

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1 . Põe-se em questão na presente ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, o exame dos §§ 3º e 4º do art. 28 da Lei n. 8.906/94, incluídos pela Lei n. 14.365/2022. Naqueles dispositivos se dispõe sobre a permissão de ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza e militares na ativa para o exercício da advocacia, em causa própria, para fins de defesa e tutela de direitos pessoais, por inscrição especial na Ordem dos Advogados do Brasil.

Alega o autor contrariedade ao princípio da isonomia, da moralidade, da eficiência e da supremacia do interesse público, previstos no *caput* do art. 5º e *caput* do art. 37 da Constituição da República.

2 . Instruído o feito nos termos do art. 10 da Lei n. 9.868/1999, propõe-se, em cumprimento ao princípio constitucional da razoável duração do processo, converter-se em julgamento definitivo de mérito. Nesse sentido, por exemplo: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.163, Relator o Ministro Cezar Peluso, Plenário, DJ 1º.3.2013; e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.661, Relatora a Ministra Rosa Weber, Plenário, DJ 5.10.2020.

Da preliminar de inépcia da petição inicial

3. Sustenta o Advogado-Geral da União a inépcia da petição inicial, porque desatendido o inc. I do art. 3º da Lei n. 9.868/99, porque estaria faltante argumentação específica sobre a apontada inconstitucionalidade das normas impugnadas.

Alega que “o requerente aponta violação a princípios de envergadura constitucional – isonomia, moralidade, eficiência e supremacia do interesse público – sem, contudo, estabelecer em que medida a norma questionada violaria a Constituição Federal. Na verdade, o autor se limitou a formular hipóteses meramente especulativas quanto ao suposto acesso facilitado a

informações e provas pelos agentes responsáveis por investigações e conduções de inquéritos e processos, quando em defesa ou tutela de direitos pessoais” (e-doc. 33).

Não há razão jurídica para o acolhimento da preliminar arguida. Na fundamentação apresentada na petição inicial, há argumentação específica sobre as normas cuja declaração de inconstitucionalidade se pretende, assim como o parâmetro de controle de constitucionalidade adotado, consistente na ofensa ao princípio da isonomia, da moralidade e da eficiência, com suficiente demonstração de densidade normativa para o processamento do pedido.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5823 ponderei que *“mesmo em controle abstrato, as ações agora julgadas tratam de princípios que haverão de ser ponderados, na minha compreensão e com todas as vênias aos que pensam em sentido contrário, no sentido de orientar a interpretação e a aplicação das normas constitucionais. Isso é exatamente o que torna a Constituição viva: é a sua interpretação de acordo com a dinâmica de cada sociedade. O Direito não é um instrumento que possa impedir que se torne eficiente o conjunto de princípios e direitos fundamentais, menos ainda que leve a qualquer desestruturação do Estado”* (Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJe 16.11.2020).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3541, na qual o Plenário deste Supremo Tribunal Federal decidiu, no exame de constitucionalidade do inc. V do art. 28 da Lei n. 8.906/94, pela incompatibilidade do exercício da advocacia por policiais, quanto à mesma preliminar apontada nesta ação direta, o Ministro Relator Dias Toffoli, anotou:

“Alega-se em primeiro lugar que a inicial faleceria de idoneidade para a instauração do processo objetivo, porque desatendido o art. 3º, inciso I, da Lei nº 9.868/99, no tange à falta de argumentação específica sobre a apontada inconstitucionalidade do dispositivo. Não verifico, contudo, razão para acolher a preliminar arguida, porquanto a afirmação de ofensa ao princípio da isonomia pela autora é de suficiente densidade para o processamento do pedido, guardando com ele consonância e coerência lógica” .

Rejeito a preliminar e conheço da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Do mérito

4. Alega a autora que, ao permitirem o exercício da advocacia, em causa própria, pelos integrantes de órgãos de segurança pública e militares na ativa, preservando a vedação para outros integrantes do serviço público estatal dispostos no art. 28 da Lei n. 8.906/94, as normas impugnadas teriam criado *“uma diferenciação odiosa e injustificável, além de atentar contra a moralidade pública e o Estado democrático de direito, violando princípios constitucionais”*.

A questão posta à apreciação do Supremo Tribunal Federal está na legitimidade constitucional ou não das normas nas quais se permite o exercício da advocacia, em causa própria, pelos ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial ou militar de qualquer natureza, na ativa, a partir de exame e conclusão sobre a idoneidade jurídica do critério de discriminação adotado pelo legislador, relativamente aos demais integrantes do serviço público estatal, previstos no regime de incompatibilidade previsto no art. 28 da Lei n. 8.906/94.

5. De se ressaltar a possibilidade jurídica de normas infraconstitucionais estabelecerem parâmetros de diferenciação a grupos diversos, acompanhando-se de causas jurídicas suficientes para fundamentar a discriminação.

Nessa linha, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que *“normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vem a ser colhidas por regimes diferentes”*. Insiste que, em vários casos, *“a lei erigiu algo em elemento diferencial, vale dizer: apanhou, nas diversas situações qualificadas, algum ou alguns pontos de diferença a que atribuiu relevo para fins de discriminar situações, inculcando a cada qual efeitos jurídicos correlatos e, de conseguinte, desuniformes entre si”* (Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 12-13).

E continua o citado autor que *“qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que*

se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico”. Acrescenta que “as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição” (ibidem , p. 17).

No mesmo sentido, ponderei:

“Qualquer fator que não guarde coerência imediata, lógica e substancial com o interesse justo resguardado pelo sistema e posto à concretização por uma norma jurídica, refoge à validação constitucional” (ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Princípios constitucionais dos servidores públicos. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 74).

Ao cuidar do princípio constitucional da igualdade, sustentei:

“A igualdade fática é que conduz à equivalência de direitos, denotando uma nova formulação material do princípio. Não se pretende apenas que não se discriminem ou se privilegiem, mas que se superem desigualdades materiais, fontes de outras desigualdades jurídicas e sociais. Daí por que a igualdade material no direito impõe ao Estado prestação de deveres positivos, intervenção na dinâmica social e nas relações políticas e econômicas estabelecidas na coletividade. (...) Assim, se o legislador vier a definir, quando indica os fatores de desigualdade para situações desiguais, diferenças onde elas não existem, ensejando por isso regimes remuneratórios diversos para situações iguais haverá óbvia e inconvalidável inconstitucionalidade, perfeitamente possível de ser desfeita pelo controle de constitucionalidade” (ibidem , p. 326-330).

Nesse sentido também se tem, na doutrina, que *“o constituinte originário não outorgou um cheque em branco ao legislador para colmatar as disposições constitucionais ao seu alvedrio ou para adotar os critérios normativos que melhor lhe aprouver. Ao revés, a Constituição forneceu uma moldura que traça limites à discricionariedade legislativa” (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais . São Paulo: Malheiros, 2008. p. 583-584).*

6. Na justificativa apresentada no projeto de lei do qual nasceu a norma impugnada se anotou:

“JUSTIFICATIVA: Propugnamos que se permita aos policiais em geral e aos militares em todo o País, que possuam a devida formação acadêmica em Direito e tenham obtido aprovação no Exame de Ordem da OAB, o exercício da advocacia em causa própria. Nesse sentido, esta Emenda tem como motivação a situação vivenciada, cotidianamente, pelos militares e profissionais de segurança pública, os quais, no exercício da atividade policial e militar, não poucas vezes, se deparam com situações que, por infortúnio, os impele a ter que responder administrativamente ou judicialmente por atos cometidos no exercício profissional ou em decorrência deles. Com efeito, embora seja assegurada a assistência jurídica a esses profissionais, nem sempre a defesa é feita por operadores do Direito que realmente conheçam as peculiaridades que envolvem o exercício de suas atribuições, as dificuldades que enfrentam e os desafios cotidianos das atividades da segurança pública. Além disso, quase sempre, os policiais e militares se valem do próprio soldo ou salário para custear sua defesa administrativa ou em juízo, o que onera sobremaneira a sua defesa e, especialmente, leva, muitas vezes, ao próprio desestímulo para o exercício profissional dessas categorias, que não dispõem de remuneração adequada para custear este risco inerente à profissão, bem como o patrocínio de outras demandas de seu interesse pessoal, mesmo possuindo formação acadêmica e obtendo aprovação no exame de ordem promovido pela OAB. Apesar de, hoje, existirem muitos policiais (civis, militares, rodoviários e federais) e militares das Forças Armadas com formação jurídica, esses profissionais são impedidos de exercer a advocacia EM CAUSA PRÓPRIA, por força da vedação inserta nos incisos V e VI do art. 28 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB). Assim, nos termos desta Emenda, permite-se a defesa daqueles que possuem a devida formação acadêmica em Direito, desde que regularmente aprovados no Exame de Ordem e que voluntariamente optem por exercer sua defesa e tutelar seus direitos em juízo. E, para dar transparência à verificação de compatibilidade e impedimentos, sugere-se uma inscrição especial na OAB, em que se registre a limitação ao exercício da advocacia para que seja apenas em causa própria” (Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2094788&filename=EMP+14+%3D%3E+PL+5284/2020>. Acesso em: 24.10.2022).

7. Na espécie, o elemento de descrímen apontado na justificativa das normas impugnadas é o exercício do cargo de policial e militar na ativa, que

garante aos respectivos servidores o exercício da advocacia, em causa própria, por “ não disp [orem] de remuneração adequada para custear [o] risco inerente à profissão, bem como o patrocínio de outras demandas de seu interesse pessoal, mesmo possuindo formação acadêmica e obtendo aprovação no exame de ordem promovido pela OAB ”.

Essa exceção não é estendida aos demais integrantes do serviço público estatal, prevista no regime de incompatibilidade da advocacia listados no art. 28 da Lei n. 8.906/94, como, por exemplo, membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, os que exerçam serviços notariais e de registro, dentre outros.

8. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.541, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal assentou a incompatibilidade do exercício da advocacia pelos policiais, declarando-se a constitucionalidade do inc. V do art. 28 da Lei n. 8.906/94. Tem-se na ementa do julgado:

“EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Exercício da advocacia. Servidores policiais. Incompatibilidade. Artigo 28, inciso V, da Lei nº 8.906/94. Ausência de ofensa ao princípio da isonomia. Improcedência da ação. 1. A vedação do exercício da atividade de advocacia por aqueles que desempenham, direta ou indiretamente, serviço de caráter policial, prevista no art. 28, inciso V, da Lei nº 8.906/94, não se presta para fazer qualquer distinção qualificativa entre a atividade policial e a advocacia. Cada qual presta serviços imensamente relevantes no âmbito social, havendo, inclusive, previsão expressa na Carta Magna a respeito dessas atividades. O que pretendeu o legislador foi estabelecer cláusula de incompatibilidade de exercício simultâneo das referidas atividades, por entendê-lo prejudicial ao cumprimento das respectivas funções. 2. Referido óbice não é inovação trazida pela Lei nº 8.906/94, pois já constava expressamente no anterior Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 4.215/63 (art. 84, XII). Elegeu-se critério de diferenciação compatível com o princípio constitucional da isonomia, ante as peculiaridades inerentes ao exercício da profissão de advogado e das atividades policiais de qualquer natureza. 3. Ação julgada improcedente” (ADI n. 3541, Relator o Ministro Dias Toffoli, Plenário, DJe 24.3.2014).

No julgamento daquela ação direta, no voto do Ministro Relator Dias Toffoli, observou-se quanto ao objetivo da restrição prevista no inc. V do art. 28 da Lei n. 8.906/94:

“O que pretendeu o legislador, como salientaram os demais atores processuais, foi estabelecer cláusula de incompatibilidade de exercício simultâneo das referidas atividades, por entendê-lo prejudicial às relevantes funções de ambas as atividades. Como ressaltado nas diversas manifestações contidas nos autos, a atuação concomitante refletiria certa problemática: a) da perspectiva da advocacia, pela interferência direta dos policiais civis na fase inquisitorial da persecução penal (inquérito policial), a qual, conquanto não constitua peça imprescindível da propositura da ação penal, configura elemento de substancial importância para o processo; b) do ponto de vista da atividade policial, no sentido da necessidade de exclusividade no desempenho da função, como se observa, por exemplo, na lei de regência dos funcionários policial civis da União (atual Polícia Federal) e do Distrito Federal (art. 4º da Lei 4.878/65)”.

Nos termos da fundamentação do acórdão, concluiu-se que o legislador *“elegeu, portanto, critério de diferenciação compatível com o princípio constitucional da isonomia, ante as peculiaridades inerentes ao exercício da profissão de advogado e das atividades policiais de qualquer natureza”.*

9. No julgamento do Agravo no Recurso Extraordinário n. 550.005, pela Segunda Turma deste Supremo Tribunal, ficou assentado que *“a restrição operada pelo art. 28, V, da Lei 8.906/1994 atende ao art. 5º, XIII, da Lei Maior, porquanto a incompatibilidade entre o exercício da advocacia e a função de Delegado da Polícia Federal traduz requisito negativo de qualificação profissional, considerado o princípio da moralidade administrativa”.* Confira-se a ementa do julgado:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE OFÍCIO. ART. 5º, XIII, DA CONSTITUIÇÃO. DELEGADO DA POLÍCIA FEDERAL. EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADE INCOMPATÍVEL. ART. 28 DA LEI 8.906/1994. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. MORALIDADE ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES. A restrição operada pelo art. 28, V, da Lei 8.906/1994 atende ao art. 5º, XIII, da Lei Maior, porquanto a incompatibilidade entre o exercício da advocacia e a função de Delegado da Polícia Federal traduz requisito negativo de qualificação profissional, considerado o princípio da moralidade administrativa. Precedente: RE 199.088, rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 16.04.1999. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE n. 550.005-AgR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 25.5.2012).

No voto condutor do recurso, o Ministro Joaquim Barbosa ressaltou que a Constituição da República autoriza a instituição de qualificações positivas para o exercício profissional, como, por exemplo, formação, experiência, certificação e habilitação profissional, mas também estabelece limitações ao exercício da liberdade profissional em benefício do princípio da isonomia, da moralidade e da eficiência administrativa:

“A expressão ‘qualificações profissionais’ não cuida apenas da aptidão técnica exigida do indivíduo para o exercício da profissão, mas também possui uma face negativa, traduzida nos impedimentos e incompatibilidades que o legislador entende necessários para o exercício da profissão regulamentada. Nesse aspecto, portanto, não há qualquer ilegitimidade do art. 28, V, da Lei 8.906/1994, ao considerar incompatível o exercício da advocacia por delegado de polícia, ainda que em causa própria. Na verdade, o que se deve examinar é a existência de fundamento constitucional para intervenção legislativa e, nessa linha, a jurisprudência recente desta Corte tem ressaltado que a liberdade de ofício pode ser restringida sempre que o seu exercício importe risco à coletividade. Baseado nessa orientação, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal considerou legítimo o Exame da Ordem, que se destina à avaliação dos candidatos à advocacia. No julgamento do RE 603.583, o ministro-relator Marco Aurélio ressaltou: ‘Quando (...) o risco é suportado pela coletividade, então cabe limitar o acesso à profissão e o respectivo exercício, exatamente em função do interesse coletivo. Daí a cláusula constante da parte final do inciso XIII do artigo 5º da Carta Federal, de ressalva das qualificações legais exigidas pela lei. Ela é a salvaguarda de que as profissões que representam riscos à coletividade serão limitadas, serão exercidas somente por aqueles indivíduos conhecedores da técnica.’ [...] No presente caso, o evidente risco à moralidade administrativa legitima a vedação trazida pelo art. 28, V, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Com efeito, o dispositivo impugnado visa a impedir a possível utilização de cargos policiais em prol, não da investigação de delitos, mas da obtenção de vantagens pessoais estranhas ao interesse público”.

10. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.235, de relatoria da Ministra Rosa Weber, o Plenário deste Supremo Tribunal assentou que as incompatibilidades previstas no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, restritivas do exercício da advocacia por analistas, técnicos e

auxiliares do Poder Judiciário e do Ministério Público da União, configuram limitações adequadas e razoáveis à liberdade de exercício profissional, por traduzirem expressão de valores constitucionalmente protegidos:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESTATUTO DA OAB (LEI Nº 8.906/94). INCOMPATIBILIDADE PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA DECORRENTE DA OCUPAÇÃO DOS CARGOS DE ANALISTA, TÉCNICO OU AUXILIAR NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO. LEGÍTIMA RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (CF, ART. 5º, XIII). LIMITAÇÃO FUNDADA NA GARANTIA DE OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, DA MORALIDADE E DA ISONOMIA. PRECEDENTES. 1. A intervenção dos Poderes Públicos na liberdade de exercício de atividade, ofício ou profissão deve sempre manter correspondência com o objetivo de proteger a coletividade contra possíveis riscos indesejados decorrentes da própria prática profissional ou de conferir primazia à promoção de outros valores de relevo constitucional, como, no caso, a garantia da eficiência, da moralidade e da isonomia no âmbito da Administração Pública. 2. As incompatibilidades previstas no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94) restritivas do exercício da advocacia por analistas, técnicos e auxiliares do Poder Judiciário e do Ministério Público da União configuram restrições adequadas e razoáveis à liberdade de exercício profissional por traduzirem expressão de valores constitucionalmente protegidos. 3. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida. Pedido julgado improcedente” (Plenário, DJe 24.6.2021).

11 . Também no julgamento do Recurso Extraordinário n. 199.088 firmou-se entendimento no sentido da impossibilidade do exercício da advocacia por assessor jurídico de Desembargador:

“EMENTA: - CONSTITUCIONAL. ADVOGADO: EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. INCOMPATIBILIDADE. C.F., art. 5º, XIII; art. 22, XVI; art. 37. Lei 4.215/63, artigos 83 e 84. Lei 8.906/94, art. 28. I. - Bacharel em Direito que exerce o cargo de assessor de desembargador: incompatibilidade para o exercício da advocacia. Lei 4.215, de 1963, artigos 83 e 84. Lei 8.906/94, art. 28, IV. Inocorrência de ofensa ao art. 5º, XIII, que deve ser interpretado em consonância com o art. 22, XVI, da Constituição Federal, e com o princípio da moralidade administrativa imposto à Administração Pública (C.F., art. 37, caput). II. - R.E. não conhecido” (RE n. 199088, Relator o Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 16.4.1999).

12. Na revogada Lei n. 4.215/63, anterior Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, já se previa no art. 84, rol de atividades, funções e cargos incompatíveis, no qual constava policiais e militares (incs. XI e XII), com o exercício da advocacia, mesmo em causa própria, nos termos previstos no vigente art. 28 da Lei n. 8.906/1998:

“Art. 84. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades, funções e cargos:

I - Chefe do Poder Executivo e seus substitutos legais, Ministros de Estado, Secretários de Estado, de Territórios e Municípios;

II - membros da Mesa de órgão do Poder Legislativo federal e estadual, da Câmara Legislativa, do Distrito Federal e Câmara dos municípios das capitais;

III - membros de órgãos do Poder Judiciário da União, do Distrito Federal, dos Estados e Territórios bem como dos Tribunais de Contas da União, do Distrito Federal, dos Estados, Territórios e Municípios e do Tribunal Marítimo;

IV - Procurador-Geral e Subprocurador-Geral da República, bem como titulares de cargos equivalentes no Tribunal Superior Eleitoral, no Superior Tribunal Militar, no Tribunal Superior do Trabalho e nos Tribunais de Contas da União, dos Estados, Territórios e Municípios, e do Tribunal Marítimo.

V - Procuradores Gerais e Subprocuradores Gerais, sem distinção das entidades de direito público ou dos órgãos a que sirvam;

VI - Presidentes, Superintendentes, Diretores, Secretários, delegados, tesoureiros, contadores, chefes de serviço, chefes de gabinete e oficiais ou auxiliares de gabinete de qualquer serviço da União, do Distrito Federal, dos Estados, Territórios e Municípios. bem como de autarquias, entidades par estatais, sociedades de economia mista e empresas administradas pelo Poder Público;

VII - servidores públicos, inclusive de autarquias e entidades paraestatais e empregados de sociedades de economia, mista e empresas concessionárias de serviço público, que tiverem competência ou interesse direta ou indireta, eventual ou permanentemente no lançamento, arrecadação e fiscalização de impostos, taxas e contribuições de caráter obrigatório, inclusive para fiscais, ou para aplicar multas relacionadas com essas atividades;

VIII - tabeliães, escrivães, escreventes, oficiais dos registros públicos e quaisquer funcionários e a serventuários da Justiça;

IX - corretores de fundos públicos, de café de câmbio, de mercadorias e de navios;

X - leiloeiros, trepicheiros, despachantes e empresários ou administradores de armazéns-gerais;

XI - militares da ativa, assim definidos no seu respectivo estatuto, inclusive os das Polícias Militares, do Distrito Federal dos Estados, Territórios e Municípios;

XII - Policiais de qualquer categoria da União, do Distrito Federal, dos Estados, Territórios e Municípios” .

No vigente Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei n. 8.906 /1994, se dispõe (art. 28) o rol de atividades consideradas incompatíveis o exercício da advocacia, ainda que em causa própria:

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

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

II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta; (Vide ADIN 1.127-8)

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

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

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

VI - militares de qualquer natureza, na ativa;

VII - ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais;

VIII - ocupantes de funções de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas.

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

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

§ 3º As causas de incompatibilidade previstas nas hipóteses dos incisos V e VI do caput deste artigo não se aplicam ao exercício da advocacia em causa própria, estritamente para fins de defesa e tutela

de direitos pessoais, desde que mediante inscrição especial na OAB, vedada a participação em sociedade de advogados (Incluído pela Lei nº 14.365, de 2022).

*§ 4º A inscrição especial a que se refere o § 3º deste artigo deverá constar do documento profissional de registro na OAB e não isenta o profissional do pagamento da contribuição anual, de multas e de preços de serviços devidos à OAB, na forma por ela estabelecida, vedada cobrança em valor superior ao exigido para os demais membros inscritos (Incluído pela Lei nº 14.365, de 2022)”.
Plenário Virtual - Minuta de Voto 1003/2023-000*

A incompatibilidade do exercício da advocacia e das funções exercidas por policiais e militares na ativa dispõe de previsão legal há décadas, tendo tido sua constitucionalidade, quanto aos policiais, apreciada por este Supremo Tribunal, que concluiu inexistir ofensa constitucional ao óbice ao exercício da advocacia pelos agentes da segurança pública, mesmo em causa própria.

As incompatibilidades têm a função de resguardar a liberdade e a independência da atuação do advogado, afastando-se a subordinação hierárquica ou o exercício de atividades de Estado que exijam a imparcialidade em favor do interesse público na aplicação da lei.

Nos termos do art. 133 da Constituição da República, o advogado é indispensável à administração da justiça, não podendo o seu desempenho ocorrer sem independência e com sujeição a poderes hierárquicos próprios às atividades e regulamentos militares, e mesmo aos poderes hierárquicos decorrentes da atividade policial civil.

Assim, por exemplo, Ruy de Azevedo Sodré discorre sobre a necessidade do advogado dispor de liberdade e independência no exercício profissional, essência da norma prevista no art. 133 da Constituição da República, anotando que:

“A redução de independência pode caracterizar-se de duas maneiras: ou o candidato tem a independência reduzida com a falta de liberdade de locomoção, ou aquela redução se concretiza com a subordinação a que esteja vinculado.

No primeiro caso se enquadraria aquele que, por exemplo, está sujeito ao horário e à permanência no emprego, e no segundo caso se classificaria aquele que, gozando de certa liberdade de locomoção, se acha subordinado à escala hierárquica. (...) a incompatibilidade resulta

(...) na falta de (...) liberdade moral de agir, que se expressa pela consequente liberdade de pensamento, e liberdade de expressão (...).

A falta ou mesmo a redução da liberdade moral de agir, decorrente da subordinação do candidato à inscrição a um superior hierárquico, caracteriza a incompatibilidade consistente na redução na independência do profissional. (...) Em três grandes grupos se enquadra a maioria dos casos que acarretam a incompatibilidade decorrente da captação de clientela: fiscal, judicial e policial.(...).

Nessa categoria se incluíam os militares. Sempre entendemos que o militar exerce atividade incompatível com a advocacia. Ele não possui os requisitos essenciais para a nossa atividade, que são a liberdade e a independência. E nessa categoria se incluem, (...) tanto os de terra, do mar e do ar, da Forças Armadas, como as Polícias Militares do Distrito Federal, dos Estados, Territórios e Municípios.

Na mesma incompatibilidade se enquadram os policiais, de qualquer categoria. (...). Estão os militares, e mesmo os policiais de qualquer categoria, presos a uma hierarquia ríspida, que lhes tira toda e qualquer liberdade de ação, no tocante mormente ao desempenho de atividade estranha que, contrastando com a militar, deve ser exercida com liberdade e na liberdade encontrando o seu mais valioso atributo.

Não há possibilidade de coexistirem, e na prática terem eficácia, o Estatuto do Militar e da Ordem dos Advogados, não só no que se refira aos direitos e deveres neste estipulados, como quanto às obrigações naquele impostas. Até as sanções disciplinares se conflitam, não permitindo o primeiro que se apliquem aos seus subordinados, o que vem consignado, a tal título, no Estatuto da Ordem dos Advogados.

Ainda não se pode perder de vista a circunstância de que o militar exerce função pública, de alto relevo, na defesa da ordem pública, impondo-se-lhe, por isso, uma série de obrigações que, para o caso em exame, importam em restrição à sua liberdade de ação – vinculado como está à hierarquia – e à sua livre disposição de tempo – preso aos exercícios, regulamentos e vigilância.

Como detentor de parcela do poder público – defesa da ordem pública – não poderia, além do mais, exercer outra atividade, cujo magistério é privado, no exercício de função pública. Investido dessas duas atribuições – ordem pública e função pública – ficaria o militar mais do que qualquer outro incursão na proibição genérica do art. 83, não só porque a sua função, a sua atividade e mesmo o seu cargo lhe reduzem a independência, como também porque eles lhe proporcionariam a captação de clientela” (*Ética Profissional e Estatuto do Advogado*, 4ª ed., São Paulo: LTr, 1991. p. 351-359).

14. No art. 144 da Constituição da República atribui-se à polícia a função essencial da segurança pública do Estado brasileiro e de auxílio às funções judiciárias:

“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

VI - polícias penais federal, estaduais e distrital.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais

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

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 5º-A. Às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais (...) ”.

15. Nos termos do art. 142 da Constituição da República, os militares, integrantes das Forças Armadas, organizam-se *“com base nos princípios da hierarquia e disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”*.

Esses mesmos preceitos também estruturam as carreiras das polícias militares, conforme previsto no art. 42 da Constituição.

Os membros das Forças Armadas são submetidos a regime jurídico próprio, baseado na hierarquia e disciplina, que não constituem simples predicados institucionais, mas elementos conceituais e basilares da estrutura militar, como observado, por exemplo, pelo Ministro Ayres Britto:

“(...) se a hierarquia implica sobreposição de autoridades (as mais graduadas a comandar e as menos graduadas a obedecer), a disciplina importa a permanente disposição de espírito para a prevalência das leis e regramentos que presidem por modo peculiar a estrutura e o funcionamento das instituições castrenses” (HC 108.811, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe 21.3.2012).

No art. 14 da Lei n. 6.880/1980 se dispõe que a hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas:

“Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade.

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e

harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados”.

O inc. II do § 3º do art. 142 da Constituição da República estabelece que *“o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inciso XVI, alínea ‘c’, será transferido para a reserva, nos termos da lei”*.

Também os policiais estão submetidos ao regime de dedicação exclusiva, nos termos das Leis ns. 4.878/1968 e 9.654/1998 e pelo Decreto n. 59.310/1966, sendo-lhes expressamente vedado o exercício de outras atividades.

16. Os regimes jurídicos a que submetidos os policiais e militares não se compatibilizam com o exercício simultâneo da advocacia.

Os policiais exercem atividades voltadas para a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio, orientados pela busca imparcial da verdade dos fatos. O militar da ativa tem como funções essenciais a manutenção da ordem, da segurança e da soberania do país, subordinado à estrutura hierarquizada e à disciplina na realização de tarefas submetidas a ordens de comando. Não há possibilidade de se conciliarem essas atividades com o exercício da advocacia, ainda que na atuação em causa própria, sem que ocorram conflitos de interesses e derrogação de regimes jurídicos pertinentes a cada carreira em particular.

A inscrição especial a que se referem os questionados §§ 3º e 4º do art. 28, da Lei n. 8.906/1994, incluídos pela Lei n. 14.365/2022, resulta na criação de classe de advogados que disponham de capacidade postulatória destituída de todas as prerrogativas inerentes ao exercício da advocacia, pois, como antes anotado, inconciliáveis a liberdade e independência de atuação do advogado prevista no art. 7º da Lei n. 8.906/2022 e as atividades desenvolvidas no exercício das funções de policiais e militares.

Nesse sentido, pontuou o Procurador-Geral da República:

“De acordo com que prevê o art. 133 da Constituição Federal, o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, que é regida pelos princípios da liberdade e da independência. Ser advogado não se resume a deter capacidade postulatória, sendo certo que a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil investe o profissional não apenas do jus postulandi, mas também de uma série de prerrogativas que representam a concretização da independência e da inviolabilidade e se consubstanciam como verdadeiros poderes-deveres (...) . Ainda, consoante o que prescreve o art. 31 da Lei 9.806/1994, é dever do profissional da advocacia manter independência em qualquer circunstância e não se deter diante do receio de desagradar a qualquer autoridade. Já os integrantes das forças armadas, conforme se lê do art. 142 da Constituição Federal, organizam-se com base nos princípios da hierarquia e disciplina, preceitos sobre os quais também se estruturam as carreiras policiais em geral (CF, art. 42), e que impõem a esses agentes públicos atuação subordinada e rigoroso cumprimento de ordens dos superiores por parte desses servidores (...) . Não parecem se harmonizar os dois regimes. A inscrição especial a que aludem os §§ 3º e 4º, incluídos na Lei 8.906/1994 pela Lei 14.365/2022, ora questionados, contera renúncia das prerrogativas conferidas aos profissionais da advocacia em geral e que não se coadunam com as normas que regem os militares e as polícias.⁵ Ou se fará o contrário, obrigando as corporações a tolerar que o militar ou policial aprovado no Exame de Ordem e inscrito na OAB possa se sobrepor à natural cadeia de comando, deixando de observá-la quando invocar a condição de advogado. Perceba-se que admitir a modalidade de inscrição especial em questão importaria em criar classe de advogados imbuída apenas de capacidade postulatória, mas que seria naturalmente destituída de várias das prerrogativas inerentes ao exercício da advocacia, o que acabaria por desfigurar a feição conferida pela Constituição à figura do advogado” (e-doc. 47).

17 . As restrições legais previstas nos incs. V e VI do art. 28 da Lei n. 8.906/1994, quando aplicada aos integrantes das polícias e militares na ativa, objetivam obstar a ocorrência de conflitos de interesse, preservar a necessidade de exclusividade no desempenho das atividades policiais ou militares, ou da função de advogado, e manter o núcleo essencial do direito à liberdade de profissão, pois não o inviabiliza, mas apenas atinge o exercício concomitante de duas profissões, assegurada, como é certo, a liberdade de escolha entre elas.

Sobre a limitação ao exercício profissional da advocacia, Paulo Lôbo realça que *“não há qualquer exceção a essa regra, mesmo em se tratando de funções modestas. O mais simples serventário pode exercer perigoso tráfico de influência na tramitação e resultado de processos judiciais, tendo em vista seu convívio diuturno com juízes, promotores e auxiliares de justiça. O exercício da advocacia, nessas circunstâncias, representa enorme risco à dignidade e à independência da profissão”* (*Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 166).

Ao se permitir o desempenho da advocacia, mesmo em causa própria, por profissionais incumbidos das nobres funções estatais relacionadas à conservação da segurança pública e da paz social e que executam tarefas que os colocam, de forma direta ou indireta, próximos de litígios jurídicos, pelas normas questionadas abre-se flanco a propiciar influência indevida e privilégios de acesso a autos de inquéritos e processos, entre outras vantagens que desequilibram a relação processual.

Não se demonstra, pois, nas normas impugnadas, parâmetro de diferenciação para o exercício da advocacia, em causa própria, por policiais e militares, acompanhado de causas jurídicas suficientes para fundamentar validamente a discriminação permitida.

A questão remuneratória das carreiras policiais e militares não constitui critério válido constitucionalmente para autorização do exercício da advocacia, em contrariedade ao sistema normativo constitucional vigente, consistindo em privilégio para determinados servidores públicos sem adoção de fator de *discrimen* razoável e juridicamente aceitável.

18. Evidencia-se ainda que as normas questionadas ofendem ao princípio da moralidade, que, na lição de Maria Sylvia Di Pietro se configura *“sempre que houver ofensa à moral, aos bons costumes, às regras de boa administração, aos princípios de justiça e de equidade, bem como à ideia comum de honestidade”* (*Direito Administrativo* . 33ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 426).

A advocacia simultânea, mesmo em causa própria, exercida por policiais e militares põe em risco a boa administração da justiça, privilegiando estes servidores relativamente aos demais advogados.

Compromete-se, ainda, pelo modelo legal assim adotado o bom e regular funcionamento das instituições de segurança pública e o exercício das funções inerentes aos policiais e militares.

A incompatibilidade constitui medida legal que visa impedir abusos, tráfico de influência, práticas que coloquem em risco a independência e a liberdade da advocacia. Afinal, os policiais podem ter acesso facilitado a informações, provas e conduções de inquéritos e processos.

Considera-se, pois, medida necessária o obstáculo posto na norma alterada pela incompatibilidade estabelecida para que se garanta o adequado funcionamento das polícias e das Forças Armadas, em atendimento também à eficiência administrativa e supremacia do interesse público na manutenção da ordem, segurança e paz social.

Neste mesmo sentido asseverou o Procurador-Geral da República que *“mais do que contraporem estatutos inconciliáveis, os dispositivos questionados contrariam simultaneamente as diretrizes constitucionais regentes, seja da advocacia, seja das carreiras policiais e militares, razão pela qual não pode prosperar a exceção inserida no art. 28 da Lei 8.906/1994 pela Lei 14.365/2022, que deve ser declarada inconstitucional”* (e-doc. 47).

Também no acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.541 se transcreveu manifestação do Advogado-Geral da União na defesa da constitucionalidade do inc. V do art. 28 da Lei n. 8.906/1994, antes da alteração agora questionada:

“(…) não se proíbe a ninguém o exercício em separado da advocacia ou da função policial – desde que preenchidos os requisitos legais de inscrição na Ordem ou o concurso público para a carreira de segurança pública escolhida –; o que se proíbe é o exercício simultâneo das duas atividades, haja vista o absoluto conflito de interesses entre as mesmas. Por exemplo, imagine-se a situação do delegado de polícia ou de agentes que realizaram investigações em determinado crime de homicídio procederem à defesa do acusado no Tribunal do Júri; ou, ainda, a absurda hipótese da autoridade policial que lavrou o auto de prisão em flagrante de indiciado por tráfico de entorpecentes receber do mesmo procuração e honorários advocatícios. Tais complicações estariam presentes também no exercício das outras searas da advocacia. Embora, dogmaticamente, as áreas, v.g., do Direito Civil,

do Administrativo, do Trabalho, do Tributário, do Comercial e do Penal sejam distintas, na dinâmica da realidade elas se entrelaçam. Assim, a autoridade policial, que está constitucionalmente incumbida das funções de polícia judiciária e da apuração de infrações penais, caso pudesse se enveredar pelos caminhos da advocacia, incidiria, constantemente, em intransponíveis conflitos de interesses. Para ilustrar, suponha-se um policial-advogado que exercesse consultoria jurídica no campo tributário ou empresarial, em que há diversas condutas tipificadas como crimes (p.ex., Leis nºs 8.021, de 1990; 8.137, de 1990, etc). Diga-se o mesmo do Direito Administrativo e do Trabalho (p. ex., Leis nºs 8.666, de 1993; 9.029, de 1995, etc). Aliás, mesmo na advocacia de Direito de Família, há constantes notícias de práticas delitivas pelas partes dos processos, consubstanciadas em ameaças, lesões corporais, injúrias, furtos, subtração de menores etc. Além disso, as informações de inteligência policial, o porte de armas e munição, de viaturas, de algemas e de outros meios intimidatórios, a que têm acesso os policiais, gerariam, na prática, reais disparidades e privilégios em favor do 'policial advogado' e em prejuízo dos demais advogados. Nem se olvidem as facilidades que os policiais encontrariam, em razão direta da natureza de suas atividades. (...) Por fim, a valorização das carreiras policiais e das respectivas remunerações não deve trilhar o caminho da confluência com a advocacia. Ao contrário, as autoridades policiais devem se dedicar com exclusividade ao exercício de suas atribuições, sempre com ética, zelo e dedicação, em prol da dignificação institucional (fls. 98/100)" (Relator o Ministro Dias Toffoli, Plenário, DJe 24.3.2014).

21. Pelo exposto, voto pela conversão da apreciação da medida cautelar em julgamento de mérito e pela procedência da presente ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 28 da Lei n. 8.906, incluídos pela Lei n. 14.365/2022.