

Excelentíssima Senhora Presidente  
Ministra CÁRMEN LÚCIA  
**Supremo Tribunal Federal**  
Brasília/DF

Assunto: Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público | Controle de Constitucionalidade | Inconstitucionalidade Material (10646)<sup>1</sup>

Ementa: Servidor Público das Carreiras do Poder Judiciário da União. Exercício da Advocacia. Lei nº 8.906/1994 (incompatibilidade – proibição total). Inconstitucionalidade. Excesso de regulamentação. Liberdade de Profissão. Princípio da Razoabilidade e proporcionalidade. Isonomia.

**ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AGENTES DE SEGURANÇA DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL – AGEPOLJUS**, entidade de classe de âmbito nacional, inscrita no CNPJ sob o nº 05.824.002/0001-19, com domicílio em Brasília/DF, no SCS, Quadra 1, Bloco L, Ed. Márcia, salas 213/214, CEP 70307-900, endereço eletrônico [agepoljus@agepoljus.org.br](mailto:agepoljus@agepoljus.org.br), e **FEDERAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES DE OFICIAIS DE JUSTIÇA AVALIADORES FEDERAIS – FENASSOJAF**, entidade de classe de âmbito nacional, inscrita no CNPJ sob o nº 03.547.218/0001-59, com domicílio em Brasília/DF, no SDS, Blocos F e G, Conjunto Baracat, 2º Andar, sala 204, Asa Sul, CEP 70392-900, endereço eletrônico [secretaria@fenassojaf.org.br](mailto:secretaria@fenassojaf.org.br), por seus procuradores constituídos (procurações anexas), que recebem intimações em Brasília/DF, no SAUS, Quadra 5, Bloco N, salas 212 a 217, Edifício OAB, CEP 70.070-913, telefone (61) 3223-0552, endereço eletrônico [publica@servidor.adv.br](mailto:publica@servidor.adv.br), com fulcro nos artigos 102, I, *a*, e 103, IX<sup>2</sup>, da Constituição da República de 1988, e na Lei nº 9.868/1999, propõem **ACÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** com pedido de **MEDIDA CAUTELAR** em face do artigo 28, IV, da Lei Federal nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil – cópia anexa), diante da inconstitucionalidade material por violação direta aos artigos 5º, XIII e LIV, 170, parágrafo único, e 37, *caput*, da Constituição da República de 1988, nos termos em que se passa a demonstrar.

<sup>1</sup> Assunto de acordo com as Tabelas Processuais Unificadas do Poder Judiciário, expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 46, de 2007).

<sup>2</sup> Constituição da República: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (...) Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...) IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

## 1. FATOS

Atualmente, aos servidores públicos vinculados ao Poder Judiciário da União, em razão da incompatibilidade (proibição total), é vedado o exercício da advocacia. Tal vedação decorre do artigo 28, inciso IV, da Lei nº 8.906/1994 – Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB):

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

I - chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Poder Legislativo e seus substitutos legais;

II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta;

III - ocupantes de cargos ou funções de direção em Órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público;

**IV - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro;**

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

VI - militares de qualquer natureza, na ativa;

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.

Conforme estabelece a norma supratranscrita, são incompatíveis com a advocacia todos os servidores do Poder Judiciário, sejam eles analistas, técnicos ou auxiliares, conquanto o impedimento (proibição parcial) se apresentasse como uma opção de limitação profissional mais razoável – menos gravosa – às categorias congregadas pelas entidades autoras.

A incompatibilidade do artigo 28, IV, do Estatuto da OAB, imposta a todos os servidores do Poder Judiciário Federal, deve ser declarada inconstitucional. Isso porque a incompatibilidade restringe o exercício total da advocacia, o que se mostra totalmente desarrazoado.

Em que pese a possibilidade de regulamentação infraconstitucional, a imposição de limitação ao exercício de qualquer profissão deve ser propagada sob a égide do princípio da razoabilidade. Sob esse prisma, a Constituição Federal prevê em seus artigos 5º, incisos XIII e LIV, e 170, parágrafo único, que o exercício de qualquer profissão é livre:

Art. 5º (...)

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

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: (...)

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.

Assim, a imposição de incompatibilidade – proibição total da advocacia – do art. 28, IV, do Estatuto da OAB, contraria os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, isonomia e igualdade, consagrados pelo neoconstitucionalismo como garantidores e efetivadores dos direitos fundamentais, devendo ser observados em sua máxima extensão em todo e qualquer âmbito de incidência jurídica.

Logo, diante da grave lesão gerada ao direito do livre exercício da profissão, faz-se necessária a declaração de inconstitucionalidade material do art. 28, IV, da Lei 9.806/1994, por violação aos artigos 5º, incisos XIII e LIV, 170, parágrafo único, e 37, *caput*, da Constituição Federal, nos termos a seguir demonstrados.

## **2. CONHECIMENTO**

O cabimento desta ação decorre do contido no artigo 102, I, “a”<sup>3</sup> da Constituição Federal, porquanto se alega a “inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal”, cujo conteúdo incorre em violação **material** a preceito ou princípio da Carta Política. Essa incompatibilidade entre a norma ora hostilizada com o texto constitucional não pode perdurar, porque contrasta com o princípio da coerência e harmonia das normas do ordenamento jurídico”<sup>4</sup>.

Conforme será demonstrado nos tópicos seguintes, esta ação se funda na violação direta aos artigos 5º, inciso XIII, 170, parágrafo único, e 37, *caput*, todos da Constituição Federal de 1988.

A legitimidade ativa das autoras decorre da sua natureza de entidades de classe de âmbito nacional, que congregam Analistas e Técnicos Judiciários do Poder Judiciário da União (Inspetores, Agentes de Segurança Judiciária e Oficiais de

<sup>3</sup> Constituição da República: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;”

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2007. p. 538.

Justiça Avaliadores Federais (estatutos inclusos).

Nessa condição, porque ocupam cargos vinculados ao Poder Judiciário Federal, a advocacia é incompatível para os servidores filiados às entidades autoras, sendo-lhes proibido totalmente o exercício da profissão, ainda que o impedimento (proibição parcial) fosse mais consentâneo com o postulado da razoabilidade e da isonomia, já que aos servidores do Poder Executivo, por exemplo, esta é a regra que se aplica (art. 30, I).

Assim, o livre exercício de qualquer profissão, bem como os princípios da razoabilidade e da isonomia, todos consagrados na Magna Carta de 1988, foram violados pela proibição contida no inciso IV do artigo 28 da Lei nº 8.906/1994, ensejando o controle concentrado.

Portanto, estão presentes o interesse de agir, a pertinência temática, a representatividade e a legitimidade ativa da parte autora (Constituição Federal, art. 103, IX; Lei nº 9.868/1999, art. 2º, IX), condições ao conhecimento desta ação direta de inconstitucionalidade.

### **3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DAS INCONSTITUCIONALIDADES**

O tema exhibe particularidades que podem ser introduzidas com a apresentação de alguns questionamentos relevadores da inconstitucionalidade da restrição total de advogar da Lei nº 8.906/1994, a que estão submetidos os servidores do Poder Judiciário da União.

Para tanto, optou-se pela divisão das indagações em dois grupos de quesitos, são eles:

Primeiro Grupo de Quesitos:

- (a) O tratamento discriminatório dado aos servidores do Judiciário é razoável?
- (b) A vedação imposta de forma total e absoluta é proporcional?
- (c) O fator discriminante, ou seja, o fator de desigualdade, justifica a desequiparação com servidores de outros órgãos?
- (d) A Lei faz restrição permitida no texto Constitucional?
- (e) O exercício da profissão, após a conquista do certificado de

aprovação na OAB, pode ser mitigado por simples vontade legal?

Segundo Grupo de Quesitos:

(a) Um servidor da Justiça Federal tem algum tipo de ligação/contato/vantagem ou acesso diferenciado em processos que tramitam na Justiça do Trabalho?

(b) Um servidor da Justiça Estadual tem algum tipo ligação/contato/vantagem ou acesso diferenciado em processos que tramitam na Justiça Federal?

(c) Um servidor da Justiça do Trabalho tem algum tipo ligação/contato/vantagem ou acesso diferenciado em processos que tramitam na Justiça Estadual?

(d) Um servidor da Justiça Eleitoral tem algum tipo ligação/contato/vantagem/ ou acesso diferenciado em processos que tramitam na Justiça Estadual, Federal ou do Trabalho?

Ao final dos próximos tópicos, as respostas a tais questionamentos restarão evidentes, assim como a inconstitucionalidade da restrição aplicada pelo inciso IV do artigo 28 da Lei nº 8.906/1994.

### **3.1. Ofensa à razoabilidade pelo inciso IV do artigo 28 da Lei nº 8.906/1994**

O artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, assegura a todos o livre exercício profissional. Inclui-se nesse entendimento, tanto a liberdade de escolha da profissão quanto de exercício. O constituinte de 1988, ao elaborar o referido artigo, optou por não consagrar a liberdade em caráter ilimitado ou irrestrito, ao revés, inseriu-o no rol de dispositivos com eficácia contida:

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;**

Em complemento, o parágrafo único do artigo 170 da Constituição também assegura o livre exercício da atividade 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: (...)

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.

No caso em tela, a norma que regulamentou a qualificação profissional da advocacia é a Lei nº 8.906/1994 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, a qual trouxe hipóteses de restrição parcial ou total ao exercício da profissão:

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

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

**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;  
(...)

Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:

I - os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora;

II - os membros do Poder Legislativo, em seus diferentes níveis, contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público.

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

Como já mencionado, aos substituídos (servidores do PJU) foi imposta a restrição total – incompatibilidade, conforme se depreende da leitura do artigo 28, IV do Estatuto da OAB. Ocorre que a restrição se mostra desarrazoada, pois impõe proibição exagerada, tendo em vista que os servidores do Poder Judiciário da União não possuem prerrogativa para tomada de decisões, ou mesmo estão vinculados tão somente a um determinado ramo do direito.

O que se alega, em síntese, é que a proibição total ao livre exercício da advocacia para os servidores do Poder Judiciário da União, os quais muitas vezes estão distantes da atividade judiciária propriamente dita, é desarrazoada. Plausível seria se a proibição fosse parcial, restrita aos órgãos aos quais estão vinculados.

Ou seja, a título exemplificativo, aquele servidor que exerce suas funções em Vara Trabalhista, estaria privado do exercício da advocacia na área



trabalhista e na jurisdição territorial desta Vara.

Pugna-se aqui a inconstitucionalidade do artigo em debate, posto a falta de razoabilidade e proporcionalidade, o que implica invariavelmente à afronta ao direito constitucional do livre exercício profissional. Frise-se que o princípio da razoabilidade, segundo entendimento da doutrina e do STF, está implícito no art. 5º, LIV, da Constituição Federal<sup>5</sup>, garantindo-se a todos o devido processo legal substantivo.

Mendes, Coelho e Branco<sup>6</sup>, ao tratarem do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, afirmam:

Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios – o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que **emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excessos, direito justo e valores afins**, precede e condiciona a posituação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico. (grifou-se)

Percebe-se daí que falta à redação do artigo 28, inciso IV, a justa medida, o bom senso e a proibição dos excessos. Ao contrário, a redação impõe aos servidores do Poder Judiciário da União excessiva proibição – incompatibilidade – o que colide vigorosamente com o direito fundamental do artigo 5º, inciso XIII, motivo pelo qual deve ser declarado inconstitucional para que seja permitido o exercício da advocacia por esses servidores, ainda que com impedimento.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, em seus comentários à Constituição, observam que:

Uma forma muito sutil pela qual o Estado por vezes acaba com a liberdade de opção profissional é a excessiva regulamentação. Regulamentar uma profissão significa exercer a competência fixada na parte final do dispositivo que diz: ‘observadas as qualificações profissionais que a lei exigir.’<sup>7</sup>

Ao tratar da lei interventora ao direito do livre exercício profissional

<sup>5</sup> CF/1988: “Art. 5º (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

<sup>6</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 142-143.

<sup>7</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, e MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1988-1989, 2v.

expõem igual entendimento Canotilho, Mendes, Sarlet e Streck:<sup>8</sup>

A lei que definirá qualificações profissionais deverá passar pelo crivo do exame de proporcionalidade. Ela será proporcional ao servir a um propósito lícito constitucionalmente falando e se for, **em relação a ele, adequada e necessária.**

(...)

O exame da necessidade pode valer-se do caráter indicativo da teoria dos degraus.

**O legislador só poderá subir ao degrau mais alto, se por meio do degrau mais baixo o propósito da intervenção não puder ser alcançado.**

(...)

Em suma, a aplicação do critério da necessidade segue a regra geral da busca do **meio adequado que seja o menos oneroso possível** para a posição para a posição jusfundamental atingida pela intervenção estatal. (grifou-se)

O legislador, ao optar pela incompatibilidade do exercício da advocacia para os servidores públicos do Poder Judiciário, escolheu a via mais onerosa ao servidor, tolhendo-lhe o direito de exercer a advocacia sem a real necessidade e sem justificativa racional.

Assevera-se “sem a real necessidade”, tendo em vista que esses servidores nem sempre estão vinculados à atividade jurisdicional, mas sim, atrelados à outras funções e atribuições. De toda sorte, mesmo àqueles que possuem algum vínculo com a atividade jurisdicional, a medida segue revestida de desproporcionalidade, pois se poderia ter-se imposto tão somente a hipótese de impedimento – restrição parcial, sem que isso resultasse em lesão à Administração Pública.

Sendo assim, o excesso de proibição e regulamentação do caso em apresso denota violação ao artigo 5º, inciso XIII, da Carta Magna.

A doutrina rechaça esse tipo de exagero na contenção da liberdade profissional:

Questão que merece reflexão é a da lei que, ao estabelecer qualificações profissionais excessivamente rígidas, acaba por afrontar o conteúdo jurídico mínimo que a norma constitucional deve preservar. **Estará eivada pelo vício de inconstitucionalidade toda lei que, a pretexto de regulamentar determinada profissão, acabar avançando exageradamente na liberdade profissional, ao estabelecer inúmeras ou absurdas qualificações, porque estará inviabilizando o exercício daquela profissão.**<sup>9</sup> (grifou-se)

Segundo o Supremo Tribunal Federal, “nem todos os ofícios ou

<sup>8</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pág 299-300.

<sup>9</sup> DIMOULIS, Dimitri (coord.). Dicionário brasileiro de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 380.



profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade [!]" (RE 414.426).

Ora, se é verdade que o legislativo pode disciplinar a atuação dos advogados, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal declarou que essa possibilidade regulamentar está limitada à aferição das condições de capacidade para a profissão:

LEI N. 4.116, DE 27.8.62. INCONSTITUCIONALIDADE. EXERCÍCIO LIVRE DE QUALQUER TRABALHO, OFÍCIO OU PROFISSÃO (C.F., ART. 153, PAR. 23). E INCONSTITUCIONAL A LEI QUE ATENTA CONTRA A LIBERDADE CONSAGRADA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, REGULAMENTANDO E CONSEQUENTEMENTE RESTRINGINDO EXERCÍCIO DE PROFISSÃO QUE NÃO PRESSUPOE "CONDIÇÕES DE CAPACIDADE." REPRESENTAÇÃO PROCEDENTE "IN TOTUM". (Rp 930, Rel. p/ Acórdão Min. Rodrigues Alckmin, Tribunal Pleno, DJ 02/09/1977) (grifou-se)

E, mesmo nesse âmbito, o Supremo Tribunal Federal rechaça a regulamentação da capacidade profissional que não demonstre motivo ou finalidade razoável:

Na realidade, e tal como foi destacado em importante precedente firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (RTJ 58/279-283, Rel. Min. THOMPSON FLORES), **mesmo nos casos em que se estabeleçam condições de capacidade para o desempenho de atividade profissional, a estipulação normativa de tais requisitos não pode revelar-se arbitrária nem discriminatória**, sob pena de injusta frustração da liberdade de exercício de ofício, profissão ou emprego. (...)

Se se revisitar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmada já sob a égide da Constituição de 1891, constatar-se-á que, embora possível a regulamentação profissional, **não pode o legislador, contudo, discipliná-la com apoio em critérios arbitrários, destituídos de razoabilidade e evidenciadores, por isso mesmo, de transgressão ao postulado do livre exercício de profissão ou ofício**. (RE 635.023 ED, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe-030 10/02/2012)

Isso porque “a reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial” (RE 511.961).

Assim, quer sobre o controle da constitucionalidade formal ou material, quer sobre o *controle dos fatos e prognoses* do normativo<sup>10</sup>, não há como

---

<sup>10</sup> Segundo os ensinamentos de Gilmar Mendes: “Hoje não há como negar a “comunicação entre norma e fato” (Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos. [...] É certo, por outro lado, que o Tribunal que exerce as funções de Corte Constitucional não pode deixar de exercer a sua competência, especialmente no que se refere à defesa dos

defender a sua conformidade com a liberdade profissional.

E não se objete o sofisma do interesse público como justificador da medida, pois “todas as constituições democráticas afirmam o dever do Estado de proteger o trabalho; o Estado afirma que ele deve elevar o trabalho humano à dignidade de bem social cuja preservação é do interesse da coletividade”<sup>11</sup>.

A relativização do interesse público em face dos direitos e garantias fundamentais protegidos pela Constituição de 1988 é tratada na doutrina de Daniel Sarmento:

O constituinte também não quis que o generoso e não exaustivo elenco de direitos que reconheceu quedasse inefetivo, consagrando assim o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, CF). Não bastasse, fortaleceu as garantias processuais dos direitos, bem como a jurisdição constitucional, que visa protegê-los diante dos eventuais abusos perpetrados do legislador. Ademais, pela primeira vez na nossa história, os direitos fundamentais foram explicitamente convertidos à condição de cláusulas pétreas, limitando o próprio constituinte derivado.

Estas particularidades, dentre outras, revelam com eloquência que, na tábua de valores constitucionais, os direitos fundamentais despontam com absoluto destaque e centralidade. Portanto, parece-nos de meridiana clareza que concepções que não atribuem a merecida preeminência a estes direitos – como as subjacentes ao princípio da supremacia do interesse público, seja na sua versão ‘forte’, seja na sua alternativa mais ‘débil’ –, devem ser descartadas, não só porque moralmente perigosas, como também pela sua franca inadequação à ordem constitucional brasileira.

E mais, por todas as razões acima aventadas, **entendemos que, diante de conflitos entre direitos fundamentais e interesses públicos de estatura constitucional, pode-se falar, na linha de Alexy, numa ‘precedência prima facie’ dos primeiros.** Esta precedência implica na atribuição de um peso inicial superior a estes direitos no processo ponderativo, o que significa reconhecer que há um ônus argumentativo maior para que interesses públicos possam eventualmente sobrepujá-los.<sup>12</sup> (grifou-se)

Outrossim, não se deve ver a percepção da remuneração do cargo como algo compensatório dessa restrição indevida, pois, conforme a lição de José

---

direitos fundamentais em face de uma decisão legislativa, sob a alegação de que não dispõe dos mecanismos probatórios adequados para examinar a matéria. **Em verdade, tal como já apontado, a competência do Tribunal para examinar os fatos e prognoses legislativos advém da própria competência que lhe é constitucionalmente reconhecida para proceder à aferição de leis ou atos normativos em face do parâmetro constitucional**”. (Trecho dos Comentários ao art. 6º, § 1º da Lei 9.882/1999. In: MENDES, G. F., Arguição de descumprimento de preceito fundamental, 2ª Ed., São Paulo: Saraiva)

<sup>11</sup> LAVIGNE, Pierre. *Apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 85

<sup>12</sup> SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. 2005. Disponível em <<http://www.danielsarmento.com.br/2012/09/interesses-publicos-vs-interesses-privados-na-perspectiva-da-teoria-e-da-filosofia-constitucional/>>

Afonso da Silva, o **valor social do trabalho vai além da questão material**, pois é base da dignidade e autonomia de qualquer cidadão<sup>13</sup>:

Os valores sociais do trabalho estão precisamente na sua função de criar riquezas, de prover a sociedade de bens e serviços e, **enquanto atividade social, fornecer à pessoa humana bases de sua autonomia e condições de vida digna**. Os valores do trabalho, portanto, só se materializam com o direito à livre escolha do trabalho pelo trabalhador, direito a condições equitativas (igualdade de tratamento nas relações de trabalho), direito a uma remuneração que assegure ao trabalhador e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana do trabalhador e seus familiares<sup>14</sup>. (grifou-se)

Portanto, o artigo 28, IV, do Estatuto da OAB, deve ser declarado inconstitucional, e conseqüentemente, deve ser assegurado aos servidores do Poder Judiciário da União o direito ao exercício da advocacia, constitucionalmente assegurado, ainda que na hipótese de impedimento.

### **3.2. Princípio da isonomia**

Não fosse suficiente, a imposição da incompatibilidade aos servidores em questão, norma mais severa, fere o princípio da isonomia. A Constituição da República assegura o tratamento isonômico em seus artigos 3º e 5º, e eleva tal princípio ao *status* de direito fundamental:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
IV - promover o bem de todos, **sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**.

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: (...)

No âmbito da Administração Pública, a premissa é reforçada pelo artigo 37 da Lei Maior, sob o nome de impessoalidade:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, **impessoalidade**, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

A servidores outros, que possuem atribuições relacionadas a atos decisórios e com maiores influências, é atribuída apenas a restrição de impedimento,

<sup>13</sup> Talvez essa leitura meramente materialista encoraje absurdos, como a proibição do exercício da advocacia *pro bono*.

<sup>14</sup> SILVA, José Afonso. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2006, p.39

sendo-lhes permitido o direito de advogar. Como exemplo, pode-se citar o caso dos analistas do Instituto Nacional do Seguro Social.

Veja-se que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Apelação nº 5054305-17.2012.404.7100/00 (anexo) determinou a inscrição de servidora analista do INSS nos quadros de advogados da OAB/RS, sob o argumento de que não constitui incompatibilidade, conforme acórdão infra:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. OAB. CARGO DE ANALISTA DO SEGURO SOCIAL. HIPÓTESE DE IMPEDIMENTO.

A impetrante - ocupante do cargo de Analista do Seguro Social - **não se amolda a nenhuma das hipóteses legais que implicam incompatibilidade para o exercício da advocacia, uma vez que a função exercida em decorrência do seu cargo é essencialmente de instrução e análise de processos administrativos previdenciários, não exercendo funções de direção com poder de decisão relevante sobre os interesses de terceiro** (art. 28, III c/c § 2º, da Lei 8.906/94)

Hipótese em que configurado o direito líquido e certo à inscrição nos quadros da OAB/RS, uma vez que se trata da hipótese descrita no art. 30, I, da Lei n. 8.906/94 (impedimento do exercício da advocacia contra a Fazenda Pública que o remunera ou à qual seja vinculada a entidade empregadora), não figurando caso de incompatibilidade prevista no art. 28 da referida lei. (grifou-se)

É notável que, no que tange a um servidor analista do INSS, por vezes, em razão do seu cargo, se poderia considerar que possui maior poder de influência ou poder decisório do que os servidores em questão. No entanto, mesmo assim, aos servidores da autarquia federal é atribuída a vedação de advogar apenas parcialmente.

Tal assertiva demonstra violação ao princípio da isonomia, visto que se impõe condição mais gravosa aos servidores substituídos, ao passo que a outros, em condições semelhantes, impõe-se tão somente a parcialidade do direito de advogar.

Em casos dessa natureza, a análise do critério diferenciador deve observar a investigação estabelecida por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não

harmonia com eles.<sup>15</sup>

A aplicação desse sistema de aferição aos substituídos demonstra que fator discriminante eleito pelo legislador ordinário é inválido e a formalidade de sua instituição não afasta a inconstitucionalidade do critério. Não poderia ser diferente, pois:

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

(...)

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.<sup>16</sup>

Resta claro, pois, que se determinada norma individualiza o seu destinatário, de forma atual e absoluta, viola regra isonômica, vez que estará dispensando tratamento benéfico a um grupo de indivíduos ou estará, por outro lado, impondo encargo sobre uma só classe, sem correspondência em gravames ou vantagens para os demais. É o caso em que se pode comparar um servidor do Judiciário com um servidor do INSS.

Outrossim, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 3198/2012 (anexo), que pretende autorizar o exercício da advocacia aos servidores ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente ao Ministério Público da União e dos Estados e Poder Judiciário, estabelecendo exceções aos incisos II e IV do artigo 28 da Lei nº 8.906/1994.

A justificativa condutora pauta-se na correção dessa injustiça, frente a ausência fática de poder decisório desses servidores, buscando corrigir essa ausência de razoabilidade e isonomia de tratamento:

A proposta que ora apresentamos visa corrigir grave injustiça que se pratica contra os servidores do Poder Judiciário e do Ministério Público que, formados em Direito e devidamente registrados na Ordem dos Advogados do Brasil, são impedidos de advogar pela simples razão de trabalharem em órgãos das instituições acima referidas.

Justifica-se que a um Juiz de Direito ou a um Promotor Público seja vedado o exercício da Advocacia, haja vista o flagrante conflito de interesses que adviria desta prática.

Entretanto, **na qualidade de servidores públicos, os profissionais administrativos dos órgãos em tela não tem poder decisório dentro das respectivas instituições, limitando-se suas competências às chamadas atividades meio, não havendo o que justifique a vedação para o exercício da profissão de advogado, ressalvados os casos em que a ação seja contra o ramo**

<sup>15</sup> Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 21-22

<sup>16</sup> Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 47





### **do Poder Judiciário ou do Ministério Público a que o profissional esteja vinculado. (...). (grifou-se)**

Assim, percebe-se que o Legislativo já caminha para o reconhecimento da inconstitucionalidade da incompatibilidade imposta aos referidos servidores públicos, posto que afronta o princípio da razoabilidade já mencionado, mas também fere o princípio da isonomia e igualdade, já que atribui a certos servidores tão somente o impedimento, e a outros, pena mais gravosa, a incompatibilidade, vedação total ao exercício da advocacia.

Aliás, repise-se, quanto à relevância da aplicação dos princípios constitucionais, o Neoconstitucionalismo trouxe o império da aplicação dos princípios para a solução dos casos concretos e, nesse diapasão, a Constituição Federal elevou ao *status* de direito fundamental o princípio da isonomia e da igualdade, que deve ser aplicado ao caso concreto. Quanto a essa matéria, Gustavo Zagrebelsky traz importante contribuição:

(...) lãs reglas nos proporcionan el critério de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no devemos, podemos actuar em determinadas situaciones específicas prevista por lãs reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado em su salvaguarda en cada caso concreto. Posto que carecen de supuesto de hecho, a los principios, a diferencia de lo que se sucede com lãs reglas, solo se lês puede dar algun significado operativo haciéndoles – reaccionar – ante algun caso concreto. Su significado no puede determinarse em abstracto, sine solo em los casos concretos, y solo em los casos concretos se puede su alcance.<sup>17</sup>

Para além das fronteiras legislativas brasileiras, o tratamento igualitário é preconizado como norma de direito internacional. A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas afirma em seu artigo primeiro que:

Artigo I - **Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidades e direitos.** São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade

Artigo VII - **Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei.** Todos tem direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

---

<sup>17</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Madri: Trotta, 1999, p. 110.

Se não fosse suficiente, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), em seu artigo 24, tutela a igualdade perante a lei:

**Todas as pessoas são iguais** perante a lei. Por conseguinte, tem direito, **sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.** (grifou-se)

Destarte, além de ser imperiosa a obediência aos preceitos constitucionais, o Brasil, na condição de país signatário dos tratados e convenções acima, deve atentar aos seus preceitos, primando pela vedação a qualquer tratamento desigual aos seus cidadãos.

Por tais razões, além de todo o exposto, deve ser declarada a inconstitucionalidade do inciso IV do artigo 28 da Lei nº 8.906/1994, sendo permitido o exercício da advocacia aos servidores substituídos, mesmo que com impedimento, a fim de que se preserve o princípio da isonomia, prevenindo qualquer tratamento discriminatório e desigual.

#### **4. MEDIDA CAUTELAR**

A garantia de **tutela jurisdicional tempestiva**, nos termos do artigo 5º, LXXVIII, da Constituição da República, assegura a todos, no âmbito judicial ou administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Só assim se distribui o inevitável **ônus do tempo** de tramitação, sem que a demora comprometa a utilidade da prestação jurisdicional.

Entre os meios que garantem a celeridade da tramitação processual está a concessão de medida cautelar para suspender a ilegítima eficácia dos dispositivos inconstitucionais, verificadas a relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, nos termos do artigo 12 da Lei nº 9.868/1999.

A regra especial autoriza o relator, ao despachar a inicial, a suspender o ato que deu motivo ao pedido, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Nesse sentido, do STF: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORDINÁRIA 9932, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1999, QUE DISPÕE SOBRE A TRANSFERÊNCIA DE ATRIBUIÇÕES DA IRB-BRASIL RESSEGUROS S/A - IRB-BRASIL RE PARA A SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS - SUSEP. VÍCIO FORMAL. LEI COMPLEMENTAR. 1. A autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador, é matéria reservada à lei complementar (CF, artigo 192, II). 2. Entendimento divergente do relator, que apenas suspendia a vigência da expressão “incluindo a competência para conceder autorizações”, constante do artigo 1º da Lei 9932/99, por considerar que os demais dispositivos disciplinam matéria típica de lei ordinária. Medida cautelar deferida para suspender, até o julgamento final da ação, a eficácia dos incisos I, II, III e IV, da Lei 9932, de 20/12/99, e declarar prejudicado o pedido quanto às demais disposições em face da decisão proferida na ADI 2223. (STF,

É o caso, pois a **relevância da matéria** e seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica residem nos argumentos de mérito que demonstram violação constitucional inadmissível, o que promove desordem de proporções nacionais a todos servidores do Judiciário da União que têm vedado indevidamente o livre exercício da advocacia.

O **perigo na demora** é evidenciado pelo fato de que os servidores estão proibidos de exercerem a advocacia em quaisquer das justiças especializadas ou comum, ainda que fora do âmbito da justiça em que laboram, suportando os efeitos da inflação sobre seus defasados vencimentos do cargo público, sem a oportunidade de majorarem seus rendimentos mensais.

Assim, o exercício da advocacia é proibido aos servidores do Poder Judiciário, a exemplo dos analistas judiciários, técnicos judiciários, auxiliares judiciários, oficiais de justiça, escrivães e diretores de secretaria, e também os auxiliares da Justiça, hipótese em que, de forma global, merecem menção: peritos, intérpretes, depositários, administradores, psicólogos, assistentes sociais, e ainda os leiloeiros. Vale dizer: aqueles que possuem vínculo com o Poder Judiciário não podem exercer a advocacia, independentemente de proximidade com as atividades estritamente jurisdicionais.

Aqui se inserem até mesmo aqueles cargos sem qualquer ligação judicial na estrutura do Poder Judiciário, como motoristas, operadores de máquinas reprográficas, porteiros, editor de jurisprudência, vigilantes, telefonistas, recepcionistas, atendentes, desde que sejam servidores ou lhe prestem serviços.

A título exemplificativo, aquele servidor que exerce suas funções em Vara Trabalhista, está privado do exercício da advocacia na área trabalhista e em qualquer outra, mesmo que não tenha nenhum tipo de ligação/contato/vantagem ou acesso diferenciado em processos que tramitam na Justiça Estadual.

Pela atual conjuntura, nem mesmo os servidores licenciados do cargo sem remuneração, como na hipótese de Licença para Tratar de Interesses Particulares (art. 91 da Lei nº 8.112/1990), podem advogar, pois a jurisprudência entende que tais afastamentos não interrompem o vínculo do servidor com a Administração<sup>19</sup>.

---

ADI 2244 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2002, DJ 07-02-2003 PP-00020 EMENT VOL-02097-03 PP-00455)

<sup>19</sup> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO DISTRITAL. NEGATIVA DE REGISTRO DE APOSENTADORIA COMPULSÓRIA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DISTRITAL. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. AFASTAMENTO POR TEMPO INDETERMINADO MANTIDO POR MAIS DE DUAS DÉCADAS E MEIA. SITUAÇÃO DE FLAGRANTE INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, DA EFICIÊNCIA E DO SUPRAPRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A questão jurídica submetida a esta Corte

Portanto, somente o deferimento de medida cautelar para suspender cautelarmente a eficácia do artigo 28, IV, da Lei nº 8.906/1994, possibilitará que os servidores proibidos de advogar possam exercer a profissão, ainda que com impedimento, e melhorar seus rendimentos mensais, cada vez mais defasados e comprometidos frente à inflação.

## 5. PEDIDOS

Ante o exposto, pede:

(a) o deferimento de medida cautelar para suspender os efeitos do inciso IV do artigo 28 da Lei nº 8.906/1994;

(b) a expedição de notificação à Presidência da República para que preste informações, com base no artigo 6º da Lei nº 9.868/1999;

(c) findo o prazo a que se refere o parágrafo único do artigo 6º da Lei nº 9.868/1999, intimem-se para que apresentem manifestação o Advogado-Geral da União e, sucessivamente, o Procurador-Geral da República;

(d) no mérito, o julgamento de procedência dos pedidos desta ação, para confirmar a cautelar deferida e declarar a inconstitucionalidade material do inciso IV do artigo 28 da Lei nº 8.906/1994, por violar os artigos 5º, XIII e LIV, 170, parágrafo único, e 37, *caput*, da Constituição da República de 1988, para que seja garantido aos servidores do Poder Judiciário da União o exercício da advocacia, ainda que com impedimento;

(e) atribuição à causa do valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), tendo em vista a inexistência de valor de conteúdo econômico específico em discussão, conforme dispõe o artigo 291 do Código de Processo Civil<sup>20</sup>;

---

Superior consiste em saber se existe direito à aposentadoria compulsória após extenso período de afastamento da atividade pública, mais de 26 anos, inaugurado na égide de vínculo celetista, antes da "Constituição Cidadã", e mantido durante todo o período posterior. 2. O afastamento por tempo indeterminado não encontra justificativa no regime jurídico previsto na Lei nº 8.112/90, o qual era aplicado aos servidores do Distrito Federal, por força da Lei Distrital nº 119/90. 3. **A licença para tratar de interesses particulares tem por objeto o afastamento do servidor pelo prazo de até três anos, que pode deixar de comparecer ao trabalho, sem a perda do seu cargo efetivo, sem a quebra do vínculo funcional.** É faculdade conferida à Administração Pública, que pode, a qualquer tempo, indeferir o pedido de licença, determinando o retomo do servidor à ativa (cf. MS 6.808/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, DJ 19/06/2000, p. 107). [...] (STJ - RMS: 43683 DF 2013/0302201-5, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 28/04/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/05/2015).

<sup>20</sup> CPC: "Art. 291. A toda causa será atribuído valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível."



(f) por fim, requer a expedição das publicações em nome do advogado **Rudi Meira Cassel, OAB/DF 22.256**, nos termos do artigo 272, §§ 2º e 5º, do Código de Processo Civil, sob pena de nulidade<sup>21</sup>, conforme a jurisprudência<sup>22</sup>.

Brasília/DF, 27 de setembro de 2017.

[Assinado eletronicamente]

**Jean Paulo Ruzzarin**

OAB/DF 21.006

---

<sup>21</sup> Código de Processo Civil: “Art. 272. [...] § 2º Sob pena de nulidade, é indispensável que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, com o respectivo número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, ou, se assim requerido, da sociedade de advogados.  
[...] § 5º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade. [...]”

<sup>22</sup> “É inválida intimação efetuada em nome de apenas um dos advogados constituídos nos autos se existe pedido expresso para que a publicação seja realizada em nome de outro patrono.” (STJ, AgRg no Ag 1255432, ministro João Otávio de Noronha, 4ª Turma, j. 24/08/2010, DJe 09/09/2010).