimento das custas adiantadas, devidamente atualizadas, bem como ao pagamento de honorários sucumbenciais de 20% sobre o valor da causa atualizado.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.