

## APLICAÇÃO INCONSTITUCIONAL DO ART. 28, V DA LEI 8.906/94 PARA O CARGO DE AGENTE PENITENCIÁRIO.

Luiz Henrique Magalhães Pampuche.

*Bacharel em Direito.*

*Formado pela Universidade Positivo.*

*Aprovado no exame de ordem 2008.3.*

SÚMARIO: 1. Definição. 2. Do entendimento da OAB. 3. Da inobservação do princípio da legalidade. 4. Da inexistência de legitimidade. 5. Da inconstitucionalidade do provimento n.º 62/1988. 6. Da inobservância do julgado na ADIN 236-8/RJ - STF. 7. Conclusão.

### 1. DEFINIÇÃO.

Nos termos da Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984, a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Apesar de a função penitenciária estar associada diretamente na aplicação da desta lei, no diz respeito à classificação, assistência, trabalho, deveres, direitos e disciplina do preso, seja provisório ou condenado. Conquanto, mesmo que relevante e pertinente, não está abarcada pelos órgãos enumerados pelo art. 144 da Constituição Federal de 1988.

### 2. NO ENTENDIMENTO DA OAB.

Os agentes penitenciários, já inscritos devem ter suas inscrições canceladas, e os bacharéis em direito aprovados no exame de ordem, não podem ter seus nomes inscritos em seus quadros.

Aplicam sem legitimidade analogicamente e extensivamente a regra expressa do art. 28, V da Lei n.º 8.906/94, "norma restritiva de direitos", que não permite efeito tal efeito, dado no caso pelo Provimento n.º 62/88 - OAB, já revogado pela Lei n.º 8.906/94.

A regra do art. 28 e seus incisos, da Lei n.º 8.906/94, enumeram os casos de **incompatibilidade** para o exercício da advocacia, por se tratar de norma restritiva de

direitos, não comporta interpretação analógica e ampliativa para abranger hipóteses não previstas expressamente na Constituição.

### 3. DA INOBSERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

A Constituição Federal Brasileira dispõe claramente sobre quem é, e, quem realmente exerce atividade vinculada direta ou indiretamente a policial em âmbito nacional.

Os legitimados de exercer esse cargo e/ou função, estão expressamente elencados no texto constitucional, **o mesmo texto, que detém hierarquia superior sobre as demais leis infraconstitucionais**, não delega e, não permite que leis infraconstitucionais, ou provimentos Conselhos de Classe, **LEGISLEM** e/ou **AMPLIEM**, o conteúdo já esgotado na Carta Constitucional, dessume-se que qualquer decisão contrária a este pressuposto, deve ser considerada ilegal e abusiva.

Cabe salientar que os órgãos arrolados em tal dispositivo constitucional, constituem “*numerus clausus*”, não comportando a inclusão de outros. **Ao incluir a função de Agente Penitenciário como se fosse a de policial, ou de atividade vinculada direta ou indiretamente a esta função, a OAB contrariou escancaradamente a Carta Federal, justamente porque o elenco de órgãos federais e estaduais contidos no art. 144, é exaustivo e não exemplificativo.**

Por esta razão, é que a União, os Estados e os Municípios, a seu favor, não podem criar novas organizações neste setor específico da Administração Pública. Pela regra expressa contida neste dispositivo constitucional.

São legitimados a exercer direta ou indiretamente a atividade policial somente:

*“1º A polícia federal, instituída por Lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em Lei; II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”. [destaco].*

“§ 2º **A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da Lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais**”. [destaco]

“§ 3º **A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da Lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais**”. [destaco]

“§ 4º - **Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares**”. [destaco]

“§ 5º - **Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em Lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil**”. [destaco]

“§ 6º - **As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios**”. [destaco]

Por isso ressalto, que a atividade penitenciária mesmo que relevante e pertinente, não pode ter tratamento constitucional, uma vez que não está expressa neste diploma. Ainda que a segurança pública seja direito e responsabilidade de todos.

**Os princípios da Carta Política devem ser respeitados pela Constituição Estadual e principalmente neste caso, pela OAB,** que coercitivamente, de forma abusiva e extensiva, restringiu o direito líquido e certo do Impetrante, indeferindo seu pedido de inscrição principal.

Contraria seus próprios princípios, uma vez que esta intitulado no art. 44, inciso I, da Lei n.º 8.906/94, que uma das finalidades da Ordem dos Advogados do Brasil são:

**“Defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”**. [destaco]

Ao seu favor, a OAB, simplesmente, não tem legitimidade para legislar sobre matéria que não é de sua competência, não pode **ampliar** e/ou **modificar** o que já está expresso no texto constitucional.

**Não pode meramente ao seu bel prazer, dizer simplesmente que, quem é Agente Penitenciário é policial, ou que o mesmo exerce atividade vinculada direta ou indiretamente a atividade policial.**

Mas ao negar o pedido de inscrição principal ao Impetrante no Quadro da Ordem de Advogados do Brasil, violou a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito.

#### **4. DA INEXISTÊNCIA DE LEGITIMIDADE.**

Ao seu favor, a OAB, simplesmente, não tem legitimidade para legislar sobre matéria que não é de sua competência. Não pode ampliar e/ou modificar o que já está expresso na regra do art. 144 da Constituição Federal, por certamente invadir área de competência privativa, que trata o art. 61, §1º, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988.

*“Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração”. [destaco].*

#### **5. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO PROVIMENTO n.º 62/1988.**

Não existe "lei ou norma" que especifique quais os cargos e funções, exercem indiretamente atividade vinculada a policial a nível nacional.

É, portanto inconstitucional a utilização do Provimento n.º 62/88 do Conselho Federal da OAB, instituído pelo art. 27, VII, da Lei n.º 4.215/63, para ampliar **administrativamente** as funções e/ou cargos incompatíveis expressos no art. 28, inciso V, da nova Lei n.º 8.906/94, **como elemento de convicção do magistrado e/ou conselheiros para o indeferimento da concessão da ordem pleiteada**, certo que não mais encontra fundamento legal, e deve ser rechaçado, uma vez que a Lei n.º 4.215/63, foi revogada na íntegra pela nova Lei n.º 8.906/94.

Nem aquela e muito menos esta, delegam ao Conselho Federal da OAB, legitimidade para legislar sobre matéria, principalmente em dizer, quem é policial, e/ou quem exerce atividade policial, exatamente porque não é de sua competência, e se fosse, seria certamente contrária ao texto constitucional.

É sabido, que pela narrativa do art. 54, inciso V, da Lei n.º 8.906/94, que compete ao Conselho Federal, editar e alterar o Regulamento Geral, o Código de Ética e Disciplina, e os Provimentos que julgar necessários, **porém, todos devem obrigatoriamente estar em conformidade e derivar do texto constitucional.**

## 6. DA INOBSERVÂNCIA AO JULGADO DA ADIN 236/8-RJ - STF.

Desde 1992, já existe julgado pela ADIN de efeito "erga omnes", relatando que a atividade penitenciária, mesmo que relevante, não pode ter caráter de "status policial", e que é inconstitucional incluir no conceito de segurança pública, "a vigilância dos estabelecimentos penais".

Extraí-se que os legitimados de exercer esse cargo e/ou função, (policial) estão expressamente elencados no carta constitucional.

O mesmo texto, que detém hierarquia superior sobre as demais leis infraconstitucionais, **não delega e não permite, que leis infraconstitucionais, ou provimentos Conselhos de Classe, legislem e/ou ampliem, o conteúdo já expressamente esgotado na Carta Constitucional.**

Justamente porque os órgãos arrolados no dispositivo constitucional, constituem "*numerus clausus*", não comportando a inclusão de outros. Ao incluir a função de Agente Penitenciário como se fosse a de policial, ou de **atividade vinculada indiretamente** a esta função, a OAB contrariou escancaradamente a Carta Federal, e principalmente, conforme já alertada nos recursos administrativos, **não observou a garantia dada pela autoridade do julgamento pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgado da ADIN n.º 236/8RJ, a qual desde 07/05/1992**, a qual ficou definido:

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 236-8 – RIO DE JANEIRO – RELATOR: MIN. OCTAVIO GALLOTTI, REQUERENTE: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – REQUERIDO: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - EMENTA: **Incompatibilidade**, com o disposto no art. 144 da Constituição Federal, da norma do art. 180 da Carta Estadual do Rio de Janeiro, na parte que inclui no conceito de segurança pública a vigilância dos estabelecimentos penais e **ENTRE OS ÓRGÃOS ENCARREGADOS DESSA ATIVIDADE**, a ali denominada “**POLÍCIA PENITENCIÁRIA**”. Ação direta julgada procedente, por maioria de votos em 07/05/1992. ACÓRDÃO: Vistos e relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal de Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade das expressões “que inclui a vigilância intramuros nos estabelecimentos penais” e do inciso II, todos do art. 180 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Brasília, 07 de maio de 1992. Presidente: Sydney Sanches”. [destaco].*

Anote-se de plano, que a vulneração à autoridade da decisão do Excelso Supremo Tribunal Federal, consiste na prolação de Provimento n.º 62/88 da OAB, que em seu conteúdo amplia ilegítimamente, e declara ser **incompatível** o exercício da advocacia, com o cargo ou função de Agente Penitenciário.

Decisão neste sentido, **viola**, o que **expressamente**, o que já está **taxativamente** impetrado no art. 144 e incisos seguintes da Constituição Federal de 1988.

**Amplia** o conteúdo do art. 28, inciso V da Lei n.º 8.906/94, por **abranger** em norma restritiva de direitos, o cargo ou função de Agente Penitenciário, como se fosse vinculada indiretamente a atividade policial e principalmente, por **inobservar** o **efeito vinculante** da autoridade da decisão por esse Excelso Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ADIN n.º 236-8/RJ.

Entendo que qualquer decisão contrária a este pressuposto enumerado na ADIN 236/8, deve ser considerada inconstitucional, ilegal e abusiva, uma vez que o elenco de órgãos federais e estaduais contidos no art. 144, deste diploma, é **exaustivo e não exemplificativo**. Por esta razão, é que a União, os Estados e os Municípios, a seu favor, não podem criar novas organizações neste setor específico da Administração Pública.

Por este motivo, é que a atividade penitenciária mesmo que relevante e pertinente, não pode ter tratamento constitucional, “**vinculado a atividade policial**”, seja direta ou **indiretamente**, uma vez que esta função/cargo não está expressa no artigo 144, da Constituição Federal. Podendo incluí-la, somente com alteração do texto constitucional, uma das medidas tratadas pela PEC 308/2004<sup>1</sup>.

Ainda que a segurança pública seja direito e responsabilidade de todos. Os princípios da Carta Política devem ser respeitados pela OAB, que coercitivamente, de forma abusiva e extensiva, restringiu o direito líquido e certo dos impetrantes.

Por tais motivos de direito, entendo “**ser plenamente cabível, o exercício da atividade advocatícia, paralelamente com a atividade de agente penitenciário, obviamente, observados os impedimentos, uma vez que se trata de atividade meramente administrativa**”.

*“AGENTE PENITENCIÁRIO - EXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO - Ausência de incompatibilidade "ELEMENTOS IMPORTANTES" 1. A função penitenciária não está abarcada pelo art. 144 da CF; 2. O art. 28, V da lei*

---

<sup>1</sup> **PEC n.º. 308/2004** – que se aprovada, irá, alterar os arts. 21, 32 e 144, da Constituição Federal, criando as Polícias Penitenciárias Federal e Estaduais.

8.906/94, **"norma restritiva de direitos"**, não permite efeito ampliativo e extensivo, dado no caso em mesa pelo Provimento 62/88 - OAB, já revogado pela lei n.º 8.906/94; 3. A OAB não tem legitimidade para invadir competência privativa do art. 61§1ª, II, alínea "a" da CF, ou seja **"não pode dizer quem exerce indiretamente atividade vinculada a policial"**; 4. Não existe **"lei ou norma"** que especifique quais os cargos e funções, que exercem indiretamente atividade vinculada a policial; 5. Desde 07/05/1992, já existe uma ADIN de efeito *"erga omnes"*, relatando que a atividade penitenciária, mesmo que relevante, **"não pode ter caráter de status policial"**, é inconstitucional incluir no conceito de segurança pública, **"a vigilância dos estabelecimentos penais"**. Sendo assim, os Bacharéis que estiverem exercendo a atividade de agente penitenciário nas Unidades Prisionais, apenas deveram ter anotação de **"impedimento"** nos termos do art. 30, I da Lei 8.906/94, em sua carteira profissional. Dessume-se, que é ilegal, abusiva, política e autoritária o entendimento que torna a "atividade do agente penitenciário" *"incompatível com a advocacia"*. [destaco].

Sendo assim, os bacharéis em direito e/ou advogados que estiverem exercendo o cargo/função de agente penitenciário, ou outra função em desvio nas Unidades Prisionais e que paralelamente desejarem exercer a função advocatícia, **apenas deveram ter anotação de impedimento nos termos do art. 30, I da Lei n.º 8.906/94, em sua carteira profissional.**

## 7. CONCLUSÃO.

De todo o exposto, resta claro e indubitável que decisão ou acórdão prolatado neste sentido, coaduna com o entendimento expresso do art. 144 da Constituição Federal uma que:

*"O cargo/função de "agente penitenciário" não está abarcado pelo rol de atividades direta ou indiretamente vinculados a atividade policial de qualquer natureza, expresso art. 144 da Constituição Federal";*

*"O art. 28, V da Lei n.º 8.906/94, norma restritiva de direitos, não permite efeito ampliativo e extensivo, dado no caso em mesa pelo inconstitucional provimento n.º 62/88 - OAB, já foi revogado pela Lei n.º 8.906/94";*

*"A OAB não tem legitimidade para invadir competência privativa do art. 61, §1ª, II, alínea "a" da CF, ou seja, não pode dizer quem exerce indiretamente atividade vinculada a policial a nível nacional";*

*"Inexiste lei e/ou norma infraconstitucional que especifique quais os cargos/funções, "são vinculados indiretamente a atividade policial de*

*qualquer natureza”;*

*“Observância ao julgado na ADIN 236-8/RJ de efeito "erga omnes", relatando que a atividade penitenciária, mesmo que relevante, não pode ter caráter de "status policial", é inconstitucional incluir no conceito de segurança pública, a vigilância dos estabelecimentos penais”.*

Em que pesem as infundadas alegações da Ordem dos Advogados do Brasil, os bacharéis aprovados no exame de ordem e os advogados já inscritos, que estiverem exercendo a atividade de Agente Penitenciário nas Unidades Prisionais, podem ser inscritos no quadros de ordem, ou, manter-se inscritos, **“devendo necessariamente observar a anotação de impedimento nos termos do art. 30, I da Lei n.º 8.906/94”**, em suas carteiras profissionais.