UM ESTUDO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA INCOMPATIBILIDADE PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA IMPOSTA AOS SERVIDORES DO PJU

\* Mauro Figueiredo

1) Todos nós, servidores do Judiciário, sabemos que, ainda que sejamos bacharéis em direito e tenhamos sido aprovados no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, não podemos exercer a advocacia sob qualquer hipótese, nem mesmo em causa própria. Isso não é novidade. O que parece ainda gerar alguma confusão é a distinção entre impedimento e incompatibilidade. O impedimento não proíbe o exercício da advocacia, mas o restringe apenas. Já a incompatibilidade é a proibição total. Esse é o caso dos servidores do Judiciário.

2) A Lei n.º 8.906/1994 dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Convém destacar, para maior esclarecimento, os seguintes dispositivos da Lei:

Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:

I - capacidade civil;

II - diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada;

III - título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro;

IV - aprovação em Exame de Ordem;

V - não exercer atividade incompatível com a advocacia;

VI - idoneidade moral;

VII - prestar compromisso perante o conselho

............................................................................................................

Art. 11. Cancela-se a inscrição do profissional que:

I - assim o requerer;

II - sofrer penalidade de exclusão;

III - falecer;

IV - passar a exercer, em caráter definitivo, atividade incompatível com a advocacia;

V - perder qualquer um dos requisitos necessários para inscrição.

..............................................................................................................................

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:

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.

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

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

............................................................................................................

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.

(grifei)

3) Conforme se depreende da leitura do art. 30, o servidor impedido de exercer a advocacia apenas não pode patrocinar causas contra a Fazenda Pública que o remunere ou a qual sejam vinculados. Assim, por exemplo, um servidor público do Banco Central não poderia, como advogado, patrocinar uma ação contra o INSS, mas poderia patrocinar ações de divórcio, inventário etc. De fato, o Banco Central e o INSS fazem parte do mesmo ente federativo, a União Federal. Tal proibição vem ao encontro do princípio da moralidade da Administração Pública, previsto no art. 37, caput, da CRFB/1988. Logo, o impedimento é apenas uma proibição parcial para o exercício da advocacia.

4) A incompatibilidade com o exercício da advocacia que atinge os servidores do Judiciário vem inscrita no art. 28, II, da Lei em comento. Aqueles que atuam como advogados, quando aprovados em concurso para o Judiciário, devem comunicar à Seccional da OAB para que seja feito o cancelamento de seu registro junto à Ordem. É o que diz o art. 11, IV, acima em destaque.

5) Isso posto, cumpre tecer alguns comentários acerca de tal vedação. Primeiramente, lembremos o que dizem os incisos IX e XIII do art. 5º da CRFB/1988:

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:

............................................................................................................

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

............................................................................................................

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

6) Conforme se observa, a liberdade é direito fundamental. Tal direito se desdobra, entre outros, no direito à liberdade de expressão intelectual e no direito ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Com relação ao disposto no inciso IX do artigo em comento, é ponto pacífico que a atividade do advogado é de natureza intelectual. No que tange ao inciso XIII do mesmo artigo, a única restrição imposta envolve o atendimento das “qualificações profissionais que a lei estabelecer”. O diploma que regula a profissão de advogado é justamente a Lei n.º 8.906/1994, acima mencionada. Assim, aqueles que preencherem os requisitos desse diploma legal podem advogar. Já os que não preencherem, por não atenderem à qualificação profissional que o dispositivo constitucional menciona, não podem advogar. Conforme prescreve o art. 8º, V, em destaque acima, não exercer atividade incompatível com a advocacia é condição sine qua non para obtenção do registro profissional junto à Ordem.

7) Em que pese o fato de haver um dispositivo legal vedando o exercício da advocacia por servidores do Judiciário, não devemos nos dar por vencidos. Os fundamentos de direito que sustentam tal vedação não resistem a um cotejamento com os princípios da Constituição. Antes, porém, de adentrarmos a análise propriamente dita, cabe uma revisão da literatura acerca da natureza dos princípios constitucionais.

O DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE EXPRESSÃO DA ATIVIDADE INTELECTUAL E AO LIVRE EXERCÍCIO DA PROFISSÃO

8) Queiroz discorre acerca de duas construções teóricas acerca dos direitos fundamentais, uma que advoga que tais direitos apresentam-se como regras, e outra que os define como princípios. Os sistemas jurídicos que definem os direitos fundamentais apenas como regras são fechados e vinculam-se ao positivismo e ao legalismo. Já aqueles sistemas que os englobam como princípios são abertos e vinculados ao constitucionalismo. Ambos situam-se como espécies do gênero normas jurídicas.

9) Para Alexy , as regras são aplicáveis de acordo com o critério do “tudo ou nada”, com a prevalência de uma regra sobre a outra em dado caso concreto. Os princípios, por outro lado, são mandamentos de otimização, caracterizados pela possibilidade de satisfação em diferentes graus e de acordo com as aduzidas possibilidades fáticas e jurídicas, resolvendo-se possíveis conflitos entre eles pela aplicação de critérios de ponderação.

10) Gomes Canotilho sugere alguns critérios que visam a distinguir entre regras e princípios, que envolvem seu a) grau de abstração; b) grau de determinabilidade na aplicação ao caso concreto; c) caráter de fundamentalidade no sistema de fontes do direito; d) proximidade da ideia de direito; e e) natureza normogenética.

11) Com relação ao primeiro critério, ou grau de abstração, ressalte-se que os princípios são normas com um grau de abstração elevado, ao passo que as regras possuem baixo grau de abstração.

12) Já no tocante ao segundo critério, os princípios são mais vagos e indeterminados em relação às regras. Dessa forma, os princípios vão exigir maior trabalho de mediação por parte do juiz ou do legislador na sua concretização. Por outro lado, as regras são suscetíveis de aplicação direta.

13) No que tange ao terceiro critério proposto, Canotilho explica que os princípios são normas que possuem um caráter estruturante, exercendo um papel fundamental no sistema jurídico, em razão da posição hierárquica que ocupam no sistema de fontes do direito, bem como da sua função estruturante, norteando a interpretação e aplicação das leis de modo geral.

14) Com relação à sua proximidade da ideia do direito, Canotilho argumenta que os princípios são “standards”, juridicamente vinculantes, radicados na exigência de “justiça” (Dworkin), ou na ideia de “direito” (Larentz). Já as regras podem ser vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

15) Concluindo, o autor aponta que os princípios, diferentemente das regras, possuem uma natureza normogenética, ou seja, geram ou são fundamentos das regras. Dessa forma, os princípios são normas que estão na base e constituem a ratio das regras jurídicas, desempenhando, assim, uma função normogenética fundamentante.

16) Adotando-se os critérios sugeridos por Canotilho, verificamos que a CRFB/88 elenca direitos fundamentais que se identificam como regras e outros que se alinham à noção de princípios. Os primeiros aplicáveis através do mecanismo da subsunção, e os últimos aplicáveis pelo mecanismo da ponderação.

17) Devido à sua alta densidade normativa e possibilidade de aplicação direta, podem ser identificados como normas-regra, por exemplo, o disposto nos seguintes incisos do art. 5.º da CRFB/88: VII (prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva); XIII (liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer); XXI (legitimidade das entidades associativas para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente); e XXVI (impenhorabilidade da pequena propriedade rural).

18) De outro lado, em vista do alto grau de generalidade e abstração, bem como da necessidade de mediações concretizadoras e do seu caráter fundamentante, são exemplos de normas-princípio o disposto nos seguintes incisos do art. 5.º: I (princípio da igualdade entre homens e mulheres); II e XXXIX (princípio da legalidade); III (princípio da dignidade da pessoa humana). IX (liberdade da expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença).

19) As distinções apontadas entre normas-regra e normas-princípio não implicam, contudo, a existência de hierarquia entre elas, vez que, de acordo com o princípio da unidade da Constituição, abraçado pela maior parte da doutrina, inexiste hierarquia entre normas constitucionais, independentemente de sua espécie, conforme leciona Barroso .

20) Ainda de acordo com a tipificação estudada, o direito fundamental à liberdade da expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, constitui norma-princípio, dado seu elevado grau de abstração ou generalidade.

21) Já o direito à liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer mais se assemelha à norma-regra, mormente quanto à sua parte final, ao prever o atendimento das qualificações profissionais estabelecidas por lei.

22) Entretanto, convém mencionar que, independentemente de sua classificação, os direitos fundamentais não são absolutos. Pelo contrário, revestem-se de caráter relativo. Conforme leciona Norberto Bobbio , diz-se que não possuem caráter absoluto porque são raros os direitos fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos fundamentais.

23) Numa análise da CRFB/88, são verificáveis hipóteses de colisões entre direitos fundamentais, o que demonstra a necessidade de se admitir seu caráter relativo como forma de resolução de conflitos nos casos concretos. Outra evidência de seu caráter relativo são as previsões, no próprio texto da Constituição, de suspensão dos direitos fundamentais em determinadas circunstâncias, como a suspensão do direito de reunião e do direito à privacidade em estado de defesa, conforme preceitua o § 1º do: art. 136, in verbis

Art. 136 - O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

............................................................................................................

§ 1º - O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I - restrições aos direitos de:

a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;

b) sigilo de correspondência;

c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

24) Ressalte-se, ainda, que o caráter relativo dos direitos fundamentais se evidencia, também, no fato de alguns desses direitos serem aplicados apenas a determinados grupos, como os direitos políticos, que contemplam apenas os alistáveis e os elegíveis, conforme preceitua o art. 14 da CRFB/88, bem como o direito de amparo que se aplica apenas às crianças e aos adolescentes carentes, que não são extensíveis aos adultos e aos afortunados, de acordo com a dicção do art. 203, II, da Carta Magna.

25) Ainda no tocante aos direitos fundamentais, pode-se afirmar que possuem uma dimensão subjetiva e uma objetiva.

26) A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais confere ao seu titular a prerrogativa de exigir do Estado ou dos particulares um determinado comportamento em seu favor. Tal comportamento pode se traduzir em uma ação negativa (de respeito, não invasão, não intervenção na esfera jurídica do titular) ou positiva, no sentido de se obrigar o Estado a criar as condições fáticas ou jurídicas para o exercício de tais direitos.

27) Em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais representam a essência do Estado Democrático de Direito, estabelecendo limites e diretrizes para a atuação do poder público. Como tais, representam os valores subjacentes à atuação do Estado, bem como a todo o ordenamento jurídico.

28) Ainda no tocante à sua dimensão subjetiva, convém neste ponto mencionar a teoria dos quatro status, proposta por Jellinek . De acordo com o autor, em suas relações com o Estado, o homem pode assumir um status passivo, negativo, ativo e positivo.

29) No status passivo, o indivíduo encontra-se obrigado ao cumprimento dos deveres impostos pelo Estado. No status negativo, ele se apresenta livre para agir, ou não agir. No status positivo, os sujeitos de direito encontram-se em situação na qual podem exigir do Estado o implemento de prestações positivas. Finalmente, no status passivo, são conferidos aos cidadãos direito de participação nas deliberações que formam a vontade estatal.

30) Convém sublinhar, no entanto, que tais categorias não são estanques, mas podem apresentar imbricações e interdependência. Assim, um direito fundamental em sua dimensão subjetiva negativa pode apresentar também uma conotação positiva, e vice-versa. Essa inter-relação entre status negativo e positivo se evidencia quando reconhecemos que, para a efetivação de um direito fundamental subjetivo que implique em uma abstenção do Estado na esfera jurídica do indivíduo, é necessário que o Estado implemente os meios necessários para a criação e manutenção de tribunais, bem como assegure o direito à jurisdição, à decisão judicial, à execução de sentenças judiciais etc.

31) Partindo dos critérios propostos por Jellinek, e identificando as funções que os direitos fundamentais assumem perante o poder do Estado, a moderna doutrina os classifica em direitos de defesa e direitos à prestação. Os direitos de defesa correspondem ao status negativo e os direitos à prestação se relacionam ao status positivo.

32) A maioria dos constitucionalistas adota o critério funcional, com algumas variações. Para Alexy , os direitos à prestação abrangem os direitos prestacionais em sentido amplo e os direitos prestacionais em sentido estrito. Os direitos prestacionais em sentido amplo outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado a proteção necessária contra a ingerência de terceiros. Os últimos correspondem aos direitos sociais, vinculados à proteção do Welfare State.

33) Analisando-se sob o prisma das teorias estudadas o direito à liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer, vemos despontar seu caráter negativo, ou, em outros termos, o direito outorgado ao titular de exigir do Estado e dos demais particulares uma abstenção de intervenção em sua esfera jurídica. Como tal, a liberdade do exercício do trabalho caracteriza-se como típico direito de defesa. O mesmo se aplica em relação à liberdade da expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

34) Assim, o disposto nos incisos IX e XIII do art. 5.º da CRFB/88, em sua dimensão negativa, assegura ao seu titular o direito de se resguardar de intromissões de terceiros em sua auto-determinação, expressão intelectual e liberdade de escolha e exercício de profissão.

35) Em sua dimensão negativa, o direito ao exercício da profissão e à expressão da atividade intelectual assegura ao seu titular a fruição de três atributos dos direitos de defesa, a saber:

a) não-intervenção em relação a posições subjetivas: proteção dos indivíduos contra a ação do próprio Estado, bem como a dos particulares, que interfiram na sua liberdade de expressão intelectual e de exercício de profissão;

b) não-eliminação de posições jurídicas: proibição contra a extinção pelo Estado do direito fundamental ao livre exercício da profissão e à livre expressão intelectual, e contra sua limitação ao ponto de que seu núcleo fundamental seja afetado;

c) faculdade de não fruir posições previstas na norma, ou seja, de poder escolher entre renunciar ou não exercer o direito à livre expressão intelectual ou de exercício de profissão.

36) Contudo, para se assegurar uma efetiva fruição do direito fundamental ao exercício da profissão e à livre expressão intelectual, é preciso que também se leve em conta sua dimensão positiva. Assim, são necessários não apenas um não-agir, uma abstenção por parte do Estado, mas igualmente uma atuação do poder público a fim de evitar a intromissão por parte de terceiros na esfera de intimidade do titular desse direito.

37) Em outros termos, exige-se uma atuação positiva do Estado, expressão do status positivo proposto por Jellinek e dos direitos à prestação. A imunidade constitucional do papel e de outras mídias ilustra bem tal status do cidadão, e vem ao encontro do direito fundamental à livre expressão intelectual. Senão, vejamos:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

...............................................................................................................................

VI - instituir impostos sobre:

...............................................................................................................................

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

(grifei)

38) Em que pese a importância teórica e o valor didático da teoria dos quatro status, proposta por Jellinek, tal concebia os direitos fundamentais apenas sob o prisma subjetivo, seguindo o paradigma reinante do Estado Liberal burguês do século XIX.

39)Com o advento da teoria do estado social, houve uma ênfase e uma conscientização crescentes acerca da necessidade de prestações estatais como meio de se efetivar a fruição dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais classificados como direitos à prestação em sentido estrito.

40) A contribuição de Peter Häberle, com sua teoria institucional dos direitos fundamentais, representou outro abalo no paradigma subjetivista dos direitos fundamentais, vez que o autor propunha que a satisfação desses direitos dependia de uma correspondente conformação legislativa para lhes conferir direção, conteúdo e função, bem como da criação de instituições para lhes oferecer segurança .

41) É somente com o surgimento da teoria dos valores que o caráter objetivo dos direitos fundamentais desponta. De acordo com essa teoria, os direitos fundamentais constituem valores objetivos que formam um sistema unitário de princípios decorrentes da dignidade da pessoa humana. Logo, extrapolam sua função como direitos subjetivos, constituindo também valores objetivos, bens jurídicos que se impõem à observância de todos por força da própria constituição. No cenário político, histórico e ideológico do pós-guerra, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais viceja e influencia os Estados sociais e democráticos surgidos então. Desenvolve-se a noção de que os direitos fundamentais, tomados em seu conjunto, formam uma ordem objetiva de valores que condiciona constitucionalmente a atuação dos poderes constituídos, espraiando-se por todo o ordenamento jurídico.

42) A concepção da Constituição como estatuto axiológico da sociedade emanou do constitucionalismo germânico, e traz subjacente a ideia de que o conjunto de valores estabelecidos na Carta Magna deve servir de norte e moldar não apenas a ordem jurídica estatal, bem como todos os setores da sociedade.

43) Não há como dissociar a proteção dos direitos fundamentais de um Estado Democrático de Direito, pois são interdependentes. Pode-se, então, afirmar que os direitos fundamentais configuram-se como mecanismo de defesa da democracia. Ao integrarem o conteúdo principal das Constituições dos Estados Democráticos de Direito, funcionam como garantia da minoria contra as opressões da maioria, especialmente no tocante às liberdades públicas, como a liberdade da expressão intelectual e a liberdade do exercício da profissão.

44) Tatiana Malta , citando Novais , aponta as consequências da eficácia irradiante dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico, como expressão de sua dimensão objetiva:

a) proibição de que ato normativo de qualquer ramo do direito afronte esse sistema de valores, sob pena de serem julgados inconstitucionais;

b) interpretação restritiva das leis que estabelecem restrições aos direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade;

c) vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais na resolução dos casos concretos quando se constatar lacuna na legislação;

d) eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas; e) obrigação do Estado de prover as condições objetivas mínimas para o efetivo exercício dos direitos fundamentais mediante normas de organização e procedimento;

f) dever do Estado de proteger os particulares contra violação de seus direitos fundamentais, não só perante entes públicos, como também perante outros membros da sociedade.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO INTELECTUAL E DO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO X MORALIDADE

45) Muitos alegam que o princípio constitucional subjacente à vedação do exercício da advocacia por servidores do judiciário é o da moralidade. Sustentam, os que defendem a incompatibilidade, que o exercício da advocacia por servidores do Judiciário atentaria contra a moralidade da administração pública e a ética que deve nortear a atuação de todos os advogados. Argumentam, ainda, que, se os servidores do Judiciário atuassem como advogados, poderiam se valer de sua condição de servidores do Judiciário para fazer algum tipo de tráfico de influência.

46) Parece oportuno, neste ponto, tratar da colisão entre duas forças: de um lado, o direito à livre expressão intelectual e ao exercício da profissão; de outro, o da moralidade administrativa.

47) A pertinência do tópico se justifica. Para que logremos êxito em por em xeque a constitucionalidade da Lei n.º 8.906/94 perante a cúpula do Judiciário, nós, servidores, necessitaremos ter uma melhor compreensão dos fundamentos de direito que orbitam a questão.

48) Conforme vimos, o conflito, ou, melhor dizendo, a colisão entre princípios, diferentemente do conflito entre regras, só tem existência e, consequentemente, solução, no caso concreto. Partindo do conceito de princípios como mandados de otimização, Alexy se utiliza da máxima da proporcionalidade. Segundo o autor, “a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela” .

49) A máxima da proporcionalidade é a reunião de três sub máximas, a saber: a) adequação; b) necessidade e c) proporcionalidade em sentido estrito. Dessa forma, os direitos constitucionais, enquanto princípios, expressam a ideia de otimização. Numa magistral síntese dessa teoria, Humberto Ávila apregoa que, pela adequação, o julgador deve saber se a medida adotada é a adequada para atingir o fim constitucionalmente instituído. Logo, tem a ver com uma relação meio x fim. Pela segunda máxima, o julgador deve saber se a medida adotada é necessária ou não substituível por outro meio igualmente eficaz e menos restritivo do bem jurídico envolvido, o que implica uma relação meio x meio. Por fim, pela última sub máxima, o julgador deve saber se a medida não está em relação de desproporção em relação ao fim a ser atingido, o que, por sua vez, envolve uma relação meio x fim.

50) Ainda segundo Alexy, a máxima da proporcionalidade, como expressão da otimização dos princípios, se configura como limitador das violações aos direitos fundamentais. Nesse sentido, Bonavides argumenta

“(...) em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele (o princípio da proporcionalidade) o cidadão contra excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais”.

51) Partindo dos pressupostos do princípio da proporcionalidade de Alexy, analisaremos os valores e interesses em jogo no contexto da vigência da Lei 8.906/1994 e sua consequente vedação ao exercício da advocacia por servidores do Judiciário.

52) Caberia, nos casos concretos trazidos ao Judiciário, ponderar se a medida adotada, isto é, a incompatibilidade para o exercício da advocacia por parte dos servidores do Judiciário, é adequada para atingir o fim constitucional de garantir a moralidade administrativa e a conduta ética dos advogados de uma forma geral.

53) Sabemos que a incompatibilidade ínsita na Lei em comento se traduz em medida preventiva, já que se antecipa a um possível desvio de conduta por parte de servidores do Judiciário, proibindo, dessa forma, que venham a exercer a advocacia. Como se diz na linguagem popular, “mata-se o mal pela raiz”. Em que pese a sabedoria da filosofia popular, em direito vige o princípio segundo o qual a boa-fé – e não a má-fé – deve ser presumida. A má-fé deve ser provada. Contra todos os princípios mais basilares do Direito, a incompatibilidade prevista na Lei n.º 8.906/1994 transforma o servidor do Judiciário em contumaz salafrário, imoral e indigno de qualquer confiança, não estando, assim, à altura do exercício de tão nobre profissão, como a do advogado, enquanto permanecer vinculado ao Judiciário. De posse de seu registro na Ordem dos Advogados do Brasil, o servidor do Judiciário poderia fazer uso de todos os subterfúgios mais imorais e indignos para tirar, para si, e para outrem, vantagens indevidas. Ainda que carregado um pouco nas tintas, é esse o quadro que o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil parece pintar acerca do lastro moral e idoneidade que caracteriza a todos nós, servidores do Judiciário.

54) “Cortar o mal pela raiz”, o que, no caso em exame, se traduz na incompatibilidade do exercício da advocacia por servidores do Judiciário é, strictu sensu, medida adequada. De fato, se o objetivo da Lei é o de moralizar a administração e resguardar a dignidade e conduta ética dos advogados, não restam dúvidas de que cumpre seu fim. Mais eficaz seria a Lei se estendesse a incompatibilidade que atinge os servidores do Judiciário a todos os cidadãos. Nesse caso hipotético, não haveria notícias de aplicação de advertência ou punição a qualquer advogado, simplesmente porque não haveria qualquer advogado em atuação no país. Então, isso significa “cortar o mal pela raiz”.

55) Como visto, não basta que a medida seja adequada strictu sensu. Precisamos questionar a incompatibilidade prevista na Lei acerca do critério da necessidade. Seria justo afirmar que a incompatibilidade prevista para os servidores do Judiciário é necessária enquanto não substituível por outro meio igualmente eficaz e menos restritivo do bem jurídico envolvido, qual seja, o da livre expressão intelectual e liberdade de exercício da profissão?

56) Basta uma breve leitura do Código de Ética e Disciplina da OAB e da Lei n.º 8.112/1990 para vermos que tais diplomas possuem inúmeras previsões de punição, que vão da simples advertência oral à cassação ou demissão, para os casos em que advogados ou servidores públicos venham a praticar desvios de conduta.

57) O terceiro questionamento tem a ver com o grau de desproporção da medida em relação ao fim almejado. De fato, as diversas gradações de penalidades previstas tanto no Código de Ética e Disciplina da OAB como na Lei 8.112/1990 garantiriam a punição do servidor do Judiciário que viesse a cometer faltas no exercício da advocacia. Na verdade, tais mecanismos já são aplicados para os casos daqueles servidores públicos atingidos pelo impedimento previsto no art. 30 e incisos da Lei 8.906/1994. Como se vê, a incompatibilidade prevista para os servidores do Judiciário se traduz em medida claramente desproporcional.

58) Ao se adotar a ponderação como razão de decidir entre direitos fundamentais que constituem a relação dialética polarizada, não convém optar pela prevalência total de um em detrimento de outro, anulando-o por completo, invadindo seu núcleo que deve ser irredutível. Subjaz ao cerne argumentativo dos que defendem a incompatibilidade que a moralidade e conduta ética, em tese, devam se sobrepor, de forma apriorística, ao direito fundamental da livre expressão intelectual e liberdade de exercício profissional. Como tal, parte do princípio de que os servidores do Judiciário, caso pudessem exercer a advocacia, certamente delinquiriam, praticariam desvios de conduta. Não se pondera a priori. A ponderação é exercício que se pratica no caso concreto. O aprovado em concurso para o Judiciário deve apresentar uma série de certidões que comprovem sua conduta moral e dignidade. Não pode tal cidadão ter cassado, de forma apriorística, seu direito ao livre exercício profissional e à expressão intelectual. E a ponderação é princípio que deve guiar não apenas o julgador, mas igualmente o legislador.

59) A incompatibilidade que atinge os servidores do Judiciário é comando legal totalmente desprovido de justa medida. Reitera-se que a ponderação é princípio que deve nortear não apenas os julgadores, mas igualmente os legisladores. O legislador andou muito mal ao vedar aos servidores do Judiciário o exercício da advocacia em flagrante desrespeito a direitos fundamentais. Nós, como servidores do Poder que tem a missão de zelar pela Constituição, não podemos permanecer silentes diante de tamanha afronta.

60) Como vimos, ao analisarmos os princípios contrapostos no caso em comento, basta recorrer à sub-máxima da necessidade, num exercício básico de ponderação, para que se descubra que a incompatibilidade é desnecessária aos fins almejados, pois existem diversos diplomas legais, como o Código de Ética e Disciplina da OAB, a Lei 8.112/1990, e mesmo o Código Penal, com inúmeras previsões que visam a corrigir desvios de conduta. O Direito Administrativo dispõe de um rigoroso aparato jurídico para coibir e sancionar os profissionais – sejam advogados, sejam membros de quaisquer outras carreiras do serviço público – que desempenham suas funções de forma inadequada. É o que se confere com a transcrição dos seguintes dispositivos da Lei 8.112/90:

Art. 116. São deveres do servidor:

I – exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;

II – ser leal às instituições a que servir;

III – observar as normas legais e regulamentares;

(...)

VIII – guardar sigilo sobre assunto da repartição;

IX – manter conduta compatível com a moralidade administrativa;

X – ser assíduo e pontual ao serviço.

Art. 117. Ao servidor é proibido:

I – ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia

autorização do chefe imediato;

II – retirar, sem prévia anuência da autoridade competente,

qualquer documento ou objeto da repartição;

(...)

IX – valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem,

em detrimento da dignidade da função pública;

(...)

XI – atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições

públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários

ou assistenciais de parentes até o segundo grau,

e de cônjuge ou companheiro;

(...)

XIII – aceitar comissão, emprego ou pensão de Estado estrangeiro;

XV – proceder de forma desidiosa;

XVI – utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em

serviços ou atividades particulares;

(...)

XVIII – exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis

com o exercício do cargo ou função e com o horário de

trabalho.

61) De todo o exposto, é de se argumentar que a ponderação entre princípios constitucionais colidentes deve ser levada a efeito à luz do sistema constitucional, que é a base de um Estado Democrático de Direito. Tal ponderação entre interesses privados e públicos, individuais e coletivos, não deve prescindir do recurso ao sistema constitucional como um todo unitário, tampouco ser levada a efeito de maneira apriorística e em abstrato, sob pena de configurar um mero exercício arbitrário e discricionário.

COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS OU DEDICAÇÃO EXCLUSIVA?

62) Há, ainda, aqueles que argumentam em prol da incompatibilidade com base na hipótese de que, caso venham a poder exercer a advocacia, o servidor do Judiciário ficaria sem tempo para se dedicar, de forma eficiente, ao desempenho de suas atribuições. Contra tal argumento, cuja fragilidade salta aos olhos, aplica-se a maior parte das ponderações já feitas até aqui. Há previsão na Lei 8.112/1990 para o servidor faltoso ou desidioso. Isso, por si só, bastaria. No entanto, ainda que por amor à argumentação, convém lembrar que o exercício da advocacia de forma alguma criaria incompatibilidade de horário para com os afazeres do servidor do Judiciário, vez que poderia, facilmente, dedicar-se à elaboração das peças nas horas vagas e nos fins de semana, podendo, inclusive, valer-se de outra pessoa para apresentar as peças nos protocolos das secretarias e dos cartórios. Isso sem mencionar a facilidade representada recentemente pelo processo judicial eletrônico, que permite o peticionamento por via eletrônica. Ademais, o argumento que se baseia na compatibilidade de horário não procede e não pode vingar, haja vista que os servidores não possuem no seu Estatuto qualquer cláusula ou outro mecanismo que imponha a exclusividade ou dedicação exclusiva. É de se observar, também, que já há vários servidores que também trabalham como professores, sem que isso represente qualquer prejuízo para a Administração Pública, muito pelo contrário. Servidores que lecionam desafiam mais o intelecto, alteram a rotina, arejam a mente e tornam-se mais criativos, o que redunda em benefícios até mesmo para as atividades que exercem no âmbito do Judiciário. Nesse aspecto, o mesmo se aplica a um grande número de magistrados que também exercem o magistério, o que sempre enriquece, ao invés de empobrecer, suas capacidades intelectuais e, portanto, atuação como juízes. Se ninguém argumenta que o exercício do magistério por um grande número de magistrados vem de encontro às suas atribuições como julgadores, havemos de convir que seria injusto sustentar que os servidores, ao atuarem em feitos processuais como advogados, o que pode ser feito inclusive nos fins de semana, estariam, implicitamente, incorrendo em absenteísmo ou desídia. Nada mais preconceituoso. A advocacia, de fato, é profissão liberal que permite horários até mais flexíveis do que os do magistério.

63) Outro argumento que, vez por outra, é ventilado é o de que, ao exercer a advocacia, o servidor do Judiciário estaria invadindo o mercado de trabalho dos advogados privados, competindo com eles de forma desigual. Nada mais falacioso. Há conversão da incompatibilidade em mero impedimento não permitiria que o servidor do Judiciário atuasse em causas contra a Fazenda Pública que o remunera. Desnecessário lembrar que um dos mais rentáveis mercados do âmbito jurídico é justamente o tributário, área na qual o servidor do Judiciário Federal estaria impedido de atuar. Se o servidor do Judiciário sofresse impedimento – e não incompatibilidade, como é o caso –, jamais poderia atuar em causas contra o Estado ou a União, nas hipóteses do servidor das Justiças Estadual e Federal, respectivamente.

64) Por último – e não menos importante –, a conversão em impedimento da incompatibilidade que nos atinge, por força da Lei n.º 8.906/94, o chamado Código de Ética e Disciplina da OAB, nos liberaria para fazer frente a uma enorme demanda represada por prestação jurisdicional, o que só beneficiaria a população como um todo.

A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5235

65) A Associação Nacional dos Analistas, Técnicos e Auxiliares do Poder Judiciário e do Ministério Público da União – Anata – questiona a constitucionalidade da Lei 8.906/1994, que veda o exercício da advocacia por servidores do Judiciário. Entre os precedentes invocados, a ADI cita decisão do STF que permitiu que juízes eleitorais exercessem a atividade advocatícia (ADI 1127). A ADI 5235 pede liminar para suspender a eficácia do inciso IV do artigo 28 e do inciso I do artigo 20 da Lei 8.906/1994 e do artigo 21 da Lei 11.416/2006. No mérito, requer a declaração de inconstitucionalidade dos mesmos dispositivos. A relatora do caso é a ministra Rosa Weber. A Relatora negou seguimento ao processo sob o argumento de inépcia da petição inicial por ilegitimidade ativa ad causam da Autora por falta de comprovação de abrangência nacional. A decisão foi publicada no DJE no dia 02/09/2015. Foi interposto Agravo Regimental contra a decisão no dia 09/09/2015. Os autos estão conclusos à Relatora.

66) Por todo o exposto, é mister que a FENAJUFE e os sindicatos filiados, que contam, indubitavelmente, com representação com abrangência nacional, assumam protagonismo na luta pela derrubada da injusta vedação ao exercício da profissão e à atividade intelectual imposta aos servidores do PJU. Trata-se, como visto, de pleito pela garantia de direitos assegurados pela Constituição e que, no atual contexto de crescente aviltamento salarial que atinge toda a categoria, constitui medida que permitirá que milhares de chefes de família possam exercer atividade intelectual para melhorar a provisão do sustento de seus dependentes, sem detrimento do exercício de cargo no PJU.

Subscrevem esta tese, além de seu autor, os seguintes Delegados:

1) Ronaldo das Virgens

2) Soraia Marca

3) Hudson Borges

4) Lucena Pacheco Martins

5) Julio Horta Barbosa da Silva

6) Raquel Albano de Almeida

7) Damiana Macedo Rego

8) José Everson

9) Rosana Secco dos Anjos

10) José Paulo de Oliveira Barros