

— *Inconstitucionalidade do art. 86 da Lei n.º 4.215, de 1963, que somente após dois anos de inatividade faz cessar impedimento ou incompatibilidade para exercício da advocacia.*

— *O mencionado dispositivo legal viola o disposto no art. 153, §§ 1.º e 23 da Constituição Federal.*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Procurador-Geral da República *versus* Congresso Nacional e Presidente da República
Representação nº 1.054 — Relator para o acórdão: Sr. Ministro

MOREIRA ALVES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar procedente a representação para declarar a inconstitucionalidade do art. 86 da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963.

Brasília, 4 de abril de 1984. — *Cordeiro Guerra*, Presidente. *Moreira Alves*, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro *Néri da Silveira* (Relator):
Atendendo à solicitação do Sr. Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho — 6ª Região — de Pernambuco, o

Dr. Procurador-Geral da República ofereceu representação, arguindo a inconstitucionalidade do art. 86, da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, que reza:

“Art. 86. Os magistrados, membros do Ministério Público, servidores públicos, inclusive de autarquias e entidades paraestatais e os funcionários de sociedade de economia mista, definitivamente aposentados ou em disponibilidade, bem como os militares transferidos para a reserva remunerada ou reformados, não terão qualquer incompatibilidade ou impedimento para o exercício da advocacia, decorridos dois anos do ato que os afastou da função.”

Sustenta-se que o dispositivo legal inserto no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil ofende o art. 153, § 23, da Constituição Federal, que preceitua:

“§ 23. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.”

Afirma-se, na exposição, com que instruída a inicial (fls. 7), que o art. 86 impugnado discrimina “injustificada e injustificavelmente, a pretexto de manter independência profissional e evitar concorrência desleal, restringe (irrita, abusiva mas até agora comodamente) no tempo e no espaço o sagrado direito de as pessoas negativamente contempladas dedicarem-se livremente ao exercício profissional da advocacia desde quando definitivamente desligadas (de fato e de direito) do exercício de funções incompatibilizantes ou impeditas”.

Noutro passo, a referida exposição, que serviu de base ao ajuizamento da inicial, às fls. 11, sustenta:

“05 — Em verdade o artigo de lei em trato não consegue ocultar (nem conseguiria se disso cuidasse) seu alto teor de egoísmo e conseqüente procedimento discriminatório mal acobertado por falso (eis que insubsistente) temor de inindependência profissional e concorrência desleal (ver art. 83 da mesma lei). Com efeito, não condiz ao bom senso e à realidade de que se deve valer o legislador para construir obra séria e digna de respeito o omitir (*in casu*) da

injusta e injustificável vedação temporária chefes do Poder Executivo (presidentes da República, governadores, prefeitos), ministros e secretários de Estado, membros dirigentes e não-dirigentes do Poder Legislativo (senadores, deputados, vereadores) e outros (mormente tabeliães e escrivães!) incompatibilizados e impedidos (cf. arts. 84 e 85 da mesma lei), quando é certo (óbvio mesmo) que ninguém tanto quanto esses constrói, utiliza e transmite como herança a popularidade, o prestígio e a ascendência de natureza política na coletividade e sobre a coletividade, quando é evidente (axiomático até) que a ninguém tanto quanto a esses é dado (se o quiserem!), em sendo advogados, atrair clientela, tanto mais quando bons advogados. Igualmente é *data venia* desprovido do mais elementar fundamento pretender, como o pretendem o ilustre Rui Sodré, *Ética profissional e estatuto do advogado*, e o egrégio Conselho Federal da OAB (ver anexo III), que ‘a razão teleológica’ do art. 86 da Lei nº 4.251/1963 não toca o magistrado *demitido* nem o *aposentado por ato de poder revolucionário*. De fato, basta ter em mente que não é razoável presumir que toda demissão de juiz por ato de poder revolucionário seja injusta, que é perfeitamente possível que um magistrado seja demitido arbitrariamente aos 30 ou 40 anos de judicatura (famoso, prestigioso, no topo da popularidade possível) e outro se aposente voluntariamente aos seis meses de exercício da função (anônimo, sem qualquer prestígio, às vezes até impopular), sendo absolutamente sem sentido que se proclame que o primeiro é acolhível nos quadros da Ordem dos Advogados, desde logo, enquanto que o segundo não o é (e, pois, deve ser relegado à espera de dois longos e desgastantes anos), basta, enfim, que se tenha presente a curial verdade de que a amizade, o prestígio, a fama e a popularidade solidificados não se estiolam em dois anos.”

As informações prestadas pelo Exmo. Sr. Presidente da República basearam-se em parecer do Ministério da Justiça, onde se destaca (fls. 51-3):

"Vigente há mais de 17 anos vem o art. 86, sendo aplicado por todas as seções da Ordem dos Advogados do Brasil quase que sem contestação, pois todos compreendem sua teleologia e posição ética.

Na análise da decisão proferida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 24.6.69 e que se encontra referida às fls. 26, sentimo-nos no dever de apresentar os seguintes argumentos e considerações:

a) trata-se de aposentadoria *não requerida*;

b) o solicitante da inscrição não perceberia seus vencimentos integrais;

c) seria duplamente punido se se lhe proibisse de trabalhar;

d) a adotar-se outra solução poder-se-ia suprimir o direito à subsistência do punido.

Estes os motivos daquela decisão, segundo informações que coligi.

Solicitei ao douto Conselho Federal da OAB certidão integral do ali decidido e os argumentos expendidos, todavia a urgência que o caso requer não me permitiu obter os considerandos integrais daquele decisorio.

Toda a liberdade tem os seus limites, e, ao legislar sobre as condições de capacidade para o exercício das profissões liberais e técnico-científicas nos expressos termos do art. 8º, inciso XVII, alínea *r*, da Constituição Federal, pode e deve a União estabelecer condições que protejam a magistratura.

Parece-nos que o princípio adotado no art. 86, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como inúmeros outros impedimentos ali impostos visam proteger à própria magistratura.

Ensina-nos a melhor doutrina que, quer os impedimentos, quer as suspeições (tanto no processo civil, como no processo penal) impostos aos magistrados visam, também, *manter bem alta a respeitabilidade que o povo deve ter para com o Poder Judiciário.*

Ainda que um juiz se sinta, em uma determinada causa, na qual ocorra caso de impedimento ou de suspeição presumida,

em condições de decidir com imparcialidade, mesmo assim a vedação de julgar persiste, pois sua decisão poderia, conforme as circunstâncias, ser alvo de crítica.

O impedimento criado pelo art. 86 visa proteger tanto o magistrado que se aposenta, como o que em atividade julgaria causa proposta por aquele.

Se vencedora for a tese defendida pelo magistrado recém-aposentado, a outra parte, poderia, bem como qualquer do povo, lançar *infundadas* dúvidas sobre o mérito do decidido.

Se a decisão for prolatada com rapidez — fato que normalmente pode ocorrer — na espécie, poder-se-ia dizer que houvera influência para que a justiça fosse feita com maior celeridade naquele caso.

O povo, ignorante dos fatos e das provas coligidas, 'julgaria' o juiz pelas aparências.

Muitos também poderiam procurar os serviços do recém-aposentado pensando que este poderia ter mais condições que outrem para resolver melhor e mais rapidamente seus problemas judiciais.

Nunca pretenderia eu afirmar ou sequer pensar que o magistrado que viesse a decidir a causa proposta por ex-colega, recém-aposentado, de qualquer forma o protegesse ou o privilegiasse.

A magistratura brasileira tem dado sobejas provas de independência, imparcialidade e honestidade que muito a exornam e que muito honram as tradições jurídicas de nosso país no concerto das nações.

Entendo que foi, justamente, para defender esse alto conceito que desfruta nossa magistratura, perante o povo, que se criaram os impedimentos estatutários da OAB."

Noutro passo, o parecer aduz (fls. 55):

"A declarar-se inconstitucional o art. 86, do Estatuto da OAB, pelos mesmos motivos *deveriam ser declarados inconstitucionais todos os demais artigos que criam impedimentos*, pois restringem também referidos artigos a liberdade de profissão.

O critério do legislador: oportunidade, conveniência, e política de realizar o bem comum, no caso, protege a magistratura e também os advogados, poderá, por alguns

ser considerado severo, justo ou injusto, longos os dois anos, menor ou maior o prazo, mas o critério é do legislador, e, não fere, *data maxima venia*, a Constituição.”

Nas informações prestadas pelo Exmo. Sr. Presidente do Congresso Nacional, com apoio em parecer do Sr. Consultor-Geral do Senado Federal, anota-se (fls. 43-4):

“IV — A Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, citada, teve origem no Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 1.751-E, de 1956 (nº 126/61 no Senado Federal), de iniciativa do presidente da República, que o encaminhou ao Congresso Nacional com a Mensagem nº 413, em 18 de agosto de 1956.

V — Esse projeto, que o Exmo. Sr. Presidente da República adotou como seu, foi, *ipsis litteris*, um anteprojeto de lei elaborado e aprovado unanimemente pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil e encaminhado pelo então presidente da OAB, M. Seabra Fagundes, ao então Ministro da Justiça e Negócios Interiores, Nereu Ramos.

VI — No anteprojeto da OAB, no projeto do Executivo, e na Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, em que, afinal, transformouse o projeto, consta o dispositivo que ora se pretende inconstitucional, com a mesma redação inicial.

Tanto na Câmara dos Deputados, como no Senado Federal, nenhuma emenda foi oferecida ao citado art. 81, do projeto primitivo.

Por outro lado, nem o Conselho da OAB, nem o ministro da Justiça, nem os relatores da matéria, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, fizeram qualquer menção específica sobre o dispositivo impugnado.

Na exposição de motivos, que acompanhou a mensagem presidencial, o dispositivo em apreço também não foi objeto de nenhuma consideração especial, tendo a sua justificativa ficado implícita nos comentários gerais feitos, na exposição de motivos, sobre o exercício da advocacia.

VII — A única diferença que existe, no caso, a registrar, está no número do artigo argüido de inconstitucional, que, no projeto

primitivo, era 81, e, na lei em que se converteu o projeto, é 86.

VIII — O projeto foi sancionado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, em 27 de abril de 1963, com um veto, o qual foi, posteriormente, rejeitado pelo Congresso Nacional.”

A douta Procuradoria-Geral da República, em parecer firmado pelo Procurador da República, Dr. Moacir Antonio Machado da Silva, e aprovado pelo ilustre Procurador-Geral da República, Prof. Inocêncio Mártires Coelho, opinou no sentido da improcedência da representação. No pronunciamento, observa-se (fls. 58-60):

“5. A restrição temporária para o exercício da advocacia, para certas categorias de aposentados, surgiu com o Decreto nº 22.478, de 20 de fevereiro de 1933, de uma forma embrionária, pois era dirigida aos magistrados e prevalecia apenas no território sujeito à jurisdição do juízo ou tribunal em que tivessem funcionado.

O art. 11 do aludido diploma, com efeito, incluía entre os impedidos de procurar em juízo, mesmo em causa própria, no inciso VII:

‘Os magistrados aposentados ou em inatividade remunerada, no território sujeito à jurisdição do juízo ou tribunal em que tenham funcionado, até dois anos depois de seu afastamento, compreendendo-se nessa provisão a emissão de parecer sobre causas em andamento ou a serem propostas no dito território.’

6. Observa-se que o aludido decreto surgiu em plena vigência da Constituição de 1891, que, no art. 72, § 24, acolheu fórmula ampla e genérica na definição da liberdade de profissão e sem nenhuma ressalva: ‘É garantido o exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.’

7. Não há dúvida de que seria discutível a questão da compatibilidade da regra com o texto de 1891. Logo depois, porém, surgiu a Constituição de 1934, que enunciava o princípio da liberdade de profissão de forma relativa, admitindo que a lei estabelecesse condições de capacidade técnica e outras, ditadas pelo interesse público.

8. A revogação operada pelo Decreto-lei nº 8.043, de 1945, observa Ruy de Azevedo Sodré, suscitou protestos contra a medida, especialmente porque a proibição se fundava em motivos óbvios de moralidade e ainda porque não fora consultada a classe dos advogados, em matéria de seu interesse (*A ética profissional e o Estatuto do Advogado*, 1975, p. 367).

9. Acrescenta ainda o autor que, na exposição de motivos do Conselho Federal, submetendo à consideração do Congresso o projeto de lei do Estatuto da Ordem dos Advogados, em 1º de maio de 1956, ficou acentuado o princípio expresso em regra específica de que o exercício da advocacia é incompatível com qualquer atividade, função ou cargo público que reduza a independência do profissional ou proporcione a captação de clientela' (op. cit. p. 368).

10. O art. 86, da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, surgiu na vigência do art. 141, § 14, da Constituição de 1946, que apresentava, em sua segunda parte, a mesma ressalva do texto vigente, *in verbis*:

§ 14. É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.'

11. Dessa forma, ou o preceito foi validamente editado no regime constitucional de 1946 e, assim, nenhuma inconstitucionalidade seria possível reconhecer em face do texto vigente, ou, então, se algum vício pudesse ser reconhecido diante da Constituição atual, essa incompatibilidade já existiria desde o surgimento da Lei nº 4.215, de 1963.

Esse aspecto tem relevância, pois a aplicação reiterada da regra, por longo tempo, já induz, em princípio, a sua compatibilidade com a Lei Fundamental."

Sustenta, outrossim, o parecer que a expressão "condições de capacidade" do texto constitucional em vigor (art. 153, § 23) não pode ser reduzida ao conceito de condições de capacidade técnica (fls. 60), acrescentando, noutra passagem (fls. 62): "16. A vedação temporária de que trata o art. 86 da Lei nº 4.215, de 1963, inspira-se em aspecto de moralidade, objetivamente relevante segundo o senso comum. Não se pode negar,

portanto, que constitua um requisito de capacidade, nem que esteja presente o interesse público. Este se confunde com a *ratio legis* do preceito, a mesma do art. 11, inciso VII, do Decreto nº 22.478, de 1933, de manifesta atualidade." Entende, ainda, o parecer que a hipótese é diversa da decidida pelo Supremo Tribunal Federal, na Representação nº 930/DF, acerca do registro nos conselhos regionais de corretores de imóveis (fls. 62).

A Ordem dos Advogados do Brasil, por seu conselho federal, solicitou a admissão como assistente dos representados (fls. 72), o que deferi (fls. 76), após a manifestação favorável do Dr. Procurador-Geral da República (fls. 74-5).

É o relatório, do qual a Secretaria providenciará a remessa de cópia aos Srs. Ministros, nos termos do art. 172, do Regimento Interno.

VOTO

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Relator):
Questiona-se em torno da validade do art. 86, da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, que dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, na redação introduzida pela Lei nº 5.681/1971, em face do art. 153, § 23, da Constituição, que preceitua:
"§ 23. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer."

O art. 86 impugnado estabelece que os magistrados, membros do Ministério Público, servidores públicos, civis e militares, inclusive autárquicos, bem assim empregados de entidades paraestatais, sociedades de economia mista, em disponibilidade ou definitivamente aposentados, transferidos para reserva remunerada ou reformados, não terão qualquer incompatibilidade ou impedimento para o exercício da advocacia, decorridos dois anos do ato que os afastou da função. Sustenta-se que a cláusula final — "decorridos dois anos do ato que os afastou da função" — constitui condição que, não sendo de capacidade, de natureza técnica, não po-

de ser estabelecida validamente pela lei, diante do princípio insculpido no § 23, do art. 153, da Constituição.

2. A liberdade de profissão é princípio consagrado na tradição constitucional brasileira. A Constituição Política do Império do Brasil, no art. 179, nº 24, dispunha: “Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos”, abolindo-se, no item 25, do mesmo artigo, “as corporações de ofícios, seus juizes, escrivães e mestres”. Com o advento da República, a Constituição de 1891, em seu art. 72, § 24, estabeleceu: “É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.” Já na quadra da socialdemocracia, embora confirmado o princípio da liberdade de profissão, limitou-se seu exercício, com a estipulação de observância das condições de capacidade ou outras restrições, em lei, estabelecidas. Assim, na Carta Política de 1934, art. 113, nº 13, está: “É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público.” A Constituição de 1937, no art. 122, nº 8, assegurou: “A liberdade de escolha de profissão ou gênero de trabalho, indústria ou comércio, observadas as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público, nos termos da lei.” A Constituição de 1946, como a Lei Maior de 1967, nas redações, original e emendada, garantiram a liberdade de profissão, sujeita, apenas, a esta cláusula: “Observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer” (Constituição de 1946; art. 141, § 14; Constituição de 1967, art. 150, § 23; Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 153, § 23).

No regime da Constituição de 1824, Pimenta Bueno, depois de anotar que a livre escolha e exercício do trabalho, indústria ou profissão, a espontânea ocupação das faculdades do homem “tem por base não só o seu direito de liberdade, mas também o de sua propriedade”, e “impedir o livre uso desse direito, sua escolha espontânea ou querer forçá-lo a alguma ocupação indus-

trial determinada seria violar a mais sagrada das propriedades, o domínio de si próprio”, escreveu: “551. As únicas restrições que o nosso artigo constitucional estabelecem são que o trabalho ou indústria não se oponha aos costumes públicos, ou à segurança ou saúde dos cidadãos (Pimenta Bueno, *apud Direito público brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Senado Federal, 1978, p. 391, n.ºs 550 e 551).

A sua vez, Carlos Maximiliano, na vigência da Constituição de 1891, escreveu: “Quanto às profissões liberais só é lícita a exigência da prova de capacidade. Qualquer outra restrição ou regulamentação seria incompatível com a liberdade assegurada pelo estatuto supremo. Não pode existir, portanto, a Ordem dos Advogados, reminiscência das corporações de ofício, permitindo a prática da profissão só aos seus membros, que, além do título acadêmico, devem sujeitar-se a um estágio (de três anos) em geral e obter afinal ser inscritos no quadro (Maximiliano, Carlos, *apud Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1946*, v. 3, p. 256, nº 4).

Já sob a Constituição de 1934, Pontes de Miranda, depois de se referir à lição anterior de Carlos Maximiliano, observou: “Está o Poder Legislativo livre das peias que a concepção individualista, causa de graves dissabores nos EUA, antes lhe criava, e os obstáculos maiores, que eram ligados ao trabalho, foram postos de lado pelos arts. 120-123 e outros da Constituição de 1934. Aliás, a Revisão de 1925-1926 havia introduzido o inciso 28 do art. 34: ‘Compete privativamente ao Congresso Nacional: 28. Legislar sobre o trabalho. Na Constituição de 1934, os estados-membros têm certa competência legislativa a respeito (art. 5º, XIX, i, e § 3º)’” (Pontes de Miranda, *Comentários*, v. 2, p. 165-6).

Adiante, no regime de 1937, o mesmo saudoso jurista pátrio, em se referindo à norma da Carta Política de 10 de novembro, sobre a matéria observou: “Por outro lado, a liberdade de escolha de profissão, ou do gênero de trabalho, indústria, ou comércio, que no inciso 8 se assegurou, não só é dependente das condições de capacidade, que

as leis apontarem, como sujeita às restrições impostas pelo bem público, segundo as palavras mesmas do inciso 8, cabendo às leis (*verbis*: 'nos termos da lei') a definição de bem público e a indicação das restrições. Logo se percebe a que ponto de fluidez chegou, a partir da Constituição de 1891 (art. 72, § 24) e passando pelo cadinho semi-socialdemocrata e semifascista da Constituição de 1934 (art. 113, 13) o velho princípio liberal da escolha de profissão."

Sem coincidirem, dessa maneira, os sistemas de 1891 e de 1946, como o da Constituição de 18 de setembro de 1946, com as disposições de 1934 e 1937, certo é que as regras postas pelos constituintes de 1946 e 1967 guardam, de qualquer sorte, maior aproximação do texto constitucional de 1934. Em 1934, como em 1946, reconheceu-se ao Poder Legislativo competência, com vistas a dispor sobre condições de capacidade, para o exercício das profissões, o que, efetivamente, se interditava à legislatura, em 1824 e 1891, nas inspirações do pensamento liberal, que, preponderantemente, informou o constitucionalismo do século XIX.

Nessa linha, Pontes de Miranda definiu, todavia, o sentido da regra maior do art. 141, § 14, da Constituição de 1946: "O que é preciso é que as exigências para o exercício das profissões não criem inacessibilidade, por diferenças de nascimento, de sexo, de raça, de profissão anterior lícita dos indivíduos em causa, ou de qualquer dos pais deles, de classe social, de riqueza, de crenças religiosas ou de idéias políticas. Assim, em conjunto e harmonicamente, podem e devem ser entendidos os preceitos constitucionais sobre educação, profissão e trabalho" (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, v. 3, p. 255).

É certo que a disposição que se cristalizou no § 14, do art. 141, da Lei Fundamental de 1946, estava no anteprojeto, com a seguinte redação: "É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica que a lei estabelecer." Travou-se na Comissão Constitucional, longo debate, no sentido de excluir a expressão "capacidade técnica", porque, segundo uma

corrente, "não são só as condições de capacidade técnica que devem ser observadas; outras podem existir e ser estabelecidas pela lei." Assim, sustentava-se, "a Constituição dará maior amplitude à lei ordinária, a respeito do assunto". Mário Masagão combateu essa sugestão, anotando, como registra José Duarte: "O projeto permite que a lei estabeleça apenas as condições de capacidade técnica para o exercício das profissões. Isso corresponde ao estabelecimento da liberdade naquele exercício. Se admitirmos que as condições possam ser outras, além das de capacidade técnica, estaremos destruindo a liberdade profissional no Brasil. A lei não pode, num regime democrático, estabelecer outras condições, sob pena de cairmos na economia dirigida, com perigo, até, de formação de corporações de ofício e outros horrores, que podem sufocar a economia de um país. Este ponto é essencial, e para ele invoco a atenção da comissão: se mantivermos o texto como se acha, afirma Mário Masagão, autorizando o legislador ordinário a estabelecer as condições de capacidade técnica para o exercício profissional, já teremos assegurado o interesse público. Há profissões cujo exercício diz diretamente com a vida, a saúde, a liberdade, a honra e a segurança do cidadão e, por isso, a lei cerca seu exercício de determinadas condições de capacidade. Fora deste terreno, não podemos admitir exceções, porque estariamos mutilando o regime democrático da Constituição e o Estado jurídico em que pretendemos ingressar, dando à lei ordinária uma força que não deve e não pode ter" (Duarte, José, *A Constituição Brasileira de 1946*, v. 3, p. 33-4). À sua vez, no debate, observou Ataliba Nogueira: "Penso que a única restrição a colocar-se é precisamente a de proteger o povo contra os profissionais que não tenham habilitação técnica, porque o povo não pode, de maneira alguma, saber de antemão se tal ou qual profissão tem esta ou aquela habilitação técnica. Por isto, a meu ver, a única restrição razoável é a já contida no inciso 15. Assim, sou favorável à manutenção, na íntegra, do dispositivo" (op. cit. p. 34).

Na discussão final do texto da Constituição de 1946, veio a prevalecer o dispositivo, apenas, com a cláusula: "observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer", repetindo-se a redação na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

3. Pronunciando-se acerca do sentido da cláusula em apreço, esta Corte, na Representação nº 930, examinou amplamente a matéria. Na oportunidade, o saudoso Ministro Rodrigues Alckmin assim se manifestou:

"3. Disse eu, então, ao apreciar o agora impugnado diploma legal, à luz da Constituição Federal de 1946:

'A Constituição Federal dispõe, em seu art. 141, § 14:

'É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.'

(Observe que o texto, na Constituição Federal de 1967, não alterado pela Emenda Constitucional nº 1/69, é até mais amplo: 'É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer'.)

Assegura a Constituição, portanto, a liberdade do exercício de profissão.

Essa liberdade, dentro do regime constitucional vigente, não é absoluta, excludente de qualquer limitação por via de lei ordinária.

Tanto assim é que a cláusula final ('observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer') já revela, de maneira insofismável, a possibilidade de restrições ao exercício de certas atividades.

Mas também não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições que entenda ao exercício de qualquer gênero da atividade lícita. Se assim fosse, a garantia constitucional seria ilusória e despidida de qualquer sentido.

Que adiantaria afirmar 'livre' o exercício de qualquer profissão, se a lei ordinária tivesse o poder de restringir tal exercício, a seu critério e alvitre, por meio de requisitos e condições que estipulasse, aos casos e pessoas que entendesse?

É preciso, portanto, um exame aprofundado da espécie, para fixar quais os limites a que a lei ordinária tem de ater-se, ao indicar as 'condições de capacidade'. E quais os excessos que, decorrentes direta ou indiretamente das leis ordinárias, desatendem à garantia constitucional.

4. A fixação desses limites decorre da interpretação da Constituição e cabe, assim, ao Poder Judiciário.

Com indisputável acerto pondera Alcino Pinto Falcão:

'(...) a simples alegação do legislador de que o exercício de determinada atividade toca ao interesse público e por isso merece regulamentação não é conclusiva no sentido do cabimento da regulamentação; sempre podem os interessados socorrer-se do juiz, que terá que apreciar da procedência ou não da alegação de interesse público informador da regulação. Esta, a lição unânime da Corte Suprema norte-americana, sendo relator o Ministro Presidente Taft. Outra não é, aliás, a opinião de Gonzalez Calderon, ao acentuar, no tocante:

'(...) el poder judicial debe amparar, como es el goce honesto y normal sin prejuicios de terceros y el ejercicio de profesiones e industrias lícitas; porque de otra suerte la facultad reglamentaria de las legislaturas y de las municipalidades seria ilimitada, y las leyes y ordenanzas locales o nacionales sobre la materia podrian hacer ilusorias todas las garantías acordadas a los habitantes del país' (*Constituição anotada*, v. 2, p. 133).

E ainda que, por força do poder de polícia, se possa cuidar, sem ofensa aos direitos e garantias individuais, da regulamentação de certas atividades ou profissões, vale frisar, ainda, que essa regulamentação não pode ser arbitrária ou desarrazoada, cabendo ao Judiciário a apreciação de sua legitimidade.

Observa, a este respeito, Fiorini:

'No hay duda que las leyes reglamentarias no pueden destruir las libertades consagradas como inviolables y fundamentales. Cuál debe ser la forma como debe actuar el legislador cuando sanciona normas limitativas

sobre los derechos individuales? La misma pregunta puede referir-se al administrador cuando concreta actos particulares. Se el Estado democrático exhibe el valor inapreciable con carácter absoluto como es la persona humana, aquí se halla la primera regla que rege cualquier clase de limitaciones. La persona humana ante todo. Teniendo en mira este supuesto fundante, es como debe actuar con carácter razonable la reglamentación policial. La jurisprudencia y la logica jurídica han instituido cuatro principios que rigen este hacer: 1) la limitación debe ser *justificada*; 2) el medio utilizado, es decir, la cantidad y el modo de la medida, debe ser *adecuado* al fin deseado; 3) el medio y el fin utilizados deben manifestarse *proporcionalmente*; 4) todas las medidas deben ser *limitadas*. La razonabilidad se expresa con la justificación, adecuación, proporcionalidad y restricción de las normas que se sancionen. Hasta la policia de antaño pretendía estos datos de razonabilidad que enmarcaban con los principios de la justicia, pues deseaba que no fuera arbitraria. Los principios lógicos expuestos no son fáciles de realizar en el pacto con la realidad social, máxime cuando se debe tener en cuenta un valor que se valoró en la relación con mayor grado que cualquier otro: la persona humana. Se ha pretendido hallar una fórmula gramatical comprensiva y salvadora diciendo que las limitaciones policiales deben ser siempre justas y razonables. La locución es genérica y de difícil comprensión ante la realidad social, puesto que comprende a otros muchos valores, la moderación, corrección etc., que se confunden con una medida más genérica como lo es la equidad. La Jurisprudencia en nuestro país, y en especial la 'norteamericana', condensa en muchos de sus fallos las cuatro reglas expuestas bajo la denominación de 'razonabilidad' aunque no la determinen en forma expresa y positiva.

La razonabilidad, cuando se refiere a la medida dictada por la gestión policial, debe hallarse justificada, realizada en forma adecuada y sacrificando minimamente los ámbitos individuales. La justa y razonable re-

glamentación de los derechos declarados como fundamentales para la existencia humana en sociedad, halla en el *due process of law* de la jurisprudencia norteamericana substancial solución sobre este objeto jurídico que algunos califican 'standard jurídico'. Juan F. Linares la ha calificado de 'garantía innominada' en la Constitución Argentina, presentandola como la garantía de la seguridad de la 'legal y justa aplicación del derecho'. Esta garantía justifica en forma directa el control jurisdiccional sobre cualquier clase de actos realizados por la actividad policial y la responsabilidad por sus desviaciones' (Fiorini, Poder de Policía, p. 149 e segs.).

E adiante, invocando decisão da Corte Suprema argentina:

'(...) es incuestionable que (...) pueden los tribunales resolver en circunstancias extraordinarias de manifesto e insalvable conflicto entre aquéllas y la ley fundamental, que las mismas no tienen relación con sus fines aparentes y que se han desconocido con ellas, innecesaria e injustificadamente, derechos primordiales que el poder judicial debe amparar (...) porque de otra suerte la facultad de reglamentación de las legislaturas y de los municipalidades seria ilimitada' (fls. 176).

Assenta-se, portanto, que a liberdade de exercício de profissão, se pode ser limitada, somente o pode ser com apoio na própria permissão constitucional ('observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer') e de maneira razoável.

E ao Poder Judiciário cabe, indubitavelmente, em face da lei que regulamenta exercício profissional examinar, à luz desses critérios, a legitimidade da regulamentação.

5. Quais os limites que se justificam, nas restrições ao exercício de profissão?

Primeiro, os limites decorrentes da exigência de capacidade *técnica*. Observa Sampaio Dória:

'A lei para fixar as condições de capacidade, terá de inspirar-se em critério de defesa social e não em puro arbítrio. Nem todas as profissões exigem condições legais de exercício. Outras, ao contrário, o exigem.

A defesa social decide. Profissões há que, mesmo exercidas por inaptos, jamais prejudicam diretamente direito de terceiro, como a de lavrador. Se carece de técnica, só a si mesmo se prejudica. Outras profissões, há, porém, cujo exercício por quem não tenha capacidade técnica, como a de condutor de automóveis, piloto de navios ou aviões, prejudica diretamente direito alheio. Se mero carroceiro se arvora em médico operador, enganando o público, sua falta de assepsia matará o paciente. Se um pedreiro se mete a construir arranha-céus, sua ignorância em resistência de materiais pode preparar desabamento do prédio e morte dos inquilinos. Daí em defesa social, exigir a lei condições de capacidade técnica para as profissões cujo exercício possa prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas' (Sampaio Doria, *Comentários à Constituição de 1946*, v. 4, p. 637).

São legítimas, conseqüentemente, as restrições que imponham demonstração de capacidade técnica, para o exercício de determinadas profissões. De profissões que, realmente, exijam conhecimentos técnicos para o seu exercício. Aliás, na Constituinte, sustentava Mário Masagão que *somente* esses requisitos de capacidade técnica poderiam ser exigidos por lei ordinária. E ponderava que, se se mantivesse a autorização ao legislador ordinário para estabelecer as condições de capacidade técnica unicamente, 'já teremos assegurado o interesse público. *Há profissões cujo exercício diz diretamente com a vida, a saúde, a liberdade, a honra e a segurança do cidadão, e por isso, a lei cerca seu exercício de determinadas condições de capacidade.* Fora deste terreno, não podemos admitir exceções, porque estaríamos mutilando o regime democrático da Constituição e o Estado jurídico em que pretendemos ingressar, dando à lei ordinária uma força que não deve e não pode ter' (Duarte, José, *A Constituição brasileira de 1946*, v. 3, p. 33-4).

Prevaleceu emenda de Ivo de Aquino, porém, que excluiu do texto o restritivo 'técnica'. E daí a referência a poder, a lei ordinária, exigir condições de capacidade (não

somente condições de capacidade técnica) para o exercício de profissões. Essa emenda, de nº 3.078, que prevaleceu finalmente, obteve parecer favorável. Ponderando a Comissão que tinha ela a vantagem de permitir 'atender às condições de capacidade moral, física e outras' (Aquino, Ivo, *Revista dos Tribunais*, 201/76).

6. Mas se a lei ordinária pode exigir, regulamentando o exercício profissional, condições de *capacidade* que não sejam *atinentes* exclusivamente à técnica, nem por isso as condições podem ser arbitrária ou ilimitadamente estabelecidas pelo legislador ordinário.

Tais condições (de capacidade técnica, moral, física, ou outras) hão de ser sempre exigidas pelo *interesse público*, jamais pelos interesses de grupos profissionais ou de determinados indivíduos. 'Qualquer franquia tem por limite o interesse superior da coletividade' (Maximiliano, Carlos, *Comentários à Constituição brasileira*, p. 83).

Ir além, seria tornar uma afirmativa despida de conteúdo e da liberdade do exercício de profissão. Por isso, ponderam juristas que a liberdade desse exercício, inafastável por lei ordinária, 'consiste em não existir corporação de ofício' (Maximiliano, Carlos, op. e loc. cit.), observando Mário Masagão que o excesso regulamentar podia conduzir à 'economia dirigida, com perigo, até, de formação de corporações de ofício e outros horrores, que podem sufocar a economia de um país' (Duarte, José, op. cit. p. 33)."

Noutro passo, anotou o saudoso Ministro Alckmin:

"Quanto a profissões liberais (e bom é esclarecer, desde logo, que nada tem com as profissões liberais a mediação na venda de imóveis sendo inadmissível que se pretenda incluir entre as *operae liberales* — cuja patrimonialização sempre se fez, como observou Savatier (L'Origine et le développement du droit des professions libérales, *Archives de Philosophie du Droit*, 2/55) '*avec un vocabulaire pudique*' — tal mediação) a mesma Constituição de 1946 se refere a ser, o seu exercício, regulado por lei. O

direito constitucional brasileiro, portanto, assegura a liberdade do exercício profissional, com o que exclui a existência de corporações monopolísticas ou de outorga de privilégios a sociedades ou grupos. Permite que se condicione o exercício profissional ao preenchimento de requisitos de *capacidade* (pressupostos subjetivos, portanto, como observa Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, v. 4, p. 196), requisitos ditados pelo interesse público, unicamente. A exigência desses requisitos há de ser, conseqüentemente, aferida, em sua legitimidade, ainda que de condições de capacidade se trate (pois requisitos de outra natureza, não subjetivo, a Lei Magna não permite sejam exigidos pelo legislador ordinário) pelo critério da razoabilidade. E ao Poder Judiciário cabe exercer esse controle.”

4. No que concerne ao exercício da profissão de advogado, a lei, a par de estabelecer as condições de capacidade técnica, relativas aos conhecimentos científicos, que o profissional há de possuir para desempenhar as atividades próprias desse múnus, define, por igual, incompatibilidades e impedimentos.

A teor do art. 82, da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, que dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e regula o exercício da profissão do advogado, consideram-se *incompatibilidade* o conflito total e *impedimento* o conflito parcial, de qualquer atividade, função ou cargo público, com o exercício da advocacia. Consoante o § 3º do mesmo artigo, a incompatibilidade determina a proibição total (arts. 83 e 84) e o impedimento a proibição parcial (art. 85) do exercício da advocacia.

O sistema legal de incompatibilidades e impedimentos ao exercício da advocacia tem inspiração básica nos intentos de preservar a independência do profissional e evitar a captação de clientela, a ponto de entender-se que aquelas atividades, funções ou cargos, que reduzem essa independência ou proporcionam captação de clientela, criam as incompatibilidades com o exercício da advocacia (estatuto citado, art. 83).

Além disso, torna-se manifesta “a finalidade de assegurar a igualdade das partes, eliminando a vantagem oriunda da posição ocupada por uma delas”, bem assim colima obviar o tráfico de influências na solução dos conflitos (*apud* Sodré, Ruy de Azevedo, *A ética profissional e o Estatuto do Advogado*, 3. ed. p. 34).

O mesmo autor ainda observa:

“Embora a nossa organização profissional tenha-se inspirado no exemplo francês, nesse passo das incompatibilidades e impedimentos fomos muito mais liberais, permitindo o ingresso na advocacia daqueles que já exerçam outras atividades públicas ou privadas. No sistema francês, o advogado é só advogado. No nosso, pode ser *doublé* de advogado e funcionário, de advogado e comerciante ou industrial, de advogado e professor etc.

Procurou-se apenas — é justo que se evidencie que o estatuto restringiu as tendências liberais do nosso antigo regulamento — resguardar, nessa coexistência de atividades a independência do advogado.

(...)

O Capítulo XVII do nosso Estatuto, prescrevendo as incompatibilidades e impedimentos, assegura e garante a sistemática da nossa profissão, cuja base se assenta na independência.

O advogado é um profissional livre e independente, liberdade e independência essas que pressupõem como condição *sine qua non* a plenitude da sua liberdade moral de agir.

A redução da independência do profissional é a principal e mais importante incompatibilidade, mas, por seu turno, é a mais difícil e complexa para ser caracterizada

Já a captação de clientela, embora na verdade não afete a independência do profissional, propicia a este vantagens, concorrendo deslealmente com seus colegas, angariando causas e serviços, não pelos seus méritos pessoais, mas pela função ou cargo que ocupa” (op. cit. p. 347-8).

5. Depois de enumerar, em seu art. 84, as atividades, funções e cargos, de cuja titularidade decorre a incompatibilidade com

a advocacia, mesmo em causa própria, e de prever, no art. 85, os casos de impedimentos, a Lei nº 4.215/1963 completa esse capítulo das “incompatibilidades e impedimentos”, precisamente, com a norma do art. 86, ora impugnada. O dispositivo estabelece para magistrados, membros do Ministério Público e servidores civis e militares, aí referidos, que vierem a se inativar no exercício de suas funções ou delas se afastar por disponibilidade, “não terão qualquer incompatibilidade ou impedimento para o exercício da advocacia, *decorridos dois anos do ato que os afastou da função.*” Dessa sorte, mesmo fora do exercício das funções incompatíveis ou geradoras de impedimentos com a advocacia, prevê a lei que persistem os efeitos da incompatibilidade ou do impedimento, por um biênio, em se tratando de inatividade adquirida voluntariamente ou por implemento de idade, segundo entendimento daí extraído pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Assim, desde logo, afastados do desempenho das funções, que incompatibilizam ou criem impedimentos, podem exercer a advocacia os que, nas hipóteses do referido art. 86, houverem se desvinculado dos cargos, funções ou empregos mencionados no dispositivo, em virtude de exoneração ou demissão, ou mesmo de aposentadoria ou disponibilidade decorrentes de ato punitivo.

A norma do art. 86, da Lei nº 4.215, de 1963, encontra precedente no regulamento anterior, da OAB, baixado com o Decreto nº 22.478, de 20 de fevereiro de 1933, art. 11, inciso VII, acrescentado pelo Decreto nº 24.631, de 9 de julho de 1934, e modificado pelos Decretos-leis n.ºs 4.803, de 6 de outubro de 1942, e 5.410, de 15 de abril de 1943, sendo, por fim, revogado *ex vi* do Decreto-lei nº 8.403, de 20 de dezembro de 1945, do então Presidente José Linhares. Preceituava-se, nesse regime anterior, a proibição de advogar, para os magistrados aposentados, ou em inatividade remunerada, no território sujeito à jurisdição do juízo ou tribunal em que tivessem funcionado, *até dois anos depois de seu afastamento*, compreendendo-se nessa provisão a emissão de parecer sobre causas em andamento ou a serem propostas no dito território.

Esclarece-se, nas informações do Congresso Nacional, a esse respeito, *verbis* (fls. 43-4):

“IV. A Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, citada, teve origem no Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 1.751 — E-1956 (nº 126/61 no Senado Federal), de iniciativa do presidente da República, que o encaminhou ao Congresso Nacional com a Mensagem nº 413, de 18 de agosto de 1956.

V. Esse projeto, que o Exmo. Sr. Presidente da República adotou como seu, foi, *ipsis litteris*, um anteprojeto de lei elaborado e aprovado unicamente pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil e encaminhado pelo então presidente da OAB, M. Seabra Fagundes, do então Ministro da Justiça e Negócios Interiores, Nereu Ramos.

VI. No anteprojeto da OAB, no projeto do Executivo, e na Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, em que, afinal, transformouse o projeto, consta o dispositivo que ora se pretende inconstitucional, com a mesma redação inicial.

Tanto na Câmara dos Deputados, como no Senado Federal, nenhuma emenda foi oferecida ao citado art. 81 do projeto primitivo.

Por outro lado, nem o conselho da OAB, nem o ministro da Justiça, nem os relatores da matéria, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, fizeram qualquer menção específica sobre o dispositivo impugnado.

Na exposição de motivos, que acompanhou a mensagem presidencial, o dispositivo em apreço também não foi objeto de nenhuma consideração especial, tendo a sua justificativa ficado implícita nos comentários gerais feitos, na exposição de motivos, sobre o exercício da advocacia.

A única diferença que existe, no caso, a registrar, está no número do artigo argüido de inconstitucional, que, no projeto primi-

tivo, era 81, e, na lei em que se converteu o projeto, é 86.

O projeto foi sancionado pelo Exmo. Sr. Presidente da República em 27 de abril de 1963, com um veto, o qual foi, posteriormente, rejeitado pelo Congresso Nacional."

6. O sistema restritivo ao exercício da advocacia, que decorre dos arts. 83 a 85, do diploma em apreço, por força da norma impugnada, projeta, dessarte, seus efeitos, no tempo, cessado o desempenho da função pública ou nas entidades nele previstas, quando tal suceda da aposentadoria ou disponibilidade, sem caráter punitivo.

Referindo-se ao dispositivo em foco e à impugnação que lhe fez Sergio Ferraz (*Revista da Procuradoria do Estado da Guanabara*, nº 5, 1968/1969, p. 179-84, em trabalho intitulado — O art. 86 da Lei nº 4.215: sua inconstitucionalidade), anotaram Haddock Lobo e Francisco Costa Netto (*Comentários ao Estatuto da OAB e às regras da profissão do advogado*, p. 230-1): "(...) parece-nos que a tese da inconstitucionalidade é frágil, pois, a prevalecer contra o artigo sob comentário, inconstitucionais seriam todos os casos de incompatibilidade e impedimentos alencados nos arts. 84 e 85. E isto por uma razão simples e lógica: se os pressupostos jurígenos do art. 86 são os mesmos dos arts. 84 e 85, pois aquele (art. 86) apenas projeta no tempo, por dois anos, as restrições emanadas dos arts. 84 e 85, visando ao mesmo fim (resguardar a dignidade, a moralidade e a independência da profissão, com vistas ao interesse público), o corolário necessário dessa premissa seria o da inconstitucionalidade de todos esses dispositivos e não só o do ora comentado. A adotar-se o raciocínio jurídico dos que increpam de inconstitucional o art. 86, ter-se-ia, por coerência, como inconstitucional, todo o sistema de regras proibitivas ou restritivas do direito ao exercício da profissão que não é absoluto em face do texto constitucional, eis que nem todas aquelas regras se prendem à capacidade profissional, mas, sim, a razões deontológicas, como as anteriormente figuradas."

Acerca desse mesmo dispositivo, Ruy de Azevedo Sodré, anotou: "O artigo só se refere a aposentado ou àquele que tiver sido posto em disponibilidade, a evidenciar que tanto um como o outro, ainda ligados aos organismos onde atuavam, possuem relações de amizade que possam, só por essa circunstância, proporcionar a captação de clientela. Mas pode haver a hipótese de o incompatibilizado desligar-se das duas funções públicas, mediante demissão. Em tal hipótese, não há necessidade dos dois anos de espera, pela simples razão de que o candidato à inscrição na OAB não tem mais ligação com o organismo ao qual prestava o seu concurso. Os laços funcionais desapareceram e, com eles, a possibilidade de captar clientela. Ao juiz, ao membro do Ministério Público ou ao delegado de polícia demissionários, os serventuários da Justiça ou da polícia não se atemorizam em dar-lhes tratamento igual ao dispensado aos advogados, porque não pertencem à magistratura, Ministério Público ou polícia. Igualmente, com seus colegas em atividade, ocorrerá o mesmo, já que o sentimento de solidariedade profissional, de coleguismo, se afrouxa, assim como também extintos ficarão os vínculos que os prendiam às funções outrora exercidas. O cliente, por seu turno, atraído pela posição que ocupa o aposentado ou o em disponibilidade, não tem o mesmo interesse em procurar um juiz, promotor ou delegado demissionários, ou seja, o que não tenha mais ligação com os membros dos órgãos a que serviu. O aposentado, como inativo, tem as mesmas regalias, no tocante à remuneração, que os ativos, assim como os em disponibilidade a qualquer momento podem retornar à atividade. Uns e outros ainda se acham presos à função e só após dois anos é que tais ligações se atenuam, desaparecendo a influência ou o proporcionamento de captação de clientela" (op. cit. p. 363).

Para os que vêem no art. 86, do Estatuto da OAB, eiva de inconstitucionalidade, opõe-se-lhe a interpretação dos arts. 150, § 14, da Constituição de 1946; 150, § 23, da Carta de 1967, e 153, § 23, da Emenda

Constitucional nº 1, de 1969, onde “as condições de capacidade que a lei estabelecer” hão de ser referidas, apenas, ao requisito da habilitação técnica, assim como previsto na Constituição de 1934. O Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho — depois de analisar a matéria, em face da evolução das disposições constitucionais, no particular — anotou:

“10. À vista do exposto, poder-se-ia argumentar, e com boas razões, que o direito constitucional brasileiro, a partir de 1946, somente admitiria se restringisse a liberdade de profissão pela exigência de habilitação técnica.

Pontes de Miranda, todavia, nos seus *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969* (São Paulo, Revista dos Tribunais. 2. ed. 1971, t. V, p. 536), inclui entre as condições de capacidade as restrições impostas pelo bem público.”

Em trabalho que publicou na Revista *Ajuris* (da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, n. 24, ano 9, mar. 1982, p. 172-5), sustentou o referido professor paulista a invalidade da norma do art. 86, do Estatuto da OAB, ao estipular o prazo de dois anos para a cessação das incompatibilidades e impedimentos dos juizes, que se aposentam, tendo-o como contrário ao art. 153, § 23, e, ainda, ao princípio da igualdade insculpido no art. 153, § 1º, da Lei Maior, por discriminar, de modo desarrazoado, entre pessoas que contam com os requisitos técnicos e condições morais para exercício da profissão de advogado.

Não vendo, no dispositivo, restrição ditada pelo bem público e compatível com o princípio da isonomia, escreveu, no trabalho referido:

“11. Que são, porém, restrições exigidas pelo bem público?

Não são quaisquer exigências que, ao arbítrio do legislador, sejam estabelecidas. Em texto muito conhecido esclarece Pontes de Miranda: ‘O que é preciso é que as exigências para o exercício das profissões não criem inacessibilidade, por diferenças de nascimento, de sexo, de raça, de profissão anterior lícita dos indivíduos em causa, ou

de qualquer dos pais deles, de classe social, de riqueza, de crenças religiosas ou de idéias políticas’ (op. cit. loc. cit. p. 536).

Nisto segue ele a lição tradicional.

Já se apontou a lição de Barbalho a admitir tão-somente as restrições justificadas pela segurança geral ou individual. Acrescente-se a de Maximiliano que afirma deverem as restrições atender ao ‘interesse coletivo, isto é, a segurança individual, a ordem, a moral e a higiene’ (op. cit. nº 527).

12. O mesmo Maximiliano adverte que essas exigências não devem distinguir entre ‘indivíduos’ ou ‘entre as classes’ (*id. ibid.*). Quer dizer, não podem ser discriminatórias.

Com efeito, se o forem, estarão violando o princípio constitucional da igualdade (art. 153, § 1º).

Como já mostrei em outros trabalhos, o princípio constitucional da igualdade tem um aspecto importante que é a proibição das discriminações (ver o meu trabalho O princípio da igualdade e o acesso aos cargos públicos, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, n. 13/15, p. 53 e segs.).

Sem dúvida, a diversidade das situações reclama a diferenciação das normas, para que se observe a regra de justiça do tratamento desigual dos casos desiguais. Entretanto, essa diferenciação se torna discriminação e como tal é vedada por ser contrária à igualdade, se for arbitrária ou desarrazoada.

Esta é a lição exposta, entre outros, por Santiago Dantas, no Brasil: ‘Entendo que o mesmo princípio da igualdade perante a lei veda ‘as leis em que fazem distinções arbitrárias com o fim de modificar, em relação a algumas pessoas ou coisas, o tratamento jurídico comum’ (cf. A igualdade perante a lei e Que process of law, *Problemas de direito positivo*, Rio de Janeiro, Forense, 1953, p. 37 e segs.).

É na Alemanha o entendimento de Stein (*Derecho político*, tradução espanhola, Madrid, Aguilar, 1973, p. 221 e segs.) assim como Leibholz e outros. Na Itália, o de Costantino Mortali, *Istituzioni di diritto pubblico*, Pádua, Cedam, 7. ed., 1967, p. 826 e segs.) bem como de Claudio Rossano

e outros. Nos EUA, o de Bernard Schwartz, *The Great Rights of Mankind*, Nova Iorque, Oxford Univ. Press, 1977, p. 202) bem como de Corwin e outros (ver sobre a doutrina e a jurisprudência estrangeiras nas referências constantes de meu trabalho acima referido).

13. Em razão do exposto, não se pode deixar de reconhecer que a indagação merece resposta negativa. A regra mencionada não é constitucional.

O prazo imposto pelo art. 86, do estatuto referido, de modo algum pode ser considerado como condição de capacidade. Não fornece, evidentemente, critério de habilitação técnica. Ao contrário, toma uma evidente presunção de competência profissional como fundamento para vedar... o exercício da profissão. Nem configura restrição exigida pelo bem público. Não a justifica nem 'a segurança geral e individual' (Barbalho), nem 'a ordem, a moral, a higiene' (Maximiliano). Resultaria do exercício regular de uma atividade dignificante, qual seja, a de juiz.

Desatende, pois, ao prescrito no art. 153, § 23, da Constituição.

E viola também o art. 153, § 1º, o princípio constitucional de igualdade, por introduzir uma discriminação. De fato, discrimina de modo desarrazoado entre pessoas que contam com requisitos técnicos e condições morais para o exercício da profissão de advogado."

7. Penso, entretanto, do detido exame que fiz da *quaestio juris, data venia*, que a regra do art. 86, do Estatuto da OAB, não se pode ter como inconstitucional. Esse entendimento já o adotara no Tribunal Federal de Recursos, examinando matéria que lhe guardava pertinência, quando, inclusive, não encontrei fundamentação de direito, para distinguir entre aposentados, voluntariamente ou por implemento de idade, e aposentados ou postos em disponibilidade, em virtude de punição, qual veio a admitir provimento do Conselho Federal da OAB, questão, todavia, aqui, não objeto de exame.

Sérgio Ferraz, em seu parecer, antes aludido, observa que fere o bom senso admitir

que o exercício anterior, legítimo, de qualquer profissão legal, possa referendar impedimento, definitivo ou transitório, para o exercício de outra profissão, e aduz: "Fazê-lo, sob a escusa de que assim se impede a captação de clientela, afora não ser justificável ou legítimo (por melhor que fosse a desculpa, haveria o intransponível óbice constitucional), consagra erro que se nos afigura grave. Submete a normatividade de uma profissão a um aspecto periférico e marginal, mais de âmbito disciplinar e ético que de estrutura. E mais: estabelece como vigente e inaceitável pressuposto a parcialidade do magistrado que, por definição, seria sempre suscetível a pedidos de favor. Ora, assim fora, os dois anos seriam insuficientes, pois as alterações nos quadros da magistratura se processam em intervalos muito mais amplos. E, assim, da mesma influência, que se procura por meios ilegítimos afastar, seriam os destinatários da norma capazes, nos primeiros anos após o prazo do art. 86" (op. cit., p. 184).

Estou de inteiro acordo com a crítica feita pelo ilustre jurista a esse aspecto da exegese emprestada ao dispositivo em foco, certo de que nenhuma influência há de ter, nos magistrados em exercício, o ex-colega, que deles se aproximar, logo após a aposentadoria, para postular, em causa própria ou em nome de seu cliente. A independência da magistratura brasileira e a isenção, com que os juízes consideramos as causas e os pedidos, não ficam, nem poderiam ficar comprometidas, pelo relacionamento mais direto ou cordial com o advogado, porque, do contrário, as boas relações de amizade — que se estabelecem entre juízes, advogados, membros do Ministério Público e os servidores que emprestam sua colaboração na administração da Justiça — haveriam de gerar constante suspeita de parcialidade nas decisões. Todos os que convivemos na família forense temos disto certeza: a altivez, a independência e a imparcialidade dos juízes não se afetam pelo bom relacionamento com os advogados e magistrados, mesmo de grau superior da estrutura judiciária.

Também não vejo como decisivo o argumento de que os ex-magistrados, e ex-funcionários, compreendidos no art. 86, por esse só fato do anterior exercício de tais cargos, detenham, desde logo, condições de vantagens indiscutíveis na captação de clientela, prejudicando os advogados já em exercício, senão quase na mesma proporção em que novos colegas vêm participar das lides advocatícias. Poucos são os juízes, que deixam a sua função, ou os membros do Ministério Público, com tão grande notoriedade, entre o povo e seus jurisdicionados, de molde a atrair, de imediato, clientela e prejudicar, em competição desproporcionada, aos advogados com suas bancas e clientes certos. Sabido é de todos que os membros do Poder Judiciário, por mais eminentes, são, no meio do povo, pouco conhecidos.

Em suma, sob esses aspectos, não manteria o dispositivo, porque, então, o consideraria em conflito com o art. 153, § 1º, da Constituição.

Sucede, porém, que, a meu ver, a lei pode criar, no definir as condições de exercício profissional, requisito como o que se prevê no art. 86 impugnado. Entre nós, limitação dessa índole logra raízes no tempo, desde o dispositivo do art. 11, VII, do anterior Regulamento, criado ainda no regime da Carta liberal de 1891 e não condenado pela então Corte Suprema, em sua decisão de 17 de setembro de 1934, referida por Pontes de Miranda, ao anotar:

“Não ferem o princípio leis que vedem serem procuradores das partes, perante repartições administrativas, aos funcionários públicos, inclusive os inativos. Depois de assim julgar, a antiga Corte Suprema, a 17 de setembro de 1934, ainda levou em conta que a lei proibitiva atendera a motivos óbvios de moralidade administrativa, ditados por interesse público evidente, razão para continuar em vigor nos termos da Constituição” (*Comentários à Constituição de 1967*, t. V, p. 503).

Registra, nesse sentido, com inteira procedência, a douta Procuradoria-Geral da República, às fls. 58-60:

“5. A restrição temporária para o exercício da advocacia, para certas categorias de aposentados, surgiu com o Dec. nº 22.478, de 20 de fevereiro de 1933, de uma forma embrionária, pois era dirigida aos magistrados e prevalecia apenas no território sujeito à jurisdição do juízo ou tribunal em que tivessem funcionado.

O art. 11 do aludido diploma, com efeito, incluía entre os impedidos de procurar em juízo, mesmo em causa própria, no inciso VII:

‘Os magistrados aposentados ou em inatividade remunerada, no território sujeito à jurisdição do juízo ou tribunal em que tenham funcionado, até dois anos depois de seu afastamento, compreendendo-se nessa provisão a emissão de parecer sobre causas em andamento ou a serem propostas no dito território.’

6. Observa-se que o aludido decreto surgiu em plena vigência da Constituição de 1891, que, no art. 72, § 24, acolheu fórmula ampla e genérica na definição da liberdade de profissão e sem nenhuma ressalva: ‘É garantido o exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.’

7. Não há dúvida de que seria discutível a questão da compatibilidade da regra com o texto de 1891. Logo depois, porém, surgiu a Constituição de 1934, que enunciava o princípio da liberdade de profissão de forma relativa, admitindo que a lei estabelecesse condições de capacidade técnica e outras, ditadas pelo interesse público.

8. A revogação operada pelo Decreto-lei nº 8.043, de 1945, observa Ruy Azevedo Sodré, suscitou protestos contra a medida, especialmente porque a proibição se fundava em motivos óbvios de moralidade e ainda porque não fora consultada a classe dos advogados, em matéria de seu interesse (*A ética profissional e o estatuto do advogado*, 1975, p. 367).

9. Acrescenta ainda o autor que, na exposição de motivos do Conselho Federal, submetendo à consideração do Congresso o projeto de lei do Estatuto da Ordem dos Advogados, em 19.5.56, ficou acentuado o princípio expresso em regra específica de

que 'o exercício da advocacia é incompatível com qualquer atividade, função ou cargo público que reduza a independência do profissional ou proporcione a captação de clientela' (op. cit. p. 368).

10. O art. 86 da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, surgiu na vigência do art. 141, § 14, da Constituição de 1946, que apresentava, em sua segunda parte, a mesma ressalva do texto vigente, *in verbis*:

'§ 14. É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.'

11. Dessa forma, ou o preceito foi validamente editado no regime constitucional de 1946 e, assim, nenhuma inconstitucionalidade seria possível reconhecer em face do texto vigente, ou, então, se algum vício pudesse ser reconhecido diante da Constituição atual, essa incompatibilidade já existiria desde o surgimento da Lei nº 4.215, de 1963.

Esse aspecto tem relevância, pois a aplicação reiterada da regra, por longo tempo, já induz, em princípio, a sua compatibilização com a Lei Fundamental."

Na França, norma semelhante existe, com este teor:

"Les avocats-anciens fonctionnaires de L'Etat ne peuvent accomplir contre les administrations ressortissant au département ministériel auquel ils ont appartenu, aucun acte de la profession pendant un délai de cinq ans à dater de la cessation de leurs fonctions."

De outra parte, embora basicamente filia-da a exegese da cláusula — "condições estabelecidas em lei" — às exigências de ordem técnica, compreendo que, não mantido na redação final o restritivo "técnicas", possam outras condições, que respeitem ao interesse público, ser previstas em lei, para o exercício profissional. No que concerne à advocacia, pela natureza e importância dessa profissão, no mecanismo da ordem jurídica, tudo aquilo que puder significar salvaguarda do bom nome e independência de seus profissionais, penso que mereça o amparo da lei, ao disciplinar seu desempenho. Daí por que compreendo que o parecer da

ilustrada Procuradoria-Geral da República, sob esse aspecto, está também a merecer, aqui, acolhida, *in verbis* (fls. 60-62):

"12. A expressão 'condições de capacidade' do texto constitucional em vigor (art. 153, § 23) não pode ser reduzida ao conceito de condições de capacidade técnica. Escrevendo no regime da Constituição de 1946, observou, com exatidão, Cláudio Pacheco:

'Ora, precisamente porque os dispositivos constitucionais que tratam da liberdade das profissões e permitem o condicionamento legal, por via de condições de capacidade, referem-se à capacidade em geral, sem qualquer qualificativo que restrinja a interferência legislativa, a via mais larga e mais direta de interpretação tem sido a de que a lei pode fazer exigências respeitantes a qualquer espécie de capacidade, seja a científica, seja a técnica, seja a moral' (Pacheco, Cláudio, *Tratado das constituições brasileiras*, 1965, v. 10, p. 189).

13. As condições de capacidade não se circunscrevem, com efeito, ao mínimo de conhecimentos necessários. A impossibilidade de redução do conceito resulta claro, aliás, dos trabalhos da Assembléia Constituinte do texto de 1946. O projeto consignava a expressão restritiva 'capacidade técnica' mas foi substituída pela palavra 'capacidade', por proposta de Atilio Viváqua, exatamente para permitir a fixação de condições outras pela lei (Duarte, José, *A Constituição brasileira de 1946*, v. 3, p. 33).

14. A respeito, acentuou o Exmo. Sr. Ministro Thompson Flores, no julgamento do RE nº 70.563 (RTJ, 58/281):

'Reconhece-se que as condições restritivas da liberdade profissional não sejam apenas de natureza técnica. Superiores interesses da coletividade recomendam que aquela liberdade também tenha limitações respeitantes à capacidade moral, física e outras (cf. Maximiliano, Carlos, *Comentários à Constituição brasileira*, p. 798). Por outras palavras, as limitações podem ser de natureza diversa, desde que solicitadas pelo interesse público, devidamente justificado (cf. Pinto Falcão, *Constituição anotada*, 1957, v. 2, p. 133;

Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, v. 5, p. 507).’

15. As restrições que se impõem ao legislador ordinário, embora não referidas no texto, são as de que qualquer limitação à liberdade profissional deve ser reclamada pelo interesse público, ou, como acentua Sampaio Dória, deve inspirar-se em critério de defesa social, e não em puro arbítrio (*Comentários à Constituição de 1946*, v. 4, p. 637).

16. A vedação temporária de que trata o art. 86 da Lei nº 4.215, de 1963, inspira-se em aspecto de moralidade, objetivamente relevante segundo o senso comum. Não se pode negar, portanto, que constitua um requisito de capacidade, nem que esteja presente o interesse público. Este se confunde com a *ratio legis* do preceito, a mesma do art. 11, inciso VII, do Decreto nº 22.478, de 1933, de manifesta atualidade.”

Noutro passo, por último, esclareceu o parecer, *verbis*:

“15. Não é possível assimilar a vedação do art. 86 da Lei nº 4.215, de 1963, à do art. 7º da Lei nº 4.116, de 1962. Este último dispositivo, que exigia o registro nos conselhos regionais para o exercício da profissão de corretor de imóveis, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que a atividade pode ser exercida independentemente de qualquer conhecimento especial, e, por outro lado, porque o profissional inepto, nessa área, não prejudica diretamente a direito de terceiro (Representação nº 930-DF).”

Não cuida, de outra parte, o dispositivo impugnado de interditar o acesso ao desempenho da advocacia, de forma definitiva, a todos aqueles a que se dirige, mas, apenas, lhes obsta a atividade profissional de advogado, por um biênio, lapso de tempo esse que o legislador ordinário, em seu juízo, considerou conveniente estipular, desde o afastamento das atividades tidas, legalmente, como incompatíveis com essa profissão. Se os motivos de conveniência para estabelecer esse interstício, entre o afastamento das funções mencionadas no art. 86, do estatuto, e a possibilidade de início ou retomada do

exercício da advocacia, justificam sua extensão, ou não, constitui matéria insuscetível de censura neste juízo de constitucionalidade da regra em apreço, sendo, porém, isento de dúvida que, em seu favor, militaria, ao menos, um critério de razoabilidade, segundo a aceção que lhe emprestou o ilustre Ministro Leitão de Abreu, na Representação nº 930-DF. De outro lado, cumpre entender que o legislador teve presente, ao definir esse biênio, motivos de moralidade, não só quanto ao exercício da advocacia, mas, também, especialmente, na defesa do bom nome da magistratura brasileira e do Ministério Público, perante a Nação e a opinião pública. Considerou o legislador ser essa condição de interesse público, enquanto com este dizem os aspectos de moralidade e respeitabilidade das profissões liberais e das instituições, em particular, do Poder Judiciário e do Ministério Público. É de inteiro admissível entender que cause perplexidade ao homem comum, não afeiçoado à vida quotidiana do foro e tribunais, ver um membro de tribunal, inclusive desta Corte, ou um juiz, afastar-se das suas funções, por aposentadoria ou disponibilidade remunerada, e logo passar a advogar, perante seus mesmos pares ou juízes de instância inferior. O mesmo se há de verificar, quanto aos agentes do Ministério Público. Poder-se-ia, talvez, asseverar que não se justificaria a proibição, quanto a detentores de cargos de menor relevo, como alguns dentre os mencionados no art. 86, do estatuto. Coube, todavia, ao legislador ordinário, dentro da margem de atuação, que a Constituição lhe reserva, formular o juízo de conveniência e de interesse público, que não considero desarrazoado, quanto à inclusão, também, de servidores públicos, civis e militares, que menciona, no âmbito do dispositivo em apreço. É certo que, relativamente aos magistrados e membros do Ministério Público, a compreensão, por todos, do motivo de interesse público, vinculado à defesa do bom nome da magistratura e do Ministério Público, além da independência da advocacia, se faz de forma mais imediata e clara. De referência aos cargos da esfera do Poder Exe-

cutivo — da administração contralizada e descentralizada — previstos na norma, o interesse público, ligado à independência do exercício profissional da advocacia, também, se visualiza e revela, em termos suficientes a justificar a condição temporal, consignada no art. 86 em exame, para a cessação definitiva de qualquer incompatibilidade ou impedimento ao desempenho desse nobre múnus.

De todo o exposto, julgo improcedente a representação.

EXTRATO DA ATA

Rp. nº 1.054-6-DF — Rel.: Ministro Néri da Silveira. Rpte.: Procurador-Geral da República. Rpdos.: Congresso Nacional e Sr. Presidente da República. Assistente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (adv.: José Paulo S. Pertence).

Decisão: pediu vista o Ministro Moreira Alves, depois do voto do relator julgando improcedente a representação. Falou pelo assistente o Dr. José Paulo Sepúlveda Pertence. Plenário, 29.6.83.

Presidência do Sr. Ministro Cordeiro Guerra. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Moreira Alves, Soares Muñoz, Decio Miranda, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Alfredo Buzaid, Oscar Corrêa e Francisco Rezek. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho.

Procurador-Geral da República, Prof. Inocêncio Mártires Coelho.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Moreira Alves: 1. A presente representação argüi a inconstitucionalidade de todo o preceito contido no art. 86 da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 5.681, de 20 de julho de 1971, e não apenas das expressões “magistrados” e “membros do Ministério Público”.

Reza o citado dispositivo:

“Art. 86. Os magistrados, membros do Ministério Público, servidores públicos, inclusive de autarquias e entidades paraesta-

tais, e os funcionários de sociedade de economia mista, definitivamente aposentados ou em disponibilidade, bem como os militares transferidos para a reserva remunerada ou reformados, não terão qualquer incompatibilidade ou impedimento para o exercício da advocacia, decorridos dois anos do ato que os afastou da função.”

Alega-se que esse dispositivo contraria o § 23 do art. 153 da Constituição Federal, do qual o teor é este:

“§ 23. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.”

2. Para que se tenha uma visão completa dessa matéria, é necessário que se recapitule a origem dessa restrição, e sua evolução no tempo até se chegar ao dispositivo ora impugnado.

Na consolidação dos dispositivos regulamentares da Ordem dos Advogados do Brasil, aprovada pelo Decreto nº 22.478, de 20 de fevereiro de 1933, não se encontra, no capítulo relativo às proibições e impedimentos de procurar em juízo, nenhuma norma que diga respeito a inativado, inclusive da magistratura e do Ministério Público.

Foi o Decreto nº 24.631, de 9 de julho de 1934, que, alterando dispositivos daquela consolidação, determinou a inclusão, no art. 11 (cujo *caput* rezava: “Art. 11. São impedidos de procurar em juízo, mesmo em causa própria: (...)), do inciso VII, *verbis*:

“VII — Os magistrados aposentados, ou em inatividade remunerada, perante o tribunal, de que fizeram parte, até dois anos depois do seu afastamento.”

Em 6 de outubro de 1942, pelo Decreto-lei nº 4.803, alterou-se a redação desse dispositivo, que passou a dispor:

“VII — Os magistrados aposentados, ou em inatividade remunerada, no território sujeito à jurisdição do juízo ou tribunal em que tenham funcionado, até dois anos depois de seu afastamento, compreendendo-se nessa proibição a emissão de parecer sobre causas em andamento ou a serem propostas no dito território.”

Meses depois, em 15 de abril de 1943, o Decreto-lei nº 5.410, em seu artigo único, estabelecia uma ressalva em favor dos juízes aposentados do Supremo Tribunal Federal:

“Artigo único. O disposto no Decreto-lei nº 4.803, de 6 de outubro de 1942, não se aplica aos juízes aposentados do Supremo Tribunal Federal, senão quanto às causas que já estejam ajuizadas ao tempo da aposentadoria, às que se processem perante o mesmo tribunal e às que sejam propostas contra a Fazenda Pública federal, estadual ou municipal.”

Posteriormente, em 20 de dezembro de 1945, o referido inciso VII do art. 11 da consolidação dos dispositivos regulamentares da Ordem dos Advogados do Brasil foi revogado:

“Art. 1º Fica revogado o item VII do art. 11 da consolidação dos dispositivos regulamentares da Ordem dos Advogados do Brasil, aprovado pelo Decreto nº 22.478, de 20 de fevereiro de 1933, alterado pelo Decreto nº 24.631, de 9 de julho de 1934, e pelo Decreto-lei nº 4.803, de 6 de outubro de 1942.”

A restrição retornou a nosso sistema jurídico, em 10 de maio de 1963, pela Lei nº 4.215, que dispôs sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Rezava, então, seu art. 86:

“Os magistrados, membros do Ministério Público, servidores públicos, inclusive de autarquias e entidades paraestatais e os funcionários de sociedades de economia mista definitivamente aposentados ou em disponibilidade, não terão qualquer incompatibilidade ou impedimento para o exercício da advocacia decorridos dois anos do ato que os afastou da função.”

A redação atual desse art. 86 — e que é a impugnada na presente representação — foi dada pela Lei nº 5.681, de 20 de julho de 1971, que, após alterar a incompatibilidade perpétua para os militares, inclusive, os das polícias militares do Distrito Federal, dos estados, territórios e municípios, estabelecendo que a incompatibilidade ocorreria apenas na atividade, alterou o teor do dispositivo acima referido, *verbis*:

“Art. 86. Os magistrados, membros do Ministério Público, servidores públicos, inclusive de autarquias e entidades paraestatais, e os funcionários de sociedade de economia mista, definitivamente aposentados ou em disponibilidade, bem como os militares transferidos para a reserva remunerada ou reformados, não terão qualquer incompatibilidade ou impedimento para o exercício da advocacia, decorridos dois anos do ato que os afastou da função.”

Como se vê, a restrição em causa surgiu, não sob o império da Constituição de 1891, mas, sim, no período de exceção, posterior à Revolução de 1930 e anterior à promulgação da Constituição de 1934. Adstringia-se, de início, a magistrados aposentados, ou em inatividade remunerada, e apenas se estabelecia, até dois anos após o afastamento, *perante o tribunal de que haviam feito parte*. Em 1942, em pleno Estado Novo, continuou adstrita a magistrados aposentados, ou em inatividade remunerada, ampliando-se a limitação territorial ao “território sujeito à jurisdição do juízo ou tribunal em que tenham funcionado”, e abrangendo, nesse território, apenas, a emissão de parecer sobre causas em andamento ou a ser propostas. Logo em seguida, e ainda no mesmo Estado Novo, afastaram-se dela os magistrados do Supremo Tribunal Federal, porque tinham eles jurisdição em todo o território nacional, sem, no entanto, lhes estarem subordinados, administrativamente, os juízes e os tribunais estaduais, mas se lhes impediu o exercício da advocacia, até dois anos depois do afastamento, “quanto às causas que já estejam ajuizadas ao tempo da aposentadoria, às que se processem perante o mesmo tribunal e às que sejam propostas contra a Fazenda Pública federal, estadual ou municipal”. Não muito tempo depois, com a derrubada do Estado Novo e antes da promulgação da Constituição de 1946, esse impedimento deixou de existir, revogado que foi em 1945. E durante pouco menos de 18 anos não houve impedimento algum para inativado, inclusive quando magistrado. A restrição retornou ao nosso ordenamento jurídico, como, aliás, ocorreu com relação a todos os impe-

dimentos e incompatibilidades, com acentuada exacerbação, uma vez que se estenderam as incompatibilidades ou impedimentos dos magistrados, dos membros do Ministério Público, dos servidores públicos, inclusive de autarquias e entidades paraestatais, e dos funcionários de sociedade de economia mista em atividade aos inativos pelo período de dois anos da data da aposentadoria ou da colocação em disponibilidade; e, com relação a militares em geral, ficaram incompatibilizados *ad perpetuum*, razão por que, com relação a estes, se alterou a redação do dispositivo para colocá-los em posição de igualdade com os servidores civis. E essa exacerbação ocorreu, paradoxalmente, ainda sob a Constituição de 1946, a mais liberal que o Brasil já teve. A justificativa dessa mudança radical se deu à luz dos princípios do resguardo à independência do advogado e do repúdio à possibilidade de captação de clientela. Declarou-o o art. 83 da Lei nº 4.215/63:

“Art. 83. O exercício da advocacia é incompatível com qualquer atividade, função ou cargo público que reduza a independência do profissional ou proporcione a captação de clientela.”

Por isso mesmo, escreveu Ruy de Azevedo Sodré, em texto citado pelo eminente relator, em seu voto:

“Procurou-se apenas — é justo que se evidencie que o estado restringiu as tendências liberais do nosso antigo regulamento — resguardar, nessa coexistência de atividades, a independência do advogado.

(...).

O capítulo XVII do nosso estatuto, preservando as incompatibilidades e impedimentos, assegura e garante a sistemática da nossa profissão, cuja base se assenta na independência.

O advogado é um profissional livre e independente, liberdade e independência essas que pressupõem como condição *sine qua non* a plenitude da sua liberdade moral de agir.

A redução da independência do profissional é a principal e mais importante incom-

patibilidade, mas, por seu turno, é a mais difícil e complexa para ser caracterizada.

Já a captação de clientela, embora na verdade não afete a independência do profissional, propicia a este vantagens, concorrendo deslealmente com seus colegas, angariando causas e serviços, não pelos seus méritos pessoais, mas pela função ou cargo que ocupa.”

3. A Constituição de 1946 — na esteira de nosso direito constitucional, cujo princípio da liberdade do exercício de profissão deita raízes na carta de 1824, que, inclusive, aboliu as corporações de ofício — estabeleceu, entre as garantias individuais, a que assim é enunciada no § 14 do art. 141:

“§ 14. É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.”

E, adiante, no capítulo concernente à ordem econômica e social, dispõe em seu art. 161:

“Art. 161. A lei regulará o exercício das profissões liberais e a revalidação de diploma expedido por estabelecimento estrangeiro de ensino.”

Por outro lado, e o eminente relator bem o acentuou, da discussão de que decorreu o texto do § 14 do art. 141, acima referido, ressalta nítido que foi vencida a corrente que se batia pela limitação das *condições de capacidade à capacidade técnica*. Prevaleceu o entendimento de que a lei poderia estabelecer condições não apenas de capacidade técnica, mas também de capacidade de outra natureza, como a física e a moral. Este critério não era o mesmo adotado pela Constituição de 1934, no nº 13 do art. 113 (“É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público”), porém mais restrito, uma vez que, pela Constituição de 1946, as condições estabelecidas pela lei só podiam ser de capacidade qualquer que fosse a natureza desta, mas não outras condições, que não de capacidade, como o permitia a Constituição de 1934, condicionando-as apenas a que fossem ditadas pelo interesse público.

A Emenda Constitucional nº 1/69 — à semelhança do que já ocorrera com a Constituição de 1967 — ampliou a garantia, pois se referiu, também a trabalho e ofício, e conservou os termos da possibilidade de restrição:

“§ 23. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.”

E foi além, visto como alterou o preceito específico sobre a regulamentação do exercício das profissões liberais, expressamente previsto no art. 161 da Constituição de 1946 (“A lei regulará o exercício das profissões liberais e a revalidação de diploma expedido por estabelecimento estrangeiro de ensino”), declarando, no art. 8º, XVIII, *r*, que cabe à União Federal legislar sobre “condições de capacidade para o exercício das profissões liberais e técnico-científicas”.

Portanto, não há dúvida alguma de que, sob o império da Emenda Constitucional nº 1/69 — a atual redação do artigo impugnado nesta representação é a dada pela Lei nº 5.681, de 1971 — as únicas restrições que a lei pode estabelecer para o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (inclusive a *liberal*) são as relativas às *condições de capacidade*.

E que são *condições de capacidade* para esse dispositivo constitucional?

Esta Corte, no julgamento da Representação de inconstitucionalidade nº 930 — e nesse ponto não houve divergência — já fixou seu entendimento sobre o sentido da expressão *condições de capacidade* utilizada no § 23 do art. 153 da Emenda Constitucional nº 1/69. Essa fixação se fez nas letras *a*, *b* e *c* das conclusões do voto do Sr. Ministro Rodrigues Alckmin, *verbis*:

“a) A Constituição Federal assegura a liberdade de exercício de profissão. O legislador ordinário não pode nulificar ou desconhecer esse direito ao livre exercício profissional (Cooley, *Constitutional limitations*, p. 209, ‘(...) Nor, where fundamental rights are declared by the constitutions, is it necessary at the same time to prohibit the legislatura, in express terms, from taking

them away. The declaration is itself a prohibition, and is inserted in the constitution for the express purpose of operating as a restriction upon legislative power’). Pode somente limitar ou disciplinar esse exercício pela exigência de *condições de capacidade*, pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos.

b) Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não.

c) A liberdade do exercício de profissão se opõe à restauração de corporações de ofício, que se reservem privilégios e tenham o monopólio de determinadas atividades.”

Embora não tenha participado desse julgamento, porque me encontrava impedido, não tenho dúvida alguma em endossar esses conceitos. Capacidade é expressão tomada em vários sentidos na ciência jurídica, mas, em todos eles, apresenta um ponto comum que advém de sua etimologia: *capacitas* (termo criado por Cícero, *Tusculanae*, I, 61, segundo Ernout e Meillet, *Dictionnaire etymologique de la langue latine*, 3. ed. Librairie C. Klincksieck, Paris, 1951, p. 172), vem de *capax*, o que pode conter, que por sua vez deriva de *capere*, no significado de *conter*; portanto, *capacitas* é a qualidade do que pode conter (*capax*). Logo, a capacidade engloba as aptidões pessoais para o fim a que ela se destina; daí, dizer-se — e corretamente — que a capacidade é sempre pressuposto subjetivo. Em se tratando de capacidade para exercer trabalho, ofício ou profissão (que é aquela a que alude o § 23 do art. 153 da Emenda Constitucional nº 1/69), estamos diante do que a doutrina italiana denomina *capacità di lavoro* (capacidade de trabalho) no sentido de capacidade de exercício, e que assim é conceituada por Giuseppe Suppiej:

“(...) la capacità di lavoro è l'attitudine naturale di un soggetto allo svolgimento di una attività socialmente utile. Così intensa,

essa resulta constituída da molteplici qualità del soggetto, alcune strettamente dipendenti dai caratteri somatici, altre conseguibili attraverso lo studio o un, più o meno lungo, addestramento intellettuale o manuale: una terminologia discutibile ma abbastanza diffusa, riserva alle prime le comprensive denominazioni di 'capacità psicofisica', o 'capacità fisiologica', e considera le seconde costituenti nel loro insieme la 'capacità tecnica', chiamata anche da alcuni 'capacità professionale'. V'è poi chi aggiunge a queste due componenti della capacità di lavoro un terzo elemento, la 'capacità morale', che consisterebbe del complesso de tutte le doti morali che condizionano l'esatto svolgimento di um certo lavoro" (*Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 1960, v. 6, p. 48, verbete *capacità di lavoro*).

É ela, assim, o conjunto de pressupostos subjetivos necessários a exercer, o trabalho, o ofício ou a profissão em conformidade com o interesse público. E como se trata de restrição ao princípio da liberdade de exercício do trabalho, ofício ou profissão, cabe, indiscutivelmente, ao Judiciário verificar se as exigências feitas pela legislação ordinária para permitir tal exercício estão compreendidas no conceito de capacidade, e se estão, ou não, relacionadas com o interesse público, entendido este, não como o interesse do Estado como Estado, mas como o interesse da sociedade.

Mas é preciso observar, ainda, que o princípio da liberdade do exercício de trabalho, ofício ou profissão não é resguardado, apenas, pela observância da imposição de requisitos adstritos à *capacidade*. Para o seu respeito, sob pena de se admitirem, indiretamente, corporações de ofício, que são o antípoda dessa liberdade, é mister ainda que tais requisitos sejam exigidos de todos, e não somente de alguns. É a aplicação do princípio constitucional da igualdade (§ 1º do art. 153 da Emenda Constitucional nº 1/69), a preservar a liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão.

4. Estabelecidas essas premissas, já firmadas por esta Corte, passo ao exame do

dispositivo impugnado por esta representação.

Trata-se do art. 86 da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 5.684, de 20 de julho de 1971, sob o império da Emenda Constitucional nº 1/69. Esse dispositivo estende, pelo prazo de dois anos, aos inativos as incompatibilidades ou os impedimentos, conforme o caso, que a primeira das citadas leis estabeleceu para os em atividade. É conveniente que, de novo, se reproduzam os termos em que está ele vasado:

"Art. 86. Os magistrados, membros do Ministério Público, servidores públicos, inclusive de autarquias e entidades paraestatais, e os funcionários de sociedades de economia mista, definitivamente aposentados ou em disponibilidade, bem como os militares transferidos para a reserva remunerada ou reformados, não terão qualquer incompatibilidade ou impedimento para o exercício da advocacia, decorridos dois anos do ato que os afastou da função."

Conjugado esse dispositivo com os arts. 84 e 85 da mesma lei, os quais estabelecem os casos de incompatibilidade e de impedimento existentes na atividade e que se prolongam, por dois anos, quanto aos inativos por aposentadoria definitiva, por transferência para a reserva remunerada, por reforma ou por disponibilidade, tem-se que, observada a natureza do afastamento e o prazo acima referidos, os ex-magistrados continuam incompatibilizados com o exercício da advocacia, bem como os servidores públicos que o eram (assim, por exemplo, os que tinham competência ou interesse direto, eventual ou permanentemente, no lançamento, arrecadação e fiscalização de tributos ou na aplicação de multas a ele relacionadas, os tabelães, escrivães, escreventes, oficiais dos registros públicos e quaisquer funcionários e serventuários da Justiça), militares e policiais militares e civis; por outro lado, persistem com os impedimentos da atividade — contra as pessoas de direito público em geral, e, conforme o caso, nos processos judiciais ou extrajudiciais, que tenham relação, direta ou indiretamente, com as funções do

seu cargo ou do órgão a que serviram — os membros do Ministério Público, os procuradores e subprocuradores do Distrito Federal, dos territórios e dos municípios e os servidores públicos, inclusive de autarquias e entidades paraestatais, e os funcionários de economia mista.

E qual a razão de ser da persistência, ainda que temporária, dessas incompatibilidades e desses impedimentos?

A Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça se limita a examinar a restrição quanto a magistrados, invocando, para justificá-la, o princípio das proibições moralizadoras, sustentando que o princípio visa a proteger o magistrado que se aposenta e o que, em atividade, julgaria causa proposta por aquele, “porquanto o povo, ignorante dos fatos e das provas coligidas, *julgaria* o juiz pelas aparências, isso não obstante sempre ter dado a magistratura brasileira provas de independência, imparcialidade e honestidade”. E conclui acentuando que, no caso, se trata de critério de oportunidade e conveniência do legislador, critérios esses que são só seus, considerem-se eles justos ou injustos, severos ou não; ademais, se inconstitucional o art. 86 do Estatuto da OAB, inconstitucionais deveriam ser os outros que criam incompatibilidades e impedimentos para o exercício da advocacia.

O parecer da Procuradoria-Geral da República sustenta que a vedação temporária de que trata o art. da Lei nº 4.215, de 1963, se inspira em aspecto de moralidade, objetivamente relevante segundo o senso comum, razão por que “não se pode negar, portanto, que constitua um requisito de capacidade, nem que esteja presente o interesse público”.

Os Drs. Haddock Lobo e Francisco Costa Netto, como se vê do texto transcrito no voto do eminente relator, para considerarem frágil a tese do Dr. Sérgio Ferraz no sentido da inconstitucionalidade desse art. 86, dizem que seus pressupostos seriam os mesmos para as incompatibilidades e impedimentos dos em atividade (resguardo da dignidade, da moralidade e da independência

da profissão, com vistas ao interesse público), e, se inconstitucional aquele, inconstitucionais seriam estes.

O Dr. Ruy de Azevedo Sodré, em texto também transcrito pelo eminente relator, assim justifica o citado dispositivo:

“O artigo só se refere a aposentado ou àquele que tiver sido posto em disponibilidade, a evidenciar que tanto um como o outro, ainda ligados aos organismos onde atuavam, possuem relações de amizade que possam, só por essa circunstância, proporcionar captação de clientela. Mas pode haver a hipótese de o incompatibilizado desligar-se das suas funções públicas, mediante demissão. Em tal hipótese, não há necessidade de dois anos de espera, pela simples razão de que o candidato à inscrição na OAB não tem mais ligação com o organismo ao qual prestava o seu concurso. Os laços funcionais desapareceram e, com eles, a possibilidade de captar clientela. Ao juiz, ao membro do Ministério Público ou ao delegado de polícia demissionários, os serventuários da Justiça ou da polícia não se atemorizam em dar-lhes tratamento igual ao dispensado aos advogados, porque não pertencem à magistratura, Ministério Público ou polícia. Igualmente, com seus colegas em atividade, ocorrerá o mesmo, já que o sentimento de solidariedade profissional, de coleguismo, se afrouxa, assim como também extintos ficarão os vínculos que os prendiam às funções outrora exercidas. O cliente, por seu turno, atraído pela posição que ocupa o aposentado ou o em disponibilidade, não tem o mesmo interesse em procurar um juiz, promotor ou delegado demissionários, ou seja, que não tenha mais ligação com os membros dos órgãos a que serviu. O aposentado, como inativo, tem as mesmas regalias, no tocante à remuneração, que os ativos, assim como os em disponibilidade a qualquer momento podem retornar à atividade. Uns e outros ainda se acham presos à função e só após dois anos é que tais ligações se atenuam, desaparecendo a influência ou o proporcionamento de captação de clientela.”

E o eminente relator, para julgar improcedente a representação, arrola os seguintes argumentos:

a) limitação dessa índole “logra raízes no tempo, desde o dispositivo do art. 11, VII, do anterior regulamento”;

b) “condições estabelecidas em lei” não se restringem a condições de capacidade técnica, mas pela importância da profissão de advogado, abarcam “tudo aquilo que puder significar salvaguarda do bom nome e independência de seus profissionais”;

c) as incompatibilidades e impedimentos resultantes do art. 86 em causa são meramente temporárias, e juízo de conveniência não é compatível com juízo de inconstitucionalidade, sendo que tal juízo de conveniência teria a seu favor um critério de razoabilidade;

d) “o legislador teve presente, ao definir esse biênio, motivos de moralidade, não só quanto ao exercício da advocacia, mas, também, especialmente, na defesa do bom nome da magistratura brasileira e do Ministério Público, perante a Nação e a opinião pública” e isso porque “É de inteiro admissível entender que cause perplexidade ao homem comum, não afeiçoado à vida quotidiana do foro e tribunais, ver um membro de tribunal, inclusive desta Corte, ou um juiz, afastar-se das suas funções, por aposentadoria ou disponibilidade remunerada, e logo passar a advogar, perante seus mesmos pares ou juízes de instância inferior. O mesmo se há de verificar, quanto aos agentes do Ministério Público. Poder-se-ia, talvez, asseverar que não se justificaria a proibição, quanto a detentores de cargos de menor relevo, como alguns dentre os mencionados no art. 86, do estatuto. Coube, todavia, ao legislador ordinário, dentro da margem de atuação, que a Constituição lhe reserva, formular o juízo de conveniência e de interesse público, que não considero desarrazoado, quanto à inclusão, também, de servidores públicos, civis e militares, que menciona, no âmbito do dispositivo em apreço. É certo que, relativamente aos magistrados e membros do Ministério Público, a compreensão, por todos, do motivo de interesse público,

vinculado à defesa do bom nome da magistratura e do Ministério Público, além da independência da advocacia, se faz de forma mais imediata e clara. De referência aos cargos da esfera do Poder Executivo, da administração centralizada e descentralizada, previstos na norma, o interesse público, ligado à independência do exercício profissional da advocacia, também, se visualiza e revela, em termos suficientes a justificar a condição temporal, consignada no art. 86 em exame, para a cessação definitiva de qualquer incompatibilidade ou impedimento ao desempenho desse nobre múnus.”

Para a análise das justificações da compatibilidade entre as incompatibilidades e impedimentos dos inativos a que alude o art. 86 do Estatuto da OAB e os princípios da liberdade de profissão com restrições somente concernentes a *condições de capacidade*, e da igualdade (§§ 23 e 1º do art. 153 da Emenda Constitucional nº 1/69), é preciso desde logo distinguir, de um lado os magistrados, membros do Ministério Público e serventuários da Justiça, e, de outro, as demais categorias a que alude o dispositivo sob impugnação — servidores públicos, inclusive de autarquias e entidades paraestatais, funcionários de sociedade de economia mista e militares. É preciso fazer essa distinção, porque, como se viu do elenco de *justificações* da constitucionalidade desse art. 86, se alude à tradição de nosso direito desde a década de 1930, e se dá particular ênfase ao bom nome da magistratura pelas ligações dos magistrados, membros do Ministério Público e serventuários da Justiça com relação aos que continuam em atividade. Quanto aos servidores públicos, de autarquias e entidades paraestatais, aos funcionários de sociedade de economia mista e militares, não há tradição alguma em nosso direito anterior ao atual Estatuto da Ordem dos Advogados, pois, como demonstrei, de início, as leis que disciplinaram restrições a inativos, no tocante à advocacia, sempre se adstringiram exclusivamente a magistrados, e apenas ao tribunal de que participaram, ou, no máximo, ao território onde exerceram jurisdição. Ademais, não se aplica a eles, por

não terem pertencido aos quadros dos que atuam na Justiça, as razões da preservação do bom nome e do prestígio dela.

Passo, pois, em primeiro lugar, a examinar a constitucionalidade desse art. 86 no tocante aos servidores públicos, de autarquias e entidades paraestatais, funcionários de economia mista e militares.

Que condição de capacidade — entendida esta no mais amplo sentido de pressuposto subjetivo relacionado a aspecto de habilitação técnica, idoneidade moral, aptidão física, posição de independência — se pode pretender não preencham, temporariamente, tais inativos?

Nenhuma.

O eminente relator, a esse respeito, entende o contrário, acentuando:

“De referência aos cargos da esfera do Poder Executivo, da administração centralizada e descentralizada, previstos na norma, o interesse público, ligado à independência do exercício profissional da advocacia, também se visualiza e revela, em termos suficientes a justificar a condição temporal, consignada no art. 86 em exame, para a cessação definitiva de qualquer incompatibilidade ou impedimento ao desempenho desse nobre múnus.”

O interesse público, em si mesmo, não é condição de capacidade, e a Constituição da República só admite que a liberdade de profissão se restrinja por exigência do preenchimento de condições de capacidade, e condições estas, sim, que deverão ser somente as requeridas por interesse público, que não é o interesse do Estado enquanto Estado, mas o interesse da coletividade em cujo benefício a profissão vai ser exercida. E mesmo no tocante às profissões liberais a Emenda Constitucional nº 1/69 só admite a exigência de condições de capacidade, como resulta expresso do art. 8º, XVII, letra *r*, que atribui competência à União para legislar sobre:

“condições de capacidade para o exercício das profissões liberais e técnico-científicas.”

E terá sentido dizer-se que o inativo, nos dois primeiros anos da inatividade, não tem,

em razão do cargo que desempenhava na atividade, a independência necessária ao desempenho da advocacia? É evidente que não. Com efeito, sua posição a esse respeito é exatamente a mesma no dia seguinte ao da inatividade como dois, 10, 20 ou 30 anos depois. E qual a sua dependência com relação ao Estado para o efeito de pretender-se que o inativo continue, *por dois anos*, incompatibilizado com o exercício da advocacia, ou impedido de advogar contra as Fazendas federal, estadual ou municipal? O aposentado tem direito a proventos, mas se desliga do cargo, da função ou do emprego, extinguindo-se, de imediato, as relações funcionais com o Estado. Não tem sequer pretensões de ascensão. Como então dizer-se que continua ele sem independência nos dois primeiros anos? E o funcionário de sociedade de economia mista, que se aposenta, como qualquer trabalhador de qualquer empresa privada, como contribuinte da Previdência Social? Mesmo os militares transferidos para a reserva ou reformados têm os mesmos deveres, antes de dois anos do afastamento, ou depois deles, e se o art. 86 os tem como independentes para o exercício da advocacia após os dois anos, não há razão alguma para não tê-los naquele biênio. Mais. Qual a dependência do aposentado, que foi funcionário federal, com relação aos estados e municípios, para ser impedido de advogar contra as Fazendas destes nos dois primeiros anos da inatividade?

Nem se alegue que o ter sido servidor público civil ou militar ou servidor autárquico ou de entidade paraestatal ou funcionário de sociedade de economia mista os impeça ou os incompatibilize de exercer a advocacia por dois anos, tendo em vista razões de ordem ética que se integrariam na capacidade moral, como aptidão, para esse exercício. Essa alegação só poderia ser feita, evidentemente, com referência à pessoa jurídica de direito público a que tais servidores estiveram vinculados, e assim não justificaria o impedimento — que é o existente — com relação a quaisquer pessoas jurídicas de direito público, nem muito menos — como sucede com os militares e policiais militares

— a incompatibilidade total para o exercício da advocacia. Mas, mesmo com relação à pessoa jurídica de direito público a que o servidor estivera vinculado, ela não pode ser exigida apenas de alguns e não de todos que estejam em situação análoga. De feito, não são todos os inativos que têm tal impedimento ou tal incompatibilidade. Os demitidos por pena ou exonerados a pedido não têm essas restrições. E por que não as têm, se o motivo do impedimento ou da incompatibilidade fosse o moral, em razão de ter sido, e o foram tanto os inativos como os demitidos ou exonerados? Porventura as relações de amizade pelo coleguismo anterior serão diferentes por que o colega se aposentou ou foi demitido ou pediu exoneração? E tem sentido que o que se demite para advogar possa fazê-lo amplamente, e não o possa o que se aposentou? Aliás, se razões de ordem moral vinculadas à amizade ou à gratidão ou ao temor reverencial tivessem sido levadas em consideração pelo art. 86 do Estatuto da Ordem dos Advogados, por que os agentes políticos, como o presidente da República, os ministros de estado, os parlamentares, no minuto seguinte ao em que deixarem o cargo definitivamente podem advogar sem qualquer incompatibilidade ou impedimento, inclusive perante todas as pessoas jurídicas de direito público e contra elas? Considerações de capacidade moral não podem, portanto, justificar o art. 86 do Estatuto da Ordem dos Advogados, uma vez que ofenderiam, sem a menor dúvida, o princípio constitucional da igualdade de tratamento, previsto no § 1º do art. 153 da Constituição. Trataria desigualmente desiguais, mas não na medida de sua desigualdade, pois proibiria no tocante àqueles — meros servidores públicos ou funcionários de sociedade de economia mista ou militares — contra quem razões de ordem moral existiriam em muito menor intensidade, e seria permissiva para aqueles moralmente muito mais incompatibilizados ou impedidos. Parece-me que não será apenas à minha consciência que repugnará negar-se haver ofensa direta ao princípio da igualdade no admitir-se que um ex-presidente da República,

um ex-ministro de Estado, um ex-deputado, um ex-senador possa de imediato advogar sem restrições, e se impeça, por dois anos, um ex-contínuo do Banco do Brasil, um ex-bedel de universidade autárquica, um ex-faxineiro empregado da administração federal direta de, em causa própria, defender-se judicialmente contra a Prefeitura Municipal de um lugarejo qualquer que lhes esteja cobrando indevidamente um tributo, sob a alegação de que este impedimento decorre de razões éticas inerentes à capacidade moral. Se há evidência no conhecimento humano, este caso dela será exemplo típico.

Dir-se-á, então, que o fundamento das restrições estabelecidas no art. 86 do Estatuto da Ordem dos Advogados se encontra na circunstância de a atividade, função ou cargo público de que se afastou o inativo, por aposentadoria, disponibilidade, transferência para a reserva ou reforma poderá continuar a propiciar-lhe, por dois anos, a captação de clientela. E esse motivo, então, é de flagrante inconstitucionalidade. Esse requisito — posição que possibilite captação de clientela — não diz respeito, evidentemente, a exigência de ordem moral, até porque ninguém poderá ficar impedido de exercer livremente uma profissão por possibilidade de vir a cometer ato que fira preceito ético do bom desempenho dessa profissão. Condição de capacidade moral é pressuposto, que só não é preenchido por quem já praticou ato moralmente incompatível com o exercício da profissão no interesse social, e não por quem possa vir, dada a posição que ocupa, a praticar, no futuro, ação eticamente reprovável. Por isso mesmo Ruy de Azevedo Sodré, em passagem transcrita no voto do eminente relator, dá o único sentido em que se pode tomar a expressão “captação de clientela” como causa justificadora de incompatibilidade ou de impedimento para advogar. Diz ele:

“Já a captação de clientela, embora na verdade não afete a independência do profissional, propicia a este vantagens, concorrendo deslealmente com seus colegas, angariando causas e serviços, não pelos seus mé-

ritos pessoais, mas pela função ou cargo que ocupa.”

A captação de clientela não é, portanto, condição de capacidade, pois não se enquadra em nenhuma das modalidades possíveis desta, nem visa a proteger o interesse público, mas sim a impedir possibilidade de concorrência que se tem por desleal com os outros profissionais da mesma profissão. Proteção dessa ordem — que não é sequer de natureza moral, pois captação moralmente reprovável é aquela que decorre de ação do profissional para atrair clientes, e não a que resulta de prestígio funcional, social ou intelectual, adveniente de outra atividade lícita —, proteção dessa ordem, repito, é característica de corporações de ofício abolidas desde a Constituição imperial de 1824 (art. 179, item XXV), e incompatíveis com a liberdade de trabalho, ofício ou profissão. E especialmente de profissão liberal.

Na Alemanha, cuja Constituição, em seu art. 12, estabelece o princípio da liberdade da escolha de profissão, é, como acentua Bachof, pacífico o entendimento de que limitação decorrente de proteção econômica contra concorrência indesejada por parte dos colegas de profissão viola tal liberdade, já havendo decidido a Corte Constitucional germânica que a proteção contra essa concorrência é “um motivo que, segundo a opinião geral, nunca pode justificar uma usurpação ao direito de livre escolha de profissão” (*“ein Motiv, das nach allgemeiner Meinung niemals einen Eingriff in das Recht der freien Berufswahl rechtfertigen Könnte”*) (Bachof, *Freiheit des Berufs, in Die Grundrecht*, Bettermann, Nipperdey e Scheuner, (ed. t. 1, v. 3, p. 234-5).

Mas ainda que por absurdo se admitisse que a probabilidade de captação de clientela em razão de atividade, função ou cargo pudesse enquadrar-se em qualquer condição de capacidade, e o preceito continuaria a ser inconstitucional por manifesta ofensa ao princípio constitucional da igualdade. Para essa probabilidade existir, qual a diferença entre ser aposentado ou ser exonerado? Aquele continua incompatível ou impedido;

este não tem qualquer restrição. O ex-presidente da República pode advogar livremente, ao passo que o ex-contínuo de autarquia continua impedido de advogar contra as Fazendas federal, estadual e municipal, pelo prazo de dois anos, em virtude da possibilidade — que aquele absolutamente teria, mas que este certamente tem — de captar clientela em razão de seu ex-cargo, e não por seus atributos profissionais...

Tenho, portanto, como certo que, quer em face do disposto no § 23 do art. 153 (reafirmado, com relação às profissões liberais, pelo art. 8º, XVII, r) da Constituição Federal, quer em virtude do princípio da igualdade a que alude o § 1º desse mesmo art. 153, são inconstitucionais as restrições feitas aos servidores públicos, funcionários de sociedade de economia mista e militares a que acabo de me referir.

Venho, agora, ao exame dessas mesmas restrições com referência a magistrados, membros do Ministério Público e serventuários da Justiça.

Pelo art. 86 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, combinado com os incisos III e VIII do art. 84 e inciso IV do art. 85 do mesmo estatuto, verifica-se que os magistrados, por dois anos da data da aposentadoria ou da colocação em disponibilidade, permanecem incompatibilizados com o exercício da advocacia; o mesmo sucede com os tabeliães, escrivães, escreventes, oficiais dos registros públicos e quaisquer funcionários e serventuários da Justiça; e, com relação aos membros do Ministério Público, persiste, naquelas condições, impedimento de advogar “contra as pessoas jurídicas de direito público em geral, e nos processos judiciais ou extrajudiciais que tenham relação, direta ou indireta, com as funções do seu cargo ou do órgão a que servem”.

O eminente relator, especialmente quanto aos magistrados e membros do Ministério Público, sustenta a constitucionalidade dessas restrições por entender que se justificariam por um critério de razoabilidade, e isso porque:

“(...) cumpre entender que o legislador teve presente, ao definir esse biênio, motivos de moralidade, não só quanto ao exercício da advocacia, mas, também, especialmente, na defesa do bom nome da magistratura brasileira e do Ministério Público, perante a Nação e a opinião pública. Considerou o legislador ser essa condição de interesse público, enquanto com este dizem os aspectos de moralidade e respeitabilidade das profissões liberais e das instituições, em particular, do Poder Judiciário e do Ministério Público. É de inteiro admissível entender que cause perplexidade ao homem comum, não afeiçoado à vida quotidiana do foro e dos tribunais, ver um membro de tribunal, inclusive desta Corte, ou um juiz, afastar-se das suas funções, por aposentadoria ou disponibilidade remunerada, e logo passar a advogar perante seus mesmos pares ou juízes de instância inferior. O mesmo se há de verificar, quanto aos agentes do Ministério Público.”

Observe, desde logo, que, se o dispositivo em causa houvesse, realmente, levado em conta essa perplexidade do homem comum e estivesse preocupado com a defesa do bom nome da magistratura e do Ministério Público brasileiros, não teria sentido que, com relação a aposentados, estabelecesse tais restrições, e não as impusesse a magistrados e membros do Ministério Público que houvessem sido demitidos ou exonerados a pedido, e, de imediato, comessem a advogar perante o mesmo juízo ou tribunal a que acabaram de servir. Não terá o homem comum maiores razões de perplexidade em ver um ex-magistrado, que se exonerou para advogar, comece a fazê-lo, de pronto, perante os seus colegas de horas atrás, quando sabe que o que se aposentou, e que, também, por isso se desligou de seu cargo, está incompatibilizado de exercer a advocacia, por dois anos, não apenas perante o juízo ou tribunal a que serviu, mas perante qualquer juízo ou tribunal, do monte Roraima ou arroio Chuí? Qual a diferença, para o bom nome do Poder Judiciário, que o ex-magistrado o seja por aposentadoria ou por se haver exonerado? E o

bom nome desse Poder não sofreria muito mais, perante o homem comum, por poder o exonerado advogar, de imediato, diante do seu juízo ou tribunal de ontem, transitando pelo cartório ou secretaria onde continuam a funcionar seus ex-subordinados de há pouco?

Ademais, razão dessa natureza — o bom nome do Poder Judiciário — só poderia ser invocada se a restrição se adstringisse ao mesmo tribunal ou juízo em que servira o magistrado aposentado, ou, até, ao território sob a jurisdição de um ou de outro, pelas subordinações administrativas anteriormente existentes. Nunca, porém, com relação a todo o território nacional. Haverá quem possa pretender razoável que um juiz de direito aposentado numa longínqua comarca do estado do Acre tenha, por exercício desse cargo de que se desligou, relações de influência reais, ou aparentes, sobre o Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, ou um juiz de direito de uma comarca próxima à fronteira com o Uruguai ou com a Argentina?

Viola, pois, o mais elementar entendimento do que seja o princípio constitucional da igualdade de tratamento a discriminação feita, em nome do interesse público, pelo art. 86 da lei em causa entre magistrados aposentados, demitidos e exonerados. Discriminação que se acentuou ainda mais quando a própria Ordem dos Advogados entendeu que não se aplicava essa restrição a magistrados aposentados por ato do poder revolucionário, e isso porque — como consta da decisão de seu conselho (fls. 26 dos autos) — esse tipo de aposentação “não se enquadra na razão teleológica dessa regra”. O que implica dizer que é a própria Ordem dos Advogados do Brasil — e saliento essa circunstância porque as informações do presidente do Congresso Nacional se limitam a enfatizar que o projeto da Lei nº 4.215, de 1963 é cópia *ipsis litteris* do anteprojeto elaborado por essa mesma Ordem dos Advogados do Brasil, não tendo sido o atual art. 86 objeto de qualquer emenda pelo Parlamento — repito, o que implica dizer que a própria OAB não tomou em conside-

ração a preservação do *bom nome do Poder Judiciário*, que não dependeria, como é evidente, da causa da aposentadoria (se voluntária, compulsória ou punitiva), mas da possibilidade de influência, até por vínculos de amizade, do ex-magistrado junto a seus ex-colegas. E a perplexidade do homem do povo permaneceria a mesma, em qualquer dessas hipóteses.

Mas não só isso.

Que a razão de ser da persistência dessa incompatibilidade não reside em fundamentos de ordem moral o próprio art. 86 do Estatuto da OAB o evidencia. Com efeito, faz cessar a incompatibilidade do magistrado dois anos após ter sido ele colocado em disponibilidade, *embora permaneça magistrado*, que o é ainda que em disponibilidade, tanto assim que poderá ele, a qualquer momento, retornar à atividade. Se houvesse alguma razão de ordem moral a fundamentar a incompatibilidade prorrogada por esse dispositivo legal, seria insustentável que quem continua magistrado, não apenas por dois anos, mas até aposentar-se ou falecer, possa advogar no dia seguinte ao em que completar os dois anos de disponibilidade, e advogar perante o próprio juízo ou tribunal a que poderá retornar a qualquer momento. Se a questão fosse de natureza moral — a possibilidade de influência por amizade de ex-pares ou temor de ex-subordinados —, como justificar-se que ela desaparece com relação a quem — o magistrado em disponibilidade — pode voltar à atividade junto a seus pares e a seus subordinados?

Aliás, se o interesse público, em virtude da moralidade e da preservação do bom nome do Judiciário, clamasse pela restrição imposta pelo art. 86 do Estatuto da OAB, ter-se-ia que a legislação brasileira, de 1933 a 1945, fora parcialmente imoral, pois só previa — e exclusivamente com relação a magistrado — impedimento temporário, a princípio, para advogar perante o próprio tribunal de que participara, e, de 1942 a 1945, no território sujeito à jurisdição do juízo ou tribunal em que houvesse funcionado, e não incompatibilidade para advogar em todo o território nacional; e, de 1945 a

1963, fora totalmente imoral, por haver acabado até com essa restrição. E a sua reintrodução no sistema jurídico nacional não resultou do clamor público, nem do desprestígio do Poder Judiciário, tanto assim que — como já salientei — as informações do Exmo. Sr. Presidente do Congresso Nacional enfatizaram que o projeto da Lei nº 4.215/63 foi encaminhado à Câmara dos Deputados pelo Exmo. Sr. Presidente da República, que se limitou a remetê-lo tal e qual lhe fora enviado, como anteprojeto, pela Ordem dos Advogados do Brasil, que não se adstringiu a restabelecer o que dispunha a legislação anterior, mas lhe deu extensão jamais imaginada nos períodos de exceção que se seguiram à Revolução de 1930 e à implantação do Estado Novo.

Que a Constituição e as leis do Brasil partem, como não seria possível deixar de partir, do pressuposto de que juízes e advogados são íntegros e sabem distinguir laços de amizade da observância dos deveres de suas profissões demonstram-no, à evidência, os dois preceitos que se citam em seguida a título meramente exemplificativo. É a própria Constituição da República que, para a composição do quinto constitucional em diversos tribunais, exige, como requisito para a nomeação, que o advogado esteja em efetivo exercício da advocacia. Que eu saiba nunca houve quem pretendesse que seria contrário aos princípios da moral, ou que abalaria o prestígio do Poder Judiciário diante do homem comum, o admitirem-se, nesses tribunais, advogados que, como juízes, julgassem, de imediato, as causas patrocinadas pelos seus colegas da véspera, ainda que amigos fraternos. E o Código de Processo Civil, em seu art. 135, não considera sequer como causa de suspeição de parcialidade a amizade íntima ou inimizade capital do juiz com os advogados das partes.

São irresponsáveis, no tocante a alegações de imoralidade, estas palavras que se encontram no voto do eminente relator, ao endossar crítica feita pelo Dr. Sergio Ferraz:

"Estou de inteiro acordo com a crítica feita pelo ilustre jurista a esse aspecto da exegese emprestada ao dispositivo em foco, certo de que nenhuma influência há de ter, nos magistrados em exercício, o ex-colega, que deles se aproximar, logo após a aposentadoria, para postular, em causa própria ou em nome de seu cliente. A independência da magistratura brasileira e a isenção, com que os juízes consideramos as causas e os pedidos, não ficam, nem poderiam ficar comprometidas, pelo relacionamento mais direto ou cordial com o advogado, porque, do contrário, as boas relações de amizade, que se estabelecem entre juízes, advogados, membros do Ministério Público e os servidores que emprestam sua colaboração na administração da Justiça, haveriam de gerar constante suspeita de parcialidade nas decisões. Todos os que convivemos na família forense temos disto certeza: a altivez, a independência e a imparcialidade dos juízes não se afetam pelo bom relacionamento com os advogados e magistrados, mesmo de grau superior da estrutura judiciária" (Ferraz, Sergio, O art. 86 da Lei nº 4.125: sua inconstitucionalidade, *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, v. 5, p. 179 e segs.).

Aliás, se a Constituição só admite restrições em virtude de condições de capacidade (que são pressupostos objetivos), a capacidade moral de quem vai exercer a advocacia só pode ser negada por inidoneidade moral anterior do próprio profissional, e não por presunção — que, no caso, seria *iuris et de iure* — de possibilidade de vir ele a ser inidôneo, ou de poder propiciar a terceiro a prática de atos de prevaricação.

Por isso mesmo, a própria Lei nº 4.215, de 1963, para estabelecer as incompatibilidades totais ou parciais (estas denominadas impedimentos) com o exercício da advocacia, invoca, apenas, sem distinguir entre magistrados e outros titulares de cargo, função ou emprego público, os princípios da redução da independência do profissional e da propiciação de captação de clientela.

Ora, é evidente que, com relação a magistrado inativo não há que se pretender

que sofra ele, por causa da inatividade, qualquer redução da independência necessária ao advogado. E propiciação de captação de clientela, como já o demonstrei, não é condição de capacidade de qualquer natureza.

Não há igualmente qualquer condição de capacidade que justifique o impedimento, por dois anos, dos membros inativos do Ministério Público de advogarem contra quaisquer pessoas de direito público, ou de atuarem em processos judiciais ou extrajudiciais que se relacionassem abstratamente, de modo direto ou indireto, com as funções do cargo que exerceram ou do órgão a que serviram. A inatividade afasta a alegação de redução da capacidade de independência em face de quaisquer pessoas de direito público; e, no tocante a atuação em processos em que poderia vir a atuar se estivesse em atividade, o impedimento ao inativo não encontra, obviamente, qualquer justificativa sequer de moralidade, até porque o impedimento, nesse particular, pressupõe o exercício das funções do cargo ou do órgão.

E o mesmo se verifica, também, com tabeliães, escrivães, escreventes, oficiais dos registros públicos e quaisquer funcionários e serventuários da Justiça. Qual a condição de capacidade que não é preenchida por eles para ficarem, por dois anos, a partir do início da inatividade, *incompatibilizados* com o exercício da advocacia em qualquer comarca de todo o território nacional?

4. A favor da constitucionalidade do art. 86 da Lei nº 4.215/63, não pode sequer ser invocada a ancianidade das restrições que ele consagra. De 1933 a 1945, a restrição só existia para magistrados de advogarem ou perante o tribunal ou juízo a que serviram, no máximo, no território de jurisdição deles. De 1945 a 1963, não houve restrição alguma. E de 1963 a esta parte, as incompatibilidades e impedimentos criados, em extensão amplíssima, nunca se entenderam pacificamente como constitucionais. Os absurdos que se demonstraram nesse voto não são sutilezas que demandem maior esforço de reflexão para se pretender que não tenham sido percebidos por quem

quer que examinasse esse preceito. Revela-o o esforço que se sente na busca de razões que justifiquem a exigência diante do freio da Constituição no admitir apenas condições de *capacidade*. Para rebater a crítica que o Dr. Sergio Ferraz, inclusive como conselheiro na seccional da Ordem dos Advogados do Brasil no Estado da Guanabara, sempre fez a esse art. 86, taxando-o de inconstitucional por aberrante dos princípios consagrados nos §§ 1º e 23 do art. 153 da Constituição Federal, os Drs. Haddock Lobo e Francisco Costa Netto, nos *Comentários ao Estatuto da OAB e às regras da profissão do advogado*, em passagem citada pelo eminente relator em seu voto, não encontraram argumento mais forte do que afirmar que "(...) parece-nos que a tese da inconstitucionalidade é frágil, pois, a prevalecer contra o artigo sob comentário, inconstitucionais seriam todos os casos de incompatibilidade e impedimento elencados nos arts. 84 e 85". Resposta, esta, sim, de absoluta inconsistência, pois, além de partir de petição de princípio evidente — a de dar por demonstrado o que precisa de demonstração: a constitucionalidade de incompatibilidade ou impedimentos, por exemplo, por possibilidade de captação de clientela — não enfrenta a diferença que há entre ativo e inativo, não explica a razão da diversidade de tratamento *por condições de capacidade* entre aposentado, exonerado ou demitido, nem justifica as flagrantes violações ao princípio da igualdade, como as da não-existência de incompatibilidades ou impedimentos quanto aos ex-agentes políticos e as incompatibilidades e impedimentos até de míseros servidores públicos ou empregados de sociedades de economia mista.

Mesmo com relação a ex-magistrados, ainda que se desprezasse o freio constitucional das *condições de capacidade*, e se invocassem — como o faz o eminente relator — razões de conveniência para preservar o prestígio da magistratura, o certo é que estas só poderiam justificar ficassem os ex-magistrados (e todos: aposentados, demitidos, exonerados, sendo que os em disponibilidade, *enquanto perdurasse a disponibilidade*)

impedidos de advogar, no máximo, no território sob o poder jurisdicional e administrativo, do tribunal ou juízo a que serviram.

Mas razões de conveniência, por mais louváveis que sejam, não podem afastar garantias constitucionais, que, não fazendo distinção desta ordem, pressupõem que o prestígio do Poder Judiciário advém da idoneidade concreta demonstrada pelos seus membros, e não de restrições montadas em presunção *iuris et de iure* de poderem vir a ser inidôneos, ou, pelo menos, suspeitos de inidoneidade.

Ainda recentemente, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, professor titular de direito constitucional da Faculdade de Direito de São Paulo, em trabalho publicado na revista *Ajuris* (v. 24, p. 172-5), que se encontra reproduzido em apenso aos autos desta representação, não hesita em concluir desta forma:

"Em razão do exposto, não se pode deixar de reconhecer que a indagação merece resposta negativa. A regra mencionada não é constitucional.

O prazo imposto pelo art. 86, do estatuto referido, de modo algum pode ser considerado como 'condição de capacidade'. Não fornece, evidentemente, critério de habilitação técnica. Ao contrário, toma uma evidente presunção de competência profissional como fundamento para vedar (...) (as reticências são do original) o exercício da profissão. Nem configura restrição exigida pelo bem público. Não a justifica nem 'a segurança geral e individual' (Barbalho), nem 'a ordem, a moral, a higiene' (Maximiliano). Resultaria do exercício regular de uma atividade dignificante, qual seja, a de juiz.

Desatende, pois, ao prescrito no art. 153, § 23, da Constituição.

E viola também o art. 153, § 1º, o princípio constitucional de igualdade, por introduzir uma discriminação. De fato, discrimina de modo desarrazoado, entre pessoas que contam com requisitos técnicos e condições morais para o exercício da profissão de advogado."

5. Por essas razões, e com a devida vênia do eminente relator, julgo procedente a presente representação, e declaro inconstitucional o art. 86 da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Rezek: A norma ora colocada sob juízo de inconstitucionalidade — o art. 86 do Estatuto da Ordem — foi, à evidência, deficientemente concebida.

O voto do eminente Ministro Moreira Alves cuidou de demonstrar a quem, à primeira leitura, já não o houvesse percebido em profundidade, que a norma tem defeitos os mais sérios. Receio, entretanto, que os tenha mais pelo que omite do que pelo que exprime.

No voto do relator, Ministro Néri da Silveira, proferido algumas sessões atrás, ficou visto que países diversos, que têm qualidade para servir à análise comparativa das instituições jurídicas, e que não são menos ciosos que esta República da liberdade de trabalho e de outras liberdades — países como a França, os EUA, o Reino Unido — enfrentam com algum rigor problemas deste gênero.

O Sr. Ministro Moreira Alves: V. Exa. me permite? Nos EUA não há restrições dessa natureza. Na França são possíveis, pois a atual Constituição francesa não tem princípio igual o da nossa.

O Sr. Ministro Francisco Rezek: O exercício da advocacia nos EUA é efetivamente franqueado de modo mais amplo que neste país. Se me referi aos EUA foi pela lembrança de instituições semelhantes, embora não vinculadas, exatamente, à advocacia. Aquele é um país onde não se concebe, por exemplo, que alguém deixe o cargo de ministro de Estado e se instale, no dia seguinte, na presidência de uma paraestatal vinculada ao mesmo ministério. São sistemas cautelares diversos, é certo. Mas pretendia eu dizer que este é um gênero de cautela que tem encontrado abrigo nas mais variadas ordens jurídicas.

Estamos a examinar uma norma editada regularmente pelo legislador. Parece-me que os problemas de qualidade que essa norma encerra deveriam ser solucionados mediante apelo ao Congresso Nacional, não a esta Casa.

É notório que houve um debate na Constituinte de 46 a respeito do alcance que deveria ter a norma. Não prevaleceu o texto de 34; e uma discussão entre os Senadores Ivo de Aquino e Mário Masagão pôs em relevo a circunstância de que o constituinte pretendia dar dimensão ampla à idéia de capacidade. No caso, a questão que se nos coloca é basicamente esta: o legislador, independentemente da má qualidade do texto que concebeu, terá abusado dos limites que o texto constitucional lhe impunha? Parece-me que não.

Ademais, esta capacidade, avaliada à luz do bom senso, e considerada sob o ponto de vista técnico ou moral, para o exercício da advocacia, existe também no servidor quando ainda em exercício. Um funcionário — bacharel civil ou militar —, mesmo antes da aposentação, tem em princípio essa capacidade, técnica e moral, para exercer a advocacia, mas não pode fazê-lo no exercício do cargo. Por que não pode? Porque a União Federal, sua empregadora, o impede. Não encontro, em nossa ordem jurídica, algo que proíba a União de dizer o mesmo, *pro tempore*, ao aposentado, àquele a quem ela pensiona, a quem continua subsidiando com proventos.

O eminente Ministro Moreira Alves lembrou um fato histórico expressivo: esta norma teve sua gênese dentro do Conselho da Ordem. Mas esse fato não tem validade formal: o projeto de lei foi firmado pelo presidente da República, e votado não pelo Conselho da Ordem, mas pelo Congresso.

Não sei onde o Poder Legislativo, legislando para a União, esteja impedido de estabelecer tal restrição à vida laboral de alguém que não está mais no exercício de cargo público, mas que ainda se vê subsidiar pelos cofres públicos.

Peço vênia ao Ministro Moreira Alves para acompanhar o relator, e valer-me tam-

bém do parecer da Procuradoria-Geral da República, julgando improcedente a representação.

VOTO

O Sr. Ministro Oscar Corrêa: Sr. Presidente, digo a V. Exa. e ao ilustre plenário que nunca me senti tão perplexo, nesta Casa, em face das razões apresentadas, anteriormente, no voto brilhante do eminente Ministro Néri da Silveira, e, hoje, no voto profundo e analítico com que o eminente Ministro Moreira Alves procurou fulminar os argumentos em contrário.

Data venia, entretanto, do eminente Ministro Moreira Alves, acompanho o eminente Ministro Néri da Silveira, e por um raciocínio muito simples: o fato de não se haver decretado a mesma restrição do art. 86 a outros, aos quais deveria abranger, não lhe dá inconstitucionalidade. Apenas pode causar estranheza o fato de não estarem incluídos os arts. 84 e 85, também sujeitos ao mesmo entendimento.

O legislativo distinguiu uns e outros, dentro da autorização do § 23 do art. 153, quando estabeleceu que

“É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.”

A medida pode ser injusta. Ela me parece justa. Posso discordar do critério adotado, mas não o vejo contrastar com o § 23 nem com o § 1º do mesmo art. 153 da Constituição, porque as situações não são idênticas, e uma não levaria, como consequência, à outra. Não vejo, por isso, Sr. Presidente, manifesta inconstitucionalidade no art. 86, que me levasse a acolher a representação.

Acompanho o eminente Ministro Néri da Silveira.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Alfredo Buzaid: Sr. Presidente, *data venia* do eminente relator e dos que o acompanharam, partilho a opi-

nião e o voto emitidos pelo eminente Ministro Moreira Alves.

Se o problema está na conexão entre os arts. 86 e 83, falando este último de captação de clientela, perguntar-se-á: por que o prazo de dois anos para incompatibilidade e impedimento? Esse prazo é realmente arbitrário, porque, decorridos dois anos, tudo o que foi imaginado como elemento fundamental para impedir o exercício da profissão de advocacia já não mais existe. Esse prazo tanto poderia ser de um ano, de seis meses, como de cinco anos.

O legislador criou arbitrariamente uma limitação à capacidade e, por conseguinte, violentou o art. 153, nos §§ 23 e 1º.

Julgo procedente a representação.

VOTO

O Sr. Ministro Rafael Mayer: Sr. Presidente, fiquei impressionado com o voto do eminente Ministro Moreira Alves. Não me havia ainda ocorrido um exame em profundidade desse dispositivo do Estatuto da Ordem dos Advogados. Em verdade, via apenas os seus reflexos com relação aos magistrados. Mas, acompanhando os precedentes legislativos citados por S. Exa. no seu douto voto, como esta matéria foi tratada anteriormente, convenci-me de que esse dispositivo, na sua amplitude, tem um aspecto de discriminação não razoável, porque é todo um bloco de categorias funcionais que, embora dotadas de capacitação para o exercício da profissão, são eliminadas sem uma conexão espacial e temporal — podemos dizer — como havia na legislação precedente citada. Uma discriminação não razoável torna a lei inconstitucional, como se vê inclusive nos precedentes da jurisprudência da Corte Suprema americana, referidos em precedentes de nossa Corte.

Esse aspecto de discriminação em bloco, sem uma razão apoiada na natureza dos fatos e das coisas me convenceu da existência do vício maior e, por isso, *data venia* do eminente relator e dos que o seguiram, acompanho o eminente Ministro Moreira Alves, julgando procedente a representação.

VOTO

O Sr. Ministro Decio Miranda: Sr. Presidente, a cláusula constitucional, observadas as condições de capacidade — e a outras não se refere — me leva a acompanhar o douto voto do eminente Ministro Moreira Alves, com a vênia devida ao eminente relator.

Julgo procedente a representação.

VOTO

O Sr. Ministro Soares Muñoz: Sr. Presidente, a questão está devidamente elucidada através dos principais votos que acabam de ser proferidos pelos eminentes Ministros Néri da Silveira e Moreira Alves. Vou, portanto, apenas enunciar a conclusão do meu pensamento.

Entendo que o art. 86 da Lei nº 4.215/63 não se concilia com o § 23 do art. 153 da Constituição Federal, porque aquele dispositivo de lei ordinária faz restrições que não dizem respeito à capacidade para o exercício da profissão de advogado, e as únicas válidas e permitidas em face do mencionado dispositivo da Carta Magna são “as condições de capacidade que a lei estabelecer”. De sorte que concluo pela inconstitucionalidade do art. 86 em referência, por incompatibilidade com o § 23 do art. 153 da Constituição Federal.

Julgo procedente a representação.

VOTO

O Sr. Ministro Djaci Falcão: Não obstante as brilhantes considerações alinhadas no voto do nobre relator, seguido pelos eminentes Ministros Francisco Rezek e Oscar Corrêa, também me situo na linha do voto do eminente Ministro Moreira Alves, que, de modo exaustivo e, a meu ver, irresponsável, demonstrou que o art. 86 da Lei nº 4.215, de 1963, na redação dada pela Lei nº 5.681, de 1971, ofende o princípio inserido no § 23 do art. 153 da Constituição Federal. S. Exa. examinando a condição

de capacidade, deu-lhe o exato sentido finalístico. A mim não impressionam reflexos de conveniência. A lei, mal elaborada não só quanto à regra objeto de exame como a outras que se situam na sua vizinhança, realmente padece do vício de inconstitucionalidade.

Julgo procedente a representação.

VOTO

O Sr. Ministro Cordeiro Guerra (Presidente): A questão está exaustivamente debatida e equacionada. Cumpre-me apenas, em se tratando de matéria constitucional, emitir a minha opinião.

Como presidente da Casa, rejubilo-me pela altitude dos votos proferidos e também com a dedicação dos ministros às graves responsabilidades que lhes competem.

Acompanho o voto do eminente Ministro Moreira Alves, *data venia* dos que pensam em contrário, porque, como observou bem o eminente Ministro Soares Muñoz em face da argumentação do primeiro voto divergente, o problema é saber se os artigos impugnados são pertinentes às condições de capacidade para o exercício da profissão. Entendo que não se nega a capacidade de ninguém. O que se proíbe é o exercício, nesta profissão, de outras pessoas. E, assim, poderia resumir a minha opinião deste modo: no regime da Constituição de 1934, propenderia pela constitucionalidade desse dispositivo. Mas, no regime da Constituição vigente, que se restringe à observância das condições de capacidade, parece-me que o dispositivo é evidentemente inconstitucional.

Não posso deixar de lembrar o conselho de Calamandrei, de que os juizes aposentados não devem advogar, porque vão fazer mal aquilo que se leva muito tempo para aprender a fazer bem. É claro que isso não diz respeito àqueles que já advogam antes de serem magistrados e que se tornaram mestres de direito, para os quais a magistratura foi a conclusão gloriosa de uma carreira prestante.

Julgo procedente a representação.

EXTRATO DA ATA

Rp. nº 1.054-6-DF — Rel.: Ministro Néri da Silveira. Repte.: Procurador-Geral da República. Repdos.: Congresso Nacional e Sr. Presidente da República. Assistente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (adv.: José Paulo S. Pertence).

Decisão: pediu vista o Ministro Moreira Alves, depois do voto do relator julgando improcedente a representação. Falou pelo Assistente o Dr. José Paulo Sepúlveda Pertence. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho. Plenário, 29.6.83.

Decisão: julgou-se procedente a representação, declarando-se a inconstitucionalidade

do art. 86 da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 5.681, de 20 de julho de 1971. Vencidos os Ministros Relator, Francisco Rezek e Oscar Corrêa. Votou o presidente. Plenário, 4.4.84.

Presidência do Sr. Ministro Cordeiro Guerra. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Moreira Alves, Soares Muñoz, Decio Miranda, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Alfredo Buzaid, Oscar Corrêa e Francisco Rezek. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho.

Procurador-Geral da República, Prof. Inocêncio Mártires Coelho.