
DO REGIME JURÍDICO DO ADVOGADO EMPREGADO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: *UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL A PARTIR DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE*

Paulo Roberto Gonçalves Júnior
Advogado da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do Estatuto do Advogado Empregado; 2 Do Advogado Empregado da Administração Pública; 3 Da Constitucionalidade das Diferenciações Legais Direcionadas aos Advogados Empregados da Administração Pública: O princípio da Isonomia no Estado democrático de Direito; 3.1 Do Princípio da Isonomia No Estado Democrático de Direito; 3.2 Do Regime dos Advogados Empregados da Administração Pública Sob o Crivo da Igualdade; 3.3 Dos Advogados das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Com esteio nas lições basilares de Direito do Trabalho, difunde-se que a normatização da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT se aplica nas relações em que há vínculo de emprego. Assim, nas hipóteses em que se observa o exercício da advocacia na condição de empregado, como regra, incidirão as disposições celetistas gerais, às quais serão acrescidas das determinações das leis especiais. No que se refere aos advogados empregados, a regência especial de suas atividades está inserida no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8.906, de 1994, que confere prerrogativas aos seus ordenados (artigo 18 ao 21). Todavia, a Lei nº 9.527, de 1997, em seu artigo 4º, consignou um comando que impossibilitou a aplicação do referido estatuto aos advogados da Administração Pública, inclusive àqueles que a ela se subordinam mediante um vínculo de emprego, o que cria uma sistemática de diferenciação. Essa diferenciação, apesar das divergências, é constitucional; e o princípio da igualdade se apresenta como o filtro interpretativo legitimador das desigualdades formais existentes, em prol da igualdade material. Assim, há um regime próprio para o advogado empregado público, aplicando-se as normas trabalhistas gerais de forma subsidiária à Administração Pública. Vale ressaltar, somente, que, quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica sem monopólio, o artigo 173, inciso II, da Constituição Federal, estabeleceu simetria com as empresas privadas, devendo-se aplicar aos seus advogados o regime geral do advogado empregado.

PALAVRAS-CHAVE: advogado empregado, igualdade, Estado democrático de direito, Lei nº 9.527/1997, regime jurídico.

ABSTRACT: From the basic lessons of Employee Rights, it is known that the Brazilian Consolidation of Labor Laws applies as a general rule to the employment. Thus, in cases where there is a lawyer as an employee, should be applied the Consolidation of Labor Laws, which will be added by the determinations of some special laws. To these employee lawyers, the special rules are in the Statute of the Brazilian Bar Association, Law No. 8.906, 1994, which grants prerogatives to their members (Article 18 to 21). However, the Law No. 9527, 1997, on its Article 4º, has consigned a command that restrict the application of special laws to the Public Administration Lawyers, including those marked by a bond of employment, creating a systematic of differentiation. This context, despite the legal differences, its constitutional; while the principle of equality works as the interpretative filter, legitimizing formal inequalities to provide the material equality. Thus, there is a system

suitable for the employee attorney working to the Administration, applying the general labor rules as a subsidiary to the government specific rules. Finally, it is worth mentioning that, for the public and semi-public companies that explore economic activity without monopoly, the Federal Constitution – Article 173, II – establishes symmetry with private companies, determinating that should be applied to their lawyers the Consolidation of Labor Laws.

KEYWORDS: lawyer, equality, democratic state of law, Law nº 9527/1997.

INTRODUÇÃO

O Direito, enquanto regente do Estado, deve ater-se e adaptar-se à complexidade das relações sociais para, assim, constituir-se instrumento legítimo ao estabelecimento da ordem. Nessa perspectiva, razoável almejar que o faça adequadamente e sem implementar desigualdades, também, quanto aos seus operadores, entre os quais, os advogados empregados.

O regime jurídico do advogado com vínculo empregatício é tema exaustivamente tratado no meio acadêmico. Todavia, a intersecção desse regime geral aplicável ao advogado empregado com o estatuto aplicável à Administração Pública, continua carecendo de esclarecimentos.

Os advogados empregados, verdadeiros procuradores dos entes públicos empregadores, são profissionais dedicados à interpretação e aplicação do direito, razão pela qual não se pode ignorar que também o fazem, cotidianamente, quanto aos seus interesses e às regras que lhes são dirigidas. Portanto, é importante a disseminação do regime legal legitimamente aplicável aos advogados empregados da Administração Pública.

Do ponto de vista teórico, pretende-se apresentar uma abordagem constitucional desse regime empregatício específico, afastando, assim, as dúvidas acerca de sua extensão e aplicabilidade.

Nessa trajetória, examina-se o regime diferenciado estabelecido pela Lei nº 9.527, de 1997, analisa-se o conteúdo e a aplicação do princípio da isonomia no Estado democrático de direito, investiga-se a pertinência da hipótese de diferenciação entre os advogados empregados e, por fim, avalia-se a especialidade instituída pelo inciso II do parágrafo 1º do artigo 173 da Constituição aos advogados empregados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

Objetiva-se, portanto, analisar o regime jurídico aplicável ao advogado empregado da Administração Pública na sistemática

positiva brasileira e constatar a compatibilidade ou não do tratamento diferenciado que lhes é conferido, quando comparado com o regime garantido aos demais advogados empregados.

O paradigma do Estado democrático de direito orienta o exame da questão, permitindo analisar a legitimidade do regime estudado frente à ordem constitucional, materializada pela Constituição Federal de 1988, e ao conteúdo democraticamente admitido para seus preceitos.

Ao final, algumas reflexões são apresentadas acerca da hipótese de que, frente às diferenças existentes, há um regime próprio para os advogados empregados da Administração Pública, cuja abrangência é determinada em conformidade com a desigualdade existente entre os entes públicos empregadores.

1 DO ESTATUTO DO ADVOGADO EMPREGADO

Inicialmente, apresentando os traços gerais da relação de emprego do advogado, cumpre registrar que a Lei nº 8.906, de 1994, embora em apenas quatro artigos, refere-se especificamente à sua figura. Tais dispositivos legais são, notoriamente, normas especiais de tutela, o que significa que a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT consiste, apenas, em fonte subsidiária, incidindo naquilo em que não colidir com esses artigos.¹

Com efeito, na falta de disposição própria, a relação de emprego entre o advogado e seu empregador opera-se nos moldes previstos no artigo 3º da CLT², ou seja, devem estar presentes os requisitos da regência geral: prestação de serviços de natureza não eventual, sob dependência e mediante o pagamento regular de salário. Acrescente-se a esses, naturalmente, a condição regular de advogado.

Na condição de empregados, nos termos da Lei nº 8.906, de 1994, aos advogados são garantidos um piso salarial próprio – fixado em demanda coletiva –, jornada de trabalho limitada a quatro (4) horas diárias e vinte (20) horas semanais, horas extras com adicional não inferior a 100% da regular, adicional noturno entre às 20 horas de um dia e às 5 horas do dia seguinte, ressarcimento de despesas e honorários advocatícios, encontrando-se os demais direitos ordinariamente regidos pela CLT.

1 Sobre a coerência do ordenamento jurídico e aplicação do critério da especialidade normativa, segundo o qual *lex specialis derogat generali*, consultar: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. ed., tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1996, p. 91-97.

2 Decreto-lei nº 5.452/43: “Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Todavia, quando contratados pelo Estado, também pelo regime trabalhista, aos advogados impõem-se as peculiaridades próprias da Administração Pública, irradiadas da Constituição para a legislação ordinária.

2 DO ADVOGADO EMPREGADO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Assevera o parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 8.906, de 1994, que:

Lei nº 8.906, de 1994.

Art. 3º. [...]

§ 1º. Exercem atividade de advocacia, sujeitando 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.

Assim, em uma primeira perspectiva, os integrantes de tais carreiras, entre os quais os advogados empregados, submeter-se-iam, irrestritamente, às normas da Lei nº 8.906, de 1994, bem como às orientações que emanam do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

Firmada essa premissa, seria pertinente, por exemplo, estenderem-se aos advogados empregados da Administração Pública as regras referentes à jornada de trabalho reduzida, à percepção de honorários, entre outras.

Ocorre, todavia, que a Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, repetindo as disposições da Medida Provisória nº 1.522-2, de 13 de dezembro de 1996, alterou dispositivos das Leis nº 8.112, de 1990, e nº 8.460, de 1992.

Dispôs, em seu artigo 4º, sobre o regime trabalhista do advogado empregado da Administração Pública direta e indireta, estabelecendo uma restrição à aplicação da Lei nº 8.906, *verbis*:

Lei nº 9.527, de 1997.

Art. 4º. As disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, *não se aplicam* à Administração

Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista. (Grifo nosso).

Os referidos dispositivos do Capítulo V do Título I da Lei nº 8.906, de 1994, já referidos, estabeleceriam a favor de todos os advogados as seguintes prerrogativas, *litteris*:

Lei nº 8.906, de 1994.

CAPÍTULO V

Do Advogado Empregado

Art. 18. A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia.

Parágrafo único. O advogado empregado não está obrigado à prestação de serviços profissionais de interesse pessoal dos empregadores, fora da relação de emprego.

Art. 19. O salário mínimo profissional do advogado será fixado em sentença normativa, salvo se ajustado em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Art. 20. A jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva.

§ 1º Para efeitos deste artigo, considera-se como período de trabalho o tempo em que o advogado estiver à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, no seu escritório ou em atividades externas, sendo-lhe reembolsadas as despesas feitas com transporte, hospedagem e alimentação.

§ 2º As horas trabalhadas que excederem a jornada normal são remuneradas por um adicional não inferior a cem por cento sobre o valor da hora normal, mesmo havendo contrato escrito.

§ 3º As horas trabalhadas no período das vinte horas de um dia até as cinco horas do dia seguinte são remuneradas como noturnas, acrescidas do adicional de vinte e cinco por cento.

Art. 21. Nas causas em que for parte o empregador, ou pessoa por este representada, os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados.

Parágrafo único. Os honorários de sucumbência, percebidos por advogado empregado de sociedade de advogados são partilhados entre ele e a empregadora, na forma estabelecida em acordo.

Nesse contexto, surgiu o questionamento, pelos advogados das empresas públicas, acerca da validade da derrogação estabelecida pelo artigo 4º da Lei nº 9.527, de 1997.

Julgando ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Confederação Nacional dos Profissionais Liberais, o Supremo Tribunal Federal – STF suspendeu a eficácia desse dispositivo às empresas públicas e às sociedades de economia mista que exploram atividade econômica, em sentido estrito e sem monopólio, dispondo:

EMENTA. CONSTITUCIONAL. ADVOGADOS. ADVOGADO-EMPREGADO. EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. Medida Provisória 1.522-2, de 1996, artigo 3º, Lei 8.906/94, arts. 18 a 21. C.F., art. 173, §1º. 1. As empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica em sentido estrito, sem monopólio, estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. CF., art. 173, §1º. 2. Suspensão parcial da eficácia das expressões ‘as empresas públicas e às sociedades de economia mista’, sem redução do texto, mediante a aplicação da técnica da interpretação conforme: não aplicabilidade às empresas públicas e às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, em sentido estrito, sem monopólio. 3. Cautelar deferida.³

Assim, estabeleceu-se que, exceto em relação às empresas públicas e às sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, em sentido estrito e sem monopólio, aos advogados empregados da

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Não aplicabilidade às empresas públicas e às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, em sentido estrito, sem monopólio, do artigo 3º da Medida Provisória nº 1.522-2. Ação Direita da Inconstitucionalidade nº 1.552-4. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, Acórdão de 17 de abr. 1998, dois votos vencidos. Diário da Justiça de 17 de abr. 1998.

Administração Pública não se aplicam as normas previstas no Título I do Capítulo V da Lei nº 8.906, de 1994.

3 DA CONSTITUCIONALIDADE DAS DIFERENCIAÇÕES LEGAIS DIRECIONADAS AOS ADVOGADOS EMPREGADOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Apesar da manifestação do STF sobre o tema, a celeuma permaneceu, culminando em ajuizamento salutar⁴, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, de nova ação direta, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei Federal nº 9.527, de 1997.

Em síntese, alegou-se que o dispositivo impugnado afrontaria a Carta da República sob dois aspectos: (i) primeiramente, ofenderia o princípio da igualdade, uma vez que os advogados empregados, independentemente de o serem na Administração Pública ou na iniciativa privada, deveriam ser tratados de maneira isonômica – artigo 5º, *caput* –, e (ii) num segundo momento, especificamente quanto aos advogados empregados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, violaria a determinação do Texto Maior de se estabelecer, nessas entidades, o regime trabalhista próprio da iniciativa privada – inciso II do parágrafo 1º do artigo 173⁵.

4 No Estado democrático de direito entende-se, com Ronald Dworkin, que o ajuizamento de nova ação direta de inconstitucionalidade, longe de configurar insubordinação cívica indesejada – crime ou afronta à ordem fundamental –, corresponde à materialização da participação civil na identificação do Direito. Ainda segundo Dworkin, com efeito, a atividade interpretativa contínua, realizada pela comunidade, é a maneira de se obter a resposta correta para o conteúdo da Constituição, não se devendo crer que as palavras manifestas dos tribunais, embora as últimas, sejam sempre as certas, *verbis*: “*Estamos bem familiarizados com o aforismo de que o direito é o que o tribunal diz que ele é. Mas isso pode significar duas coisas bem diferentes. Pode significar que os tribunais estão sempre certos quanto ao que é o direito, que suas decisões criam o direito, de tal modo que, quando interpretam a Constituição de determinada maneira, essa no futuro será necessariamente a maneira certa de interpretá-la. Ou pode significar simplesmente que devemos obedecer às decisões dos tribunais, pelo menos de maneira geral, por razões práticas, embora nos reservemos o direito de sustentar que o direito não é o que eles disseram. O primeiro modo de ver é o do positivismo jurídico. Creio que está errado e, no fim, corrumpo profundamente a idéia e o Estado de Direito. O argumento que exorto os alemães a adotar, de que o direito, bem compreendido, pode apoiar o que chamamos de desobediência civil, só pode ser um argumento efetivo quando rejeitamos esse aspecto do positivismo e insistimos em que, embora os tribunais possam ter a última palavra, em qualquer caso específico, sobre o que é o direito, a última palavra não é, por essa razão apenas, a palavra certa*”. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luis Carlos Borges. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 155 e 170-171 *passim*, grifou-se.

5 Constituição Federal, de 1998: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o

Embora sejam suscitadas duas hipóteses, distintas pela especialização das empresas da Administração, a verdadeira reflexão proposta cinge-se em como deve ser compreendido, no Estado democrático de direito brasileiro, o princípio da isonomia. Portanto, importa identificar como se irradia tal princípio para cada uma das circunstâncias e outras que, nesse paradigma⁶, venham a se apresentar.

3.1 DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Observe-se, primeiramente, que o direito à igualdade, no fluxo histórico, passou por incrementações diversas, sempre vinculado a uma pré-compreensão jurídica, à percepção social do Direito e ao Estado em que se insere.⁷

Nesse sentido, partindo-se de um Estado caracterizado por privilégios dedicados a grupos e indivíduos, passou-se ao Estado liberal,⁸ em que a igualdade possível e prolatada foi consubstanciada pelo tratamento formalmente isonômico – *igualdade perante a lei*⁹ –, enquanto no Estado social, numa virada da orientação de valores defendidos perante e a partir do Estado, buscou-se implementar uma igualdade material, inclusive com a distribuição de recursos desvinculada da

estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; [...]”.

6 Sobre a importância do exame a partir de determinado paradigma, que permite estabelecer a forma de apreensão da realidade, Habermas destaca: “Os paradigmas do direito permitem diagnosticar a situação e servem de guias para a ação. Eles iluminam o horizonte de determinada sociedade, tendo em vista a realização do sistema de direitos. Nesta medida, sua função primordial consiste em abrir portas para o mundo. *Paradigmas abrem perspectivas de interpretação nas quais é possível referir os princípios do Estado de direito ao contexto da sociedade como um todo.* Eles lançam luz sobre as restrições e as possibilidades para a realização de direitos fundamentais, os quais, enquanto princípios não saturados, necessitam de uma interpretação e de uma estruturação ulterior.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Vol. II. 2 ed., tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, 2003, p. 131, grifou-se.

7 Cf. ROSA, Vicente Pires Rosa. *Igualdade*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio Grande do Sul. Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006, p. 456-462.

8 Sobre a percepção da igualdade no liberalismo, consultar: DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2005, p. 305-311.

9 Esclarecimentos sobre a *igualdade perante a lei* serão apresentados em seguida, neste item.

produção individual.¹⁰

O paradigma do Estado democrático de direito, por sua vez, exsurge caracterizado por um conjunto de fundamentos e procedimentos reflexivos que o organizam a partir de dois elementos básicos: (i) a submissão do exercício do Poder aos limites do Direito – constitucionalismo¹¹ – e (ii) à legitimação democrática.

Canotilho, partindo do Estado de direito, concebe o Estado democrático de direito e exterioriza algumas de suas características fundantes, nos seguintes termos, *litteris*:

O Estado de direito transporta princípios e valores materiais razoáveis a uma ordem humana de justiça e paz. São eles: a liberdade do indivíduo, a segurança individual e colectiva, a responsabilidade e responsabilização dos titulares do poder, *a igualdade de todos os cidadãos e a proibição de discriminação de indivíduos e grupos*. Para tornar efectivos estes princípios e estes valores o Estado de direito carece de instituições, de procedimentos de acção e de formas de revelação dos poderes e competências que permitam falar de um poder democrático, de uma soberania popular, de uma representação política, de uma separação de poderes, de fins e tarefas do Estado. *A forma que na nossa contemporaneidade se revela como uma das mais adequadas para colher esses princípios e valores de um Estado subordinado ao direito é a do Estado constitucional de direito democrático e social ambientalmente sustentado.*¹² (Grifo nosso).

Com efeito, no Estado democrático de direito, o princípio da igualdade deve ser associado à ordem constitucional e ao exercício da democracia.¹³ Vale dizer, deve ser examinado sob o resguardo de instituições e procedimentos que estejam preparados para reconhecer necessidades e particularidades sociais.

10 Acerca da releitura histórica do direito à igualdade entre o Estado Liberal e o Estado Social, consultar: ROSA, Vicente Pires Rosa. Op. cit., 2006, p. 458-459.

11 Pode-se definir constitucionalismo, em termos sucintos, como uma técnica específica de controle do exercício do poder com fins garantísticos. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

12 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa (Portugal): Gradiva, 1999 (Cadernos Democráticos, v. 7), p. 21.

13 Segundo Habermas: “Os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocracias do Estado social passam a ser ocupados por cidadãos que participam de discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento de casos diferenciados.” HABERMAS, Jürgen. Op. cit., 2003, p. 183.

Portanto, o direito à igualdade não pode ser entendido, como era no paradigma social, como a equiparação absoluta dos indivíduos, almejando-se colocar a todos em um mesmo patamar.¹⁴ Diversamente, no Estado democrático de direito, impõe-se o reconhecimento das diferenças individuais, democraticamente manifestadas pelos atores envolvidos¹⁵ – participação democrática –, para se identificar o conteúdo do princípio da isonomia.

Essa ótica, por fim, exige que qualquer regra do ordenamento deva se adequar aos parâmetros constitucionais e, também, observar a diversidade dos indivíduos afetados¹⁶, sob pena de resultarem nulas – inconstitucionais¹⁷ – e não poderem vigorar, legitimamente, no ordenamento jurídico.

No objeto sob exame, a legitimidade do regime jurídico aplicado aos advogados empregados da Administração Pública é impugnada sob o argumento de que se estaria violando o princípio da igualdade. Em uma leitura superficial, poderia se cogitar da existência de diferenciação inadmissível entre advogados, pois sendo todos advogados empregados,

14 Sobre a superação do Estado social e o surgimento do Estado democrático de direito, em que se destaca a importância da participação de todos os atores envolvidos ou afetados, Habermas assevera, *verbis*: “[...] As tentativas da doutrina jurídica visando superar a oposição entre Estado social e direito formal burguês, criando relações mais ou menos híbridas entre os dois modelos, promoveram, ou melhor, desencadearam uma compreensão reflexiva da constituição: e tão logo a constituição passou a ser entendida como um processo pretencioso de realização do direito, coloca-se a tarefa de situar historicamente esse projeto. A partir daí, todos os atores envolvidos ou afetados têm que imaginar como o conteúdo normativo do Estado democrático de direito pode ser explorado efetivamente no horizonte de tendências e estruturas sociais. [...]”. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., 2003, p. 131, grifou-se.

15 Entre os atores sociais a que se refere Habermas, podem-se incluir os advogados empregados da Administração Pública, os quais, embora já atendidos pela obtenção de uma resposta do STF na ADI nº 1.552-4, continuam buscando, pelas instituições democráticas, seus pretensos direitos. Cf. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., 2003, p. 131.

16 Nesse sentido, Inocêncio Mártires Coelho destaca que, na concretização da Constituição, deve-se examinar, sempre, tanto o aspecto normativo quanto o aspecto fático envolvidos, *verbis*: “Na tarefa de concretização da norma constitucional, o intérprete-aplicador deve considerar tanto os elementos resultantes da interpretação do programa normativo, quanto os decorrentes da investigação do domínio normativo, a que correspondem, na doutrina tradicional, respectivamente, a norma propriamente dita e a situação normada, o texto e a realidade social que o mesmo intenta conformar.” COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 90. No mesmo sentido, Menelick de Carvalho Netto aduz que, no paradigma do Estado democrático de direito, os princípios constitucionais concorrem para reger as situações, enquanto somente a consideração das especificidades de cada caso permitirá identificar a única maneira de realização de justiça. Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito*. p. 39. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

17 Cf. CANOTILHO, 2003, p. 878.

não se deveria submeter-lhes a regramentos distintos.

Todavia, no Estado democrático de direito, a leitura isolada da norma não é suficiente para (des)legitimar o tratamento diferenciado. Muito além, deve-se averiguar, à luz da Constituição Federal, se (i) prepondera o tratamento semelhante a ambos, por serem advogados independentemente de suas peculiaridades, ou se (ii) a desigualdade permite tratamento diverso.

No primeiro caso, a norma federal que limita a aplicação do Estatuto da OAB a todos os advogados empregados deverá ser considerada inconstitucional, enquanto, na segunda hipótese, porque adequado um tratamento diferenciado, deverá se reconhecer a sua validade.

O princípio da igualdade, no Estado democrático de direito brasileiro, constitui um direito fundamental¹⁸ de significância proeminente¹⁹, sendo definido pela Carta Republicana em seu artigo 5º, *caput* e inciso I, que asseveram, respectivamente: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]*” e “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*”.

O preceito magno da igualdade, portanto, determina o tratamento equitativo entre os cidadãos, vedando que o direito seja fonte de privilégios ou perseguições.²⁰ Vale dizer, impõe-se que as possibilidades de contrair obrigações e exercer direitos, respeitadas as peculiaridades individuais, sejam as mesmas para cada cidadão.²¹

Entende-se, na doutrina, que o princípio da isonomia tanto é direcionado ao aplicador da lei, quanto ao legislador, hipóteses tratadas, respectivamente, como (i) a igualdade perante a lei e a (ii) igualdade na

18 Cf. CANOTILHO, 1999, p. 21.

19 Com efeito, no contexto constitucional brasileiro, o princípio da igualdade possui significância proeminente, mesmo em relação àqueles insculpidos na Carta Magna, perante os quais possui aplicação apriorística. Sobre o tema, a lição de Francisco Campos assevera: “A cláusula relativa à igualdade diante da lei vem em primeiro lugar na lista dos direitos e garantias que a Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. Não foi por acaso ou arbitrariamente que o legislador constituinte iniciou com o direito à igualdade a enumeração dos direitos individuais. Dando-lhes o primeiro lugar na enumeração, quis significar expressamente, embora de maneira tácita, que o princípio da igualdade rege todos os direitos em seguida a ele enumerados.” CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956, vol. 2, p. 12.

20 Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros editores, 1999, p. 10.

21 Nesse sentido, Rogério Lauria Tucci, ao definir o princípio da igualdade, destaca que “[...] a possibilidade e a capacidade de adquirir direitos e de contrair obrigações, peculiares à situação jurídica em que se postam os interessados, devem ser, portanto, as mesmas para todas as pessoas que nela, equivalentemente, se encontrem.” TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 158.

lei.²²

A primeira significa a conformidade da conduta à norma. Seria, assim, um princípio a ser obedecido pelo aplicador da lei, o qual deve conferir tratamento igualitário aos destinatários da norma.

Por outro lado, a igualdade na lei é de ser observada pelo legislador, que está, em virtude deste princípio, adstrito à elaboração de normas cujo conteúdo abranja o conceito de igualdade. Ou seja, a igualdade na lei faria parte do âmbito material de validade da norma.²³

Pontes de Miranda sintetiza com exatidão essa questão na cláusula constitucional da isonomia, *verbis*:

[...] podem ser *explicitados* dois princípios: um, de igualdade perante a lei feita, e outro, de igualdade na lei a fazer-se. Não é só a incidência e a aplicação que precisam ser iguais, é preciso que seja igual [ou desigual] a legislação.²⁴ (Grifo do autor).

Na hipótese sob exame, dos advogados empregados da Administração Pública, inexistindo dúvidas acerca da aplicação da norma – que indicou minuciosamente seu destinatário –, cumpre observar o elemento da isonomia na lei.

A igualdade na lei, pela ótica do Estado democrático de direito, não trata de igualdade meramente formal, mas material, qualificada por desigualdades legítimas.²⁵ Nesse sentido, os termos do texto normativo, em prol da garantia do princípio da isonomia, inúmeras vezes deverão ser diferentes para garantir a igualdade.²⁶

Com efeito, a igualdade na lei, consideradas as desigualdades

22 Sobre considerações do duplo direcionamento do princípio da igualdade, consultar: MELLO, op. cit., 1999, p. 9-11.

23 Cf. BORGES, José Souto Maior. Significação do Princípio da Isonomia na Constituição de 1988. p. 29-34. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15, 1996. p. 29-34.

24 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969*. Tomo IV, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 698.

25 Acerca das diferenciações que a lei pode fazer, impondo regimes jurídicos diferenciados aos cidadãos, destaca Celso Antônio: “O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas e outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Onde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por obrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., 1999, p. 12.

26 Sobre a desigualdade igualitária, Antônio Celso Baeta Minhoto lembra as idéias seculares de Aristóteles de que “*Justiça consiste em tratar desigualmente os desiguais*”. MINHOTO, Antônio Celso Baeta. *Princípio*

envolvidas, pode significar a sujeição de indivíduos a complexos normativos distintos.²⁷ Portanto, é forçoso reconhecer que apartar, excepcionalmente, o regime jurídico dos advogados empregados pela Administração Pública, do regime dos demais advogados empregados pela iniciativa privada, não fere, necessariamente, a isonomia constitucionalmente garantida. Na verdade, pode corroborá-la.

Embora corretas as várias ilações acerca do conteúdo do princípio jurídico da igualdade, sua aplicação à hipótese concreta apresentasse, comumente, tormentosa. Tendo se deparado com tal dificuldade, Celso Antônio Bandeira de Mello propôs a clássica sistemática do reconhecimento das diferenciações legítimas sob o crivo da isonomia, nos seguintes termos:

Para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia, [...] impende que concorram quatro elementos:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, o vínculo de correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;

da igualdade. p. 313. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 11, n. 42, p. 310 – 328, jan./mar, 2003.

No mesmo sentido, sobre o imperativo do reconhecimento das diferenças, Rui Barbosa esclarece que: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.” BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. [on line] Disponível em: <<http://www.calendario.cnt.br/ruibarbosa.htm>>. Acesso em> 19 set. 2008.

27 Nesse sentido, Boaventura de Souza Santos destaca que “as pessoas e os grupos sociais têm [...] o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza”. SANTOS, Boaventura de Souza. As tensões da modernidade. Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001, *apud* BARROSO, Luís Barroso. *Diferentes, mas iguais*: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Rio de Janeiro: Luís Roberto Barroso & Associados, 2008, p. 13. [on line] Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2008.

d) que, *in concreto*, o vínculo de corralação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.²⁸

Portanto, para se constatar que uma regra está em conformidade com a isonomia, dever-se-á submetê-la a quatro filtros: (i) ser abstrata, (ii) direcionar-se às situações ou pessoas efetivamente distintas, (iii) possuir correlação lógica entre as diferenciações e as desigualdades estabelecidas e (iv) atender os interesses constitucionais.

3.2 DO REGIME DOS ADVOGADOS EMPREGADOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB O CRIVO DA IGUALDADE

Com efeito, para que uma norma não viole a igualdade, deverá possuir generalidade e abstração, pois o estabelecimento singular de privilégio ou perseguição fundado em traço extremamente específico – absoluto – não permitiria, sob o crivo da isonomia, vislumbrar sua pertinência.²⁹

No que se refere a esse primeiro filtro, a (i) abstração da norma resta facilmente caracterizada, pois a Lei nº 9.527, de 1997, que estabelece o regime próprio para os advogados empregados da Administração, direciona-se a qualquer advogado que se torne dela empregado.

Quanto aos filtros da (ii) necessária presença de diferenças, (iii) correlação lógica do *discrímen* com tais distinções e (iv) proteção dos interesses constitucionais – núcleo das desigualdades admissíveis –, importa examinar as particularidades dos advogados empregados da Administração Pública estabelecidas pela Constituição.

O ordenamento jurídico constitucional estabelece que os empregados do Estado se submetem, entre outras, às determinações do art. 37, *caput* e incisos I e II, da Constituição Federal – princípios da impessoalidade, legalidade, moralidade, publicidade, eficiência e inafastabilidade do concurso público de ingresso.³⁰ Esses princípios e

28 MELLO, 1999, p. 41.

29 Cf. MELLO, 1999, p. 23.

30 O emprego público, inclusive o do advogado empregado, embora regido pelas disposições da CLT, submete-se, também, enquanto inserido na Administração Pública, às normas previstas no artigo 37, mais especialmente ao disposto nos incisos I e II, da Constituição Federal. Esses dispositivos tratam da acessibilidade e investidura, bem como das regras de competência para a criação das vagas de empregos e os limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal. Nesse sentido, consultar: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão cautelar dos efeitos do artigo 26 da Lei nº 1.035, de 1990, de Mato Grosso do

seus desdobramentos, inexistentes para os advogados empregados da iniciativa privada, fixam diferenças inafastáveis entre esses e aqueles.

Assim, enquanto na iniciativa privada, por exemplo, o sigilo e a reclusão dos atos são as regras, na Administração Pública, a transparência, por intermédio da publicidade, inclusive com o estímulo de participação de toda a sociedade, é a orientação geral.

Na verdade, toda a diferenciação de valores existente entre o interesse público e o privado irradia-se sobre seus advogados, impondo-lhes deveres que os marcam, cada qual com características próprias e incomunicáveis.

Portanto, quanto ao segundo elemento dos critérios adotados, a saber, *(ii)* efetiva diferença entre os sujeitos desiguais, a Lei nº 9.527, de 1997, não pode ser reprovada, pois está caracterizado.

Quanto ao terceiro elemento, *(iii)* correlação lógica entre as distinções existentes e a desequiparação estabelecida, deve-se, primeiramente, esclarecer que: *(a)* as distinções existentes caracterizam-se pela situação ímpar determinada pelos princípios que regem a Administração, enquanto *(b)* a desequiparação estabeleceu-se pela derrogação, em desfavor dos advogados empregados da Administração, do conteúdo dos artigos 18 a 21 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Portanto, a aferição dessa correlação lógica realiza-se pela demonstração de sintonia entre *(a)* os princípios constitucionais que estabelecem o traço diferencial dos advogados empregados da Administração e *(b)* a derrogação que implementa uma desequiparação.

Assim, enquanto a derrogação estabelecida pela Lei nº 9.527, de 1997, significa a negação do conteúdo dos dispositivos referidos do Estatuto da Ordem, a constatação prática da correlação buscada³¹ se implementa pela demonstração de incompatibilidade entre *(a)* os princípios que orientam o Estado e o *(b)* conteúdo dos dispositivos derogados.

Por esse vizez, observa-se que o parágrafo único do artigo 18³² do referido Estatuto, o qual visa impedir que o empregador recorra, na relação empregatícia, ao advogado empregado para serviços de natureza

Sul, que preteria a exigência do concurso público. Ação Direita da Inconstitucionalidade nº 277-5. Relator: Min. Octávio Gallotti. Brasília, Acórdão de 16 de maio de 1990. Diário da Justiça de 15 de jun. 1990.

31 Trata-se, aqui, da correlação lógica que autoriza a implementação de desequiparações legítimas.

32 Lei nº 8.906/94: "Art. 18. A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia. Parágrafo único. O advogado empregado não está obrigado à prestação de serviços profissionais de interesse pessoal dos empregadores, fora da relação de emprego".

pessoal, representa preceito desnecessário e, inclusive, incompatível com a natureza do serviço dos empregados do Estado.

Com efeito, no serviço público, nos termos do artigo 37 da Constituição, o advogado empregado não deve agir fora dos limites constitucionais e legais. Na verdade, a Constituição estabelece absoluta incompatibilidade entre o exercício das atribuições do advogado empregado da Administração Pública e a regra derogada, pois eventual atendimento aos interesses particulares das chefias configuraria a privatização do público, caracterizando crime e ato de improbidade.

Vale dizer, a norma – que não obriga o advogado empregado a atender aos interesses individuais do empregador, mas o faculta atendê-los –, se aplicada no seio da Administração Pública, à luz do Estado democrático de direito, viola os princípios constitucionais da moralidade e da legalidade.

Quanto aos dispositivos que estabelecem piso salarial e jornada de trabalho especial, ambos a serem incrementados por acordos entre empregados e empregadores³³, cumpre asseverar, novamente, que a Administração rege-se pelo princípio da legalidade. Assim, vedada de dispor aleatoriamente de sua força de trabalho.³⁴

33 Os artigos 19 e 20 da Lei nº 8.906, de 1994, estabelecem, em favor dos advogados empregados, um piso salarial próprio – fixado em demanda coletiva –, jornada de trabalho limitada à quatro (4) horas diárias e vinte (20) horas semanais, horas extras com adicional não inferior a 100% da regular, adicional noturno entre às 20 horas de um dia e às 5 horas do dia seguinte, ressarcimento de despesas e honorários advocatícios.

34 O Presidente da República, por informações apresentadas na ADI nº 3.396, examinou detidamente a compatibilidade das regras do artigo 18 ao 21 do Estatuto da OAB, asseverando sua incompatibilidade nos seguintes termos: “13. O art. 18, *caput*, trata da isenção técnica e da independência profissional, que são atributos necessários a quem exerce atividade jurídica, os quais não se perdem pelo fato de se estar no exercício da advocacia pública. Mesmo porque, a questão da independência funcional é tratada, também, no § 1º do art. 31 da Lei nº 8.906/94, o qual não foi alcançado pelo ato normativo impugnado. Logo, é de se concluir que esse ato tratou genericamente da questão da relação empregatícia, sem adentrar em especificidades que não são por ele afetadas. [§] 14. No que tange ao § único do art. 18, trata-se de norma que visa a impedir o empregador de se valer da relação empregatícia para utilizar o advogado empregado na prestação de serviços de natureza pessoal, desvinculados da relação de emprego. [§] 15. Essa hipótese, no serviço público, juridicamente não pode ocorrer. A uma, porque na Administração Pública não existe, fora dos pressupostos constitucionais e legais, interesse pessoal do ente público. A impessoalidade é um dos princípios constitucionais da Administração Pública, consoante o disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. A duas, porque se ocorrer desvio de função, visando a atender interesse pessoal do administrador público, tal fato configurará ato de improbidade administrativa, qualificado como enriquecimento ilícito, nos termos do inciso IV do art. 9º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. [§] 16. Logo, o disposto no § único do art. 18 mencionado não é afetado pelo ato normativo impugnado porque o dever por ele estabelecido já é de observância obrigatória pela Administração Pública e decorre dos princípios constitucionais que a regem e da Lei de Improbidade Administrativa. Trata-se, portanto, de uma obrigação que, em face da Administração Pública, a sua observância independe de constar ou não do Estatuto da Advocacia. [§] 17. Com relação ao art. 19, que trata do salário mínimo profissional

Efetivamente, o princípio da legalidade é uma das maiores expressões do Estado democrático de direito, constituindo a garantia de que a sociedade não está presa às vontades particulares dos governantes, mas às determinações da Constituição e das leis. Portanto, não se pode conceber a compatibilidade da garantia da legalidade com a possibilidade, ampla, de que a remuneração e a jornada de trabalho dos advogados empregados da Administração estejam dissociadas dela.

Nesse sentido, quanto aos advogados empregados pela Administração Pública, as normas derogadas pela Lei nº 9.527, de 1997, são incompatíveis com a Constituição, porque a sujeição desses advogados a institutos de direito público importa consequência diversa da geral.³⁵

Vale dizer, o exame da incompatibilidade das normas derogadas do Estatuto da OAB, indica que há *(iii)* correlação lógica entre tais distinções e o *discrímen*, a saber, o estabelecimento de regime próprio para os advogados da Administração.

do advogado, é de se verificar que essa norma não possui caráter absoluto, haja vista que ela mesma prevê a hipótese de acordo ou convenção coletiva de trabalho estabelecer tratamento diverso. Ademais, a remuneração dos servidores públicos é matéria submetida ao princípio da reserva da lei, nos termos do inciso X do art. 37 e deve observar os critérios estabelecidos no § 1º do art.39, ambos da Constituição Federal. Logo, o disposto no art. 19 do Estatuto da Advocacia é inoperante perante a Administração Pública direta, por força de norma constitucional. [§] 18. O art. 20 trata da jornada de trabalho, matéria que também não tem natureza absoluta, dada a ressalva no sentido de se estabelecer tratamento diverso mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Portanto, nada obsta que a lei fixe a jornada de trabalho do advogado público igual às dos demais servidores públicos, até mesmo em respeito ao princípio da isonomia que deve existir entre eles. [§] 19. O art. 21, caput, trata dos honorários de sucumbência, estabelecendo que eles pertencem aos advogados empregados. Ocorre que a remuneração dos servidores públicos é matéria submetida ao princípio da reserva legal (art. 37, X, da CF), devendo observar, também, o disposto no inciso XI do art. 37 da CF (teto remuneratório, aplicável às empresas públicas e às sociedades de economia mista que recebam recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio geral, por força do disposto no § 9º desse mesmo artigo) e o § 1º do art. 169, que submete a concessão de vantagens remuneratórias, inclusive nas empresas públicas e sociedades de economia mista, a prévia dotação orçamentária e autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias. [§] 20. Como se observa, a subordinação da administração pública ao disposto no caput do art. 21 citado requer a superação de todos esses óbices constitucionais. [§] 21. Por outro lado, o disposto no parágrafo único desse mesmo artigo trata de matéria absolutamente estranha à administração pública e às empresas privadas, haja vista que o seu objeto é a partilha de honorários advocatícios recebidos por sociedade de advogados. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Advocacia-Geral da União. Da manifestação referente à constitucionalidade do artigo 4º da Lei nº 9.527, de 1997. INFORMAÇÕES Nº AGU/LM-05/2005, protocolizadas em 27/04/2005. Consultor da União: Dr. José Leovegildo Oliveira de Morais, fls. 141-143 dos autos.

35 Na verdade, a análise do disposto no Capítulo V do Título I da Lei nº 8.906, de 1994, demonstra que os direitos garantidos no Estatuto da OAB não encontram fundamento direto na Carta Magna, nem são compatíveis, em todos os casos, com o exercício da advocacia na Administração Pública. Nesse sentido, a norma federal que limita os direitos dos advogados empregados da Administração Pública procura traçar uma distinção decorrente da diversidade de situações jurídicas em que se encontram os advogados.

Por fim, cumpre submeter a hipótese ao filtro referente ao (iv) atendimento dos interesses constitucionais.

A doutrina, ao tratar das desequiparações possíveis, impõe que as diferenciações estejam alinhadas com os valores constitucionais e com o interesse público.³⁶ Com efeito, no Estado democrático de direito, não é qualquer diferença, ainda que real, que autoriza discriminações legais, devendo-se prestigiar situações compatíveis com os interesses constitucionais.³⁷

Celso Antônio Bandeira de Mello, no ponto, destaca, *verbis*:

[...] 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 pela Constituição*.³⁸

O breve exame de alguns dos valores constitucionais direcionados aos advogados empregados da Administração no artigo 37 da Constituição – confrontando-os com algumas das previsões do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e, ao final, identificando sua incompatibilidade – indica que a derrogação promovida pela Lei nº 9.527, de 1997, seria inevitável para se atender aos interesses prestigiados pela Constituição.

Nesse sentido, quando se observa que a Administração está adstrita a um rol de princípios constitucionais inaplicáveis à iniciativa privada, tornando-se um *locus* distinto na sociedade, conclui-se que a diferenciação do regime de seus empregados está em conformidade com os interesses da Constituição.

Portanto, pode-se afirmar que todos os elementos que a norma deve possuir para conviver com o princípio da isonomia foram atendidos. Com efeito, entre o advogado empregado da Administração Pública e

36 Pimenta Bueno, destacando que as diferenciações legais devem estar fundada na defesa do bem público ainda no Império, registrou, *litteris*: “A lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania.” BUENO, Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro, 1857, p. 424, *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros editores, 1999, p. 18.

37 Sobre a necessária consonância da discriminação normativa com os interesses protegidos pela constituição, consultar: MELLO, op. cit., 1999, p. 40–43.

38 MELLO, 1999, p. 17.

aquele empregado na iniciativa privada há, sem dúvidas, diferenças, ou seja, elementos reais de diferenciação.³⁹

É a existência de tais distinções e a compreensão do que é ser igual no ordenamento jurídico brasileiro, ao estabelecer um regime único para os advogados submetidos aos princípios constitucionais da Administração, que, a um só tempo, atende o terceiro (iii) e o quarto (iv) critérios adotados – respetivamente, *correlação lógica do discrimen* e atenção aos valores *constitucionais*.

Vale reafirmar, as particularidades dos advogados empregados da Administração Pública, observadas sob o princípio da isonomia no Estado democrático de direito, tornam adequada a distinção de regime frente aos advogados empregados da iniciativa privada.

A previsão do artigo 4º da Lei nº 9.527, de 1997, traduz um regramento que possui correlação lógica com o fator de *discrimen* que lhe deu causa: é patente a constatação de que os advogados empregados que exercem sua atividade como procuradores ou consultores da Administração Pública não estão em situação de igualdade em relação aos advogados da iniciativa privada. Entender o contrário acarretaria o desvirtuamento do princípio da isonomia.

Por essa razão, a regulação normativa que se aplica aos advogados empregados da Administração Pública não pode ser idêntica, em todo seu estatuto, ao aplicável ao advogado empregado fora dela.

3.3 DOS ADVOGADOS DAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Realmente, os advogados empregados pela Administração Pública não são iguais aos da iniciativa privada, sendo-lhes estabelecido, legitimamente, um regime jurídico próprio. Todavia, exclusivamente quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, a Constituição Federal fixa características específicas, dispondo:

Constituição Federal, de 1998.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou o relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

39 Esse é o segundo critério (ii) para realização do exame de atendimento ao princípio da isonomia por Celso Antônio Bandeira de Mello.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias *que explorem atividade econômica* de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

[...]

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

[...]. (grifo nosso).

Nesse sentido, determinou-se às empresas públicas e sociedades de economia mista, que explorem atividade econômica, o regime próprio das empresas privadas.

A leitura dessa diretriz constitucional indica que, embora integrantes da Administração Pública, os interesses constitucionais voltados às empresas públicas e sociedades de economia mista possuem uma orientação própria: que se manifesta, expressamente, no regime jurídico de seus empregados.

Portanto, embora não seja necessária uma ampla análise de todos os critérios de convivência entre a norma e o princípio da isonomia no Estado democrático de direito, cumpre examinar a compatibilidade da Lei nº 9.527, de 1997, com os interesses constitucionais direcionados ao grupo específico dos advogados empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica.

Com efeito, sem maior esforço, observa-se que a determinação constitucional do artigo 173, § 1º, inciso II, resulta em regimes empregatícios idênticos para os advogados do setor privado e aqueles empregados das empresas públicas e das sociedades de economia. Na verdade, essa singela leitura impõe admitir que eles são colocados, observada a peculiaridade traçada pela Carta Magna, em situação de igualdade.

Realmente, a única peculiaridade indicada pela Constituição para que as empresas da iniciativa privada e as da Administração Pública sejam igualadas quanto ao regime de seus empregados é que se encontrem, na mesma situação fática: explorando atividade econômica sem monopólio, ou seja, em regime de livre concorrência.⁴⁰

40 Embora não haja exame da questão referente a qual das empresas públicas e sociedades de economia mista englobadas pelo artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição, compreende-se que sejam aquelas que explorem atividade econômica em sentido estrito e sem monopólio. Primeiramente, porque nas hipóteses em que o Estado prestar, tão-somente, serviço público por tais empresas, não estará explorando nenhuma

Assim, qualquer distinção do regime empregatício entre essas empresas estará fadada à nulidade, pois ofenderá a isonomia e outros interesses constitucionais – critério nuclear da legitimidade normativa no Estado democrático de direito.

Ocorre que a Lei nº 9.527, de 1997, sem ressalvas quanto às sociedades de economia mista e empresas públicas que explorem atividade econômica sem monopólio, estabeleceu-lhes um regime próprio, diferenciado, violando o conteúdo do princípio da igualdade.

Nesse sentido, a Suprema Corte tratou da *quaestio iuris* em sede cautelar, na ADI nº 1.552, fixando a orientação de que não se aplicam às empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, em sentido estrito, sem monopólio, as restrições impostas pelo artigo 3º da Medida Provisória nº 1.522-2, de 1996, posteriormente convertido no artigo 4º da Lei nº 9.527, de 1997.⁴¹

À exceção do caso mencionado, devem ser observadas pelos advogados empregados dessas empresas públicas e sociedades de economia mista as restrições específicas do regime jurídico do advogado empregado da Administração Pública.⁴²

CONCLUSÃO

Conforme se observa, com a edição da Lei nº 8.906, de 1994, dispondo sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, diversas inovações foram introduzidas na disciplina reservada

atividade econômica. Depois, porque a atividade econômica exercida em regime de monopólio, sem concorrência, gera um *discrímen* que não permite igualar tais empresas públicas e sociedades de economia mista com aquelas inseridas em um ambiente de concorrência.

41 O acórdão do STF foi proferido nos seguintes termos: “CONSTITUCIONAL. ADVOGADOS. ADVOGADO-EMPREGADO. EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. Medida Provisória 1.522-2, de 1996, artigo 3º. Lei 8.906/94, arts. 18 a 21. C.F., art. 173, § 1º. I. - As empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica em sentido estrito, estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. C.F., art. 173, § 1º. II. - Suspensão parcial da eficácia das expressões ‘às empresas públicas e às sociedades de economia mista’, sem redução do texto, mediante a aplicação da técnica da interpretação conforme: não aplicabilidade às empresas públicas e às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, em sentido estrito, em monopólio. III. - Cautelar deferida.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Não aplicabilidade às empresas públicas e às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, em sentido estrito, sem monopólio, o artigo 3º da Medida Provisória nº 1.522-2. Ação Direita da Inconstitucionalidade nº 1.552-4. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, Acórdão de 17 de abr. 1998, dois votos vencidos. Diário da Justiça de 17 de abr. 1998.

42 Inclusive nos casos em que a exploração da atividade conta com interferência estatal – monopólio legal – ou significa a prestação de serviço público, inexistindo previsão Constitucional que os exclua da sistemática geral, dever-se-á aplicar-lhes o regime 4º da Lei nº 9.527, de 1997.

ao exercício da atividade profissional de advocacia, modernizando-se a sistemática então vigente.

A nova regulamentação legal optou por incorporar capítulo especificamente voltado à regulação da atividade de advocacia quando exercitada com vínculo de emprego, nos moldes estatuídos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim, a relação de emprego entre o advogado e o seu empregador opera-se nos moldes estabelecidos pela CLT, os quais se submetem, com as adaptações necessárias, aos mesmos requisitos da regência geral; e, por outro lado, têm garantidas as prerrogativas e benefícios da Lei nº 8.906, de 1994.

Todavia, no que se refere aos advogados empregados da Administração Pública, a Lei nº 9.527, de 1997, em seu artigo 4º, consignou um comando que lhes impossibilitou usufruir o Título I do Capítulo V do Estatuto da OAB, criando uma sistemática de diferenciação entre os advogados empregados.

Com efeito, a Administração Pública, por sua natureza, está submetida a uma regência mais ampla do que àquela direcionada ao setor privado, donde decorre um regime próprio aos seus empregados.

O emprego público, inclusive o do advogado empregado, embora regido pelas disposições da CLT, submete-se, enquanto inserido na Administração Pública, às normas previstas no artigo 37 *caput*, e incisos I e II, da Constituição Federal, firmando um regime diferenciado.

Os valores constitucionais a que se submete a Administração devem orientar possíveis desequiparações como, por exemplo, no sentido de que seja necessário um regime próprio para os empregados que prestam seus serviços no *locus* diferenciado que são as empresas que integram a Administração Pública.

Nesse sentido, aplicar indiscriminadamente os dispositivos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil aos advogados com vínculo empregatício com a Administração Pública seria impertinente, pois seus advogados estão em situação diversa dos empregados da área privada.

À luz do Estado democrático de direito, o princípio da igualdade aplica-se entre os advogados empregados como legitimador das desigualdades formais existentes, em prol da igualdade material, que só pode ser obtida, em se tratado de situações diversas, com o tratamento normativo diferenciador.

Assim, as normas da Consolidação das Leis do Trabalho e do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil aplicam-se à Administração Pública com inúmeras peculiaridades, sobretudo porque há um regime próprio para o empregado público, advogado ou não. Vale ressaltar, no

entanto, que embora o artigo 4º da Lei nº 9.527, de 1997, seja legítimo à luz da Constituição Federal e do princípio da isonomia, sua abrangência não é absoluta entre os entes públicos.

Na verdade, quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica sem monopólio, o inciso II do parágrafo 1º do artigo 173 da Constituição Federal estabeleceu, efetivamente, simetria com as empresas privadas, devendo ser aplicado aos seus empregados, inclusive os advogados, exatamente o mesmo regime aplicável àqueles, sem as derrogações do referido artigo 4º da Lei nº 9.527, de 1997.

Pode-se sintetizar que o advogado empregado da Administração Pública, enquanto exerce suas atividades em um ente que desenvolva atividade eminentemente pública, ou fomentadora de políticas públicas, está submetido a um regime jurídico próprio, em plena conformidade com a Constituição Federal e amparado pelo princípio da isonomia, embora diverso dos demais advogados empregados.

Outrossim, nas hipóteses em que o advogado exercer suas atividades em ambiente de exploração comercial sem qualquer interferência estatal, ainda que o faça em empresa pública ou sociedade de economia mista, por determinação expressa de equiparação de condições do artigo 173 da Constituição, o estatuto trabalhista dos advogados empregados deverá ser idêntico aos da iniciativa privada, afastando-se as limitações impostas pelo artigo 4º da Lei nº 9.527, de 1997, pois incompatíveis com a Lei Maior.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. [on line] Disponível em: <<http://www.calendario.cnt.br/ruibarbosa.htm>>. Acesso em: 19 set. 2008.

BARROSO, Luís Barroso. *Diferentes, mas iguais*: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Rio de Janeiro: Luís Roberto Barroso & Associados, 2008. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. ed. tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1996.

BORGES, José Souto Maior. *Significação do Princípio da Isonomia na Constituição de 1988*. p. 29-34. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15, 1996, p. 29-34.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8.906 de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em 28. Set. 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.527 de 10 de dezembro de 1997. Altera dispositivos das Leis nºs 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.460, de 17 de setembro de 1992, e 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 dez. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9527.htm>. Acesso em 28. Set. 2008

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais e de revisão subsequentes. Brasília: Senado Federal, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Não aplicabilidade às empresas públicas e às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, em sentido estrito, sem monopólio, o artigo 3º da Medida Provisória nº 1.522-2. Ação Direita da Inconstitucionalidade nº 1.552-4. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, Acórdão de 17 de abr. 1998, dois votos vencidos. Diário da Justiça de 17 de abr. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão cautelar dos efeitos do artigo 26 da Lei nº 1.035, de 1990, de Mato Grosso do Sul, que preteria a exigência do concurso público. Ação Direita da Inconstitucionalidade nº 277-5. Relator: Min. Octávio Gallotti. Brasília, Acórdão de 16 de maio de 1990. Diário da Justiça de 15 de jun. 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

_____. *Estado de direito*. Lisboa (Portugal): Gradiva, 1999 (Cadernos Democráticos, v. 7).

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. 2.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA,

Marcelo Andrade (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FRANÇA, Júnia Lessa; VASCONCELOS, Ana Cristina de. *Manual para Normalização de Publicações Técnico-Científicas*. 8. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. 2 ed., Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MINHOTO, Antônio Celso Baeta. Princípio da igualdade. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, ano 11, n. 42, jan./mar., 2003, p. 310-328.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º I de 1969*. Tomo IV, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Advocacia-Geral da União. Da manifestação referente à constitucionalidade do artigo 4º da Lei nº 9.527, de 1997. *INFORMAÇÕES Nº AGU/LM-05/2005*, protocolizadas em 27/04/2005. Consultor da União: Dr. José Leovegildo Oliveira de Moraes, fls. 141-143 dos autos.

ROSA. Vicente Pires Rosa. *Igualdade*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio Grande do Sul. Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006, p. 458-459.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.