

DERMEVAL ROCHA DA SILVA FILHO

**EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PRIVADA PELOS MEMBROS DA ADVOCACIA-
GERAL DA UNIÃO. ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO**



Itabuna(Bahia)

2008

DERMEVAL ROCHA DA SILVA FILHO

EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PRIVADA PELOS MEMBROS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO

Monografia apresentada ao Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional, na modalidade Formação para o Mercado de Trabalho, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito Constitucional.

**Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - REDE LFG**

Orientadora: Profa. Simone Born de Oliveira

Itabuna(Bahia)

2008

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, as Coordenações do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca da monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Itabuna, outubro de 2008.

DERMEVAL ROCHA DA SILVA FILHO

DERMEVAL ROCHA DA SILVA FILHO

**EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PRIVADA PELOS MEMBROS DA ADVOCACIA-
GERAL DA UNIÃO. ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO**

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, na modalidade Formação para o Mercado de Trabalho, e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade do Sul de Santa Catarina, em convênio com a Rede Ensino Luiz Flávio Gomes – REDE LFG e com o Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Itabuna, outubro de 2008.

RESUMO

Exercício da advocacia privada pelos membros da Advocacia Geral da União. Análise da constitucionalidade da proibição constante do artigo 28, I da LC 73/93. Intenção do Constituinte de 1988 que não tratou expressamente do tema. Proibição expressa com relação aos membros do Ministério Público, magistrados e Defensoria Pública. Tratamento do assunto pelas constituições anteriores. Violação dos princípios da proporcionalidade e da isonomia.

PALAVRAS-CHAVE: Análise da constitucionalidade da proibição constante do artigo 28, I, da LC 73/93. Violação dos princípios da proporcionalidade e da isonomia.

ABSTRACT

Exercise of private advocacy by the Office of the Solicitor General members. Analysis of constitutionality of the prohibition prescribed in Article 28, I of the CL 73/1993. Intention of the constituent of 1988 that did not expressly approached the theme. Express prohibition to members of Public Ministry, magistrates and public defenders. Approach to the theme in previous constitutions. Violation of principles of proportionality and isonomy.

Key words: Analysis of constitutionality of the prohibition prescribed in Article 28, I of the CL 73/1993. Violation of principles of proportionality and isonomy

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **p. 09**

CAPÍTULO 1 **p. 10**

**PROIBIÇÃO DA ADVOCACIA PRIVADA AOS MEMBROS DA
ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - ABORDAGEM DO ASSUNTO NA
CONSTITUINTE DE 1988**

1. Intenção do Legislador Constituinte;
2. Proposições a respeito do Ministério Público;
3. Proposições a respeito da Defensoria Pública;
4. Proposições a respeito da Magistratura.

CAPÍTULO 2 **p. 22**

**EXAME DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO À LUZ DO
PRINCÍPIO DA LIBERDADE PROFISSIONAL**

1. Perfil do advogado público;
2. Considerações iniciais sobre a restrição ao exercício profissional dos advogados públicos;
3. Eficácia jurídica da norma inserida no art. 5º, inciso XIII, da CF de 1988;
4. Limites e restrições a direitos fundamentais à luz das teorias interna e externa. Breve distinção;
5. Definição do âmbito de proteção.

CAPÍTULO 3 **p. 30**

RESTRICÇÕES MEDIANTE RESERVAS LEGAIS SIMPLES E QUALIFICADA

1. Espécies de limitações ou restrições aos direitos fundamentais;
2. Direitos fundamentais com reserva legal simples;

3. Direitos fundamentais com reserva legal qualificada;
4. Direitos fundamentais com reserva legal qualificada e o art. 28, inciso I, da LC nº 73/1993.

CAPÍTULO 4 **p. 38**

OUTRAS RESTRIÇÕES POSSÍVEIS

1. Direitos fundamentais sob limites imanescentes
2. Respeito a direitos fundamentais de terceiros
3. Direitos fundamentais limitados por questões de ordem pública
4. Direitos fundamentais e as relações especiais de sujeição

CAPÍTULO 5 **p. 42**

TESTE DA PROPORCIONALIDADE/ISONOMIA

1. Restrição da advocacia privada e o princípio da proporcionalidade
2. Adequação
3. Necessidade
4. Proporcionalidade em sentido estrito
5. Restrições à luz da isonomia

CONCLUSÃO **p. 57**

REFERÊNCIAS **p. 59**

INTRODUÇÃO

A Advocacia-Geral da União é uma instituição criada pela Constituição Federal de 1988 para fazer a defesa dos interesses da União em juízo ou fora dele, além de comissionada a prestar assessoramento jurídico a um dos poderes da República, o Poder Executivo. Referida instituição está elencada entre as Funções Essenciais à Justiça, juntamente com o Ministério Público, a Defensoria Pública, e os advogados.

Integram a Advocacia-Geral da União, segundo dispõe a Lei Complementar nº 73/1993, os advogados da União e os Procuradores da Fazenda Nacional.¹ Tais profissionais ingressam na instituição, assumindo vínculo estatutário com a União, após concurso de prova e títulos.

A aludida Lei Complementar² - que passou a vigorar cinco anos depois da Carta Maior - veda a advocacia fora das atribuições funcionais, em que pese o legislador constituinte silenciar ou não optar por tal restrição, como fizera expressamente em relação aos Magistrados, aos membros do Ministério Público e Defensoria Pública.

Será que a Constituição Federal de 1988 foi omissa quando nada dispôs acerca da proibição da advocacia privada pelos membros da Advocacia-Geral da União?

Diante de tal postura ou inação do legislador constituinte, é razoável a atual proibição contida em legislação infraconstitucional? Uma resposta acerca da constitucionalidade dessa proibição há de passar necessariamente pelo exame da intenção do legislador e, além disso, pelo grau de restrição que tal direito fundamental poderia comportar.

¹ Os Procuradores Federais não são citados neste trabalho, por integrarem órgão vinculado (Procuradoria-Geral Federal, com restrição da advocacia privada em outro diploma legal.

² **Art. 28.** Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado:

I - exercer advocacia fora das atribuições institucionais;

CAPÍTULO 1 - PROIBIÇÃO DA ADVOCACIA PRIVADA AOS MEMBROS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - ABORDAGEM DO ASSUNTO NA CONSTITUINTE DE 1988

1. INTENÇÃO DO CONSTITUINTE

Para aferir qual a intenção do legislador, não se pode descartar uma compreensão que nos remeta ao ambiente criado pelas múltiplas idéias que gravitavam na mente dos nossos constituintes, se tendentes, ou não, a restringirem a advocacia privada aos membros do novo órgão em formação.

Até podemos fazer isso na perspectiva de buscar mais subsídios para desnudar o sentido do texto constitucional sem, entretanto, esquecer a lição de José Afonso da Silva³, a nos dizer que

“a compreensão não pode ser entendida como mera reprodução do processo de criação da Constituição, pois isso levaria ao originalismo – modo de interpretação constitucional que entende que o sentido da Constituição se extrai dos antecedentes históricos especialmente dos debates constituintes.

Para o originalismo qualquer interpretação constitucional que se aparte da intenção dos autores da Constituição se revela como uma usurpação de poder.”

Tal advertência também nos faz Carlos Maximiliano⁴ quando pontifica que:

“o elemento histórico auxilia a exegese do Código básico, mantida a cautela de só atribuir aos debates no seio da Constituinte o valor relativo que se deve dar, em geral, aos trabalhos parlamentares.”

Depois de lembrar o cuidado que o intérprete deve ter ao recorrer a aspectos históricos para aferição de constitucionalidade de textos legislativos, o citado autor passa, todavia, a reconhecer a importância de tais expedientes para a hermenêutica constitucional:

³ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 14.

⁴ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense. 2004, p. 253.

“A história da Constituição e a de cada um dos seus dispositivos contribuem para se interpretar o texto respectivo. Estudem-se as origens do Código fundamental, as fontes de cada artigo, as causas da inserção das diversas providências na lei, os fins que se tiveram em mira ao criar determinado instituto, ou vedar certo atos (...)”

Pois bem, passemos a perscrutar a vontade do constituinte de 88:

A julgar pelo anteprojeto que de alguma forma serviria de espelho para os constituintes⁵, idealizado pelo Presidente da República José Sarney e organizado por Afonso Arinos, o Ministério Público seguiria responsável pela defesa da União, continuando seus membros com a faculdade de exercerem a advocacia fora de suas atribuições institucionais:

É o que se depreende dos seguintes dispositivos do anteprojeto:

“CAPÍTULO XI

DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 311 – Incumbe ao Procurador-Geral da República:

I – exercer a direção superior do Ministério Público da União **e a defesa judicial das Autarquias Federais a cargo de seus Procuradores.**

(,,)

Art. 315 – É vedado ao membro do Ministério Público, sob pena de perda do cargo:

I – exercer qualquer outra atividade pública, salvo uma única função de magistério, cargo ou função em comissão, quando autorizados pelo Procurador-Geral, na forma da lei.

II – receber, a qualquer tempo e sob qualquer pretexto, percentagens ou custas nos processos em que officie;

III – exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista, que não tenham o seu controle.”

Percebe-se claramente que, dentre as vedações impostas aos membros do Ministério Público, não há qualquer proibição em relação à advocacia privada. Essa a vontade manifestada pela Comissão de Estudos Constitucionais que elaborou o anteprojeto citado, a qual contava com os seguintes nomes:

⁵ www.senado.gov.br

Afonso Arinos de Melo Franco, Alberto Venâncio Filho, Antonio Ermírio de Moraes, Barbosa Lima Sobrinho, Bolívar Lamounier, Candido Antonio Mendes de Almeida, Celso Furtado, Cláudio Pacheco, Cláudio Penna Lacombe, Clóves Ferro Costa, Cristovam Ricardo Cavalcanti Buarque, Edgar de Godoi da Mata Machado, Eduardo Mattos Portella, Evaristo de Moraes Filho, Fejardo José Pereira Faria, Padre Fernando Bastos de Ávila, Floriza Verucci, Gilberto de Ulhoa Canto, Gilberto Freire, Reverendo Guilhermino Cunha, Helio Jaguaribe, Helio Santos, Hilton Santos, Hilton Ribeiro da Rocha, João Pedro Gouveia Vieira, Joaquim de Arruda Falcão Neto, Jorge Amado, Josaphat Ramos Marinho, José Afonso da Silva, José Alberto de Assumpção, José Francisco da Silva, José Meira, José Paulo Sepúlveda Pertence, José Saulo Ramos, Laerte Ramos Vieira, Luis Eulálio de Bueno, Vidígal Filho, Luis Pinto Ferreira, Mário de Souza Martins, Mauro Santayana, Miguel Reale, Miguel Reale Júnior, Odilon Ribeiro Coutinho, Orlando M. de Carvalho, Paulo Brossard de Souza Pinto, Raphael de Almeida Magalhães, Raul Machado Horta, Rosar Russomano, Sérgio Franklin Quintela e Walter Barreli.

Válido registrar que o Anteprojeto Afonso Arinos sequer foi enviado ao Congresso Nacional recém eleito com a histórica missão de construir uma nova Carta Magna, uma vez que, no contexto da época, temeu-se ser interpretado como uma imposição do governo José Sarney que os novos ares democráticos não suportariam.

Interessante, entretanto, a partir de um olhar cuidadoso nos anais da Constituinte de 88, que algumas emendas dos parlamentares também sinalizam a vontade expressa de que os procuradores da República, por virem exercendo a defesa da União, continuariam com a faculdade da advocacia privada. Veja-se:

2. PROPOSIÇÕES⁶ A RESPEITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

“EMENDA: 00489. APRESENTAÇÃO: 20-05-1987

AUTOR: LEITE CHAVES – PMDB/PR

⁶ www.senado.gov.br

REF: A3C/ADITIVA – ONDE COUBER. TEXTO: ACRESCENTAR PARÁGRAFO ÚNICO AO ARTIGO 9º DO PROJETO REFERENTE AO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS SEGUINTE TERMOS:

“O disposto nos itens I e IV do caput deste artigo somente se aplica aos que ingressarem no Ministério Público Federal após a promulgação desta Constituição.” Caso não se julgue conveniente colocar tal ressalva naquele artigo, que a mesma seja feita nas disposições transitórias da nova Constituição, através de artigo próprio, nos seguintes termos: “Fica ressalvado o direito ao exercício da advocacia pelos membros do Ministério Público Federal que estejam inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil à data da promulgação desta Constituição.”

“EMENDA: 2600. APRESENTAÇÃO: 02-09-1987.

AUTOR: SIGMARINGA SEIXAS - PMDB/DF

ADITIVA TÍTULO 10

Art. Fica ressalvado o direito ao exercício a advocacia pelos membros do Ministério Público que estejam inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil à data da promulgação desta Constituição.

Parecer:

Procedente. O pleito é justo. Os membros do Ministério Público fazem jus a uma ressalva de seus direitos adquiridos. A emenda há de ser absorvida e incorporada às disposições transitórias, nos termos do substitutivo do relator.

Pela aprovação.”

Também encontramos emendas que manifestam claramente a preocupação com a incompatibilidade do membro do Ministério Público conjugar as duas atuações, ora como agente público, fiscal da lei e da sociedade, ora como profissional da advocacia privada. Veja-se:

“EMENDA:00064.APRESENTAÇÃO:07-01-1988

AUTOR: JORGE ARBAGE – PDS/PA

ADITIVA TÍTULO 09

Dispositivo emendado: Ato das disposições Transitórias

Acrescente-se o seguinte artigo ao Ato das Disposições Gerais e Transitórias:

Art. _ Fica ressalvado o direito ao exercício da advocacia se, no prazo de cento e oitenta dias da promulgação desta Carta, optarem pela inclusão em Quadro Suplementar do Ministério Público Federal, cujos cargos serão extintos à medida que vagarem.

Parecer:

Emenda que acrescenta ao Ato das Disposições Gerais e Transitórias artigo permitindo aos atuais Procuradores da República o exercício da advocacia se optarem pelo quadro suplementar do Ministério Público Federal no prazo de 180 dias. O fato de virem a optar pela inclusão no quadro suplementar referido não significa necessariamente que não venham eles a se defrontarem com situações típicas do cargo incompatíveis com o exercício da advocacia. As disposições que se contêm no Projeto (art. 9º do Ato das Disposições Gerais e Transitórias) representam o resultado do trato nas diversas comissões da ANC em que foram examinadas.

Pela rejeição.”

“EMENDA: 24484. APRESENTAÇÃO: 02-09-1987

AUTOR: VIVALDO BARBOSA – PDT/RJ

Dispositivo Emendado: artigo 13 das Disposições Transitórias. Acrescentar parágrafo ao artigo 13, constante do título (Disposições Transitórias), com a redação seguinte:

§ _ Fica assegurado aos atuais exercentes do cargo de Procurador da República, que estejam inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil na data da promulgação desta Constituição, o direito ao exercício da advocacia, respeitados os impedimentos da lei.

Parecer:

Trata-se de assegurar aos membros do Ministério Público o direito a exercerem a advocacia.

Permito-me discordar da opinião do ilustre constituinte, vez que a vedação constitucional configura-se necessária, em razão das garantias que lhes são asseguradas e que, até então, somente aos membros da magistratura eram concedidas. Equiparam-se, portanto, as duas categorias nas garantias e nas vedações constitucionais. Assim, pela rejeição.”

Essas emendas acabaram por influenciar a redação final do texto constitucional, ora assegurando a advocacia privada aos membros do Ministério Público que ocupavam o cargo à época da promulgação da nova Carta, ora vedando expressamente a advocacia privada para os membros do Ministério Público a partir de 05/10/1988. Confira-se:

ADCT, art. 29, §§2º e 3º:

“§2º. Aos atuais Procuradores da República, nos termos da lei complementar, será facultada a opção, de forma irretratável, entre as carreiras do Ministério Público Federal e da Advocacia-Geral da União.

§3º. Poderá optar pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens, o membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da Constituição, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta.”

A Constituição Federal de 1988, art. 128, §5º, II, “b”, assim como a Lei Orgânica do Ministério Público, editada quase cinco anos depois, Lei Complementar nº 75, de 20/05/1993, proíbem expressamente a advocacia privada a todos os membros do Ministério Público da União, ressalvados aqueles membros com direito adquirido à época da edição da Carta Maior.

3. PROPOSIÇÕES⁷ A RESPEITO DA DEFENSORIA PÚBLICA

Os parlamentares, ao tratarem da Defensoria Pública, deixaram claro que seus membros não poderiam exercer a advocacia fora das atribuições institucionais, e as emendas seguintes ilustram bem tal intenção:

“EMENDA: 00892. APRESENTAÇÃO: 01-06-1987

AUTOR: JUTHAY MAGALHÃES – PMDB/BA

Emenda ao anteprojeto do Relator da Comissão.

Aditiva: artigo 303, seção 90

⁷ Ibidem.

Inclua-se no cap. III, da Defensoria Pública:

Art. O exercício efetivo de Defensor Público é incompatível com a advocacia particular e o patrocínio de órgãos públicos ou de seus dirigentes.

Art. Enquanto não houver Defensoria Pública em todas as Comarcas, suas funções serão exercidas por advogados dativos, cujos honorários serão pagos por verbas postas à disposição do Poder Judiciário.

Parecer: Rejeitada.”

“EMENDA: 00159. APRESENTAÇÃO: 01-06-1987

AUTOR: VIVALDO BARBOSA – PDT/RJ

ADITIVA – ONDE COUBER

Emenda ao parecer do relator da Subcomissão dos Estados. Substitua a redação do art. 23, acrescentando artigos e renumerando os demais:

Art. 23 _ Os Estados organizarão a Defensoria Pública como instituição permanente e essencial à prestação da Justiça pela República, tem como incumbência e postulação e a defesa, em todas as instâncias, dos direitos dos juridicamente necessitados.

(...)

Art. 23-A _ A Lei estabelecerá a organização da Defensoria Pública e as normas de sua atuação.

(...)

Art. 23-D _ É vedado ao membro da Defensoria Pública, sob pena de perda de cargo:

I – Exercer qualquer outra função salvo os cargos de magistério e os eletivos, bem como os em comissão, quando autorizados pelo Procurador-Geral, ouvindo o colegiado competente;

(...)

IV- Exercer a advocacia fora do âmbito de suas atribuições.

Parecer:

Pelo não acolhimento. A matéria impertine a esta Comissão.”

A proibição da advocacia privada para os defensores públicos consta do art. 134, parágrafo primeiro da Constituição Federal.

4. PROPOSIÇÕES⁸ A RESPEITO DA MAGISTRATURA

O legislador constituinte não esboçou a mínima possibilidade de facultar a advocacia privada aos juízes, como se pode conferir a partir da seguinte proposição:

“COMISSÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES E SISTEMA DE GOVERNO.
SUBCOMISSÃO DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. FASE: C
ANTEPROJETO DA SUBCOMISSÃO:
ARTIGO: 004 ATUALIZADO: 17-06-1987

Art. 4º - Os juízes têm:

I – as seguintes garantias:

(...)

II – as seguintes vedações:

(...)

c) exercer a advocacia;”

Aliás, a total inconciliabilidade da Magistratura com a advocacia privada é tão evidente que inexistiu qualquer emenda no sentido da permissão. Ao contrário disso, pode-se notar, a partir do Parecer dado à emenda do deputado Humberto Lucena, do PMDB do Estado da Paraíba, que a idéia da advocacia aos juízes seria algo manifestamente impensável entre os constituintes. Veja-se:

“EMENDA: 16578. APRESENTAÇÃO: 13-08-1987

AUTOR: HUMBERTO LUCENA – PMDB/PB

Acrescente-se ao art. 451 (Disposições Transitórias) o seguinte §4º:

“Art. 451 –

§...

⁸ Ibidem.

§4º - Fica ressalvado o direito ao exercício da advocacia aos membros do Ministério Público que estejam inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil à data da promulgação desta Constituição, ressalvados os impedimentos legais que estejam vigorando nesta mesma data”.

Parecer:

Pela prejudicialidade. O art. 234 do projeto estabelece para os membros do Ministério Público as mesmas redações e os mesmos direitos conferidos aos magistrados. E não se pode conceber que um juiz seja, ao mesmo tempo, Advogado.”

É claro que uma incursão histórica nos arquivos da Assembléia Nacional Constituinte desempenha papel secundário na investigação hermenêutica aqui proposta, mas não se deve partir do pressuposto de que o legislador laborou em omissão, contradição ou má técnica⁹, ao permitir que os procuradores da República continuem advogando como vinham fazendo antes de 1988, não facultando o mesmo com relação aos demais advogados públicos federais então existentes, procuradores da Fazenda Nacional, assistentes jurídicos, bem assim em face dos novos membros da Advocacia-Geral da União, instituição ali criada para levar avante a defesa do ente federal.

O Ministério Público não foi referido expressamente nas Constituições anteriores a 1946. Nas cartas de 1946, 1967 e Emenda Constitucional nº 1/1969, tem-se em comum o fato de não haver em seu texto qualquer manifestação acerca da proibição ou permissão tanto de juízes quanto promotores de exercerem a advocacia privada.

Tais Constituições simplesmente silenciaram sobre o assunto, e nesse silêncio os membros do Ministério Público da União vinham praticando a advocacia privada nos termos do art. 18 da Lei nº 1.341/1951, e, citando apenas como exemplo dentro da federação, os procuradores do Estado do Rio de Janeiro gozavam da referida permissão (Lei Complementar nº 15, de 25/11/1980), do Amazonas (Lei nº 1.639, de 30/12/1983), do Paraná (Lei Complementar nº 40, de 08/12/1987), o mesmo não acontecendo em relação ao procuradores do Estado de São Paulo, estes vedados pela Lei Complementar nº 478, de 18/07/1986.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 130.

Eugênia Maria Nascimento Freire¹⁰, procuradora do Estado de Sergipe, defende a tese de que “a Constituição Federal de 1988 não proíbe o exercício da advocacia privada pelos Procuradores do Estado, deixando a regulamentação dessa matéria para a Lei Complementar de cada ente da federação.”

O constituinte de 88 teria reservado ao legislador complementar escolher livremente se proíbe, ou não, a advocacia particular aos advogados públicos.

A Constituição Federal de 1988 dispõe o seguinte sobre a Advocacia-Geral da União:

“Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.”

Segundo Luís Roberto Barroso¹¹, tratando da diferença entre lacuna e silêncio eloquente, “De fato, há plausibilidade na suposição de que, onde o constituinte foi omissivo ou silente, é porque não quis cuidar da matéria, relegando-a à legislação infraconstitucional. (...). Mas nem sempre é assim.”

¹⁰ FREIRE, Eugênia Maria Nascimento. Constitucionalidade da Advocacia Privada do Procurador do Estado. Disponível em: <http://www.pge.se.gov.br>. Acesso em: 16/10/2008.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 141.

É possível, à vista disso, concordar com a omissão referida por Freire, no sentido de que o constituinte não quis cuidar da questão?

Carlos Maximiliano¹² responde que:

“Quando a nova Constituição mantém, em alguns dos seus artigos, a mesma linguagem da antiga, presume-se que se pretendeu não mudar a lei nesse particular, e a outra continua em vigor, isto é, aplica-se à atual a interpretação aceita para a anterior.”

Ao que se vê da comparação da Constituição de 1988 com as demais citadas, estas se omitiram sobre o tema advocacia privada em relação aos juízes e promotores, únicas carreiras jurídicas com assento constitucional à época, situação que não se constata na Carta atual, a qual veda expressamente tal liberdade tanto para a Magistratura, quanto para o Ministério Público, após amplamente debatidas mais de duzentas emendas parlamentares sobre o assunto.

Parafrazenado o constitucionalista carioca, parece que na nova Carta a idéia da omissão sobre a permissão ou proibição não é assim como antes, dado que o art. 131, caput, não comissionou ao legislador infraconstitucional outra coisa senão disposições relacionadas à organização e funcionamento da instituição.

A situação da Carta analítica de 88 parece não se assemelhar com as constituições anteriores examinadas, não se vislumbrando na atual um cheque em branco manejável ao sabor do legislador infraconstitucional.

Segundo Maximiliano¹³, “Podem-se decretar leis orgânicas para a execução completa do Código supremo; como, por exemplo, a relativa à organização da Justiça Nacional. Serão normas complementares, porém não interpretativas.”

Aqui o autor defende a impossibilidade de que se consagre em norma completanda restrição que não seja produto da vontade do legislador Constituinte, mas resultado de aventura hermenêutica da mente fértil do legislador complementar.

¹² MAXIMILIANO, Carlos. Op. Cit., p. 253.

¹³ MAXIMILIANO, Carlos. Op. Cit., p. 256.

As normas restritivas interpretam-se restritivamente¹⁴, podendo-se extrair dos vinte meses de intensos debates na constituinte e do que restou positivado no texto constitucional, que de fato não passou pela cabeça do constituinte a possibilidade da vedação à advocacia privada aos profissionais que continuam trabalhando em prol da defesa da União, máxime na extensão apresentada no art. 28, inciso I, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 2003.

CAPÍTULO 2 - EXAME DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE PROFISSIONAL

1. PERFIL DO ADVOGADO PÚBLICO

De início, antes de falar propriamente do perfil do advogado público, é necessário ter presente que a advocacia pública é a instituição constitucional que engloba as funções exercidas pela Advocacia-Geral da União e Procuradorias do Distrito Federal e dos Estados (Cf, arts. 131 e 132)¹⁵.

No âmbito da União, a atuação do advogado público dá-se em duas áreas distintas. Uma, na área consultiva, a outra, no contencioso.

Atuando no consultivo, o advogado público desempenha um papel importante ao funcionamento do Estado, já que presta assessoramento e consultoria aos órgãos e autoridades públicas, pautando seus atos à luz das leis e da Constituição, notadamente quando, por exemplo, analisa criticamente editais de licitação, contratos administrativos, processos administrativos e a juridicidade das políticas públicas em formatação, acondicionando-as aos quadrantes do direito¹⁶.

¹⁴ Maximiliano diz que (p. 255) “Interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição. Assim se entendem os que favorecem algumas profissões, classes, ou indivíduos, excluem outros, estabelecem incompatibilidade, asseguram prerrogativas, ou cerceiam, embora temporariamente, a liberdade, ou as garantias da propriedade. Na dúvida, siga-se a regra geral.”

¹⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 1159.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 606.

No contencioso, experimenta-se, na prática, aquilo que se aprende nos bancos da faculdade de direito, sobretudo no curso de Direito Administrativo, ou seja, que os atos administrativos têm presunção de legalidade e constitucionalidade, eis que forjados por autoridades legalmente constituídas, dotadas de fé pública. Pois bem, o advogado público faz, em juízo e fora dele, a defesa da presunção de juridicidade dos atos administrativos, e é esta, portanto, a missão desse profissional.

No caso específico dos membros da Advocacia-Geral da União, existem os advogados da União e os procuradores da Fazenda Nacional, os quais, atuando no consultivo, fazem assessoramento aos órgãos do Poder Executivo. Existem, também, aqueles profissionais que militam no contencioso, os quais fazem a defesa dos interesses da União em juízo, ora no pólo ativo, ora no pólo passivo dos processos judiciais.

De lembrar que os Procuradores da Fazenda Nacional fazem a defesa dos interesses da União em se tratando de sua Dívida Ativa na área fiscal, conforme art. 131, §3º, da Constituição de 1988, ao passo que os advogados da União patrocinam os interesses dos três poderes da República, Legislativo, Executivo e Judiciário, além de fazer a defesa dos atos administrativos do Ministério Público da União e Defensoria Pública da União, os dois últimos Funções Essenciais à Justiça.

Tais membros da advocacia pública são advogados, sujeitando-se à inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil como condição ao exercício profissional, a quem se confere a capacidade postulatória, a saber, a possibilidade de postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário.¹⁷

Segundo José Afonso da Silva¹⁸, a “Advocacia Pública assume, no Estado Democrático de Direito, mais do que uma função jurídica de defesa do princípio da legalidade, porque lhe incumbe igualmente, e veementemente, a defesa da moralidade pública, que se tornou um valor autônomo constitucionalmente garantido. Não é que essa defesa lhe escapasse antes do regime constitucional vigente. Mas, então, o princípio da moralidade tinha uma dimensão estritamente administrativa, quase como simples dimensão da legalidade, ligada aos problemas dos desvios de finalidade.”

¹⁷ CARNEIRO, Leonardo José. Fazenda Pública em Juízo. São Paulo: Dialética. 2007, p. 20.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 605.

O advogado público é, portanto, o viabilizador das políticas públicas, aquelas que no exercício de seu ofício representam a concreção de plataformas políticas legitimadas na urna, e que são questionadas na Justiça. Aquele profissional que mantém a Administração Pública e seus gestores no terreno da legalidade, submetendo-os aos quadrantes do direito. No dizer do autor citado¹⁹,

“A Advocacia Pública dos nossos dias não tem a função estrita de defesa dos interesses da Fazenda Pública em juízo. Nem é defensora dos interesses do governante do dia, nem dos interesses corporativos da Instituição. Seu compromisso institucional e funcional é com a defesa do princípio da legalidade e, especialmente, do princípio da constitucionalidade, que significa que no Estado Democrático de Direito é a Constituição que dirige a marcha da sociedade e vincula, positiva e negativamente, os atos do poder público.”

Esse, portanto, o perfil dos membros da Advocacia-Geral da União.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A RESTRIÇÃO AO EXERCÍCIO PROFISSIONAL DOS ADVOGADOS PÚBLICOS

Para analisarmos a constitucionalidade da vedação da advocacia privada aos advogados públicos, consubstanciada no art. 28, inciso I, da Lei Complementar nº 73/93, podemos confrontá-la também com o art. 5º, inciso XIII da Constituição Federal de 1988, que tem a seguinte redação:

“XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

Aqui estamos perante um dos direitos fundamentais arrolados no art. 5º da Constituição Federal, aqueles entendidos como o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e

¹⁹ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 606.

institutos inerentes as liberdades públicas, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária,²⁰ permitindo-nos afirmar serem direitos e garantias fundamentais.²¹

Em outras palavras, são aqueles direitos que se defrontam com o Estado, com a coletividade pública, com o poder constituído, formando ao mesmo passo um dique da liberdade, um limite e barreira ao arbítrio do Estado.²²

Correspondem, na ótica de Paulo Bonavides²³:

“a uma expressão de direitos absolutos, que só excepcionalmente se relativizam “segundo o critério da lei” ou “dentro dos limites legais”. De tal modo que – prossegue Schmitt noutra lugar da Teoria da Constituição – as limitações aos chamados direitos fundamentais genuínos aparecem como exceções, estabelecendo-se unicamente com base em lei, mas lei em sentido geral; a limitação se dá sempre debaixo do controle da lei, sendo mensurável na extensão e no conteúdo.”

A liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão faz parte dos chamados direitos fundamentais de primeira geração, os direitos do homem enquanto sujeito individualmente considerado, prontamente exercitáveis e judicializáveis em face do Estado, que tem o dever de respeitá-los e torná-los efetivos. Enfim, direitos primários do cidadão, como a liberdade, a inviolabilidade do domicílio e de reunião; em outros termos, os direitos civis subjetivos de primeira grandeza.

É a geração primeira que institucionaliza a liberdade, assim também traduzida por Paulo Bonavides com as seguintes palavras²⁴:

“Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.”

José Afonso da Silva, ao comentar o inciso destacado, ensina que:

²⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. Op. Cit., p. 401.

²¹ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Do Processo Legislativo, São Paulo: Saraiva. 2002, p. 294.

²² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 602.

²³ Ibidem, p. 561.

²⁴ Ibidem, p. 563.

“o dispositivo confere liberdade de escolha de trabalho, de ofício e de profissão, de acordo com as propensões de cada pessoa e na medida em que a sorte e o esforço próprio possam romper as barreiras que se antepõem à maioria do povo. (...) Como o princípio é o da liberdade, a eficácia e a aplicabilidade da norma são amplas quando não exista lei que estatua condições ou qualificações especiais para o exercício do ofício ou profissão ou acessibilidade à função pública. Vale dizer, não são as leis mencionadas que dão eficácia e aplicabilidade à norma. Não se trata de direito legal, direito decorrente da lei mencionada, mas de direito constitucional, direito que deriva diretamente do dispositivo constitucional.”²⁵

3. EFICÁCIA JURÍDICA DA NORMA INSERIDA NO ART. 5º, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

José Afonso da Silva, em sua monografia sobre a eficácia jurídica das normas constitucionais, delimita em três tipos de normas. (a) normas auto-executáveis, de aplicabilidade plena ou imediata; (b) normas de eficácia contida, também aplicáveis desde sua promulgação, mas que admitem restrições nos termos de lei, (c) e normas de eficácia limitada, de aplicabilidade dependente de regulamentação.

A norma encartada no dispositivo enfocado (art. 5º, inciso XIII, da CF) apresenta-se apta desde seu nascedouro ao pronto exercício pelos seus destinatários, independentemente de legislação regulamentadora, dotada que é de eficácia jurídica com aplicabilidade restringível apenas naquilo que não lhe diga respeito ao seu núcleo essencial, no caso a liberdade profissional. Trata-se de norma de eficácia contida que na clássica definição de José Afonso da Silva foi assim conceituada²⁶:

“aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.”

²⁵ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 108.

²⁶ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade da Normas Constitucionais. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 116.

4. RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DAS TEORIAS INTERNA E EXTERNA. BREVE DISTINÇÃO

Teoria interna - Pela teoria interna, não existem limites exteriores a direitos fundamentais, trabalhando com a idéia de que pretensos condicionamentos em verdade não passam de revelações de cunho interpretativo e declaratório do próprio conteúdo já implicitamente recortado na origem. Em outras palavras, o direito fundamental não é limitável por mediação do legislador infraconstitucional, ele já se revela recortado em seu âmbito normativo a partir de suas limitações próprias.

Ensina Luiz Fernando Calil de Freitas²⁷ que:

“os limites não seriam elementos externos ao conteúdo dos direitos fundamentais, mas antes concretizações, sendo as eventuais previsões normativas de elementos negativos meramente declaratórios, já que, conforme essa compreensão, a legislação elaborada com fundamento nas reservas não constitui limites ao conteúdo dos direitos, mas sim mecanismo de interpretação e revelação de seus limites máximos de conteúdo.”

São exemplos de afetações verificáveis com base na teoria interna, os limites imanescentes, destacando-se: ordem pública, direitos de terceiros, abuso de direito e relações especiais de sujeição. Voltaremos a tratar dos limites imanescentes, abordando alguns deles e apenas em aspectos que interessam diretamente a este trabalho.

Teoria externa - na perspectiva da teoria externa, ao contrário do que vimos na teoria interna, as limitações aos direitos fundamentais partem de fora do seu âmbito normativo, são condicionantes veiculados através de lei em sentido formal e material, passíveis de controle com relação ao nível de interferência ao âmbito de proteção previsto na Constituição, a qual autoriza tais restrições via reservas legais simples e qualificadas.

Segundo o autor citado, a denominada metódica das três instâncias, pode assim ser resumida²⁸:

“Seu funcionamento pressupõe, inicialmente, a verificação se uma determinada hipótese fática está contemplada como incluída dentro dos limites do âmbito de proteção estatuído

²⁷ FREITAS, Luiz Fernando Calil. Direitos Fundamentais Limites e Restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p.79

²⁸ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Op. Cit., p. 139.

pela norma jusfundamental; num segundo momento, em sendo positiva a resposta à perquirição inicial, cuida-se de examinar se há alguma limitação ou restrição estabelecida em lei onerando o conteúdo de tal direito e, ato contínuo, se tal afetação está, de algum modo, constitucionalmente autorizada, com isso chegando-se à conclusão se a limitação ou restrição é legítima ou se viola o conteúdo do direito fundamental.”

Critica-se tal teoria, já que admite restrições ao conteúdo dos direitos fundamentais apenas e tão-somente quando expressamente autorizadas pela Constituição através das chamadas reservas legais simples e qualificadas, o que resultaria na concepção da existência de direitos absolutos, algo inaceitável do ponto de vista da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁹.

“Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem pública, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.”

Por esse precedente, que espelha o entendimento majoritário da nossa Suprema Corte, percebe-se, na esteira da doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho, uma conciliação entre as teorias interna e externa³⁰, no sentido de admitir limitações imanentes contidas no próprio conteúdo dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que não despreza completamente a metodologia das três instâncias, já aqui sintetizada, que não concebe a hipótese de restrições outras que não aquelas que brotem das reservas legais autorizadas pela Constituição.

²⁹ MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-99, DJ de 12-5-00.

³⁰ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Op. Cit., p. 140.

Sem priorizar uma teoria em detrimento de outra, mas apelando para as duas, sigamos pelo caminho sugerido pelo mestre lusitano, examinando a constitucionalidade da vedação contida no art. 28, inciso I, da Lei Complementar 73/1993:

5. DEFININDO O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL

A definição do âmbito de proteção tem a ver com o indentificar-se agasalhado, ou não, à sombra de uma norma jusfundamental, e o necessário enquadramento dos advogados públicos no âmbito da proteção prevista no art. 5º, inciso XIII, da CF, é condição indispensável para examinar até onde pode ir o legislador infraconstitucional, quando em foco limites e restrições ao direito fundamental ali albergado.

Gilmar Ferreira Mendes³¹ diz que:

“A definição do âmbito de proteção configura pressuposto primário para o desenvolvimento de qualquer direito fundamental. O exercício dos direitos individuais pode dar ensejo, muitas vezes, a uma séria de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí fazer-se mister a definição do âmbito ou núcleo de proteção (Schutzbereich) e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses direitos.”

“É a parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto da proteção (...) da garantia fundamental”³²

Um precedente do Supremo Tribunal Federal, excluindo o trottoir da liberdade de locomoção às prostitutas, esclarece melhor³³:

“não há direito constitucionalmente assegurado à prática do trottoir, a qual é contrária aos bons costumes, ofensiva da moralidade pública e fonte de constrangimento para transeuntes e residentes”

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Heremênutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica. 2002, p. 210.

³² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, pp. 150-151.

³³ STF. RHC 59.104, rel. Min. Moreira Alves, DJ 3.11.1981.

No caso desta monografia, é a preocupação de saber se o direito que se julga limitado ou restringido está de fato inserido na categoria do direito fundamental trabalhado, na perspectiva de que, do possível âmbito de proteção inicialmente apresentado, se exclua, desde logo, toda ou qualquer hipótese fática que não permita o estabelecimento de uma mínima conexão com o provável conteúdo do direito fundamental em foco.³⁴

Pois bem, os advogados públicos federais antes de tudo são advogados, profissionais da advocacia que se submetem a concurso público de provas e títulos para adentrarem as fileiras da Advocacia-Geral da União. Para lograrem participação no certame de ingresso, não é suficiente que sejam simplesmente bacharéis em direito, ao contrário, devem ser advogados na acepção da palavra, entendendo-se como tais aqueles candidatos devidamente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil.

Consoante a Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil:

Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta Lei, além do regime próprio a que se subordinem, **os integrantes da Advocacia-Geral da União**, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

O Supremo Tribunal Federal, Rep. 1.054/DF, já teve oportunidade de apreciar a constitucionalidade das restrições impostas aos advogados pelo revogado art. 86 da Lei nº 4.215/63, dispositivo que encontra paralelo no atual art. 5º, inciso XIII, da CF, fazendo-o com base no art. 153, §23 da Carta anterior. Referido parágrafo 23 estabelecia a liberdade de trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade estabelecidas em lei.

Nesse julgado, a Corte decidiu pela inconstitucionalidade da quarentena imposta aos advogados ex-integrantes do funcionalismo público, aposentados da magistratura e do

³⁴ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Op. Cit., p. 225.

ministério público, ao fundamento de que a norma atacada ia além da autorização constitucional, desbordando de questões relativas à qualificação profissional.

Não há, portanto, à luz da legislação em vigor, como entender os advogados públicos excluídos da condição de profissionais da advocacia, desabrigados, de conseguinte, da proteção do inciso XIII do art. 5º da CF, já que são inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, pagam anuidade como qualquer outro advogado, votam, participam da gestão da entidade e são alçados aos tribunais na quota do quinto constitucional reservada aos advogados.

Isso, entretanto, não nos permite dizer que os advogados públicos estão isentos de quaisquer restrições.

CAPÍTULO 3 - RESTRIÇÕES MEDIANTE RESERVAS LEGAIS SIMPLES E QUALIFICADA

1. ESPÉCIES DE RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É que não se pode afirmar que os direitos fundamentais contemplados na CF de 88 são absolutos, primeiro porque são direitos históricos onde ínsita a idéia de transitoriedade, elevados a tal condição por uma geração constituinte, segundo, porque, em que pese sua função dirigente e sistematizadora, com projeção e irradiação sobre todo o ordenamento jurídico, eles não são infensos a limites e restrições implícita ou explicitamente contidos na própria Constituição que os concebe.

Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:³⁵

“Não são eles nem anteriores nem superiores ao Estado, não são inalienáveis nem imprescritíveis... São propostas que o legislador, ordinário ou constituinte, adota ou não, quando melhor lhe parece.”

Segundo Luiz Fernando Calil de Freitas:³⁶

³⁵ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 282.

“O sistema de direitos fundamentais desempenha a função de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo cristalizado no ordenamento jurídico democraticamente constituído (...) passando os direitos fundamentais a constituírem-se em um conjunto de valores e fins dirigentes da ação dos poderes públicos, não somente são ampliados os encargos – através da previsão dos direitos a prestações positivas -, como também se potencializa a produção de um efeito conformador de todo o sistema jurídico e, como tal, legitimador de uma específica compreensão do Direito adequada ao sistema de direitos fundamentais.”

Sendo assim, partindo do princípio de que inexistem direitos fundamentais absolutos, examinemos onde seria possível haver restrições sobre o exercício profissional dos advogados públicos, fazendo-o à luz da teoria externa.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS COM RESERVA LEGAL SIMPLES

Diferente de Portugal e Espanha³⁷, cujas constituições, ao tratarem das limitações a direitos fundamentais, ora permitem tais reservas à base de cláusulas gerais, ora permitem sob tratamento casuístico, a nossa constituição preferiu especificar caso a caso as hipóteses em que permitida a restrição a direitos fundamentais, não adotando ditas cláusulas gerais em seus artigos.

Diz Luiz Fernando Calil de Freitas,³⁸ a propósito das reservas legais simples, que:

“Por intermédio delas, o legislador constituinte simplesmente remete ao legislador ordinário a tarefa de em momento posterior limitar o conteúdo inicialmente amplo do direito tal como prefigurado na norma jusfundamental, sem, todavia, acrescer a tal autorização qualquer espécie de delimitação.”

³⁶ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Op. Cit., p. 36.

³⁷ Constituição de Portugal, art. 18º, nº 03, de 1976: “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

Constituição da Espanha, art. 53, nº, de 1978: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que em todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos e libertades, que se teutelarán de acuerdo com lo previsto em el artículo 161, 1, a.”

³⁸ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Op. Cit., p. 163.

Na Constituição de 88, são exemplos de direitos fundamentais sob reserva legal simples, os constantes do art. 5º, incisos VI, VII, XV, XLV, entre outros:

“VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, **na forma da lei**, a proteção aos locais de culto e suas liturgias;

VII- é assegurada, **nos termos da lei**, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, **nos termos da lei**, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, **nos termos da lei**, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;”

Em tais normas que prevêm direitos fundamentais sob reserva legal simples, o legislador constituinte abre espaço para que o legislador ordinário imponha restrições à amplitude dos direitos ali positivados, conferindo tal mandato via expressões como: “nos termos da lei”, “na forma da lei”, “salvo nas hipóteses previstas em lei”, como, por exemplo, se pode constatar dos incisos citados.

Dizendo de outra forma, na reserva legal simples, o constituinte admite restrições às liberdades públicas positivadas, bastando para isso que a lei seja editada com base em autorização da própria Constituição.

Interessante que em outras hipóteses elencadas no mesmo artigo 5º, a Constituição vai mais longe e confere ao legislador ordinário a tarefa de não só restringir, mas também conferir contornos ao conteúdo do próprio direito fundamental assegurado.

É a observação de Gilmar Ferreira Mendes³⁹, quando, ao comentar os incisos XLIII e LXVII, ambos do art. 5º da CF de 88, assim averbou:

“No primeiro caso, relativos aos crimes hediondos, o constituinte adotou um conceito jurídico indeterminado que conferiu ao legislador ampla liberdade, o que permite quase a

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira et al. Op. Cit., pp. 233/234.

conversão da reserva legal em um caso de interpretação da Constituição segundo a lei. Os crimes definidos como hediondos passam a ter um tratamento penal agravado pela simples decisão legislativa. Essa questão tornou-se ainda mais polêmica, porque o legislador ordinário, de posse do mandato que lhe foi conferido constitucionalmente, entendeu por bem impor que a execução da pena se fizesse exclusivamente em regime fechado (Lei nº 8.072/1990, art. 33, §2º), em aparente contradição com o disposto no art. 5º, inciso XLVI da Constituição.

No que se refere à liberdade provisória, também optou o constituinte, aparentemente, por conferir amplo poder discricionário ao legislador, autorizando que este defina os casos nos quais seria aplicável o instituto. É quase certo que a expressão literal aqui é má conselheira e que todo o modelo de proteção à liberdade instituído pela Constituição recomende uma leitura invertida, segundo a qual haverá de ser admitida a liberdade provisória, com ou sem fiança, salvo em casos excepcionais, especialmente definidos pelo legislador.”

Vê-se, portanto, que, mesmo no caso dessa liberdade limitativa mais extensa franqueada ao legislador infraconstitucional, como abordado pelo autor referido, em verdade tal somente pode acontecer por conta de autorização ainda que imprecisa constante da própria norma jusfundamental, vazada na chamada reserva legal simples.

Registre-se, por importante, que a norma jusfundamental protetiva dos advogados públicos, aquela prevista no art. 5º, inciso XIII, não se enquadra em tal classificação, sendo, em verdade, norma com reserva legal qualificada.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS COM RESERVA LEGAL QUALIFICADA

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes⁴⁰:

“Tem-se uma reserva legal ou restrição legal qualificada (qualifizierter gesetzesvorbehalt) quando a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira et al. Op. Cit., p. 236.

de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados.”

Em nossa Constituição, pode-se citar como exemplos de reserva legal qualificada, os incisos XII e XIII, ambos do art. 5º. Veja-se:

“XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

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

No primeiro inciso, o constituinte estabelece como regra o sigilo das comunicações telefônicas, excepcionando-o em hipóteses expressamente delineadas, a saber: a quebra da inviolabilidade do sigilo somente é permitida mediante ordem judicial, quando em foco investigação criminal ou instrução processual penal, nas situações que a lei estabelecer.⁴¹

No caso, a restrição ao sigilo ora autorizado pela norma jusfundamental revela-se qualificada na medida em que exclusivamente autorizadas sob três balizas ali previamente impostas, ordem judicial, persecução criminal e instrução processual penal.

No segundo exemplo citado, e que tem sido objeto mais detido nesta monografia, o legislador constituinte foi claro no sentido de admitir restrições ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que naquilo que diga respeito à qualificação profissional.

É onde se escoram os defensores do exercício da advocacia privada em paralelo com o ofício da advocacia pública, valendo-se de opiniões como a de José Afonso da Silva⁴², o qual, ao rebater Monografia de Virgílio Afonso da Silva, assim expressou:

“Mas o autor da Tese conhece a posição do autor do livro com relação aos direitos absolutos. Pois se sustento que os direitos fundamentais são históricos, só por isso já está reconhecido que não os acho absolutos. Mas, por outro lado, também não admito a

⁴¹ O Supremo Tribunal Federal admite que Comissão Parlamentar de Inquérito quebre o sigilo telefônico, ao entender que tal matéria não está abrangida pela reserva absoluta de jurisdição (STF, Pleno, MS 23.452-1/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. Em 16-9-1999)

⁴² SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 279.

interferência do legislador para restringi-los senão onde a própria Constituição autorize. A concepção da Tese, nesse particular, é perigosa, quando sustenta a restringibilidade, sempre, dos direitos fundamentais, especialmente das liberdades públicas, pelo legislador, sem arrimo constitucional.”

O autor critica a influência do direito alemão sobre o constitucionalismo pátrio, lembrando que a Constituição alienígena, em seu art. 2º, n. 2, diz que:

“Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos com base numa lei”.

Segundo ele, o direito constitucional brasileiro não confere essa autorização genérica ao legislador infraconstitucional.⁴³

Aliás, essa posição de José Afonso encontra assento explícito na Constituição de Portugal, art. 18º, nº 2, no sentido de que:

“A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

Nessa perspectiva, a liberdade de trabalho e ofício do advogado público é ampla e o seu direito preexiste a qualquer restrição, uma vez que sua eficácia jurídica brota do próprio texto constitucional, não dependendo de regulamentação, e não assentindo com outras afetações.

É dizer, a julgar pelo entendimento de José Afonso da Silva, a lei complementar nº 73/93 até poderia apontar barreiras em face da liberdade de exercício do trabalho, ofício ou profissão dos advogados públicos, limitando o alcance de tal direito fundamental.

Essa faculdade de conformação, entretanto, não permite o referido legislador ordinário desbordar de matéria relativa à qualificação dos destinatários dessa norma jusfundamental, pena de incorrer em inconstitucionalidade.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS COM RESERVA QUALIFICADA E O ART. 28, INCISO I, DA LC Nº 73/1993

⁴³ Ibidem, p. 284.

É que de fato a Lei Complementar citada retirou dos advogados públicos a faculdade do exercício da advocacia além de suas atribuições institucionais. Diz-se retirou porque os advogados públicos não tinham contra si a referida vedação, inclusive vinham exercendo tal prerrogativa durante os quase cinco anos que transcorreram entre a promulgação da Carta de 05 de outubro de 1988 e a edição da referida Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, de 10 de fevereiro de 1993.

Nesse período, a advocacia da União era feita, no âmbito do contencioso judicial, pelos procuradores da República, ao passo que os procuradores da Fazenda Nacional e os assistentes jurídicos compunham a linha de frente na advocacia consultiva do Poder Executivo.

Já vimos que os advogados públicos são advogados, profissionais da advocacia, e como tais enfeixam-se no âmbito de proteção conferido pela norma jusfundamental referida. Tal significa, como vimos, que o legislador complementar não poderia ir além do mandato que lhe conferiu o inciso aludido, trazendo à existência tal norma vedativa para os advogados públicos federais, muito ao largo de trazer disciplina em torno da qualificação desses profissionais.

Por esse ângulo, vê-se que o legislador complementar foi além do que lhe foi especificadamente delimitado pelo constituinte, na medida em que não só restringiu ou fez qualquer conformação que tratasse de qualificações profissionais para seu exercício, ao contrário, com tal vedação decepou uma das asas dos advogados públicos em pleno vôo, fechou escritórios de advocacia, rasgou contratos de prestação de serviços respectivos, desfez sociedades de advogados por todo o país, fazendo um recorte desautorizado na amplitude da liberdade outorgada a esses profissionais pela Assembléia Nacional Constituinte.

Se a regra é o livre exercício de qualquer ofício ou profissão – e a constituição não é neutra, revelando suas opções através de princípios –, sendo o princípio da liberdade profissional elevado à categoria de direito fundamental, é certo que o legislador infraconstitucional está vinculado a esse propósito ali exteriorizado, dele não podendo fugir⁴⁴.

⁴⁴ BARCELOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. São Paulo: Renovar. 2004, pp. 70 e 146.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o assunto, quando em vigor norma semelhante na Constituição anterior, oportunidade em que julgou inconstitucional regulamentação que veio a desbordar dos fins previstos na norma jusfundamental. Eis excerto da referida decisão:

“A Constituição Federal assegura liberdade de exercício de profissão. O legislador ordinário não pode nulificar ou desconhecer esse direito ao livre exercício profissional [...]. Pode somente limitar ou disciplinar esse exercício pela exigência de ‘condições de capacidade’, pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos. Ainda no tocante a essas ‘condições de capacidade’, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não.”⁴⁵

Há quem sustente, todavia, que esse precedente não se amolda perfeitamente ao caso dos advogados públicos federais, já que o dispositivo previsto no art. 153, §23, da Carta revogada, trazia consigo uma norma fundamental com reserva legal mais restritiva ao poder de concretização do legislador infraconstitucional, na medida em que utilizava o termo “condições de capacidade estabelecidas em lei”.

É o que se pode concluir de excerto do voto proferido naquela assentada, da lavra do Ministro Francisco Resek:

“Todos recordam: o plenário deste Tribunal se dividiu quando discutíamos a constitucionalidade de um artigo do Estatuto da ordem que estabelecia a quarentena para os juízes. (...) estivemos entre os vencidos (...). Não sei se a maioria diria tal coisa hoje, diante de um texto constitucional que já não fala em condições de capacidade técnica, mas fala em “qualificações profissionais”, expressão mais genérica e capaz de compreender algo mais – no que concerne aos limites do exercício de determinado ofício – do que a mera questão de saber se determinada pessoa tem qualificação estritamente técnica para exercê-lo. (...) E um exemplo, talvez o mais transparente no aspecto traumático, é aquele da suspensão do ofício por entidade corporativa, em nome de afronta ética grave ou de qualquer outra espécie de desvio sério de conduta – quando não se pode dizer que o profissional esteja desqualificado

⁴⁵ Rep. nº 930-DF, rel. Min. Rodrigues Alckimin, DJU, 2, set. 1977
Apud MENDES. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo. Celso Bastos Editor, 2000, p. 77.

tecnicamente para o exercício, mas quando outros motivos, em nome de valores que a ordem jurídica respeita, o desqualificam temporariamente.”

Afirma-se que a atual Constituição, ao propositadamente mudar a redação anterior, quis conservar essa liberdade pública impondo, contudo, uma cláusula qualificada menos garantista do ponto de vista do cidadão, oportunizando outras restrições e temperamentos ao Poder Público, ao falar de “qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

A opinião não parece harmonizar-se com a atual Constituição, a qual elevou referida liberdade profissional à condição de cláusula pétrea, art. 60, §4º, inciso IV, com densidade e proteção maior, status que não se observa nas Cartas anteriores a 1988.

Essas outras restrições e temperamentos serão objeto de oportuna reflexão, quando tratarmos dos limites imanentes dos direitos fundamentais, mais particularmente de sua contenção por força da ordem pública e das relações especiais de sujeição.

CAPÍTULO 4 - OUTRAS RESTRIÇÕES POSSÍVEIS

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB LIMITES IMANENTES

Os direitos fundamentais com limites imanentes são aqueles que trazem em seu conteúdo barreiras inatas em comprometimento à aparente amplitude de seu alcance, e isso independentemente de qualquer ingerência autorizada na norma que os agasalha.

Nas palavras de Luiz Fernando Calil de Freitas⁴⁶:

“Afirmar que os direitos fundamentais têm limites imanentes importa dizer que tanto do ponto de vista material, quanto do estritamente jurídico, as normas constitucionais jusfundamentais ao estabelecerem tais direitos definem as respectivas fronteiras.”

⁴⁶ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Op. Cit., p. 83.

Cite-se como exemplo o art. 5º, inciso X, da Carta de 88, que trata da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, revelando-se como liberdades insitamente condicionadas, na medida em que nem todas as formas de exercitá-las encontram abrigo na previsão normativa⁴⁷.

Será que os advogados públicos estão sujeitos a afetações gravosas ao seu livre exercício profissional ainda que inexistente expressa autorização constitucional nesse sentido, ou o choque com outros direitos de igual estatura constitucional, é o bastante para a intervenção legislativa em seu âmbito de proteção?

A despeito da opinião de José Afonso da Silva, já citada neste trabalho, no sentido da impossibilidade de restrições não expressamente autorizadas pelo legislador constituinte, há quem advogue a compatibilidade de tais restrições a partir das seguintes situações: respeito a direitos fundamentais de terceiros, direitos fundamentais limitados por questões de ordem pública e direitos fundamentais submetidos a relações especiais de sujeição.

2. RESPEITO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIROS

Como dito, os direitos fundamentais não são absolutos, e seu exercício dá-se mediante o respeito ao direito daqueles outros que também titularizam liberdades públicas de igual importância constitucional, sendo tal convivência harmoniosa corolário lógico da vida em sociedade.

Com base nos chamados direitos de terceiros, seria possível fazer afetações gravosas ao conteúdo dos direitos fundamentais, ainda que sem reservas legais simples ou qualificadas.

Leciona Luiz Fernando Calil de Freitas⁴⁸:

“Saber qual direito fundamental agride a esfera de outro direito fundamental é de suma importância, já que por aplicação da doutrina dos direitos dos outros enquanto limite imanente dos direitos fundamentais o Estado fica na posição de obrigação a observar seus deveres de omissão, tanto quanto na de obrigado a desenvolver seus deveres de proteção,

⁴⁷ Ibidem, p. 83.

⁴⁸ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Op. Cit., p. 91.

devendo concomitantemente prevenir atuações suas e dos particulares que sejam lesivas e atuar posteriormente à agressão.”

O livre exercício profissional da advocacia privada pelos advogados públicos federais não parece conflitar com direitos fundamentais de outros titulares também sediados na Constituição, não se justificando imaginar a necessidade deles sofrerem qualquer conformação ou intervenção legislativa a esse título.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS LIMITADOS POR QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA

Aqui as liberdades individuais encontram condicionamentos em nome de razões que digam respeito a uma convivência ordenada entre os cidadãos e as instituições presentes na sociedade, é a relativização de direitos fundamentais que eventualmente cedem lugar para outros valores superiormente consagrados como expressão da tutela do bem comum, do interesse público, do interesse social, dos bons costumes e da segurança pública.

Cite-se, ainda a título de exemplo, a possibilidade do Poder Público proibir a realização de um culto religioso, em que pese a norma jusfundamental contida no art. 5º, inciso VI, da Constituição Federal.

Há quem tente escudar a proibição da advocacia privada em tal fundamento, principalmente a partir de um princípio correlato – interesse público, ao argumento de que o advogado público pode vir a utilizar-se do cargo para favorecimentos de terceiros, já que tais profissionais, principalmente aqueles que atuam na área consultiva, estão em permanente contato com a formatação de políticas públicas, sabedores de fragilidades que poderiam ser facilmente atacadas em juízo, além de serem detentores de informações privilegiadas dos meandros da Administração Pública.

Nessa perspectiva, veta-se completamente a advocacia privada, no sentido de evitar que terceiros se assenhem do erário mediante a participação criminosa dos advogados públicos.

Examinaremos mais adiante tal vedação à luz do princípio da proporcionalidade, valendo salientar, de antemão, algumas ressalvas de José Afonso da Silva, as quais se revelam suficientes para refutar frontalmente a intelecção proibitiva engendrada⁴⁹:

“Deve-se, apenas, acrescentar que as regras de contenção da eficácia daquelas normas não podem ir ao ponto de suprimir as situações subjetivas em favor dos governados. Essa contenção só pode atuar circunstancialmente, não de modo contínuo. Isso seria ditadura.”

O constitucionalista defende que se ao Estado compete promover a ordem pública, certamente que para a consecução desses objetivos, há que ser autorizado pela constituição (nos estritos termos de suas normas), quer por conceitos gerais – bons costumes, bem comum etc., -, quer por lei cuja eficácia e aplicabilidade ficam delimitadas ao equilíbrio perseguido pelo Estado, na busca da efetivação da prosperidade da comunidade⁵⁰.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELACÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO

Há hipóteses em que se pode cogitar da possibilidade de interferências sobre os direitos fundamentais, bastando para tanto que seus titulares, a exemplo de servidores públicos, militares, presos, estudantes de instituições públicas, estejam numa relação especial de sujeição perante o Poder Público, de modo a receberem tratamento distinto e mais gravoso em face da generalidade das pessoas. Com base nessa situação jurídica especialmente voltada para grupos determinados, é que, por exemplo, a nossa Constituição restringe o habeas corpus aos militares, art. 142, §2º, limita o direito de greve dos trabalhadores, art. 9º, caput e §1º, suspendendo direitos políticos, consoante se vê do art. 15, incisos III e V.

Celso Antônio Bandeira de Melo, em abordagem mais voltada ao poder de polícia sobre os administrados, admite restrições outras não sacáveis diretamente da lei, quando em foco tais relações específicas:

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 173.

⁵⁰ Ibidem, pp. 114/115.

“É igualmente reconhecível que nas situações referidas, ou em muitas delas, seria impossível, impróprio e inadequado que todas as convenientes disposições a serem expedidas devessem ou mesmo pudessem estar previamente assentadas em lei...”

Luiz Fernando Calil de Freitas⁵¹, citando Jane Reis Gonçalves Pereira, assinala:

“Nessa linha, a autora propugna – com apoio na doutrina de Hesse – inexistir necessidade de específica previsão no texto constitucional da relação especial, bastando que se possa objetivamente verificar a legitimidade constitucional da inserção da instituição no contexto de que aqui se trata.”

Paulo Gustavo Gonet Branco não parece divergir, e recomenda, antes da interferência, a ponderação dos direitos fundamentais atingidos, quando ausente lei autorizativa de restrições eventualmente necessárias. Verbis:

“As restrições dos direitos fundamentais hão de vir estipuladas em lei que defina cada estatuto especial. Faltando a lei, há que se recorrer aos princípios de concordância e de ponderação entre os direitos afetados e os valores constitucionais que inspiram a relação especial.”

Com outros termos, lembra mais claramente que as restrições devem obediência ao princípio da proporcionalidade⁵²:

“hão de ser proporcionais, não se elastecendo necessariamente a todos os aspectos da vida do sujeito. Desse modo, a liberdade de expressão dos militares pode vir a ser contida, mas na medida em que isso for necessário à disciplina. A liberdade de expressão artística dos militares, entretanto, não é de ser necessariamente afetada. De outra parte, os presos não vão poder cobrar o direito de livre circulação e a plenitude dos direitos políticos. Mas não se justifica que se lhes recuse o direito à vida, o direito à incolumidade física, a liberdade de crença religiosa ou mesmo o direito de petição.”

De registrar que os advogados públicos podem perfeitamente ser enquadrados em tais regimes jurídicos especiais, como também os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Magistratura. A Advocacia-Geral da União é instituição essencial à Justiça, art. 131 da CF, desempenhando seus membros funções típicas de Estado, daí merecerem

⁵¹ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Op. Cit., p. 129.

⁵² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et AL. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica. 2002, pp. 192/193.

realmente status especial em relação aos servidores públicos em geral. Mas será que, pelo fato de serem enquadráveis sob tal regime distinto de sujeição, a vedação da advocacia privada se legitimaria? Se há compatibilidade da restrição com valores residentes na Constituição, será que a proibição deve ser imposta na extensão em que se deu?

Examinemos tal vedação à luz do princípio da proporcionalidade.

CAPÍTULO 5 - TESTE DA PROPORCIONALIDADE/ISONOMIA

1. RESTRIÇÃO DA ADVOCACIA PRIVADA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade e da “proibição de excessos” para os alemães, princípio da razoabilidade para os americanos, sem designação consensual no direito pátrio, referido princípio, que é mais fácil de ser sentido do que conceituado ou definido⁵³, é parâmetro de justiça e da aferição da menor ingerência possível na atuação restritiva do Estado⁵⁴.

Segundo Anderson Sant’ana Pedra⁵⁵:

“o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado Democrático de Direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro da juridicidade de cada tema legítimo de autoridade.”

Na visão de Sylvia Marlene de Castro Figueiredo⁵⁶:

⁵³ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 152. Segundo o autor, o postulado da proporcionalidade não se confunde com o da justa proporção; com a ponderação de bens, com a concordância prática, com a proibição de excesso nem tampouco com o postulado da razoabilidade.

⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit., p. 224.

⁵⁵ PEDRA, Anderson Sant’ana. O controle da proporcionalidade dos atos legislativos. Belo Horizonte: Del Rey. 2006, p. 94.

“O princípio da proporcionalidade é aparentado ao princípio da concordância prática, o qual se acha, de certo modo, naquele implícito, pois o princípio da proporcionalidade em sentido estrito exige uma concordância prática entre os diferentes valores constitucionalmente consagrados, objetivando que sejam minimamente limitados em caso de colisão.”

Humberto Ávila⁵⁷, que prefere postulado à princípio, ensina o seguinte:

“O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.”

Nessa obra, o autor trata dos subprincípios da proporcionalidade, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, balizas que agora utilizaremos para aferir a constitucionalidade da vedação constante do art. 28, inciso I, da Lei Complementar 73/1993, lembrando que todas devem ser observadas.

2. ADEQUAÇÃO

Se o meio se revela adequado quando atinge o fim a que se destina, surge a necessidade de entender qual a finalidade pretendida pelo legislador infraconstitucional, ao proibir a advocacia privada aos membros da Advocacia-Geral da União, para só então aferir se o remédio receitado é o apropriado.

Razões para a Restrição:

Na ADI 1.754-9/DF movida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, relator Min. Sydney Sanches, o Supremo Tribunal Federal rejeitou alegação de inconstitucionalidade de vedação constante da Medida Provisória nº 1.587-4, de 12.12.1997,

⁵⁶ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. *A Interpretação Constitucional e o Princípio da Proporcionalidade*. São Paulo: RCS. 2005, p. 174.

⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 146.

refutando tal pedido em seus dois únicos fundamentos: inexistência de relevância e urgência, e violação ao direito adquirido. A aludida Medida Provisória veda a advocacia privada aos membros da Advocacia-Geral da União, reproduzindo o estipulado no art. 28, inciso I, da Lei Complementar nº 73/1993.

Nas informações encaminhadas pelo Presidente da República ao Supremo Tribunal Federal, conforme se vê do relatório daquele julgado, é possível extrair as razões oficiais para a questionada vedação:

“os arts. 28 a 30 da Lei Complementar n.º 73, de 1993 (instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e deu outras providências), estabelecem casos de impedimento e proibições aos membros efetivos desta Instituição, inclusive o desempenho da “advocacia fora das atribuições institucionais”, e bem assim a moralidade administrativa, obstando que sejam configuradas situações suscetíveis de proporcionar tentativas de ingerência na atuação funcional desses servidores, por interpostas pessoas a estes ligadas contratualmente, e contrárias ao interesse da coletividade, consistentes em privar-se a Administração do trabalho do seu agente público nas ações em relação às quais se imponham as proibições ou impedimentos.

8. A relevância caracteriza-se pela necessidade de a) exigir-se do pessoal da área jurídica a desejada dedicação no trato com os interesses e o patrimônio da União, e de suas entidades públicas, e b) “fortalecer os vínculos profissionais dos servidores com as atividades do Estado”

Essas razões que constituem a mens legislatoris da proibição podem ser divididas em três preocupações:

a) dedicação exclusiva a um só cliente

O que teria motivado o legislador complementar a vedar a advocacia privada aos advogados públicos, foi uma preocupação com interesse público, a exigir o patrocínio de advogados exclusivamente dedicados à coisa pública, agentes de Estado na defesa do patrimônio e das políticas públicas, aos quais não se poderia também franquear a liberdade da

defesa de clientes privados, sob pena de relegarem a plano secundário os interesses do Estado. Há, aqui, uma nítida preocupação com a primazia dos interesses da Fazenda Pública.

b) Evitar conflito ético entre interesses público e privado

Na Advocacia-Geral da União, há advogados públicos que atuam no âmbito do Judiciário, fazendo a defesa dos interesses do ente constitucional, ora no pólo passivo ora no pólo ativo dos processos judiciais, a chamada advocacia contenciosa; há também advogados públicos que militam na chamada advocacia consultiva, prestando consultoria e assessoramento aos órgãos do Poder Executivo federal.

Quando proibiram a advocacia privada, demonstrou-se um certo temor no fato do advogado público vir a utilizar-se do cargo para favorecimentos de terceiros, já que tais profissionais, principalmente aqueles que atuam na área consultiva, estão em permanente contato com a formulação de políticas públicas, sabedores de fragilidades que poderiam ser facilmente atacadas em juízo, além de serem detentores de informações privilegiadas dos meandros da Administração Pública. Nessa perspectiva, busca-se evitar que terceiros se assenhem do erário mediante a participação criminosa dos advogados públicos.

c) identificar a AGU como instituição de Estado

O legislador excluiu a advocacia privada dos advogados públicos federais, munido de uma preocupação com a identidade de uma instituição em fase embrionária, a qual não poderia ganhar contornos de um escritório de advocacia comum. A Advocacia-Geral da União, instituição criada pela Constituição de 05 de outubro de 1988, até 2003 ainda não havia sido implementada, e na prática ela não existia. Havia uma tentativa de levar-se adiante um projeto de uma entidade exclusivamente de Estado, com a cara responsabilidade de defender, em juízo e fora dele, os interesses dos três poderes da República, Executivo, Legislativo e Judiciário, além de prestar assessoramento ao Poder Executivo da União. Pensou-se na instituição em primeiro lugar.

Pois bem, sabido que o meio é adequado quando atende o fim, e demonstradas as razões para a restrição imposta aos advogados públicos, verifica-se, decorridos 15 anos da edição da

Lei Orgânica, que os membros da instituição têm-se portado notoriamente com ética e dedicação a seus cargos, fazendo jus a uma certidão negativa perante a sociedade em termos de corrupção e suas mazelas.

Isso, entretanto, não nos permite afirmar que tal tenha ocorrido por conta da referida vedação, já que tais profissionais não estão proibidos do exercício de outros postos no magistério público e privado, nem tampouco foram cerceados completamente de participação no campo empresarial, principalmente na compra e venda de ações em bolsa de valores, área extremamente rentável para quem detém informações privilegiadas em razão de seu ofício.

Em verdade, a proibição da advocacia privada, por si só, não se revela idônea para a finalidade propugnada, e quem porventura sustentar o contrário, há que admitir que as normas de regência trazem uma contradição em seus termos. Senão vejamos:

A Lei Complementar 73/1993, em seu artigo 27, assim dispõe:

“Art. 27. Os membros efetivos da Advocacia-Geral da União têm os deveres previstos na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, sujeitando-se ainda às proibições e impedimentos estabelecidos nesta lei complementar.”

A Lei 8.112/1990, nos artigos 116 e 117, que também impõe deveres e proibições aos membros da Advocacia-Geral da União, tem a seguinte redação:

“Art. 116. São deveres do servidor:

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

(...)

Art. 117. Ao servidor é proibido:

(...)

X - participar de gerência ou administração de empresa privada, de sociedade civil, ou exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;”

Vê-se, a teor dos incisos citados, que o legislador considera perfeitamente compatível que o advogado público exerça seu cargo com zelo e dedicação, ainda que, por exemplo, tais profissionais tenham dedicação paralela à docência, ora em cursinhos preparatórios de concursos, ora em faculdades espalhadas por todo o país, o que acontece em números significativos, isso sem falar em participação empresarial na condição de acionista e cotista.

Diz Luiz Fernando Calil de Freitas⁵⁸ que:

“O princípio da adequação, princípio da idoneidade ou da conformidade, como também é conhecido, estabelece que, no exame do caso concreto, se verifique se a afetação desvantajosa no direito fundamental foi produzida com o emprego de meio que de forma mais adequada se mostre apto a promover o atingimento da finalidade perseguida. É dizer: examina-se se o meio eleito, conquanto produza limitação ou restrição a direito fundamental, é útil, idôneo, apto, apropriado à promoção do resultado pretendido.”

Não é, portanto, a proibição da advocacia privada meio mais adequado a promover a intentada “dedicação no trato com os interesses e o patrimônio da União” sendo mais crível tributar aos próprios advogados públicos e a uma corregedoria presente e atuante os méritos de estatísticas inexpressivas em termos de desvios éticos entre os membros da instituição.

Tal proibição, porém, em que pese quase inexpressiva em termos de resultados, não chega a ser inconstitucional⁵⁹, eis que, conforme escreveu Suzana de Toledo Barros⁶⁰:

“sob a perspectiva da adequação, resta excluída qualquer consideração no tocante ao grau de eficácia dos meios tidos como aptos a alcançar o fim desejado. A questão sobre a escolha do meio melhor, menos gravoso ao cidadão, já entra na órbita do princípio da necessidade.”

A proibição da advocacia privada passa, portanto, no teste do subprincípio da adequação, embora pelo seu absoluto alcance, como veremos, não tenha a mesma sorte com relação à necessidade.

⁵⁸ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Op. Cit., p. 208.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira et al. Op. Cit., p. 249 “A inconstitucionalidade de uma providência legal por objetiva desconformidade ou inadequação aos fins (Zwecktauglichkeit) somente pode ser constatada em casos raros e especiais”

⁶⁰ BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica. 1996, p. 223.

3. NECESSIDADE

Segundo Gilmar Ferreira Mendes:⁶¹

“o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa.”

Nas palavras de Paulo Armínio Tavares Buechele⁶²:

“Constatada, em um primeiro plano, a aptidão da lei restritiva para atingir o fim perseguido pelo Texto Constitucional (proteção e efetivação de um determinado direito fundamental), o passo seguinte, na tarefa de controlar a constitucionalidade da limitação normativa, é aferir se a imposição do legislador era, realmente, naquele preciso instante, além de imprescindível para assegurar o exercício do direito fundamental objeto da restrição (fim), o instrumento (meio) mais eficaz e menos oneroso para o cidadão.”

Como visto, há quem defenda que os advogados públicos podem ser enquadrados na chamada relação especial de sujeição, podendo o legislador conformador fazer recair sobre eles restrições outras não expressamente previstas na Constituição, desde que em intensidade compatível com seus direitos fundamentais, resolvendo-se eventuais excessos através do filtro da proporcionalidade.

O art. 28, inciso I, da Lei Complementar 73/1993 veda, sem exceções, a advocacia privada fora das atribuições institucionais, ao passo que o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e da Advocacia, Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, prefere trabalhar com um regime híbrido de impedimento e incompatibilidade, trazendo um tratamento menos gravoso para os advogados públicos, servidores em sentido lato sensu.

“DAS INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 250.

⁶² BUCHELE, Paulo Armínio Tavares. O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição. Rio de Janeiro: Renovar. 1999, p. 130.

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:

(...)

Art. 29. Os Procuradores – Gerais, Advogados – Gerais, Defensores – Gerais e dirigentes de órgãos jurídicos da Administração Pública direta, indireta e fundacional são exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exerçam, durante o período da investidura.”

Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:42

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

Em outros termos, na situação de impedidos ou proibidos parcialmente pela lei citada, os advogados públicos são ali restringidos do exercício da advocacia tão-somente em face da Fazenda Pública que os remunera, não sendo cerceado em sua liberdade profissional nos demais casos.

No mesmo sentido, e consagrando um tratamento menos lesivo ao direito fundamental desses profissionais, o Distrito Federal e vários Estados-membros têm adotado referida regra da restrição parcial no regime jurídico de seus procuradores, a exemplo dos seguintes que permitem a advocacia privada. Veja-se:

1 – Distrito Federal (LC nº 395/2001); 2 – Minas Gerais (LC nº 30/1993; 3 – Bahia (LC nº 8.207/2002; 4 – Pernambuco (LC nº nº 02//1990); 5 – Goiás (LC nº 58/2006); 6 – Sergipe (LC nº 27/1996); 7 – Santa Catarina (LC nº 317/2005); 8 – Paraná (LC nº 40/1987); 9 – Rio Grande do Sul (LC nº 11.742/2002); 10 – Rio Grande do Norte (LC nº 240/2002); 11 – Paraíba (LC nº 42/1986; 12 – Rio de Janeiro (LC nº 15/1980); 12 – Espírito Santo (LC nº 88/1996); 13 – Pará (LC nº 56/2006); 14 – Piauí (LC nº 56/2005), entre outros.

Com isso, não há dificuldades em se constatar que a vedação total incidente sobre os membros da Advocacia-Geral da União, os quais sequer podem advogar em causa própria, não se afigura indispensável para realização dos fins já abordados nesse trabalho, tanto que a maioria dos Estados-membros adota regime diferente da União, regime, registre-se, muito menos lesivo uma vez que não tolhe em sua plenitude a liberdade profissional de seus advogados.

Não sem razão Clèmerson Clève⁶³ afirma que tais atos de conformação, por se revelarem desnecessariamente onerosos ao direito fundamental atingido, sabido que há outros menos traumáticos de igual eficácia, não cabem na moldura da proporcionalidade, sendo materialmente inconstitucionais, verbis:

“Pode ocorrer também inconstitucionalidade material quando a norma, embora disciplinando matéria deixada pelo Constituinte à ‘liberdade de conformação do legislador’, tenha sido editada ‘não para realizar os concretos fins constitucionais, mas sim para prosseguir outros, diferentes ou mesmo de sinal contrário àqueles, ou, tendo sido editada para realizar finalidades apontadas na Constituição, ofende a normativa constitucional por fazê-lo de modo inapropriado, desnecessário, desproporcional ou, em síntese, de modo não razoável.”

É o chamado excesso do poder de legislar, a teor das palavras de Anderson Sant’ana Pedra, a atrair a censura do Poder Judiciário:

“É cediço que a competência para editar normas, no tocante à matéria, quase não conheça limites (universalidade da atividade legislativa), mas a atividade legislativa é, e deve continuar sendo, uma atividade subsidiária. Significa dizer que o exercício da atividade legislativa está submetido ao princípio da necessidade, isto é, que a promulgação de leis supérfluas ou iterativas configura excesso de poder de legislar. Isto se impõe haja vista que a presunção de liberdade, que lastreia o Estado Democrático de Direito, pressupõe um regime legal mínimo, que não reduza ou restrinja, imotivadamente ou desnecessariamente, a liberdade de ação no âmbito social. As leis hão de ter, pois, um fundamento objetivo, devendo ser reconhecida a inconstitucionalidade das normas que estabelecem restrições dispensáveis.”

Negativo, portanto, o teste da necessidade ou da menor ingerência possível.

4. PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

⁶³ CLÈVE. Clèmerson. Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 45.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito tem a ver com o ponderar se um remédio, embora adequado e necessário, trouxe os resultados pretendidos sem sobrecarga desmedida ao paciente.

Paulo Armínio Tavares Buechele⁶⁴ sintetiza:

“o aspecto chave é a ponderação, a relação “custo-benefício”, ou seja, a verificação das vantagens e desvantagens resultantes para o cidadão, a partir dos meios utilizados pelo legislador com vistas à obtenção dos fins perseguidos pela norma constitucional. Vale dizer, se a fórmula legal adotada, além de adequada e necessária, for a que mais benefícios trazer ao(s) titular(es) do direito fundamental, no tocante à sua proteção e concretização, terá ela atendido ao Princípio da Proporcionalidade em todos os seus elementos.”

Já vimos que o remédio da proibição constitui meio timidamente idôneo para atingimento de suas finalidades, princípio da adequação, que não passa pelo crivo da menor ingerência possível, princípio da necessidade, e por último constatamos que inexistente o necessário equilíbrio entre meio e fins, dado que não se revela justo ou razoável o legislador infraconstitucional cortar uma das asas do advogado público, a advocacia privada, em nome de algo – zelo e dedicação ao cargo - que não tem precedência sobre a liberdade profissional previsto pelo constituinte originário, e que poderia ser concretizado de forma alternativamente menos dolorosa ao direito fundamental atingido.

5. RESTRIÇÃO À LUZ DA ISONOMIA

Até aqui trabalhamos com o princípio da proporcionalidade e seus critérios para contrabalançar o legítimo alcance das restrições ao direito fundamental (liberdade profissional) dos membros da Advocacia-Geral da União.

⁶⁴ BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. Op. Cit., p. 132.

O princípio da razoabilidade ou do bom senso guarda uma relação direta com o princípio da isonomia, eis que legislar é distinguir situações e pessoas com base em pautas necessariamente justas e razoáveis⁶⁵.

Celso Antônio Bandeira de Mello pontifica que:

“O ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a discriminação legal decidida em função dele.

(...)

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada.”

Tramita no Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do indigitado art. 28, inciso I, da Lei Complementar nº 73/1993, dispositivo largamente analisado nesse trabalho.

Trata-se da ADI nº 4036, movida pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil, da relatoria do Ministro Carlos Brito. Na referida ação, o autor alega quebra da isonomia à vista dos seguintes aspectos:

“As normas impugnadas em questão, curiosamente, proibiu a atividade de advocacia privada tão somente aos Advogados da União, Procuradores Federais, Assistente Jurídico, mas não aos demais servidores. De modo que, por exemplo, não seria vedado a um Agente Administrativo, mas apenas aos Procuradores, Advogados da União, Procuradores Federais, e Assistentes Jurídicos, o exercício da Advocacia, o que é um absurdo e uma discriminação gratuita, que fere o Princípio da Isonomia.

Os médicos e Dentistas do serviço público, por exemplo, têm o seu cargo, e, não obstante, estão justa e legitimamente, autorizados a atuarem igualmente como profissionais liberais (...).”

⁶⁵BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 246.

Parece pertinente a preocupação do autor dessa ADI, na medida em que restrições casuísticas não se compadecem com o Estado Democrático de Direito, e que, a julgar pela opinião de Luis Fernando de Calil Freitas⁶⁶:

“A igualdade, em sua dimensão negativa, com o sentido de, portanto, deferir tratamento igual aos iguais em igualdade de circunstâncias, resta afrontada na medida em que intervenções desvantajosas nos direitos fundamentais sejam autorizadas por leis individualmente dirigidas a pessoa ou grupos.”

Aqui é preferível, contudo, analisar por outro ângulo essa questão, fazendo-o com base na observação de Gilmar Ferreira Mendes⁶⁷ acerca duma peculiaridade do princípio da isonomia, no sentido de que muitas vezes:

“inconstitucional não se afigura a norma “A” ou “B”, mas a disciplina diferenciada das situações (die Unterschiedlichkeit der Regelung). Essa peculiaridade do princípio da isonomia causa embaraços, uma vez que a técnica convencional de superação da ofensa (cassação, declaração de nulidade) não parece adequada na hipótese, podendo inclusive suprimir o fundamento em que assenta a pretensão de eventual lesado.”

Nessa perspectiva que se abre sobre o assunto em pauta, e desviando o foco para a necessária isonomia entre as Funções Essenciais à Justiça, pode-se perceber um nível de tratamento dum direito fundamental⁶⁸ que fere o postulado da igualdade e beira as raias da insegurança jurídica⁶⁹.

Afora o rigor da União com seus patronos, temos Estados que ora proíbem ora permitem a advocacia privada a seus procuradores, seguindo impunemente emprestando uma convivência de regimes que, de tão contraditórios, não é crível admitir, ante a ausência de autorização expressa, encontrar assento implícito na mesma Constituição.

⁶⁶ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Op. Cit., p. 191.

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais. In: Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 3 ed., Saraiva: São Paulo, 2004. Material da 4ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFG. P. 8

⁶⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et al. op. cit., p. 134 “Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas”

⁶⁹ Na mesma obra, Gilmar Ferreira Mendes defende, p. 227, que “não se deve olvidar, por outro lado, que a técnica que exige expressa autorização constitucional para intervenção legislativa no âmbito de proteção dos direitos individuais traduz, também, uma preocupação de segurança jurídica, que impede o estabelecimento de restrições arbitrárias ou aleatórias.”

Na opinião de Gilmar Ferreira Mendes, “os direitos individuais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata)⁷⁰.

Segundo Luís Roberto Barroso, discorrendo sobre a função alicerçante da Constituição:

“Para que possa subsistir como unidade, o ordenamento estatal, considerado na sua globalidade, constitui um sistema cujos diversos elementos são entre si coordenados, apoiando-se um ao outro e pressupondo-se reciprocamente. O elo de ligação entre esses elementos é a Constituição, origem comum de todas as normas. É ela, como norma fundamental, que confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico.

(...) a ordem jurídica de cada Estado constitui um sistema lógico, que não admite a possibilidade de uma mesma situação jurídica estar sujeita à incidência de normas contrastantes entre si. O direito não tolera antinomias.”

Se a regra é que não se pode fazer distinções entre brasileiros, (art. 5º, caput), admitindo-se excepcionalmente discriminação desde que relevante e residente nas pessoas por tal modo diferenciadas⁷¹, o que dizer dos advogados públicos da União em comparação com aqueles profissionais da quase unanimidade dos Estados, ambos igualmente considerados Função Essencial à Justiça, com o mesmo perfil de atuação⁷², mas tratados incoerentemente com flagrante desigualdade?

Enfatiza Jorge Miranda⁷³:

“O direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de actos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultante de vigência simultânea; implica

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais. In: Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 3 ed., Saraiva: São Paulo, 2004. Material da 4ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFG, p. 19

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto, Op. Cit., p. 244.

⁷² Ibidem, p. 241 ensina o constitucionalista que “é de praxe invocar-se a máxima aristotélica de que o princípio consiste em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigualem”. A beleza filosófica de tal asserto não contribui, contudo, para desvendar o cerne da questão: saber quem são os iguais e definir em que circunstâncias é constitucionalmente legítimo o tratamento desigual.”

⁷³ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, t. 2, pp. 223-224.

‘coerência’ ou, talvez mais rigorosamente, ‘consistência’; projecta-se em sistema; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projecta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos.”

Em suma, esse tratamento casuístico de um direito fundamental, cláusula pétrea da Constituição, há de merecer revisão legislativa ou a censura do Poder Judiciário, eis que não se harmoniza com a unidade e coerência das normas jurídicas, não encontrando guarida ainda que implícita do legislador constituinte originário.

CONCLUSÃO

Finaliza-se esse trabalho, com a convicção de que a Assembléia Nacional Constituinte não enxergou razões para vedar a advocacia privada aos membros da Advocacia-Geral da União – proibição expressa que ocorreu em face dos membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública -, inexistindo uma emenda sequer dos parlamentares nesse sentido, em que pesem mais de duzentas relacionadas ao assunto, em um contexto geral de mais de cinco mil proposições.

Malgrado opinião de renomados juristas no sentido da impossibilidade da imposição de limitações outras não previstas expressamente na própria Constituição, através das reservas legais simples e qualificadas, aquela intenção do constituinte, entretanto, não elimina a possibilidade de que restrições outras possam acontecer em nome da convivência das liberdades públicas, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em ordem a prestigiar outros direitos de igual importância, claro, sem descuidar da intangibilidade de seu núcleo essencial e da observância do princípio da proporcionalidade.

A restrição absoluta da advocacia privada até passa pelo crivo do subprincípio da adequação, revelando-se em grau ínfimo alguma idoneidade para consecução dos objetivos pretendidos, o que não ocorre em face dos subprincípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, constatado que existem outros meios menos lesivos e menos severos ao direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XIII, de que são exemplos os

vários Estados-membros que, com sucesso, proíbem a advocacia a seus procuradores apenas contra a Fazenda Pública que os remunera, facultando-a nos demais casos.

Urge, portanto, em persistindo esse tratamento discrepante reservado às Funções Essências à Justiça pelo legislador infraconstitucional, que se dê interpretação conforme a Constituição, eliminando referida eiva com preservação da liberdade profissional dos advogados da área pública, no sentido de excluir da norma prevista no art. 28, inciso I, da Lei Complementar 73/1993, interpretação que restringe em absoluto a advocacia privada aos membros da Advocacia-Geral da União, prestigiando-se a vontade do legislador inaugural, os princípios da proporcionalidade, da coerência e da justeza ou conformidade funcional da Constituição.

REFERÊNCIAS:

ANAIS DA CONSTITUINTE DE 1988. www.senado.gov.br

ÀVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELOS, Ana Paula. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. São Paulo: Renovar. 2004.

BULOS, Uadi Lamêgo Bulos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva. 2003.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

CLÈVE. Clèmerson. Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

CUNHA. Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. São Paulo: Dialética. 2007.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Direitos Fundamentais Limites e Restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. A Interpretação Constitucional e o Princípio da Proporcionalidade. São Paulo: RCS. 2005.

FREIRE, Eugênia Maria Nascimento. Constitucionalidade da Advocacia Privada do Procurador do Estado. Disponível em: <http://www.pge.se.gov.br>. Acesso em: 16/10/2008.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva. 2003.

__. Do Processo Legislativo. São Paulo: Saraiva. 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. In: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. Brasília: Saraiva. 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas. 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

PEDRA, Anderson Sant'ana. *O Controle da Proporcionalidade dos Atos Legislativos*. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Editora, 2008.

__. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros. 2005.

TOLEDO, Suzana. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 1986.