

23/06/2022

PLENÁRIO

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.396 DISTRITO FEDERAL

**RELATOR** : **MIN. NUNES MARQUES**  
**REQTE.(S)** : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS  
ADVOGADOS DO BRASIL  
**ADV.(A/S)** : MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO E  
OUTRO(A/S)  
**ADV.(A/S)** : LIZANDRA NASCIMENTO VICENTE  
**ADV.(A/S)** : ANA PAULA DEL VIEIRA DUQUE  
**INTDO.(A/S)** : PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**INTDO.(A/S)** : CONGRESSO NACIONAL  
**AM. CURIAE.** : SINDICATO NACIONAL DOS PROCURADORES DA  
FAZENDA NACIONAL  
**ADV.(A/S)** : PEDRO HENRIQUE ALVES DA COSTA FILHO  
**AM. CURIAE.** : FEDERAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS -  
FENADV  
**ADV.(A/S)** : WALTER VETTORE  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS DA  
CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - ADVOCEF  
**INTDO.(A/S)** : ALTAIR RODRIGUES DE PAULA  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DO BANCO DO  
BRASIL - ASABB  
**ADV.(A/S)** : CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS EMPREGADOS DA  
PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS- ADEMP  
**ADV.(A/S)** : RUI BERFORD DIAS  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DO BANCO  
REGIONAL DE BRASÍLIA - ASABRB  
**ADV.(A/S)** : WALTER VETTORE  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS EMPREGADOS DA  
PETROBRAS DISTRIBUIDORA S/A - AAEPD  
**ADV.(A/S)** : MIGUEL JONIL FEYDIT VIEIRA  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DE  
EMPRESAS PÚBLICAS FEDERAIS - ANPEPF  
**ADV.(A/S)** : NILTON CORREIA E OUTRO(A/S)

**ADI 3396 / DF**

**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DA EMPRESA  
BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - APECT  
**ADV.(A/S)** : NILTON CORREIA E OUTRO(A/S)  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DO GRUPO  
ELETROBRAS - AAGE  
**ADV.(A/S)** : MARIANA LIMA DO VALE  
**AM. CURIAE.** : FÓRUM NACIONAL DE ADVOCACIA PÚBLICA  
FEDERAL - FORUM  
**ADV.(A/S)** : HUGO MENDES PLUTARCO  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DAS EMPRESAS  
PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA  
DO ESTADO DE SANTA CATARINA - ADVESC  
**ADV.(A/S)** : FABIO DA SILVA MACIEL  
**ADV.(A/S)** : GRAZIELA ALESSANDRA MOREIRA PISA

## EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONHECIMENTO. ART. 4º DA LEI N. 9.527/1997. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO A SERVIDORES PÚBLICOS DE DIREITOS PRÓPRIOS DE ADVOGADOS EMPREGADOS EM EMPRESA PRIVADA (LEI N. 8.906/1994, ARTS. 18 A 21). ADVOGADOS EMPREGADOS EM EMPRESAS PÚBLICAS OU SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA SUJEITAS À CONCORRÊNCIA. ART. 171, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (NA REDAÇÃO ORIGINAL). INTERPRETAÇÃO CONFORME.

1. A questão constitucional posta nos autos consiste em decidir sobre afastar-se a incidência de uma das leis (no caso a Lei n. 9.527/1997, art. 4º), em favor de outra (Lei n. 8.906/1994 – Estatuto da OAB –, arts. 18 a 21), por inconstitucionalidade da primeira. O conflito não se dá propriamente entre as normas legais (até porque, fosse assim, se resolveria mediante a mera revogação da lei anterior pela posterior), mas, sim, de uma destas com a Constituição, ao intentar afastar a aplicação da outra.

## ADI 3396 / DF

2. A ausência de impugnação do art. 3º, § 1º, do Estatuto da OAB não prejudica o conhecimento da ação direta. Na verdade, o autor deseja ver confrontado com a Constituição o dispositivo da Lei n. 9.527/1997 (art. 4º) que especificamente retira dos advogados da Administração Pública parcela de direitos reconhecidos aos advogados empregados, ao passo que o art. 3º do mesmo Estatuto faz justamente o contrário, incluindo os advogados servidores públicos no amplo conceito de “atividade de advocacia”. Logo, seria paradoxal impugnar, nesta ação, esse último dispositivo.

3. O servidor público que exerce a advocacia na Administração direta, autárquica ou em fundação de direito público, ocupando cargo público, naturalmente não é alcançado pela disciplina típica do advogado empregado, na medida em que se submete a regramento constitucional e legal específico, de direito público, o qual lhe confere direitos e obrigações peculiares ao servidor público.

4. O Estatuto da Advocacia, cujo projeto nasceu no âmbito do Congresso Nacional (PL n. 2.938/1992, de iniciativa do deputado Ulisses Guimarães, do PMDB/SP), não poderia dirigir-se à disciplina dos advogados servidores públicos senão subsidiariamente, pois as leis que regem tais agentes são de iniciativa privativa do Presidente da República (e, por correspondência, nos âmbitos estadual, distrital e municipal, dos governadores e prefeitos), conforme disciplina do art. 61, § 1º, II, “c”, da Constituição Federal.

5. A não aplicação dos arts. 18 a 21 do Estatuto da Advocacia às carreiras dos advogados servidores públicos não lhes gera prejuízo. Tais profissionais, como prevê o art. 3º, § 1º, do mesmo diploma, submetem-se a dois regimes – o do Estatuto da OAB e outro próprio do serviço público –, devendo neles haver acomodações recíprocas. Nessa coexistência entre regimes jurídicos, por vezes a norma de um derrogará a de outro, tudo à luz da Constituição Federal e dos princípios

**ADI 3396 / DF**

consagrados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

6. Se a empresa pública ou sociedade de economia mista é monopolista, isto é, não sujeita à concorrência de congêneres estritamente privadas, então eventual distinção de tratamento feita por lei federal relativamente aos empregados públicos (inclusive advogados), para atender peculiaridades do serviço, é constitucional, ainda que essa empresa não receba subsídios do Estado. Tal empresa, não estando sujeita à concorrência privada, se aproxima mais de um ente estatal que de uma empresa privada, de modo que não é lógico aplicar-se a regra niveladora do art. 173, § 1º, da Constituição Federal. Precedente.

7. O poder público, quando exerce atividade econômica em regime de livre concorrência, precisa nivelar-se aos demais agentes produtivos para que não se façam olvidar princípios da ordem econômica, em especial o da livre concorrência (CF, art. 170, IV), que seria malferido se o Estado pudesse atuar na ordem econômica privada observando disciplina mais generosa para seus empreendimentos. Por isso, as empresas estatais não monopolistas devem submeter-se às mesmas regras legais aplicáveis à concorrência privada, inclusive no que tange às normas trabalhistas.

8. Analisando-se o disposto nos arts. 18 a 21 do Estatuto da OAB, cuja aplicação aos advogados das empresas públicas e sociedades de economia mista foi vedada pela lei impugnada, observa-se que nada ali pode ser negado a advogado empregado público de empresa concorrencial, a saber: a) independência técnica; b) desobrigação de prestar serviços fora da relação de trabalho; c) limite de 8 horas diárias de trabalho; d) salário mínimo profissional; e) horas extras com 100% de acréscimo; f) adicional noturno com 25% de acréscimo; e g) percepção de honorários de sucumbência nas ações em que o empregador for parte.

9. A orientação do Supremo tem sido no sentido de que o

## ADI 3396 / DF

recebimento de honorários por advogados públicos não pode implicar a superação do teto remuneratório do serviço público (ADIs 6.165, 6.178, 6.181, 6.197, Relator o ministro Alexandre de Moraes; e ADI 6.053, Relator do acórdão o ministro Alexandre de Moraes, todas julgadas na sessão virtual de 12 a 19 de junho de 2020). Essa orientação é aplicável aos advogados com vínculo de emprego público, já que o art. 37, XI, da Constituição também se dirige aos empregados públicos.

10. Empregados de empresa pública, sociedade de economia mista ou subsidiária que não seja monopolista nem receba recursos da Fazenda Pública para despesas de pessoal e custeio em geral não estão sujeitos ao teto remuneratório do serviço público, como já consignou o Supremo em vários precedentes, ao interpretar o disposto no art. 37, § 9º, da Carta da República, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998 (por exemplo: AI 563.842 AgR, Primeira Turma, Relator o ministro Marco Aurélio, *DJe* de 1º de agosto de 2013; RE 572.143 AgR, Primeira Turma, Relator o ministro Ricardo Lewandowski, *DJe* de 25 de fevereiro de 2011).

11. Ação conhecida e pedido julgado parcialmente procedente para, atribuindo-se interpretação conforme ao art. 4º da Lei n. 9.527, de 10 de dezembro de 1997, excluir-se de seu alcance apenas os advogados empregados públicos de empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias não monopolistas (isto é, que se submetam à livre concorrência econômica com empresas privadas), observado o teto remuneratório, quanto à remuneração total (salário mais gratificações, adicionais e honorários) do advogado empregado público de empresa estatal dependente da entidade pública que autorizou sua criação (CF, art. 37, § 9º, na redação dada pela Emenda de n. 19/1998, c/c art. 2º, III, da Lei Complementar n. 101/2000).

12. Se o advogado empregado público já foi admitido por meio de concurso cujo edital previa condições diversas daquelas constantes dos

**ADI 3396 / DF**

arts. 18 a 21 do Estatuto da OAB, prevalece o edital aceito pelo candidato sem impugnação sobre a presente interpretação conforme, em respeito às situações jurídicas constituídas.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 23 de junho de 2022, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, em conhecer da ação direta de inconstitucionalidade e julgar parcialmente procedente o pedido formulado, para dar interpretação conforme ao art. 4º da Lei federal n. 9.527/1997, excluindo de seu alcance os advogados empregados públicos de empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias, não monopolísticas, os quais, no entanto, assim como todos os servidores e empregados públicos em geral, também estão sujeitos ao teto remuneratório do serviço público (CF, art. 37, XI), quanto ao total da sua remuneração (salários mais vantagens e honorários advocatícios), com exceção daqueles vinculados a empresa pública, sociedade de economia mista ou subsidiária que não receba recursos do ente central para pagamento de pessoal ou custeio nem exerça sua atividade em regime monopolístico, conforme o disposto no art. 37, § 9º, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda de n. 19/1998, ficando excluídos também da disciplina do EOAB (arts. 18 a 21) os advogados empregados de empresas públicas ou sociedades de economia mista ou suas subsidiárias que tenham sido admitidos por concurso público, em cujos editais tenham sido estipuladas condições diversas daquelas do EOAB, sem qualquer impugnação, tudo nos termos do voto do Relator, vencidos, em parte, os ministros Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes e Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o ministro Luiz Fux (Presidente). Presidiu o julgamento a ministra Rosa Weber (Vice-Presidente).

Brasília, 23 de junho de 2022.

**CÓPIA**

**ADI 3396 / DF**

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 7 de 116

**Ministro NUNES MARQUES**

**Relator**

22/06/2022

PLENÁRIO

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.396 DISTRITO FEDERAL

**RELATOR** : **MIN. NUNES MARQUES**  
**REQTE.(S)** : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS  
ADVOGADOS DO BRASIL  
**ADV.(A/S)** : MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO E  
OUTRO(A/S)  
**ADV.(A/S)** : LIZANDRA NASCIMENTO VICENTE  
**ADV.(A/S)** : ANA PAULA DEL VIEIRA DUQUE  
**INTDO.(A/S)** : PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**INTDO.(A/S)** : CONGRESSO NACIONAL  
**AM. CURIAE.** : SINDICATO NACIONAL DOS PROCURADORES DA  
FAZENDA NACIONAL  
**ADV.(A/S)** : PEDRO HENRIQUE ALVES DA COSTA FILHO  
**AM. CURIAE.** : FEDERAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS -  
FENADV  
**ADV.(A/S)** : WALTER VETTORE  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS DA  
CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - ADVOCEF  
**INTDO.(A/S)** : ALTAIR RODRIGUES DE PAULA  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DO BANCO DO  
BRASIL - ASABB  
**ADV.(A/S)** : CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS EMPREGADOS DA  
PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS- ADEMP  
**ADV.(A/S)** : RUI BERFORD DIAS  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DO BANCO  
REGIONAL DE BRASÍLIA - ASABRB  
**ADV.(A/S)** : WALTER VETTORE  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS EMPREGADOS DA  
PETROBRAS DISTRIBUIDORA S/A - AAEPD  
**ADV.(A/S)** : MIGUEL JONIL FEYDIT VIEIRA  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DE  
EMPRESAS PÚBLICAS FEDERAIS - ANPEPF  
**ADV.(A/S)** : NILTON CORREIA E OUTRO(A/S)

**ADI 3396 / DF**

**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DA EMPRESA  
BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - APECT  
**ADV.(A/S)** : NILTON CORREIA E OUTRO(A/S)  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DO GRUPO  
ELETROBRAS - AAGE  
**ADV.(A/S)** : MARIANA LIMA DO VALE  
**AM. CURIAE.** : FÓRUM NACIONAL DE ADVOCACIA PÚBLICA  
FEDERAL - FORUM  
**ADV.(A/S)** : HUGO MENDES PLUTARCO  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DAS EMPRESAS  
PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA  
DO ESTADO DE SANTA CATARINA - ADVESC  
**ADV.(A/S)** : FABIO DA SILVA MACIEL  
**ADV.(A/S)** : GRAZIELA ALESSANDRA MOREIRA PISA

## RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES:** O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) propôs esta ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, contra o art. 4º da Lei federal n. 9.527, de 10 de dezembro de 1997, cujo teor reproduzo:

Art. 4º As disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, não se aplicam à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

Busca, em síntese, preservar, em favor dos advogados da Administração Pública, direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a aplicabilidade das disposições do Capítulo V do Título I da Lei n. 8.906/1994 – Estatuto da Advocacia –, mediante a declaração de inconstitucionalidade do artigo acima

ADI 3396 / DF

transcrito.

Os arts. 18 a 21 do Estatuto da Advocacia preveem, em benefício dos profissionais advogados com vínculo de emprego na iniciativa privada, os seguintes direitos:

1. Isenção técnica e independência profissional no exercício da advocacia (art. 18, *caput*);
2. Desobrigação de prestar serviços profissionais de interesse pessoal do empregador fora da relação de emprego (art. 18, parágrafo único – renumerado pela Lei n. 14.365, de 2 de junho de 2022, para § 1º do art. 18).
3. Salário mínimo da categoria fixado em sentença normativa, desde que não tenha sido ajustado antes em acordo ou convenção coletiva (art. 19)
4. Jornada máxima de trabalho com 4 horas diárias contínuas e 20 semanais, excetuadas as situações em que haja acordo ou convenção coletiva em sentido diverso ou contrato de emprego com cláusula de dedicação exclusiva (art. 20 – cuja redação foi substancialmente alterada pela Lei n. 14.365/2022);
5. Reembolso de despesas com transporte, hospedagem e alimentação quando realizada atividade externa (art. 20, § 1º);
6. Recebimento de horas extraordinárias com adicional de pelo menos 100% (art. 20, § 2º);
7. Adicional por horas trabalhadas em período noturno de pelo menos 25% (art. 20, § 3º); e
8. Percepção de honorários de sucumbência nas causas em que o empregador for parte (art. 21, *caput*).

Sustenta o autor que a norma impugnada, ao afastar a eficácia dos referidos dispositivos em relação aos profissionais da advocacia vinculados à Administração Pública, acabou por discriminar empregados apenas em razão da pessoa do empregador, vindo, assim, a desrespeitar o princípio da igualdade (CF, art. 5º, *caput*).

**ADI 3396 / DF**

Diz, ainda, ter sido inobservada a cláusula constitucional que obriga empresas públicas e sociedades de economia mista a se sujeitarem ao regime jurídico das empresas privadas inclusive quanto a direitos e obrigações trabalhistas (CF, art. 173, § 1º, na redação original).

Imprimiu-se ao feito o rito do art. 12 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Em informações, o Presidente da República sustenta a impossibilidade de se conhecer da ação. Frisa não demonstrada ofensa direta à Carta Magna. Além disso, ressalta não haver o proponente questionado a higidez do § 1º do art. 3º da Lei n. 8.906/1994, o qual também prevê a subsunção dos vínculos dos advogados, na Administração Pública direta ou indireta, aos respectivos regimes jurídicos. No mérito, manifesta-se pela improcedência do pedido.

O Congresso Nacional entende necessário dar interpretação conforme à Constituição Federal ao dispositivo atacado. Nesse sentido, defende que os efeitos da norma não alcancem os advogados classificados como “empregados públicos”, contratados por empresas públicas ou sociedades de economia mista atuantes no domínio econômico, sem monopólio, seja na produção ou comercialização de bens, seja na prestação de serviços.

O Advogado-Geral da União manifesta-se pela improcedência do pedido. Subsidiariamente, sustenta a procedência em parte, apenas para que se confira interpretação conforme à Constituição Federal à norma questionada, excluindo-se de sua incidência as empresas públicas e as sociedades de economia mista que atuem no domínio econômico sem regime de monopólio.

O Procurador-Geral da República opina pela procedência parcial do pedido, preconizando seja dada interpretação conforme à Constituição

**ADI 3396 / DF**

Federal ao dispositivo, de modo a manter fora de sua abrangência as empresas públicas e as sociedades de economia mista atuantes no domínio econômico, desde que sem regime de monopólio.

Resolvidas diversas questões relacionadas à admissão de *amici curiae*, o processo veio concluso.

É o relatório.

22/06/2022

PLENÁRIO

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.396 DISTRITO FEDERAL

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES (RELATOR):** Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), a quem a doutrina e a jurisprudência classificam como um dos *legitimados universais* para a deflagração de processo de controle concentrado. Logo, não tem relevância qualquer discussão acerca da legitimidade para agir ou mesmo de pertinência temática (CF, art. 103, VII).

Embora tenha havido, no meio tempo entre o ajuizamento da ação e a presente data, algumas alterações legislativas, tanto no texto da Constituição, como na legislação inferior, tais alterações não são relevantes a ponto de tornarem sem objeto a ação, como demonstrarei adiante.

**1. QUESTÕES PRELIMINARES**

Senhor Presidente, a ação deve ser conhecida.

Ao contrário do que sustenta a Presidência da República, não se cuida, aqui, de ofensa reflexa à Constituição Federal.

Da forma como a questão foi apresentada na petição inicial, a suposta ofensa ao **princípio da igualdade**, consagrado no art. 5º, *caput*, da Carta da República, decorreria da existência de legislações conflitantes a dispensarem tratamento diferenciado para trabalhadores que não devem ser distinguidos entre si. A questão constitucional consistiria, então, em

## ADI 3396 / DF

decidir sobre o afastamento da incidência de uma das leis (no caso a de n. 9.527/1997, na qual encerrado o art. 4º ora impugnado), em favor da outra (Lei n. 8.906/1994 – Estatuto da OAB –, na qual incluídas as disposições cuja aplicabilidade se busca preservar), porque a primeira seria inconstitucional. Logo, o conflito não se daria propriamente entre as normas legais (até porque, fosse assim, se resolveria por mera revogação da lei anterior pela posterior), mas, sim, de uma delas com a Constituição, ao intentar afastar a incidência da outra.

Nessa mesma linha, em especial quanto aos advogados das empresas públicas e das sociedades de economia mista, a edição de norma aparentemente contrária ao mandamento do art. 173, § 1º, da Constituição Federal (na redação original) configuraria ofensa direta à Carta Magna.

Na tese proposta, não há paradigma de controle fora do Texto Constitucional. A indicação dos arts. 18 a 21 da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, demonstra a existência de normas mais benéficas aos advogados empregados, as quais teriam sido inconstitucionalmente derogadas pelo art. 4º da Lei n. 9.527/1997.

Portanto, na perspectiva do autor, não haveria ofensa reflexa à Constituição Federal, e sim direta, revelada no desprezo ao princípio da igualdade, consagrado no art. 5º, *caput*, e ao disposto no art. 173, § 1º, da Carta da República, considerada a redação original.

Rejeito, assim, tal preliminar.

A outra preliminar suscitada pela Presidência da República confunde-se já com mérito da ação. É a seguinte: o art. 3º, § 1º, do Estatuto da Advocacia comporia o mesmo complexo normativo integrado pelo preceito ora impugnado, de modo que deveria ter constado da petição inicial para que a suposta inconstitucionalidade pudesse ser

ADI 3396 / DF

suficientemente superada por esta Corte.

Eis o teor do dispositivo em questão:

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

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

§ 2º O estagiário de advocacia, regularmente inscrito, pode praticar os atos previstos no art. 1º, na forma do regimento geral, em conjunto com advogado e sob responsabilidade deste.

Com a devida vênia, a ausência de impugnação do referido preceito não prejudica o conhecimento da ação direta. Na verdade, o autor deseja ver confrontada com nosso Documento Básico a disposição contida na Lei n. 9.527/1997 (art. 4º) que especificamente retira dos advogados da Administração Pública uma parcela de direitos reconhecidos aos advogados empregados na iniciativa privada, ao passo que o art. 3º do Estatuto da OAB faz exatamente o contrário, incluindo aqueles servidores no amplo conceito de “atividade de advocacia”. Depreende-se, assim, que seria paradoxal impugnar, neste processo, esse último dispositivo.

Em outras palavras, imaginemos um conjunto de direitos dos quais são titulares os advogados empregados. Pois bem. O autor da ação intenta **incluir** os advogados da Administração Pública direta e indireta como titulares desse conjunto de direitos, mediante a declaração de inconstitucionalidade do art. 4º da Lei n. 9.527/1997. O art. 3º do Estatuto da OAB, por sua vez, equipara a advocacia de modo geral, de sorte que dele se poderia até extrair o que pretende o proponente não fosse o fato

**ADI 3396 / DF**

de o próprio art. 3º fazer acepções relevantes, como exporei adiante. Não seria lógico, portanto, que o ora requerente impugnasse o art. 3º do Estatuto da Advocacia. Seria, de fato, contrário à tese que defende.

Rejeito, por essas razões, as preliminares suscitadas.

## **2. MÉRITO**

É interessante que o art. 3º do Estatuto da Advocacia não tenha sido lembrado na inicial – e **aqui adentro propriamente o cerne da questão constitucional** – porque, na verdade, ele já oferece a solução hermenêutica para o problema apresentado.

O § 1º do referido dispositivo disciplina perfeitamente a questão e demonstra que a isonomia entre advogados atuantes em diferentes atividades precisa ser ajustada a cada situação concreta, não sendo um monólito a deslocar-se sem qualquer ajuste internamente ao sistema jurídico.

Com efeito, é o próprio Estatuto da OAB, no mencionado art. 3º, § 1º, que preceitua estarem os advogados da Administração Pública a ele sujeitos, **além de ao “regime próprio a que se subordinem”**.

Fica claro, então, que não foi o objetivo nem sequer do legislador do Estatuto estipular um regime jurídico idêntico para todos os advogados nas mais diferentes situações profissionais (no caso, empregados em empresas privadas e aqueles que mantenham os mais diversos tipos de vínculo jurídico com a Administração Pública).

É manifesto, pela leitura sistemática da Constituição, que a Advocacia Pública apresenta aspectos peculiares mercedores da consideração específica do legislador, assim como não se pode equiparar completamente servidor público estatutário e empregado celetista.

ADI 3396 / DF

Nessa linha, para o deslinde da causa, é necessário estabelecer uma distinção inicial entre os advogados ocupantes de **cargos públicos** (isto é, servidores estatutários) e os celetistas em empresas públicas e sociedades de economia mista (**empregados públicos**).

## 2.1 ADVOGADOS SERVIDORES PÚBLICOS

Seria excêntrica a aplicação irrestrita, aos advogados ocupantes de cargo público, dos direitos conferidos àqueles sujeitos ao regime celetista, porque os primeiros são **servidores públicos** – como muitos outros –, logo não poderiam ser tratados como **empregados**.

Sabe-se que, no Texto Constitucional, o termo “empregado” remete a trabalhador subordinado ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e à legislação trabalhista correlata (por exemplo, arts. 8º, VII; 11; 167-A, I e VI, na redação da Emenda de n. 109/2021; e arts. 195, § 8º; e 201, § 16, na redação dada pela Emenda de n. 103/2009).

Mesmo a expressão “relação de trabalho”, usada eventualmente pela Carta da República, não alcança de forma automática a que é mantida entre os servidores públicos e a Administração. Tal nomenclatura, de resto, é tradicional no direito brasileiro e tem sido acolhida pela jurisprudência do Supremo, inclusive para solucionar problemas de competência jurisdicional. A esse respeito, destaco as decisões do Plenário representadas pelas seguintes ementas:

CONSTITUCIONAL E TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART.114, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. EXPRESSÃO “RELAÇÃO DE TRABALHO”. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. EXCLUSÃO DAS AÇÕES ENTRE O PODER PÚBLICO E SEUS

ADI 3396 / DF

SERVIDORES. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR CONFIRMADA. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. O processo legislativo para edição da Emenda Constitucional 45/2004, que deu nova redação ao inciso I do art. 114 da Constituição Federal, é, do ponto de vista formal, constitucionalmente hígido. 2. A interpretação adequadamente constitucional da expressão “relação do trabalho” deve excluir os vínculos de natureza jurídico-estatutária, em razão do que a competência da Justiça do Trabalho não alcança as ações judiciais entre o Poder Público e seus servidores. 3. Medida Cautelar confirmada e Ação Direta julgada parcialmente procedente.

(ADI 3.395, ministro Alexandre de Moraes, *DJe* de 1º de julho de 2020)

[...] CONSTITUCIONAL. DIREITOS SOCIAIS. COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DA LEGALIDADE DE GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS CELETISTAS. JUSTIÇA COMUM. FIXAÇÃO DE TESE DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. **É competência da justiça comum, federal ou estadual, conforme o caso, o julgamento de dissídio de greve promovida por servidores públicos, na linha do precedente firmado no MI 670** (Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, *DJe* de 30/10/2008). 2. As Guardas Municipais executam atividade de segurança pública (art. 144, § 8º, da CF), essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, § 1º, CF), pelo que se submetem às restrições firmadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE 654.432 (Rel. Min. EDSON FACHIN, redator para acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 5/4/2017). 3. A essencialidade das atividades desempenhadas pelos servidores públicos conduz à aplicação da regra de competência firmada pelo Supremo Tribunal Federal no MI 670, mesmo em se tratando de servidores contratados pelo Estado sob o regime celetista. 4. Negado provimento ao recurso

ADI 3396 / DF

extraordinário e fixada a seguinte tese de repercussão geral: “A Justiça Comum Federal ou Estadual é competente para julgar a abusividade de greve de servidores públicos celetistas da administração direta, autarquias e fundações de direito público”.

(RE 846.854, Redator do acórdão o ministro Alexandre de Moraes *DJe* de 7 de fevereiro de 2018)

[...] CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. AFRONTA AO QUE DECIDIDO NA ADI 3.395. OCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA PRONUNCIAR-SE SOBRE A EXISTÊNCIA, A VALIDADE E A EFICÁCIA DA RELAÇÃO ENTRE SERVIDORES E O PODER PÚBLICO, FUNDADA EM VÍNCULO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES. RECURSO DE AGRAVO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. No julgamento da ADI 3.395, esta CORTE reconheceu que “a interpretação adequadamente constitucional da expressão **relação do trabalho deve excluir os vínculos de natureza jurídico-estatutária, em razão do que a competência da Justiça do Trabalho não alcança as ações judiciais entre o Poder Público e seus servidores**” (Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 15/4/2020). 2. A presente hipótese envolve relação jurídica travada entre a Administração Pública e servidor público submetido ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Federais – Lei 8.112/90 – o que, evidentemente, afasta a competência da Justiça Trabalhista, por envolver vínculo administrativo, ou seja, não regido pelo direito do trabalho. 3. Dessa forma, não cabe à Justiça Especializada, como ocorreu no presente caso, apreciar a regularidade do vínculo firmado entre o servidor e o Poder Público. No mesmo sentido, registram-se os seguintes casos ajuizados pela FUNASA: Rcl 42.935, de minha relatoria, *DJe* de 2/9/2020; Rcl 44.184, Rel. Min. GILMAR MENDES, *DJe* de 22/11/2020; Rcl 40.860, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, *DJe* de 27/5/2020; Rcl 40.442, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, *DJe* de

ADI 3396 / DF

8/10/2020; Rcl 41.024, Rel. Min. GILMAR MENDES, *DJe* de 9/11/2020; Rcl 40.972, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *DJe* de 19/8/2020; e Rcl 43.383, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, *DJe* de 19/11/2020. 4. Recurso de agravo a que se dá provimento.

(Rcl 44.025 AgR, Redator do acórdão o ministro Alexandre de Moraes, *DJe* de 24 de maio de 2021 – grifei)

Os servidores públicos que exercem a advocacia na Administração direta, autárquica ou em fundação de direito público estão, portanto, naturalmente fora da disciplina típica do advogado empregado, por se submeterem a um **regramento constitucional e legal específico**, de **direito público**, que lhes confere direitos e obrigações peculiares ao servidor público.

Ademais, o Estatuto da OAB, cujo projeto nasceu no Congresso Nacional (PL n. 2.938/1992, de iniciativa do deputado Ulisses Guimarães, do PMDB/SP), não poderia mesmo dirigir-se à disciplina dos advogados servidores públicos senão subsidiariamente, porque as leis que regem tais agentes são de **iniciativa privativa do Presidente da República** (e, por correspondência, em se tratando de estado, Distrito Federal ou município, do governador ou prefeito), conforme disciplina do art. 61, § 1º, II, “c”, da Carta Magna.

No entanto, isso não quer dizer, como faz crer o autor desta ação, que os advogados servidores públicos, à míngua da aplicação dos arts. 18 a 21 do Estatuto da OAB, estariam privados de direitos básicos dos profissionais da área em geral. Pelo contrário, os advogados públicos, por serem servidores, **gozam de direitos que os advogados empregados não têm**, tais como remuneração fixada por lei, licenças e afastamentos remunerados para estudos (inclusive no exterior), estabilidade no cargo, atuação definida por competências legalmente estabelecidas, regime próprio de previdência social, eventual foro por prerrogativa de função etc.

ADI 3396 / DF

Os próprios direitos assegurados pelos arts. 18 a 21 do Estatuto da Advocacia ou são reconhecidos aos advogados servidores públicos em outras leis, ou são nitidamente incompatíveis com o serviço público. Senão vejamos:

a) A **isenção técnica e independência profissional no exercício da advocacia** são asseguradas aos advogados servidores públicos em razão mesmo dos **princípios da impessoalidade e da legalidade**, que animam toda ação da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*), e tanto mais porque as funções por eles exercidas são estritamente técnicas. Esses servidores são chamados a se manifestarem sempre em termos técnicos, de maneira que se revela conatural ao exercício da Advocacia Pública tal independência, que, por óbvio, precisa ser compatibilizada com a hierarquia administrativa, cabendo ao servidor seguir a linha estabelecida pela cúpula da instituição à qual vinculado, recusando cumprimento apenas a ordens manifestamente ilegais (Lei n. 8.112/1990, art. 116, IV).

b) Quanto à **prestação, pelo advogado, de serviços para o empregador fora da relação de emprego**, está claro que isso é completamente inaplicável ao advogado servidor público. Ora, não existe um “empregador” nesse caso, mas servidores públicos que se relacionam institucionalmente, em círculos de competência legalmente definidos. Ademais, se eventualmente o advogado público fosse obrigado, por uma força de fato, a prestar serviços privados a uma autoridade superior, fora da relação estatutária, isso caracterizaria improbidade administrativa da autoridade, de sorte que a conduta poderia ser noticiada às autoridades competentes (Lei de Improbidade Administrativa, art. 9º, IV).

c) Em relação ao **salário-mínimo da categoria fixado em sentença normativa**, o próprio Estatuto da OAB, no ponto impugnado (art. 19), ressalva a existência de acordo ou convenção coletiva, não mencionando o estatuto jurídico dos servidores porquanto dispensável fazê-lo, já que

ADI 3396 / DF

não são eles empregados. Os advogados públicos têm remuneração fixada por lei, geralmente bem acima da média dos valores pagos a advogados empregados, com direito a revisão geral anual (CF, art. 37, X); sempre cabe, então, ao Poder Legislativo, mediante projeto de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, e não a sentenças normativas ou acordos coletivos, estipular periodicamente a remuneração e os reajustes cabíveis aos subsídios dos advogados públicos.

d) No tocante à **jornada máxima de trabalho de 4 horas diárias contínuas e 20 semanais**, excetuadas as situações em que há acordo ou convenção coletiva em sentido diverso ou contrato de emprego com cláusula de dedicação exclusiva (Estatuto da OAB, art. 20, na redação original), é de notar-se que tal direito foi revogado recentemente, pela **Lei n. 14.365, de 2 de junho de 2022**, de forma que agora também os advogados empregados seguem o padrão geral de 8 horas de trabalho diárias, consoante se vê na nova redação do *caput* do art. 20 do Estatuto da Advocacia:

Art. 20. A jornada de trabalho do advogado empregado, quando prestar serviço para empresas, **não poderá exceder a duração diária de 8 (oito) horas contínuas** e a de 40 (quarenta) horas semanais. (Redação dada pela Lei nº 14.365, de 2022)

Acrescente-se que a antiga jornada de 4 horas por dia de trabalho seria de problemática aplicação para os advogados ocupantes de cargos públicos, pois criaria um privilégio injustificável em relação aos demais servidores – aí, sim, em violação à isonomia –, dado que todos os funcionários cumprem jornada semelhante (definida em ato próprio da Administração, de acordo com as circunstâncias da instituição), limitada constitucionalmente a 8 horas diárias e 44 semanais, conforme disposto no art. 7º, XIII, c/c o art. 39, § 3º, da Constituição Federal. Não haveria razão objetiva para a exceção.

Todavia, como visto, o tema perdeu interesse em controle abstrato

ADI 3396 / DF

de constitucionalidade em virtude da alteração legislativa mencionada.

e) No que concerne ao **reembolso de despesas com transporte, hospedagem e alimentação, quando realizada atividade externa**, vale observar que há previsão dessa vantagem a todo servidor público, inclusive advogados, na forma de diárias, ajudas de custo e indenizações de transporte (ver, exemplificativamente, os arts. 51 a 60 da Lei n. 8.112/1990). Ausente, portanto, qualquer interesse prático na extensão da norma do Estatuto da OAB aos advogados públicos nesse ponto.

f) Quanto à **remuneração por hora extra**, a Constituição garante aos servidores públicos o pagamento de adicional de pelo menos 50% do salário (CF, art. 7º, XVI, c/c art. 39, § 3º). Seria inviável, mediante lei ordinária dirigida a empregadores privados, que não foi de iniciativa do Presidente da República, ampliar, no caso dos advogados servidores públicos, o valor do adicional para no mínimo 100%.

g) O **adicional de pelo menos 25% por hora trabalhada em período noturno**, por sua vez, já é assegurado aos advogados públicos federais pela própria Lei n. 8.112/1990 (art. 75). Ademais, trata-se de direito típico dos trabalhadores em geral. Também aqui falta interesse prático na extensão.

h) Sobre o tema dos **honorários de sucumbência** esta Corte já deliberou em inúmeros precedentes e, a partir do Código de Processo Civil de 2015, admitiu o pagamento a advogados públicos, **respeitado o teto constitucional do serviço público** quanto ao total da remuneração (ADIs 6.165, 6.178, 6.181, 6.197, Relator o ministro Alexandre de Moraes, e ADI 6.053, Redator do acórdão o ministro Alexandre de Moraes, todas julgadas na sessão virtual de 12 a 19 de junho de 2020).

Ou seja, os advogados públicos já têm esse direito por força de outras leis que não o Estatuto da OAB, de modo que a extensão a eles de

## ADI 3396 / DF

referida previsão é não apenas inviável como também desnecessária. E, mesmo quando não tinham, cabia a lei de iniciativa do Chefe do Executivo a criação de tal vantagem, como veio a ocorrer na União, por exemplo, por meio da Lei n. 13.327/2016, que instituiu o pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais para todos os advogados vinculados à Advocacia-Geral da União.

Em resumo, a não aplicação, às carreiras dos advogados servidores públicos, das disposições dos arts. 18 a 21 do Estatuto da Advocacia não gera nenhum prejuízo a esses servidores.

Tais profissionais, na verdade, como se extrai do art. 3º, § 1º, do Estatuto da OAB, submetem-se a dois regimes – o do próprio Estatuto da OAB e outro específico do serviço público –, razão pela qual hão de ser feitas acomodações recíprocas entre ambos. Nessa coexistência, por vezes a norma de um derrogará a de outro, tudo à luz da Constituição Federal e dos princípios consagrados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Nesse sentido, o Supremo já declarou que **defensor público não precisa de inscrição na OAB para exercer suas atividades**, em vista do disposto no art. 4º, § 6º, da Lei Complementar n. 80/1994 (ADI 4.636, ministro Gilmar Mendes), que disciplina especificamente tal carreira de Estado. Noutra ocasião, o Tribunal chegou a sumular (enunciado n. 644) o entendimento de que titulares de cargo de procurador de autarquia são dispensados de apresentar instrumento de procuração para agirem em nome da entidade a que vinculados, dado que sua representação se dá *ex lege*, e não por mandato.

Daí por que mesmo eventual procedência do pedido veiculado na presente ação não implicaria automaticamente completa equiparação entre advogados empregados e advogados servidores públicos, como pretende o autor, pois restariam diversas outras normas distintivas

ADI 3396 / DF

esparsas não impugnadas.

Por determinação constitucional, os agentes que mantêm **vínculo funcional estatutário** com **pessoa jurídica de direito público** são classificados como **servidores públicos civis**, submetidos ao conhecido Regime Jurídico Único (CF, art. 39, *caput*, em vigor por força de liminar deferida na ADI 2.135, Plenário, Redatora do acórdão a ministra Ellen Gracie, *DJe* de 1º de agosto de 2018).

Portanto, advogados que integrem os quadros de tais pessoas jurídicas, sob regime estatutário, não podem ser tidos por empregados – ou melhor, advogados empregados. Antes, encontram-se na condição de servidores públicos, por isso mesmo submetidos a **regime jurídico estatutário**, o que, no plano federal, se dá com a Lei n. 8.112/1990, além da legislação específica de cada carreira.

O regime jurídico aplicável a cada caso deverá prevalecer se presente situação de conflito com os direitos genéricos da profissão de advogado, constantes do Estatuto da Advocacia. Logo, por evidente, inexistente qualquer inconstitucionalidade no afastamento, em relação aos advogados estatutários, das regras dirigidas aos advogados empregados.

Também é necessário enfatizar, como já ressaltai, que os servidores públicos, entre os quais os integrantes das carreiras da Advocacia Pública, desfrutam de variados direitos que, a despeito de não estarem dispostos na CLT, se encontram previstos nos regimes jurídicos que lhes são próprios, como no âmbito da União, a Lei n. 8.112/1990.

Conglobar tantos direitos com aqueles encerrados no Estatuto da Advocacia criaria uma casta de servidores distintos dos demais, regida por um regime híbrido privilegiado no qual se somariam às vantagens oferecidas ao servidor público as garantidas ao advogado empregado na iniciativa privada e ao advogado autônomo, sem os ônus que estes

ADI 3396 / DF

enfrentam.

As carreiras da Advocacia Pública, ademais, pela posição eminente na defesa do Estado, devem ser de dedicação exclusiva e típicas de Estado, e, assim, percebem vantagens específicas que não são conferidas ao conjunto dos demais servidores, donde não haver qualquer risco para elas em não serem beneficiadas por alguns poucos direitos assegurados aos advogados empregados.

Por todas essas razões, parece-me claríssimo que, em relação aos advogados estatutários, a norma impugnada é perfeitamente constitucional.

## 2.2 ADVOGADOS EMPREGADOS PÚBLICOS

Não se pode afirmar, quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, que seus agentes sejam **servidores públicos**, embora sejam, sem dúvida, **agentes públicos**.

Essas entidades são concebidas para situações nas quais caiba ao Estado atuar como empresário, a fim de atender aos imperativos da **segurança nacional** ou a **relevante interesse coletivo**, conforme disciplinado no art. 173 da Constituição Federal. A propósito, ressalto que, embora tenham sido promovidas alterações na redação do art. 173 da Carta Magna, pela Emenda de n. 19/1998 – posterior, portanto, à edição da lei impugnada, que é de 1997 –, observa-se que o **parâmetro de controle invocado** (art. 173, § 1º, da Constituição, na redação original; art. 173, § 1º, II, na atual) **não foi substancialmente alterado**, mas apenas reenumerado e reescrito em termos mais claros. Confira-se:

Art. 173. [...]

§ 1º A lei estabelecerá o **estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias** que explorem atividade econômica de produção

ADI 3396 / DF

ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I – [...]

**II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;** (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Para efeito de comparação, eis a redação original, indicada como parâmetro de controle:

Art. 173. [...]

**§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.**

Vê-se que **não houve alteração jurídica relevante** entre os textos, razão pela qual a ação de controle abstrato de constitucionalidade permanece apresentando interesse prático na sua solução.

Pois bem. Para avaliar a questão em jogo, é preciso fazer uma breve contextualização histórica das empresas públicas e sociedades de economia mista, dentro do sistema jurídico brasileiro, para que se compreenda bem a *ratio legis* do dispositivo constitucional invocado como estalão de controle.

À exceção do Banco do Brasil, criado em 1808, ainda por Dom João VI, mediante associação de capitais públicos e particulares (Alvará de 12 de outubro de 1808, que instituiu o primeiro Banco do Brasil com capitais privados, a que se veio a associar a Coroa em 1812), as empresas estatais, com os contornos atuais, ingressaram na vida econômica brasileira durante a Era Vargas. É o caso do Instituto de Resseguros do Brasil (IRB), surgido em 1939, da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), de 1941, e

## ADI 3396 / DF

da Companhia do Vale do Rio Doce, de 1942. A essas se seguiram a Companhia Nacional de Álcalis, de 1943, a Companhia Hidrelétrica do São Francisco, de 1945, e a Fábrica Nacional de Motores, de 1946.

Todas essas empresas, embora assumissem a **forma de direito privado**, a fim de gozarem de maior flexibilidade nas operações econômicas, buscavam explorar atividades de **notório interesse estratégico do Estado brasileiro**. Este procurava, por meio delas, fomentar a produção de bens ou a oferta de serviços num contexto em que a indústria privada nacional ou não dispunha de capital suficiente, ou não contava com incentivos mercadológicos para investir. Essa a razão por que o regime jurídico dessas entidades tradicionalmente apresentou algum grau de hibridismo entre o direito público e o direito privado, nem sempre fácil de delimitar com clareza.

Com o restabelecimento do Congresso Nacional, em setembro de 1946, leis federais instituíram novas empresas públicas, entre as quais a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), em 1953 – com o monopólio estatal do beneficiamento do petróleo –, e a Centrais Elétricas Brasileiras (Eletrobras), em 1961 – empresa *holding* do sistema federal de eletricidade. Dos anos 1960 em diante, seguiu o País (e os governos subnacionais) criando empresas públicas e sociedades de economia mista para a exploração das mais diferentes atividades, mais ou menos ao sabor das necessidades de cada momento histórico.

Foi somente em 1967, por meio do Decreto-Lei n. 200 (arts. 4º e 5º), que o nosso legislador se preocupou em oferecer definições precisas das características típicas das empresas públicas e sociedades de economia mista, consagrando em texto legal o caráter híbrido dessas entidades, o qual já era bem conhecido da prática administrativa.

ADI 3396 / DF

Como ressaltou Caio Tácito<sup>1</sup> em estudo que desenvolveu sobre o tema, o hibridismo das empresas públicas é-lhes intrínseco, em razão mesmo da ideia que fundamenta a sua criação. Disse o eminente professor:

As modernas empresas públicas em sentido lato (de que as sociedades de economia mista são um gênero, a se caracterizar, como o próprio nome indica, pela comunhão de capital público e privado) são serviços públicos virtuais, nos quais a forma é de direito privado, mas o substrato é público.

A sociedade privada, não obstante a função social da empresa, é voltada para o acionista; a empresa pública e a sociedade de economia mista - devendo também atender ao interesse dos acionistas - são voltadas para o usuário, ou seja, para a comunidade.

É assim que ora a empresa pública se aproxima do direito privado, ora dele se afasta para aderir a princípios de direito público. E é justamente nesse contexto, e não como comando isolado e hermético, que a norma do art. 171, § 1º, da Constituição de 1988 (hoje art. 171, § 1º, II) precisa ser compreendida.

Enquanto a disposição constitucional preceitua que as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias devem seguir o regime de direito privado, a própria Constituição, em outros dispositivos – bem assim algumas leis federais esparsas, graças a autorizações constitucionais implícitas em normas de competência –, instituem **regras de direito público** que devem ser por elas observadas.

Maria Sílvia Zanella di Pietro<sup>2</sup> observa que essas **derrogações** são fundamentais para manter a empresa pública como **instrumento de ação**

---

1 TÁCITO, Caio. Direito administrativo e direito privado nas empresas estatais, *RDA*, n. 151, p. 22-28, jan./mar. 1983.

2 *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 521.

## ADI 3396 / DF

**do Estado**, pois, se fosse de outro modo, isto é, se a empresa pública ou sociedade de economia mista seguisse exatamente o mesmo padrão jurídico de uma empresa privada, em tudo e por tudo, tal entidade seria uma empresa privada com mera participação acionária do Estado, em vez de empresa pública ou sociedade de economia mista.

Entre as normas derogatórias do direito comum, destaco as seguintes:

- a) Exigência de autorização legal para a criação de empresa estatal (CF, art. 37, XIX e XX), o que pressupõe um juízo positivo do Congresso Nacional (ou, por correspondência, dos parlamentos locais) a respeito do interesse público relevante para a criação da empresa pública ou sociedade de economia mista;
- b) Controle externo da atividade da empresa pelo Poder Legislativo respectivo, com auxílio do Tribunal de Contas (CF, arts. 49, X, 70 e 71);
- c) Sujeição a certas limitações orçamentárias, típicas das finanças públicas (CF, arts. 52, VII, e 169, § 1º);
- d) Exigência de concurso público para ingresso nos quadros da empresa (CF, art. 37, II, com controle admissional *a posteriori* pelo Tribunal de Contas, art. 71, III);
- e) Proibição de acumulação de cargos e empregos públicos (CF, art. 37, XVII);
- f) Sujeição à ação popular e à ação civil pública;
- g) Sujeição a procedimento licitatório para aquisição de bens e serviços (CF, art. 37, XXVII); e
- h) Não sujeição à falência (Lei n. 11.101/2005, art. 2º).

Esses exemplos de derrogações do direito comum provam que, a despeito de o art. 173, § 1º (redação original), da Constituição dispor que as empresas públicas e sociedades de economia mista devem seguir normas de direito privado, isso só é verdade até o ponto em que ditas normas sejam compatíveis com o interesse público que ensejou a criação

ADI 3396 / DF

da entidade, o qual vem tutelado por outras normas da própria Constituição e, eventualmente, de leis ordinárias.

Retomo o estudo de Caio Tácito<sup>3</sup>. Falando especificamente sobre as sociedades de economia mista, leciona o professor:

Na sociedade de economia mista não é apenas a posição majoritária que discrimina os acionistas. Há uma nítida diversificação entre o estado-acionista controlador, que visa a exercer uma missão de interesse público relevante e o investidor privado, legitimamente inspirado pelo exclusivo espírito de lucro. Há um conflito latente entre dois polos de interesse, ou seja, entre a permanência do acionista estatal, inerente à própria natureza da companhia de economia mista (cujo objeto social se confunde com a prestação de um serviço público lato) e a flutuação dos acionistas privados minoritários, precipuamente atraídos pela rentabilidade das ações e suas cotações bursáteis (as “blue chips” das bolsas de valores). De tal forma o Estado como acionista perturba o equilíbrio da sociedade que a Lei de S.A. instituiu um direito especial de recesso para os acionistas “sempre que pessoa jurídica de direito público adquirir, por desapropriação, o controle de companhia em funcionamento (...) salvo se já se achava sob controle, direto ou indireto, de outra pessoa jurídica de direito público, ou no caso de concessionária de serviço público” (art. 236, parágrafo único).

Para concluir, desejamos enfatizar a convivência que se estabelece, nas empresas estatais, entre a norma pública e a norma de direito privado. **No conflito eventual que entre elas se possa oferecer como desafio ao intérprete, é fundamental ter presente que o direito privado é, no caso, instrumental ao passo que o direito público é substancial e orgânico. O primeiro serve de veículo a que se alcance o objetivo traçado pelo último, ou seja, a finalidade pública da ação administrativa do Estado, definida em lei e visando ao bem**

---

3

*Idem, ibidem.*

ADI 3396 / DF

**comum.**

Não se pode perder de vista que a própria decisão política de criar e manter uma empresa pública ou sociedade de economia mista representa desde logo uma **deliberação soberana de intervenção na economia de mercado do país** e, como tal, não pode gerar uma entidade privada pura, inteiramente submetida às regras de direito comum. É nesse sentido que insisto: a norma do art. 171, § 1º, da Constituição precisa ser lida com temperamentos.

A Carta de 1988 procura restringir a presença do Estado na atividade econômica, de tal sorte que ela pode ocorrer apenas em duas situações, a saber: (i) imperativos da segurança nacional e (ii) relevante interesse coletivo (CF, art. 173, *caput*).

Não por outra razão a cada ciclo de governo renova-se a discussão sobre **privatização** ou **estatização** de determinados setores da economia. O resultado prático dessas discussões normalmente é a criação ou a extinção de empresas públicas e sociedades de economia mista, tudo a demonstrar que tais entidades estão longe de ser objeto de interesse exclusivo do direito privado.

Mesmo na comparação entre países, é comum recordar a quantidade de empresas públicas mantidas nação a nação como indício seguro sobre a visão de cada uma sobre a intervenção do Estado na economia. A esse respeito, o Brasil é tido como um dos países com mais empresas públicas no mundo. No último Boletim das Empresas Estatais Federais, do 3º Trimestre de 2021, constatou-se que aqui havia 158 empresas estatais federais (Boletim das Empresas Estatais Federais — Português (Brasil) ([www.gov.br](http://www.gov.br))).

O número já foi muito maior. Na década de 1990, privatizamos 119 estatais. Numa lista de 39 países compilada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) com dados de 2015,

## ADI 3396 / DF

as 134 estatais federais que o Brasil mantinha na época colocavam o País em quarto lugar no mundo, em número de empresas públicas, atrás de Índia (270), Hungria (370) e China (51.341).

Vizinhos como Argentina e Colômbia contavam, respectivamente, com 59 e 39 estatais federais, ao passo que economias desenvolvidas, como Alemanha e França, com 71 e 51. Estados Unidos e Reino Unido tinham 16 cada um.<sup>4</sup>

Várias questões geopolíticas importantes estão subentendidas na decisão soberana de criar ou extinguir uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista. A pandemia de Covid-19, por exemplo, demonstrou que alguns setores aparentemente passíveis de serem entregues à iniciativa privada sem maiores efeitos, mostraram-se, na verdade, cruciais para a segurança interna dos países, como ficou claro ante o colapso de algumas cadeias produtivas.

A internacionalização de certas empresas mediante a venda de ações em bolsas de valores muitas vezes também suscita o problema do investimento de Estados estrangeiros em empresas públicas nacionais. Um problema delicadíssimo e igualmente apto a demonstrar que não se pode superestimar o art. 173, § 1º, da Constituição Federal em face de outros importantes dispositivos nela contidos.

### **2.2.1 Empresas públicas ou sociedades de economia mista monopolistas**

Há um caso, em particular, em que não pode ocorrer a completa equiparação de uma empresa pública ou sociedade de economia mista a

---

4 Ver: BBC News Brasil. *Brasil tem estatais demais?: 5 perguntas sobre privatização.* Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-49428758.amp>. Acesso em: 21 jun. 2022.

ADI 3396 / DF

uma empresa privada: quando a atividade é exercida em regime de **monopólio**.

Nesse cenário, não há razão para aplicar-se a lógica da concorrência, mesmo se a empresa não receber recursos do ente central destinados ao próprio custeio. É que, nesse contexto, a empresa pública ou sociedade de economia mista, dada sua **situação de fato**, simplesmente não terá concorrente. Logo, não há por que invocar a norma constitucional voltada, sobretudo, a proteger a livre concorrência (CF, art. 173, § 1º).

É dizer, no caso de a empresa pública ou sociedade de economia mista ser **monopolista**, não sujeita, portanto, à concorrência de congêneres estritamente privadas, mostra-se constitucional a distinção de tratamento feita por lei federal em relação aos empregados públicos (inclusive advogados), para atender peculiaridades do serviço, ainda que não haja subsídio do Estado. Tal empresa, não estando sujeita à concorrência privada, está mais próxima de um ente estatal que de uma empresa privada, não sendo lógico aplicar-se a regra niveladora do art. 173, § 1º, da Carta da República.

Esse foi o entendimento firmado pelo Tribunal ao decidir sobre a medida cautelar requerida nos autos da ADI 1.522, sob a relatoria do ministro Carlos Velloso, de cujo voto extraio o seguinte trecho:

[...] o art. 173 da Constituição está cuidando de hipótese em que o Estado esteja na condição de agente empresarial, isto é, esteja explorando, diretamente, atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada. Os parágrafos, então, do citado art. 173, aplicam-se com observância do comando constante do caput. Se não houver concorrência — existindo monopólio, CF, art. 177 — não haverá aplicação do §1º do mencionado art. 173. É que, conforme linhas atrás registrado, o que quer a Constituição é que o Estado-empresário não tenha privilégios em relação aos particulares. Se houver monopólio,

ADI 3396 / DF

não há concorrência; não havendo concorrência, desaparece a finalidade do disposto no § 1º do art. 173.

Nesse julgamento, o Tribunal deu interpretação conforme ao dispositivo impugnado – Medida Provisória n. 1.522/1996, art. 3º, que, vale destacar, tinha a mesma redação do preceito aqui impugnado –, para, sem redução de texto, excluir da incidência da norma as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica não monopolística.

No mesmo sentido decidiu o Supremo ao apreciar o RE 407.099, ministro Carlos Velloso, *DJ* de 6 de agosto de 2004. Na ocasião, a Segunda Turma admitiu que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), por ser empresa pública monopolista, fosse beneficiária da imunidade tributária recíproca entre os entes federados. Eis a ementa do julgado:

[...] CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO.

I. As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de **serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 150, VI, a.**

II. R.E. conhecido em parte e, nessa parte, provido.  
(Grifei)

Ainda sobre a ECT, observo que esta Corte entende que o regime de execução por meio de precatórios lhe é aplicável, exatamente por não haver concorrência com nenhuma empresa privada. Confira-se:

**ADI 3396 / DF**

[...] 1. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos: execução (CF, art. 100; C.Pr.Civil, arts. 730 e 731): recepção pela Constituição de 1988 do art. 12 do Decreto-Lei 509/69, que estendeu à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos os privilégios conferidos à Fazenda Pública, dentre eles o da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, devendo a execução fazer-se mediante precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição da República: precedente.

(AI 243.250 AgR, Primeira Turma, ministro Sepúlveda Pertence, *DJ* de 23 de abril de 2004)

Em outro caso, o Tribunal assentou que sociedade de economia mista estadual prestadora de serviço público essencial em regime de monopólio não pode ter os bens penhorados:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COMPANHIA ESTADUAL DE SANEAMENTO BÁSICO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. EXECUÇÃO PELO REGIME DE PRECATÓRIOS. 1. Embora, em regra, as empresas estatais estejam submetidas ao regime das pessoas jurídicas de direito privado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “entidade que presta serviços públicos essenciais de saneamento básico, sem que tenha ficado demonstrado nos autos se tratar de sociedade de economia mista ou empresa pública que competiria com pessoas jurídicas privadas ou que teria por objetivo primordial acumular patrimônio e distribuir lucros. Nessa hipótese, aplica-se o regime de precatórios” (RE 592.004, Rel. Min. Joaquim Barbosa). 2. É aplicável às companhias estaduais de saneamento básico o regime de pagamento por precatório (art. 100 da Constituição), nas hipóteses em que o capital social seja majoritariamente público e o serviço seja prestado em regime de exclusividade e sem intuito de lucro. 3. Provimento do agravo regimental e do recurso extraordinário.

ADI 3396 / DF

(RE 627.242 AgR, Primeira Turma, Redator do acórdão o ministro Roberto Barroso, *DJe* de 25 de maio de 2017)

Assim, não se aplica à empresa pública ou sociedade de economia mista, nas situações em que o exercício da respectiva atividade ocorre sob regime de monopólio, o disposto no art. 173, § 1º, da Lei Maior (atual art. 173, § 1º, II), uma vez que não há concorrentes que possam sofrer prejuízo em razão de eventual tratamento diferenciado outorgado ao ente instituído pelo Estado. Por conseguinte, o quadro de funcionários de tais empresas não pode invocar plena equiparação com o das empresas públicas e sociedades de economia mista que se sujeitam à livre concorrência econômica.

Não quero dizer com isso que o tratamento dirigido aos empregados públicos de ente monopolista está autorizado a ser inferior ao deferido aos demais empregados públicos. Tenho que, por não ser aplicável a casos assim o disposto no art. 173, § 1º da Constituição Federal, é preciso admitir ao legislador federal a fixação de um regime jurídico eventualmente diverso, em termos de direitos e obrigações. A disciplina, nesse caso, estará no campo do direito administrativo, e não no do trabalho.

A lei impugnada segue essa linha de entendimento ao determinar a não aplicabilidade de certos dispositivos do Estatuto da OAB a servidores públicos e empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista. Não verifico, portanto, em relação ao pessoal das empresas estatais monopolistas, nenhum vício de inconstitucionalidade na norma impugnada, porque realmente cabe ao legislador ordinário federal disciplinar os direitos e deveres de tais empregados, não necessariamente de forma idêntica à dos empregados em geral.

### **2.2.2 Empresas públicas e sociedades de economia mista não monopolistas**

ADI 3396 / DF

Entendo não haver dúvida sobre a incidência plena do art. 173, § 1º, da CF (atual art. 173, § 1º, II, com a redação dada pela Emenda de n. 19/1998), na hipótese em que a empresa pública ou sociedade de economia mista está sujeita à concorrência estritamente privada em sua atividade.

De fato, o poder público, ao exercer atividade econômica em regime de livre concorrência, deve **nivelar-se aos demais agentes produtivos**, para que assim não se façam olvidar princípios da ordem econômica, em especial o da **livre concorrência** (CF, art. 170. IV), que seria menoscabado se o Estado pudesse atuar na ordem econômica privada observando disciplina mais generosa para seus empreendimentos. Nesse caso, torna-se imprescindível a submissão **das empresas estatais não monopolistas às regras legais aplicáveis à concorrência privada**, inclusive no que tange às normas trabalhistas.

Vale sublinhar, quanto à força de trabalho das empresas públicas e das sociedades de economia mista, que, embora recrutada por meio de concurso público, não é composta por servidores públicos em sentido estrito, mas por **empregados** – ou **empregados públicos**, como majoritariamente prefere nomear a doutrina administrativista.

Por tratar-se de empregados (entre os quais os ocupantes do cargo de advogado), devem, de fato, incidir, conforme requer o autor desta ação, as normas específicas de regência, precisamente as previstas nos arts. 18 a 21 do Estatuto da Advocacia:

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

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

§ 1º O advogado empregado não está obrigado à prestação

de serviços profissionais de interesse pessoal dos empregadores, fora da relação de emprego. (Incluído pela Lei nº 14.365, de 2022)

§ 2º As atividades do advogado empregado poderão ser realizadas, a critério do empregador, em qualquer um dos seguintes regimes: (Incluído pela Lei nº 14.365, de 2022)

I – exclusivamente presencial: modalidade na qual o advogado empregado, desde o início da contratação, realizará o trabalho nas dependências ou locais indicados pelo empregador; (Incluído pela Lei nº 14.365, de 2022)

II – não presencial, teletrabalho ou trabalho a distância: modalidade na qual, desde o início da contratação, o trabalho será preponderantemente realizado fora das dependências do empregador, observado que o comparecimento nas dependências de forma não permanente, variável ou para participação em reuniões ou em eventos presenciais não descaracterizará o regime não presencial; (Incluído pela Lei nº 14.365, de 2022)

III – misto: modalidade na qual as atividades do advogado poderão ser presenciais, no estabelecimento do contratante ou onde este indicar, ou não presenciais, conforme as condições definidas pelo empregador em seu regulamento empresarial, independentemente de preponderância ou não. (Incluído pela Lei nº 14.365, de 2022)

§ 3º Na vigência da relação de emprego, as partes poderão pactuar, por acordo individual simples, a alteração de um regime para outro. (Incluído pela Lei nº 14.365, de 2022)

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

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

Art. 20. A jornada de trabalho do advogado empregado,

quando prestar serviço para empresas, não poderá exceder a duração diária de 8 (oito) horas contínuas e a de 40 (quarenta) horas semanais. (Redação dada pela Lei nº 14.365, de 2022)

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

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

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

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

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

Ora, o advogado empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista – ou, ainda, de uma de suas subsidiárias –, não pode ser distinguido, por lei, do advogado empregado em geral, **a não ser que haja norma constitucional expressa ou implícita a autorizar tal distinção**, como no caso dos entes monopolistas.

Da leitura dos autos depreende-se que a legislação impugnada claramente intencionou pôr o Estado empresário a salvo das normas de direito do trabalho aplicáveis à concorrência, no tocante aos advogados contratados sob o regime trabalhista, em total e absoluto desrespeito ao postulado de nivelção entre os atores econômicos (CF, art. 173, § 1º, na redação original). Daí a necessidade de interpretar-se o dispositivo

**ADI 3396 / DF**

impugnado de acordo com o Texto Constitucional, conforme adiante se propõe.

De fato, preceitua o art. 4º da Lei n. 9.527/1997:

Art. 4º As disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, não se aplicam à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, **às empresas públicas e às sociedades de economia mista.**

Quanto aos advogados servidores, como já ressaltai, a exclusão do regime dos advogados empregados não causa estranhamento e chega a ser praticamente expletiva, visto que a própria Constituição e uma pletera de leis ordinárias já fazem essa diferenciação. Agora, quanto aos advogados das empresas públicas e sociedades de economia mista, nomeadamente as não monopolistas, a diferença criada pela norma impugnada não tem base constitucional, dado que, consoante determina a Carta Política, o Estado, ao atuar como empresário, deve submeter-se aos mesmos bônus e ônus do setor (CF, art. 173, § 1º, na redação original; art. 173, §1º, II, na redação atual), a fim de não se desequilibrar a livre concorrência.

Assim, apenas em aspectos específicos, expressa ou implicitamente regulados pela Constituição, pode o legislador distinguir empregados de empresas públicas concorrenciais e empregados em geral.

Analisando-se o disposto nos arts. 18 a 21 do Estatuto da OAB, cuja aplicação foi afastada dos advogados das empresas públicas e sociedades de economia mista, observa-se que nada ali pode ser negado a advogado empregado público de empresa sujeita à livre concorrência, a saber: a) independência técnica; b) desobrigação de prestar serviços fora da relação

**ADI 3396 / DF**

de trabalho; c) salário mínimo profissional; d) limite de 8 horas de trabalho diário; e) horas extras com 100% de acréscimo; f) adicional noturno com 25% de acréscimo; e g) direito aos honorários de sucumbência nas ações em que o empregador for parte.

Tudo isso é direito do advogado empregado, seja de empresa pública concorrencial, seja de empresa privada. No caso dos advogados empregados públicos, muitos desses direitos, e até outros mais benéficos, decorrem de outras leis e de acordos coletivos, mas não se pode excluir a aplicação do Estatuto da OAB como base mínima de direitos para os profissionais da advocacia ditos empregados.

Mas há ainda um ponto no qual é preciso diferenciar os advogados empregados públicos dos advogados empregados em geral: a questão do limite da remuneração mensal, ou seja, o teto remuneratório. A esse respeito, cumpre ressaltar que a Constituição tem norma especificamente dirigida aos empregados públicos (art. 37, XI, na redação da EC 19/98).

Embora essa questão não tenha sido objeto da ação original, a afirmação da inconstitucionalidade parcial do art. 4º da Lei n. 9.527/1997, que declaro em meu voto, implica consequências que precisam ser **consideradas de ofício pelo Tribunal**, por tratar-se de questão surgida no bojo do julgamento e como consequência direta deste – a qual, ademais, é afetada por alterações constitucionais e legais que sucederam no curso do processo.

Verifico, adiante, esse aspecto do problema.

### **2.2.3 Do teto remuneratório**

Dado que se reconheça aos empregados públicos o direito aos honorários nas causas em que o empregador for parte, é preciso, de fato,

ADI 3396 / DF

abrir um parêntese para a questão do teto remuneratório, que surgiu supervenientemente, por força da EC 19/98, e que tem autonomia normativa na questão do regime jurídico dos empregados públicos.

A remuneração, tanto dos servidores quanto dos empregados públicos, incluídos aí honorários advocatícios, não pode, em princípio, superar o teto constitucional estabelecido no art. 37, XI, da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998):

[...]

XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de **cargos, funções e empregos públicos da administração direta**, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

ADI 3396 / DF

[...]

No âmbito do Supremo, tem sido firmada jurisprudência no sentido de que a percepção de honorários por advogados públicos não pode implicar a superação do teto remuneratório do serviço público (ADIs 6.165, 6.178, 6.181 e 6.197, ministro Alexandre de Moraes, e ADI 6.053, Redator do acórdão o ministro Alexandre de Moraes, todas julgadas na sessão virtual de 12 a 19 de junho de 2020). Essa orientação, por óbvio, aplica-se também aos advogados empregados públicos, já que o art. 37, XI da Constituição Federal se dirige também aos empregados públicos.

De outro lado, vale observar que os empregados de empresa pública, sociedade de economia mista ou subsidiária **que não recebe recursos da Fazenda Pública para despesas de pessoal e custeio em geral não estão sujeitos ao teto remuneratório do serviço público**, como já acentuou esta Corte em vários precedentes ao interpretar o disposto no art. 37, § 9º, da Carta da República, na redação dada pela Emenda de n. 19/1998 (AI 563.842 AgR, Primeira Turma, ministro Marco Aurélio, *DJe* de 1º de agosto de 2013; RE 572.143 AgR, Primeira Turma, ministro Ricardo Lewandowski, *DJe* de 25 de fevereiro de 2011). Destaco, em particular, o acórdão proferido pelo Plenário, sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes, na ADI 6.584. Eis ementa do julgado:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Emenda à Lei Orgânica do Distrito Federal n. 99/2017, que alterou o art. 19, § 5º da Lei Orgânica do Distrito Federal (LODF), e o art. 19, X, da LODF. 3. Teto remuneratório aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista não dependentes do erário do Distrito Federal. 4. Violação ao art. 37 da Constituição Federal. 5. Medida cautelar confirmada. 6. Inconstitucionalidade da Emenda à Lei Orgânica do Distrito Federal n. 99/2017. 7. **Interpretação conforme à Constituição ao artigo 19, X, da LODF, de modo que a expressão “empregos públicos” se limite às entidades que recebam recursos do**

ADI 3396 / DF

**Distrito Federal para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral. 8. Ação julgada procedente.**

(Grifei)

Aqui revelam-se dois subconjuntos de advogados empregados públicos: (i) os vinculados a empresa pública ou sociedade de economia mista contemplada, para seu custeio, por recursos dos entes centrais, chamadas de **empresas dependentes**, pela Lei Complementar 101/2000, art. 2º, III; e (ii) os vinculados a empresa pública ou sociedade de economia mista **não** destinatária de recursos dos entes centrais para o custeio das suas atividades. Os primeiros estão expressamente submetidos ao teto remuneratório (CF, art. 37, XI), ao passo que os segundos, por força de alteração constitucional promovida no § 9º do art. 37, foram excluídos do teto remuneratório, conforme já expressei acima, com a indicação dos precedentes respectivos.

Assim, conjugando-se todos os precedentes do Tribunal a respeito do **teto remuneratório** para os empregados públicos, chega-se à seguinte síntese:

a) Estão sujeitos ao teto remuneratório os advogados empregados públicos vinculados a sociedade de economia mista ou subsidiária **que receba recursos do ente central para pagamento de pessoal ou custeio** (CF, art. 37, XI c/c art. 2º, III da LC 101/2000);

b) Não estão sujeitos ao teto remuneratório os advogados empregados públicos vinculados a empresa pública, sociedade de economia mista ou subsidiária **que não receba recursos do ente central para pagamento de pessoal ou custeio nem seja monopolista** (CF, art. 37, § 9º, na redação da Emenda de n. 19/1998), excetuados os que se enquadram na situação descrita a seguir;

c) Estão sujeitos ao teto remuneratório os advogados empregados públicos vinculados a empresa pública ou

ADI 3396 / DF

sociedade de economia mista ou subsidiária **que não receba recursos do ente central para pagamento de pessoal ou custeio, mas exerça sua atividade em regime de monopólio** (CF, art. 173, § 2º, *contrario sensu*).

#### **2.2.4 Situações Anteriormente Constituídas**

Feitas as observações acima, quanto ao regime jurídico dos vários agentes públicos, e considerando o longo tempo transcorrido desde o ajuizamento da presente ação, ressalto que, em respeito a atos jurídicos perfeitos, todos os advogados de empresas públicas ou sociedades de economia mista que tenham sido admitidos por concurso público em cujo edital tenham sido estipuladas condições de trabalho e remuneração diversas daquelas estabelecidas no Estatuto da OAB (arts. 18 a 21) devem continuar sendo regidos por tais condições, que fazem lei entre as partes, não se aplicando a eles a interpretação conforme estipulada no presente julgamento, mas sim as regras editalícias devidamente publicadas e aceitas pelos candidatos.

#### **DISPOSITIVO**

De todo o exposto, **conheço da ação e julgo parcialmente procedente o pedido** para dar interpretação conforme ao art. 4º da Lei federal n. 9.527/1997, **excluindo de seu alcance os advogados empregados públicos de empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias, não monopolísticas**, os quais, no entanto, **assim como todos os servidores e empregados públicos em geral**, também estão sujeitos ao teto remuneratório do serviço público (CF, art. 37, XI), quanto ao total da sua remuneração (salários mais vantagens e honorários advocatícios), com exceção unicamente daqueles vinculados a empresa pública, sociedade de economia mista ou subsidiária que não receba

**ADI 3396 / DF**

recursos do ente central para pagamento de pessoal ou custeio nem exerça sua atividade em regime monopolístico, conforme o disposto no art. 37, § 9º, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda de n. 19/1998.

Ficam excluídos também da disciplina do EOAB (arts. 18 a 21) todos os advogados empregados de empresas públicas ou sociedades de economia mista ou suas subsidiárias que já tenham sido admitidos por concurso público, em cujos editais tenham sido estipuladas condições diversas daquelas do EOAB (arts. 18 a 21), sem qualquer impugnação.

É como voto, Senhor Presidente.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.396**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. NUNES MARQUES**

REQTE.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.(A/S) : MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO (18958/DF, 167075/MG, 2525/PI, 463101/SP) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : LIZANDRA NASCIMENTO VICENTE (39992/DF)

ADV.(A/S) : ANA PAULA DEL VIEIRA DUQUE (51469/DF)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

AM. CURIAE. : SINDICATO NACIONAL DOS PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL

ADV.(A/S) : PEDRO HENRIQUE ALVES DA COSTA FILHO (23086/DF)

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS - FENADV

ADV.(A/S) : WALTER VETTORE (19312/SP)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - ADVOCEF

INTDO.(A/S) : ALTAIR RODRIGUES DE PAULA

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DO BANCO DO BRASIL - ASABB

ADV.(A/S) : CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA (70130/BA, 22356/RS)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS EMPREGADOS DA PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS- ADEMP

ADV.(A/S) : RUI BERFORD DIAS (18238/RJ)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DO BANCO REGIONAL DE BRASÍLIA - ASABRB

ADV.(A/S) : WALTER VETTORE (19312/SP)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS EMPREGADOS DA PETROBRAS DISTRIBUIDORA S/A - AAEPD

ADV.(A/S) : MIGUEL JONIL FEYDIT VIEIRA (93419/RJ, 307049/SP)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DE EMPRESAS PÚBLICAS FEDERAIS - ANPEPF

ADV.(A/S) : NILTON CORREIA (01291/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - APECT

ADV.(A/S) : NILTON CORREIA (01291/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DO GRUPO ELETROBRAS - AAGE

ADV.(A/S) : MARIANA LIMA DO VALE (33051/DF)

AM. CURIAE. : FÓRUM NACIONAL DE ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL - FORUM

ADV.(A/S) : HUGO MENDES PLUTARCO (DF025090/)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA DO ESTADO DE SANTA CATARINA - ADVESC

ADV.(A/S) : FABIO DA SILVA MACIEL (31033/SC)

ADV.(A/S) : GRAZIELA ALESSANDRA MOREIRA PISA (17949/SC)

**Decisão:** Após o voto do Ministro Nunes Marques (Relator), que

conhecia da ação direta e julgava parcialmente procedente o pedido formulado, para dar interpretação conforme ao art. 4º da Lei federal n. 9.527/1997, excluindo de seu alcance apenas os advogados empregados públicos de empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias, não monopolísticas, os quais, no entanto, assim como todos os servidores e empregados públicos em geral, também estão sujeitos ao teto remuneratório do serviço público (CF, art. 37, XI), quanto ao total da sua remuneração (salários mais vantagens e honorários advocatícios), com exceção daqueles vinculados a empresa pública, sociedade de economia mista ou subsidiária que não receba recursos do ente central para pagamento de pessoal ou custeio nem exerça sua atividade em regime monopolístico, conforme o disposto no art. 37, § 9º, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda de n. 19/1998, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Vicente Martins Prata Braga; e, pelos *amici curiae* Federação Nacional dos Advogados - FENADV e Fórum Nacional de Advocacia Pública Federal - FORUM, o Dr. Hugo Mendes Plutarco. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 22.6.2022.

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Assessora-Chefe do Plenário

23/06/2022

PLENÁRIO

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.396 DISTRITO FEDERAL

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:** Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), em face do art. 4º da Lei 9.527/1997, que assim reza:

Art. 4º As disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, não se aplicam à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

O capítulo do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994), ao qual o dispositivo impugnado remete, dedica-se ao regime de trabalho do advogado empregado. Colaciono-o abaixo, na redação conferida pela Lei 14.365, de 2 de junho de 2022:

#### “CAPÍTULO V

#### Do Advogado Empregado

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

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

§ 1º O advogado empregado não está obrigado à prestação de serviços profissionais de interesse pessoal dos empregadores, fora da relação de emprego.

§ 2º As atividades do advogado empregado poderão ser realizadas, a critério do empregador, em qualquer um dos seguintes regimes:

I - exclusivamente presencial: modalidade na qual o advogado empregado, desde o início da contratação, realizará o trabalho nas dependências ou locais indicados pelo empregador;

II - não presencial, teletrabalho ou trabalho a distância: modalidade na qual, desde o início da contratação, o trabalho será preponderantemente realizado fora das dependências do empregador, observado que o comparecimento nas dependências de forma não permanente, variável ou para participação em reuniões ou em eventos presenciais não descaracterizará o regime não presencial;

III - misto: modalidade na qual as atividades do advogado poderão ser presenciais, no estabelecimento do contratante ou onde este indicar, ou não presenciais, conforme as condições definidas pelo empregador em seu regulamento empresarial, independentemente de preponderância ou não.

§ 3º Na vigência da relação de emprego, as partes poderão pactuar, por acordo individual simples, a alteração de um regime para outro.

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

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

Art. 20. A jornada de trabalho do advogado empregado, quando prestar serviço para empresas, não poderá exceder a duração diária de 8 (oito) horas contínuas e a de 40 (quarenta) horas semanais.

§ 1º Para efeitos deste artigo, considera-se como período de trabalho o tempo em que o advogado estiver à disposição do

ADI 3396 / DF

empregador, aguardando ou executando ordens, no seu escritório ou em atividades externas, sendo-lhe reembolsadas as despesas feitas com transporte, hospedagem e alimentação.

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

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

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

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

Segundo a compreensão do autor desta ADI, o art. 173 da Constituição Federal, quer na sua redação original, quer naquela assumida após a Emenda Constitucional n. 19/1998, imporia a plena equiparação entre advogados públicos e advogados privados. Em sentido conflitante com o texto constitucional, entretanto, coloca-se o art. 4º da Lei 9.527/1997, ao excluir os advogados empregados das empresas públicas e das sociedades de economia mista do regime jurídico aplicável aos causídicos das empresas privadas, previsto no Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94). Por tal razão, requer a declaração da inconstitucionalidade do art. 4º da Lei 9.527/1997.

O então Relator, Ministro Celso de Mello, adotou o rito previsto no art. 12 da Lei 9.868/99.

A Presidência da República prestou informações (eDOC 9), na qual encaminha pela improcedência do pedido, forte no fundamento de que do art. 173 da Constituição Federal não se extrai norma voltada a garantir o regime mais benéfico aos empregados de empresa estatal; ao contrário, a *ratio* subjacente ao comando constitucional é a de igualar o regime

## ADI 3396 / DF

jurídico das estatais que atuam no domínio econômico àquele regime comum do setor privado, de modo a preservar a igualdade na concorrência.

A Advocacia-Geral da União (eDOC 19) manifesta-se identicamente, pela improcedência do pedido; não obstante, vale-se do princípio da eventualidade para pedir que, caso seja declarada a inconstitucionalidade, se confira interpretação conforme à Constituição, para reputar o regime do Estatuto da Advocacia aplicável apenas aos advogados das empresas estatais que desempenhem atividade econômica concorrencial.

O Senado Federal prestou informações, e entende que o caso comporta a realização de interpretação conforme à Constituição, segundo a qual o regime do advogado empregado, tal qual previsto no Estatuto da Advocacia, apenas seria aplicável aos advogados das empresas públicas e sociedades de economia mista que desenvolvam atividade econômica concorrencial, uma vez que tais entidades estariam sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, a teor do art. 173, § 2º, II, da Constituição Federal (eDOC 11).

A Procuradoria-Geral da República opina em idêntico sentido (eDOC 29).

É o que cumpre rememorar.

**Passo a votar.**

A Lei 9.527/1997 consiste em conversão da Medida Provisória 1.595-14/1997, cujo também art. 4º regrara a matéria em termos literalmente idênticos:

“Art. 4º As disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, não se aplicam à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista.”

ADI 3396 / DF

Registre-se que o teor da norma em questão foi objeto de várias Medidas Provisórias sucessivamente editadas entre 1996 e 1997 (ex: MP 1.573-13, de 1997; MP 1522-2, de 1996 etc.). Todas elas com proposições jurídicas idênticas, no sentido de enunciar que as regras contidas no Estatuto da Advocacia são inaplicáveis à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

Não desconheço que uma dessas Medidas Provisórias foi objeto de julgamento deste Supremo Tribunal Federal: a MP 1.522-2, de 1996, cujo art. 3º apresentou a mesma redação do art. 4º da Lei 9.527/1997 (aqui impugnado). Naquela assentada, esta Corte assumiu a premissa de que *“as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica em sentido estrito, sem monopólio, estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”*.

Conseqüentemente, a Corte decidiu, *ad cautelam*, que a proibição da aplicação dos arts. 18 a 21 do Estatuto da Advocacia não poderia subsistir em face das empresas públicas e às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, em sentido estrito, sem monopólio. Em termos diretos: para os advogados de tais entidades prevaleceria a equiparação com o setor privado. (ADI 1552-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 17.04.1997, DJ de 17.04.1998).

A apreciação da cautelar não fez se seguir do julgamento do mérito, ante a perda superveniente do objeto (Decisão publicada no DJ de 11.04.2002). É que o dispositivo contido na MP 1552-2 de 1996 foi reeditado em outras Medidas Provisórias, sem que o necessário aditamento à petição inicial fosse realizado pelo autor.

Similar inércia levou à perda do objeto da ADI 1588, cujo objeto eram dispositivos coincidentes vazados nas diversas reedições das MPs 1595, 1.573 de 1997 e até mesmo o art. 4º da Lei 9.527/1997 (ADI 1588 AgR-QO, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em

ADI 3396 / DF

08.05.2002)

Teço todo esse histórico para assentar que embora a questão não seja propriamente inédita, **tão somente agora este Tribunal poderá empreender cognição exauriente sobre o tema.**

Para além do princípio da igualdade (art. 5º, caput), a petição inicial indica como parâmetro violado o parágrafo único (*sic*) do art. 173, CF/88 (*v. g. fl. 4, eDOC 0*). Mas pelo que se consegue extrair da fundamentação do pedido, percebe-se que a norma constitucional em referência é, na verdade, **a redação original do § 1º do art. 173 da Constituição**, que rezava que “§ 1º *A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias*”.

Como se sabe, o conteúdo de tal norma foi desdobrado, por oportunidade da Emenda Constitucional 19/1998, encontrando-se, atualmente, no inciso II do § 1º do mesmo art. 173 da Constituição. Tal dispositivo reserva a exploração direta de atividade econômica pelo Estado a situações que se evidenciem necessárias “aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”. Tal condicionamento tem sido descrito pela doutrina com o auxílio dogmático do **princípio da subsidiariedade** – que a um só tempo também é desdobramento coerente de outra importante decisão política fundamental do constituinte de 1987-1988: aquela que consagrou a **livre iniciativa** como fundamento da ordem econômica (art. 170, *caput*, CF/88) (FIDALGO, Carolina Barros. **O Estado Empresário: das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do Estado**. São Paulo: Almedina, 2017, pp. 90 e ss.).

O princípio da subsidiariedade nos recorda que a intervenção no domínio econômico só é admitida de forma supletiva e complementar em relação à atuação dos particulares, naquilo que a própria iniciativa privada não puder prover satisfatoriamente. Cuida-se de desenvolvimento conceitual em tudo relacionado ao fracasso do Estado de Bem-Estar Social (1960-1980), cuja lógica expansiva, embora

## ADI 3396 / DF

inicialmente justificada como uma condição necessária para a promoção da cidadania, a esta inviabilizou, porque transformou cidadãos em clientes (RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. **Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales**. Sevilha: INAP, 2015, pp. 95; 115 e ss.).

No âmbito nacional, convém recobrar os ensinamentos do saudoso Professor HELY LOPES MEIRELLES, que, ao se referir ao princípio da subsidiariedade, de modo pioneiro pontificou:

“A essa atuação estatal incentivadora e complementar da iniciativa privada a doutrina constitucional moderna dá-lhe a denominação de ‘princípio da subsidiariedade’ pela sua função supletiva da empresa particular naquilo que não está ao seu alcance prover satisfatoriamente. Por esse princípio, o Estado não pode invadir o campo econômico das empresas privadas, salvo para suprir-lhes deficiências”. (MEIRELLES, Hely Lopes, “O Estado e suas empresas”. In: **Revista de Informação Legislativa**. v. 19, n. 76, 1982, p. 168).

A necessidade de uma atuação subsidiária do Estado na economia decorre, sobretudo, da consideração da matéria em chave histórica e institucional. Tal percepção não faltou a Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, que bem avisa que a intervenção estatal no domínio econômico é tudo menos uma neutralidade no que concerne aos seus impactos (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. “O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica”. In: **Revista de Direito Público da Economia**. Ano 8, n. 32. Belo Horizonte: Ed. Fórum, outubro-dezembro de 2010, pp. 57-71)

Dessa forma, o quanto disposto na redação original do § 1º do art. 173 da Constituição, hoje em ampla medida contemplado no inc. II do mesmo dispositivo, **parece-me vocacionado a promover uma igualdade de competição entre o setor privado e as empresas estatais, e não a servir de norma habilitante para a criação de regimes híbridos para benefícios corporativos** – que é o efeito prático que eventual acolhimento do pedido implicaria.

## ADI 3396 / DF

Tome-se a redação antiga do art. 20 da Lei 8.906/94, vigente à época do ajuizamento desta ação direta, que rezava que “a jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva.” No que se refere exclusivamente à iniciativa privada, a norma não se revela iníqua, porquanto o princípio da autonomia privada admite que o empregador promova ajustes (de remuneração e de carga horária) a depender das qualidades do advogado empregado em questão.

Contudo, admita-se a incidência do mesmo art. 20 no âmbito da administração pública direta ou indireta, mesmo naquela porção da administração pública indireta destinada a exploração de atividade econômica, as empresas públicas e sociedades de economia mistas (fiquemos apenas nestas duas figuras). Tal incidência levaria a situações jurídicas nada ortodoxas, espelhadas em inúmeros processos que tramitam perante a Justiça do Trabalho. Imagine-se que um particular presta concurso público, regido por um **edital (que vincula)**, e logra aprovação; assim, inicia sua relação de emprego público com a empresa estatal (ênfatiso, aqui, a natureza celetista, conquanto óbvia). E então, por desempenhar a função de advogado, deduz requerimento para que a entidade da administração indireta observe o limite de 4 horas diárias e 20 horas semanais “a que tem direito”.

É nada mais que a soma das felicidades: presta-se concurso por um regime e, depois, postula a uma redução de carga horária (sem que isso seja acompanhado de redução proporcional de remuneração) – tudo acompanhado do mais olímpico dos argumentos: a isonomia, que tão apenas declara uma “equiparação”.

**Equiparação com quem? Com os estagiários?** A eles, sim, está prevista a jornada de 4 (quatro) horas diárias e 20 (vinte) semanais no marco normativo que rege tais colaboradores (art. 10, inc. I, Lei 11.788/2008).

Somente em um país tão marcadamente patrimonialista uma norma constitucional como a que ora comentamos (art. 173, CF) pode servir de

## ADI 3396 / DF

pretexto para capturas corporativistas. Impossível não lembrar do vaticínio de Nelson Rodrigues: “*subdesenvolvimento não se improvisa; é obra de séculos*”.

Neste ponto, ressalvo que a jornada de trabalho prevista no art. 20 do Estatuto da Advocacia foi recentemente modificada – em de 2 junho de 2022 -, alcançando atualmente “a duração diária de 8 (oito) horas contínuas e a de 40 (quarenta) horas semanais”.

Isso não altera, porém, a gênese desta ação direta; tampouco esvazia a questão controvertida, seja porque há relações de trabalho judicializadas sob a égide da regulamentação anterior, seja porque é inviável vincular em absoluto a solução de questão constitucional concernente à aplicação linear do art. 173 da Constituição Federal a essa ou aquela redação do Estatuto da Advocacia.

Feita essa ressalva, permitam-me algumas considerações de “realidade constitucional”: o salário inicial de um advogado de uma estatal já se coloca bem acima da média de mercado. Se é para termos uma isonomia, em igualdade de condições com as empresas privadas, que o façamos até o final, e não por um “parcelamento hermenêutico” que, por um lado, lembra do art. 173, § 1º, CF, para fixar a carga horária de advogados de estatais em patamar equivalente ao privado; mas que, de outra banda, esquece que ao advogado empregado público são conferidas uma série de garantias das quais os advogados particulares não participam.

Exemplificativamente, relembro que a jurisprudência tem uma compreensão do ato de demissão de empregado público – e também do advogado empregado público – bem diversa daquela que rege o **setor privado** (em que, como se sabe, a rescisão da relação trabalhista afigura-se **direito potestativo do empregador**).

Com efeito, quando este Tribunal assentou a competência da Justiça comum para processar e julgar demanda em cujo objeto figura a extinção de relação de emprego público, assentou-se que “*A natureza do ato de demissão de empregado público é constitucional-administrativa e não trabalhista*” (ARE 809482 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma,

## ADI 3396 / DF

julgado em 17/03/2017, DJe 28.03.2017).

Segundo esse entendimento, é por derivação do conteúdo normativo do princípio do concurso público (art. 37, II, CF/88) e do princípio da impessoalidade, que rege a atuação do poder público, que a demissão de empregado público requer **motivação devidamente formalizada**, diferentemente do que ocorre no setor privado em geral. Aponto precedentes representativos, para fins de registro:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo provido monocraticamente. 2. Direito Administrativo. Conselho de fiscalização profissional. Demissão. 3. Desnecessidade de sobrestamento do recurso extraordinário até o julgamento de ação de controle concentrado. 4. A dispensa de empregado admitido por concurso público não pode ocorrer imotivadamente, mas deve ser precedida por processo administrativo que garanta a impessoalidade do ato. Precedentes. 5. Negado provimento ao agravo regimental, sem majoração da verba honorária. (ARE 1036546 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 23.08.2019, DJ 02.09.2019)

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra

ADI 3396 / DF

do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho. (RE 589.998, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 20.03.2013, DJe 11.09.2013)

Ora, é lição basilar de direito administrativo que a utilização de estrutura societária de direito privado não é suficiente para o afastamento completo do regime jurídico administrativo (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Natureza essencial das sociedades de economia mista e empresas públicas: consequências em seus regimes.” In: **Grandes temas do direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 334)

Com efeito, o nivelamento nunca é por completo. O próprio ingresso por concurso público bem o exemplifica. Ademais, o empregado público pode ser sujeito ativo de improbidade administrativa; é “funcionário público” para fins de direito penal (art. 327, CP). Outrossim, a proibição constitucional de acumulação do art. 37, XVII, CF/88, contra o empregado público se impõe. Mais: o teto remuneratório do art. 37, XI, também tem lugar (a menos que a entidade configure uma estatal não dependente, nos termos do art. 2º, III, da Lei de Responsabilidade Fiscal).

Os exemplos poderiam se multiplicar. Mas fico, à guisa de conclusão, com o quanto asseverado pela Advocacia-Geral da União, na peça opinativa que instrui as informações da Presidência da República, que corretamente divisou qual é o âmbito de incidência material do art. 173, § 1º, CF/88:

“O preceito constitucional, portanto, não visa a assegurar supostos direitos trabalhistas, porque não se trata de uma norma destinada aos empregados. Visa, isto sim, equiparar naquilo que for equiparável, as empresas estatais que exploram atividades econômicas às demais empresas de Direito Privado,

ADI 3396 / DF

a fim de evitar privilégios que possam influir no regime de livre concorrência.

(...)

Em outras palavras, o que a Constituição Federal visa a impedir é a adoção de regime jurídico diverso, em matéria de relação de emprego; ou seja, que empresas estatais que explorem atividade econômica adotem estatuto de Direito Público para reger as relações com seus empregados. Mas disso não se pode concluir que aos empregados dessas são asseguradas as mesmas vantagens remuneratórias e o mesmo horário de trabalho dos empregados das empresas do setor privado, sendo certo que essa paridade sequer existe entre empresas privadas que não pertençam ao mesmo grupo econômico." (eDOC 9, fl. 18 e 21).

Com as mais respeitosas vênias aos que comungarem opinião em sentido contrário, não vislumbro nenhuma ofensa ao princípio da igualdade (art. 5º, CF) e menos ainda ao art. 173, § 1º, CF/88, na norma sob invectiva, que tão apenas declara o óbvio: que o regime de trabalho do advogado empregado não pode ser automaticamente transposto ao regime de emprego público.

Ante o exposto, não merece acolhimento o pedido de inconstitucionalidade do art. 4º da Lei 9.527/1997, e por conseguinte a tese de que jornada de trabalho do advogado público empregado de empresa estatal deva necessariamente ser aquela prevista no respectivo Estatuto. Por conseguinte, eventual redução de carga horária de tais profissionais jamais poderia ocorrer sem o necessário decréscimo remuneratório, em idêntica proporção.

Não por menos, assinalo que tal entendimento deve preservar as situações jurídicas constituídas por meio de concursos públicos transcorridos no interregno compreendido entre a adoção da Medida Cautelar na ADI 1.552, por este Plenário, na Sessão de 17.04.1997 (Publicação: DJ 28.04.1997), e a decisão do eminente Ministro Celso de Mello de 11.04.2002 (Publicação: 17.04.2002), pela qual julgou prejudicada a referida Ação Direta, por perda superveniente do objeto, ao mesmo

**ADI 3396 / DF**

instante em que Sua Excelência fez cessar a eficácia do provimento cautelar.

São esses os termos pelos quais conheço da ação direta e, no mérito, julgo improcedente o pedido.

É como voto.

23/06/2022

PLENÁRIO

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.396 DISTRITO FEDERAL

**RELATOR** : **MIN. NUNES MARQUES**  
**REQTE.(S)** : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS  
ADVOGADOS DO BRASIL  
**ADV.(A/S)** : MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO E  
OUTRO(A/S)  
**ADV.(A/S)** : LIZANDRA NASCIMENTO VICENTE  
**ADV.(A/S)** : ANA PAULA DEL VIEIRA DUQUE  
**INTDO.(A/S)** : PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**INTDO.(A/S)** : CONGRESSO NACIONAL  
**AM. CURIAE.** : SINDICATO NACIONAL DOS PROCURADORES DA  
FAZENDA NACIONAL  
**ADV.(A/S)** : PEDRO HENRIQUE ALVES DA COSTA FILHO  
**AM. CURIAE.** : FEDERAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS -  
FENADV  
**ADV.(A/S)** : WALTER VETTORE  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS DA  
CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - ADVOCEF  
**INTDO.(A/S)** : ALTAIR RODRIGUES DE PAULA  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DO BANCO DO  
BRASIL - ASABB  
**ADV.(A/S)** : CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS EMPREGADOS DA  
PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS- ADEMP  
**ADV.(A/S)** : RUI BERFORD DIAS  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DO BANCO  
REGIONAL DE BRASÍLIA - ASABRB  
**ADV.(A/S)** : WALTER VETTORE  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS EMPREGADOS DA  
PETROBRAS DISTRIBUIDORA S/A - AAEPD  
**ADV.(A/S)** : MIGUEL JONIL FEYDIT VIEIRA  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DE  
EMPRESAS PÚBLICAS FEDERAIS - ANPEPF  
**ADV.(A/S)** : NILTON CORREIA E OUTRO(A/S)

ADI 3396 / DF

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DA EMPRESA  
BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - APECT  
ADV.(A/S) : NILTON CORREIA E OUTRO(A/S)  
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DO GRUPO  
ELETROBRAS - AAGE  
ADV.(A/S) : MARIANA LIMA DO VALE  
AM. CURIAE. : FÓRUM NACIONAL DE ADVOCACIA PÚBLICA  
FEDERAL - FORUM  
ADV.(A/S) : HUGO MENDES PLUTARCO  
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DAS EMPRESAS  
PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA  
DO ESTADO DE SANTA CATARINA - ADVESC  
ADV.(A/S) : FABIO DA SILVA MACIEL  
ADV.(A/S) : GRAZIELA ALESSANDRA MOREIRA PISA

## VOTO-VOGAL

**O SR. MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:**

1. Senhor Presidente, acolhendo o escoreito relatório elaborado por Sua Excelência o e. Ministro NUNES MARQUES, verifico tratar-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, com pedido de medida cautelar, tendo por objeto o art. 4º da Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, que têm a seguinte redação:

*“Art. 4º. As disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 [Estatuto da OAB], não se aplicam à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista”.*

2. Para maior clareza da questão, transcrevo o teor das “disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994”, o

**ADI 3396 / DF**

Estatuto da OAB, cuja incidência aos advogados públicos o ato normativo vergastado intenta afastar.

## CAPÍTULO V

### *Do Advogado Empregado*

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

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

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

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

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

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

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

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

ADI 3396 / DF

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

3. Alega-se que o dispositivo de lei atacado “*retira dos advogados vinculados à Administração Pública prerrogativas essenciais ao exercício da profissão, como isenção técnica e independência profissional; salário mínimo; regulação da jornada de trabalho e, principalmente, o direito à percepção de honorários de sucumbência*”.

4. Segundo o autor, “[a]o julgar o pedido de liminar na ação direta de inconstitucionalidade 1552, o Supremo Tribunal Federal já asseverou que não podem os advogados das empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica serem tratados de forma diversa daquela dos advogados das empresas privadas”, sob pena de ofensa ao art. 173, §1º, II, do Texto Constitucional.

5. Ainda nos termos da peça vestibular, “[a] lei que vier a ser editada com apoio no §1º do artigo 173 da Lei Fundamental na nova redação não poderá afastar as empresas públicas e sociedades de economia mista do regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

6. Prosseguindo na linha argumentativa apresentada especificamente em relação aos advogados empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista, defende o autor que o “*tratamento diferenciado*” conferido “*também aos advogados empregados da Administração Direta, autarquias e fundações instituídas pelo poder público, é inconstitucional por ofensa ao princípio da igualdade, previsto no art. 5º, caput, da Constituição Federal*”.

7. De acordo com a compreensão do requerente, “*na medida em que todos os advogados são empregados, as mesmas disposições que são aplicáveis aos advogados empregados da iniciativa privada devem ser aplicadas para os*

ADI 3396 / DF

*advogados empregados do setor público. Não há razão para a discriminação, para o tratamento diverso conferido a profissionais que exercem a mesma atividade sob o mesmo regime de trabalho”.*

8. Tendo Sua Excelência, o Relator originário do presente feito, e. Ministro CELSO DE MELLO, adotado o rito abreviado previsto pelo art. 12 da Lei nº 9.868, de 1999, após a instrução do feito com a apresentação das manifestações de praxe, incluiu-se a demanda em pauta para julgamento pelo Plenário desta Suprema Corte.

9. Feito esse breve apanhado introdutório, passo ao exame do caso, antecipando, desde logo, minha parcial aquiescência com a compreensão alcançada pelo e. Relator. **Acompanho Sua Excelência quanto ao resultado da procedência, em parte, do pedido**, para dar interpretação conforme a Constituição ao dispositivo vergastado. **Peço vênia, contudo, para divergir em relação aos termos da exegese proposta.**

10. Assento, inicialmente, que, a meu sentir, a adequada aplicação do princípio da isonomia, parâmetro de controle invocado pelo autor da presente ação, enseja conclusão diametralmente oposta à pretensão inicial.

11. Como bem registra o e. Min. GILMAR MENDES em âmbito doutrinário, de acordo com a concepção de Aristóteles, amplamente difundida no hemisfério ocidental, a isonomia consiste em *“tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”*<sup>1</sup>.

12. É precisamente em função da necessidade de considerar as desigualdades de contexto no qual estão inseridos os advogados públicos, servidores da Administração Pública direta, autárquica e fundacional – e, portanto, submetidos ao regime jurídico único previsto no art. 39, caput, da

1 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ADI 3396 / DF

*Constituição Federal* – que decorre o tratamento diferenciado em relação aos advogados empregados pelo setor privado.

13. De acordo com o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, para que haja legítima diferenciação no tratamento normativo de determinados sujeitos, deve-se identificar *“um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”*<sup>2</sup>

14. *In casu*, a *“peculiaridade diferencial acolhida”* pelo legislador consubstancia-se precisamente na qualidade de servidor público, ostentada pelo profissional advogado que, após aprovação em concurso público, foi investido em cargo público, submetendo-se, portanto, à disciplina constitucional especificamente prevista entre os art. 39 e 41, da *Seção II – Dos Servidores Públicos, do Capítulo VII – da Administração Pública, do Título III – da Organização do Estado, da Carta de 88.*

15. Prosseguindo no exame dos parâmetros apontados pela doutrina, verifica-se que, em relação a tal *“peculiaridade diferencial”*, há, de fato, *“um vínculo de correlação lógica”* que enseja a *“desigualdade de tratamento em função dela conferida”*.

16. Como bem pontuado pela Procuradoria-Geral da República em sua manifestação (e-doc. 29):

*“Consoante descrito, assevera o requerente em sua exordial que é inconstitucional, por violar o princípio da isonomia, a distinção estabelecida pelo dispositivo impugnado entre os advogados privados e os empregados pela Administração Pública.*

*Não há como prosperar tal entendimento, haja vista as diferenças insuperáveis existentes entre a disciplina normativa*

---

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. Malheiros: São Paulo, 2004.

ADI 3396 / DF

*aplicável aos advogados privados e aqueles empregados pelo Estado.*

*Com efeito, focaliza o requerente a sua pretensão na simples análise das normas ventiladas pela Lei nº 8.906/94, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, ignorando, contudo, que a disciplina jurídica a que se sujeitam os advogados vinculados à Administração Pública ultrapassa os limites do referido diploma legal, encontrando verdadeiro suporte no art. 37 da Constituição Federal.*

*De fato, conforme sustentado pelo Presidente da República em suas informações, há normas previstas no corpo da citada Lei nº 8.906/94 que não alcançam, por absoluta incompatibilidade com a disciplina imposta pelo art. 37 da Carta Magna, os advogados empregados do Estado.*

*(...)*

*Diante das distinções acarretadas pela submissão dos advogados empregados da Administração Pública aos princípios elencados no aludido art. 37 da Constituição Federal, evidente se torna a inexistência da alegada vulneração ao princípio da isonomia.*

*A respeito do alcance do princípio da igualdade, leciona o professor José Afonso da Silva que “porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque a igualização das condições desiguais”.*

*(...)*

*A partir da lição acima transcrita, depreende-se não haver violação ao princípio da igualdade na atribuição de tratamento diferenciado entre os advogados privados e aqueles empregados pela Administração Pública, pois estes se sujeitam a normas constitucionalmente fixadas que não atingem os profissionais da iniciativa privada”.*

17. De fato, afronta à isonomia haveria na igualação de tratamento entre os advogados públicos e privados, por apartar, sem fator de *discriminem* razoável, os servidores públicos advogados, do regime constitucionalmente instituído ao conjunto dos servidores civis, em geral.

18. O que se admite, evidentemente, é a modelagem de determinada carreira pública, no espaço de conformação conferido ao legislador

## ADI 3396 / DF

ordinário, dentro das balizas constitucionalmente estabelecidas, considerando, inclusive, eventuais peculiaridades inerentes a determinadas funções, tal como a advocacia pública, que é *função essencial à justiça*, contando com dispositivos de regência próprios, os arts. 131 e 132, que integram seção específica, a *Seção II – Da Advocacia Pública*, do *Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça*, do *Título IV – Da Organização dos Poderes*, do Texto Constitucional.

19. Portanto, em observância à isonomia, *deve* o advogado público vinculado à Administração direta, autárquica e fundacional, estar sujeito à regime jurídico próprio a todos os demais servidores públicos civis, excetuadas pontuais peculiaridades previstas em legislação específica, de cada carreira, de acordo com a normatividade exercida no âmbito dos respectivos entes federados, sob o pálio dos arts. 37 a 41, e 131 e 132, do Texto Constitucional.

20. Analisado o contexto geral de incidência do dispositivo vergastado, direcionado, indistintamente, “à *Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista*”, passo ao exame da parte final do artigo atacado, precisamente quando estende a hipótese subsuntiva nele prevista “às *empresas públicas e às sociedades de economia mista*”, à luz, inclusive, da argumentação deduzida na peça inicial especificamente em relação ao art. 173, § 1º, II, do Texto Constitucional.

21. Quanto ao ponto, há que se fazer recorte distintivo inicial para separar, de um lado, as empresas públicas e sociedades de economia mista que são prestadoras de serviços públicos, sem finalidade lucrativa e em regime de exclusividade; e, de outro lado, aquelas empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica, podendo auferir lucro, em regime concorrencial.

ADI 3396 / DF

22. Como preleciona a doutrina, há substancial alteração no regime jurídico incidente a umas e outras, estando as entidades delegatárias de serviços públicos, operando com exclusividade e sem intuito lucrativo mais afetas ao regime de direito público; ao passo que empresas públicas (em sentido lato) que exploram atividade econômica, sujeitas à concorrência e com possibilidade de obtenção de lucro se aproximam mais do regime jurídico de direito privado.

23. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>3</sup>:

*“Uma primeira ilação que se tira do artigo 173, §1º, é a de que, quando o Estado, por intermédio dessas empresas, exerce **atividade econômica**, reservada preferencialmente ao particular pelo caput do dispositivo, ele **obedece, no silêncio da lei, a normas de direito privado**. Estas normas são a regra; o direito público é exceção e, como tal, deve ser interpretado restritivamente.*

*Outra conclusão é a de que, se a própria Constituição estabelece regime jurídico de direito privado, as derrogações a esse regime somente são admissíveis quando delas decorrem implícita ou explicitamente. A lei ordinária não pode derogar o direito comum, se não admitida essa possibilidade pela Constituição.*

*Tais conclusões, repita-se, somente se aplicam quando as empresas governamentais sejam instituídas para atuar na área da iniciativa privada.*

*Isto porque, como o artigo 173 cuida especificamente da atividade de natureza privada, exercida excepcionalmente pelo Estado por razões de segurança nacional ou interesse coletivo relevante, há que se concluir que as normas dos §§ 1º e 2º só incidem nessa hipótese. Se a atividade for econômica (comercial ou industrial) mas assumida pelo Estado como **serviço público**, tais normas não têm aplicação, incidindo, então, o artigo 175 da Constituição, segundo o qual incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através*

---

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ADI 3396 / DF

de licitação, a prestação de serviços públicos.

(...)

*Essa distinção tem sido feita no âmbito doutrinário, por autores como José Cretella Júnior (1973:257-258), Celso Antônio Bandeira de Mello (1975b: 119), Eros Roberto Grau (1981:103), Toshio Mukai (1984:160). (...)*

*A distinção ganha relevo em matéria de interpretação de leis. Quando se trata de atividade econômica exercida pelo Estado com fundamento no art. 173, que determina a sujeição ao direito privado, este é que se aplicará, no silêncio da norma publicística; por outras palavras, presume-se a aplicação do regime de direito privado, só derogado por norma expressa, de interpretação estrita.*

*Quando, porém, o Estado fizer a gestão privada do serviço público, ainda que de natureza comercial ou industrial, aplicam-se, no silêncio da lei, os princípios de direito público, inerentes ao regime jurídico administrativo. Nem poderia ser diferente, já que alguns desses princípios são inseparáveis da noção de serviço público, tais como o da predominância do interesse público sobre o particular, o da igualdade de tratamento dos usuários, o da mutabilidade do regime jurídico, o da continuidade do serviço público e, como consequência, o das limitações ao direito de greve, o da obrigatoriedade de sua execução pelo Estado, ainda que por meio de concessionários e permissionários, daí resultando o direito do usuário à prestação do serviço.*

(grifei)

24. Referido entendimento não destoa da pacífica jurisprudência desta Excelsa Corte. Ante a contemporaneidade do julgado, cito, por todos, excerto do voto do e. Ministro ROBERTO BARROSO ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 1.320.054-RG/SP, processo-piloto do Tema nº 1.140 do ementário da Repercussão Geral, caso em que o Tribunal, por unanimidade, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a referida matéria.

*Em regra, as empresas públicas e sociedades de economia*

ADI 3396 / DF

*mista estão sujeitas ao regime jurídico de direito privado (art. 173, § 1º, II, da Constituição). Essa opção constitucional se justifica na medida em que essas entidades são criadas pelo poder público para desempenhar atividades com regime jurídico mais flexível, podendo, por exemplo, contratar empregados pelo regime celetista e adquirir mercadorias e serviços por meio de procedimento licitatório simplificado.*

O Supremo Tribunal Federal entende, porém, que *determinadas empresas estatais podem gozar de algumas prerrogativas próprias da Fazenda Pública, tais como os prazos processuais diferenciados, a impenhorabilidade dos bens afetados à prestação do serviço público, a submissão ao regime de precatórios e a incidência da imunidade tributária recíproca. Foi o que ocorreu nos casos paradigmáticos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT (RE 220.906, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 17.11.2000), da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO (ARE 987.398AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 28.10.2016) e de companhias estaduais de saneamento básico (ACO 2.730-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 24.03.2017; e ACO 1.460-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 07.10.2015).*

*A orientação que prevalece no Supremo Tribunal Federal é a de que são exigidos três requisitos para a extensão de prerrogativas da Fazenda Pública a sociedades de economia mista e empresas públicas: (i) a prestação de um serviço público, (ii) sem intuito lucrativo (i.e., sem distribuição de lucros a acionistas privados) e (iii) em regime de exclusividade (i.e., sem concorrência com outras pessoas jurídicas de direito privado).*

(RE nº 1.320.054-RG/SP, Rel. Min. Presidente, Tribunal Pleno, j. 06/05/2021) (grifei)

25. No sentido do recorte distintivo indicado, já apontava o próprio paradigma citado pelo Conselho Federal da OAB em sua peça vestibular. *In verbis:*

ADI 3396 / DF

CONSTITUCIONAL. ADVOGADOS. ADVOGADO-EMPREGADO. EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. Medida Provisória 1.522-2, de 1996, artigo 3º. Lei 8.906/94, arts. 18 a 21. C.F., art. 173, § 1º.

I. - *As empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica em sentido estrito, sem monopólio, estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. C.F., art. 173, § 1º.*

II. - *Suspensão parcial da eficácia das expressões "às empresas públicas e às sociedades de economia mista", sem redução do texto, mediante a aplicação da técnica da interpretação conforme: não aplicabilidade às empresas públicas e às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, em sentido estrito, sem monopólio.* III. - *Cautelar deferida.*

(ADI nº 1.552-MC/UF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, j. 17/04/1997) (grifei)

26. Naquela assentada, ao analisar, em juízo de cognição sumária – próprio da apreciação das medidas cautelares –, dispositivo com redação idêntica à norma ora inquinada, bem pontou o e. Relator, Min. CARLOS VELLOSO, que:

*(...) a Lei 8.906, de 1994, constitui, nos pontos referidos no Cap. V, Tít. I, arts. 18 a 21, a legislação trabalhista dos advogados empregados.*

*Indaga-se: essa legislação poderia ser excepcionada em relação aos advogados empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica sem monopólio?*

*Penso que não, em linha de conta a disposição inscrita no §1º do art. 173 da Constituição Federal.*

*(...)*

*É dizer, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e quaisquer outras entidades que explorem atividade econômica, sem monopólio, sujeitam-se à legislação*

ADI 3396 / DF

*trabalhista das empresas privadas, dado que o fazem em concorrência com estas. Se ocorrer monopólio, não há concorrência. Então, a ressalva será válida.*

*Ora, se todas as empresas privadas estão sujeitas às normas trabalhistas inscritas no Capítulo V, do Título I, da Lei 8.906, de 1994 – Estatuto da Advocacia – às empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica, sem monopólio, terá aplicação essa mesma legislação.*

*Posta assim a questão, estou em que à frase – ‘às empresas públicas e às sociedades de economia mista’ – deve-se emprestar interpretação conforme à Constituição, assim: as mencionadas expressões não tem aplicação ‘às empresas públicas e às sociedades de economia mista’ que explorem atividade econômica, sem monopólio.”*

(ADI nº 1.552-MC/UF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/04/1997) (grifei)

27. Vê-se, portanto, que o recorte proposto nada tem de inédito, estando em consonância com a remansosa jurisprudência desta Suprema Corte, já tendo norteado, inclusive, exame anterior deste Pretório Excelso em relação aos limites subjetivos de incidência de norma com idêntico teor à presentemente escrutinada.

28. A partir da distinção entre os regimes jurídicos a que se sujeitam as empresas públicas (em sentido lato) que, de um lado, exploram atividade econômica em regime de monopólio; e, de outro bordo, atuam como delegatárias de serviços públicos, com exclusividade, tem-se, de fato, cenário de violação parcial à norma inserta no art. 173, §1º, II, da Constituição Federal, pelo art. 4º da Lei nº 9.527/97, na medida em que, negligenciando essa imperiosa distinção, direciona o comando normativo nele contido, indistintamente, as todas as sociedades de economia mista e empresas públicas.

29. Portanto, ao não delinear o espectro de incidência subjetiva da norma vergastada com o rigor técnico-jurídico necessário, o legislador infraconstitucional desbordou dos limites de conformação que lhe foram

ADI 3396 / DF

outorgados pelo art. 173, §1º, II, do Texto Constitucional.

30. Por todo o exposto, compartilhando do entendimento trilhado por esta Excelsa Corte já por ocasião da apreciação da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.552, julgada em 17/04/1997, aquiesço com o e. Min. NUNES MARQUES, Relator da presente demanda, para conferir interpretação conforme à Constituição ao dispositivo impugnado *“de sorte a serem excluídas de sua disciplina as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais pessoas jurídicas de direito privado que tenham participação estatal, atuantes no domínio econômico, sem regime de monopólio”*.

31. Entendo pertinente pontuar, em acréscimo, que, a meu sentir, tal interpretação não enseja aplicação direta e imediata das disposições previstas nos arts. 19 e 20 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Para tanto, aponto dois motivos.

32. Em primeiro lugar, a própria leitura dos dispositivos em questão deixa clara a possibilidade de estipulação negocial em sentido diverso ao teor dos referidos artigos. Por clareza, reproduzo novamente ambas as redações:

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

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

(grifei)

33. Em segundo lugar, não se pode olvidar que, em razão do regime jurídico híbrido ao qual estão submetidas as sociedades de economia

## ADI 3396 / DF

mista e empresas públicas que exploram atividade econômica, não obstante estejam mais próximas às normas de direito privado, também tais entidades estão sujeitas à regra constitucional do concurso público para contratação de pessoal.

34. E, ao se submeter ao processo seletivo público, o então candidato aquiesce com as normas previstas no edital do certame, imperando, no caso, o *princípio da vinculação ao instrumento editalício*, que se consubstancia em verdadeiro contrato de trabalho, imprimindo disciplina específica em relação à jornada laboral, forma de remuneração, dentre outros direitos trabalhistas igualmente assegurados aos empregados públicos, afastando, portanto, a incidência dos dispositivo apontados.

35. Neste sentido tem decidido o Tribunal Superior do Trabalho, ao apreciar, por exemplo, pleito deduzido por advogados públicos empregados, para indenização de horas extraordinárias, sob alegação de ofensa à jornada laboral de 20 (vinte) horas semanais, prevista no art. 20 do Estatuto da OAB.

36. Colaciono, à título ilustrativo, os seguintes julgados:

*O advogado estatal encontra-se submetido à prévia aprovação em concurso público, cuja contratação vincula-se ao edital. Assim sendo, se no edital há previsão expressa da jornada de trabalho do candidato aprovado no cargo de advogado superior àquela estabelecida no art. 20 da Lei 8.906/94, a condição geral expressa no edital faz lei entre as partes (...)*

(ED-ED-RR-907-78.2010.5.04.0004, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 25/02/2022).

*RECURSO DE EMBARGOS. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. CEF. ADVOGADO EMPREGADO. ADMISSÃO POSTERIOR À LEI 8.906/94. JORNADA DE OITO HORAS PREVISTA NO EDITAL DO CONCURSO PÚBLICO. DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. CARACTERIZAÇÃO.*

1. *Trata-se, no caso, de advogado empregado da CEF, contratado na vigência da Lei 8.906/94, que postula horas extras excedentes da quarta diária, considerando a jornada de trabalho prevista no art. 20 da referida Lei.*

2. *Nos termos do art. 20 da Lei 8.906/94, “a jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva”. E o conceito de dedicação exclusiva, para fins do dispositivo transcrito, está assim definido no art. 12 da Lei 8.906/94: “Para os fins do art. 20 da Lei nº 8.906/94, considera-se de dedicação exclusiva o regime de trabalho que for expressamente previsto em contrato individual de trabalho”.*

3. *Interpretando os arts. 12 e 20 da Lei 8.906/94, esta Subseção, ao julgamento do E-RR-1606-53.2011.5.15.0093, firmou entendimento no sentido de que “o regime de dedicação exclusiva, por consubstanciar situação excepcional, requer ajuste contratual expresso nesse sentido”, não restando configurado pela “mera submissão do empregado advogado à jornada de oito horas diárias e quarenta semanais” (Redator Designado Ministro João Oreste Dalazen, julgamento em 28.09.2017, acórdão pendente de publicação).*

4. *No caso, a teor do acórdão embargado, no edital do concurso público a que se submeteu o reclamante “havia previsão de que o candidato aprovado no cargo de advogado seria contratado para trabalhar 8 horas diárias”, o que equivale a ajuste contratual expresso do regime de dedicação exclusiva. Precedentes de Turmas do TST.*

5. *Destaca-se, ainda, que segundo o princípio da vinculação ao edital do concurso público, consectário dos princípios da impessoalidade, da legalidade e da moralidade, o contrato de trabalho firmado entre as partes é regido pelas regras constantes do edital do processo seletivo ao qual foi submetido o reclamante, dentre elas aquela relativa à jornada de trabalho de oito horas.*

6. *Indevido, pois, o pagamento de horas extras excedentes da quarta diária.*

ADI 3396 / DF

*Recurso de embargos conhecido e não provido”.*

(TST-E-RR-2408-70.2013.5.22.0001. SDI-I. Rel. Min. HUGO CARLOS SCHEUERMANN. DEJT: 09.08.2019) (grifei).

37. Portanto, em aquiescência com o entendimento adotado pela mais elevada Corte da Justiça Especializada, compreendo pertinente realçar que a interpretação conforme à Constituição conferida ao dispositivo escrutinado não tem o condão de excetuar o *princípio da vinculação ao instrumento editalício*, ao qual estão submetidos os advogados públicos contratados mediante regular concurso público.

38. Por fim, apresento pontual divergência ao enunciado complementar proposto pelo e. Relator, ainda à título de interpretação conforme à Constituição, para *“determinar a observância do teto remuneratório previsto na Constituição Federal (art. 37, XI) pelas entidades referidas no item anterior, apesar de não submetidas à disciplina do art. 4º da Lei federal n. 9.527/1997, incluindo-se no cálculo da remuneração os valores recebidos a título de honorários”*.

39. Com a máxima vênia ao e. Relator, à luz da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, entendo necessário restringir a aludida determinação de observância ao teto remuneratório apenas aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, em regime concorrencial, e sejam *dependentes* do erário.

40. Nesse sentido, aponto o julgamento da ADI nº 6.584/DF, de relatoria do eminente Decano, Min. GILMAR MENDES, cujo acórdão restou assim ementado:

*Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Emenda à Lei Orgânica do Distrito Federal n. 99/2017, que alterou o art. 19, § 5º da Lei Orgânica do Distrito Federal (LODF), e o art. 19, X, da LODF. 3. Teto remuneratório aos empregados de empresas públicas e*

ADI 3396 / DF

*sociedades de economia mista não dependentes do erário do Distrito Federal. 4. Violação ao art. 37 da Constituição Federal. 5. Medida cautelar confirmada. 6. Inconstitucionalidade da Emenda à Lei Orgânica do Distrito Federal n. 99/2017. 7. Interpretação conforme à Constituição ao artigo 19, X, da LODF, de modo que a expressão “empregos públicos” se limite às entidades que recebam recursos do Distrito Federal para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral. 8. Ação julgada procedente.*

(ADI nº 6.584/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 24/05/2021, p. 02/06/2001) (grifei)

41. Ante o exposto, **acompanho, em parte, o eminente Relator, para julgar procedente, em parte, o pedido, declarando constitucional o art. 4º da Lei nº 9.527, de 1997, imprimindo-lhe interpretação conforme à Constituição:**

*a) “de sorte a serem excluídas de sua disciplina as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais pessoas jurídicas de direito privado que tenham participação estatal, atuantes no domínio econômico, sem regime de monopólio”.*

*b) tal exclusão não tem o condão de excetuar o **princípio da vinculação ao instrumento editalício**, ao qual estão submetidos os advogados públicos contratados mediante regular concurso público;*

*c) as entidades referidas na alínea “a” **que sejam dependentes do erário** devem observar o **teto remuneratório previsto na Constituição Federal (art. 37, XI)**, “apesar de não submetidas à disciplina do art. 4º da Lei federal n. 9.527/1997, incluindo-se no cálculo da remuneração os valores recebidos a título de honorários”.*

É como voto.

Ministro ANDRÉ MENDONÇA

23/06/2022

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.396 DISTRITO FEDERAL**

## ESCLARECIMENTO

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -** Presidente?  
Ministra Rosa?

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) -** Pois não? Boa tarde, Ministro Roberto Barroso!

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -** Boa tarde, Ministra Rosa!

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) -** Eu ia cumprimentá-lo agora.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -** Que bom! Prazer em vê-la e a todos os Colegas que consigo avistar daqui.

Eu tinha uma brevíssima indagação a fazer ao Relator, porque não me pareceu que o ponto destacado pelo Ministro André Mendonça seja propriamente uma divergência. Então, eu gostaria de saber do eminente Relator se essa posição do Ministro André, se ele considera que ela está em contraste com a posição que Sua Excelência assumiu, porque me pareceu que estava implícito, e, salvo engano, essa é a posição do TST.

De modo que gostaria de ouvir, se me permitem os demais Ministros, o Ministro-Relator sobre esse ponto, para eu já poder ir refletindo aqui.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) -** Pois não. O Ministro Nunes Marques está com a palavra.

**O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES (RELATOR) -** Senhora Presidente, em nome de quem cumprimento todos os Colegas, também o Procurador-Geral da República, uma boa tarde a todos!

Eu também, da mesma forma, Ministro Barroso, não entendo que houve uma divergência, houve mais uma omissão da minha parte. É como se propuséssemos aqui uma modulação; ou seja, aqueles ingressos através de regras editalícias, elas não são afetadas pelas alterações

**ADI 3396 / DF**

posteriores. O que houve da minha parte foi a omissão de não vislumbrar essa hipótese, mas, realmente, eu não remei contra a tese, eu me omiti. E entendo que fica contemplada na *ratio* da minha decisão.

Eu estou de acordo com a propositura do Ministro André Mendonça.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Obrigado, Ministro Nunes Marques, pelo esclarecimento.

Obrigado, Presidente.

**O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA** - Ministro Nunes Marques, essa consignação da vinculação ao edital valeria inclusive para os futuros concursos públicos, na visão de Vossa Excelência?

**O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES** - Sim, a diferença é que os futuros concursos públicos já adotam as regras atuais. Então, se houver essa divergência, muito provavelmente retornará ao Poder Judiciário para ser dirimido. Quanto aos anteriores, não poderíamos mais alcançá-los. E aí essa proposta de Vossa Excelência, com a qual concordo.

## **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.396 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. NUNES MARQUES**

**REQTE.(S)** : **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS  
ADVOGADOS DO BRASIL**

**ADV.(A/S)** : **MARCUS VINICIUS FURTADO COÊLHO E  
OUTRO(A/S)**

**ADV.(A/S)** : **LIZANDRA NASCIMENTO VICENTE**

**ADV.(A/S)** : **ANA PAULA DEL VIEIRA DUQUE**

**INTDO.(A/S)** : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**

**PROC.(A/S)(ES)** : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

**INTDO.(A/S)** : **CONGRESSO NACIONAL**

**AM. CURIAE.** : **SINDICATO NACIONAL DOS PROCURADORES DA  
FAZENDA NACIONAL**

**ADV.(A/S)** : **PEDRO HENRIQUE ALVES DA COSTA FILHO**

**AM. CURIAE.** : **FEDERAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS -  
FENADV**

**ADV.(A/S)** : **WALTER VETTORE**

**AM. CURIAE.** : **ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS DA  
CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - ADVOCEF**

**INTDO.(A/S)** : **ALTAIR RODRIGUES DE PAULA**

**AM. CURIAE.** : **ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DO BANCO DO  
BRASIL - ASABB**

**ADV.(A/S)** : **CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA**

**AM. CURIAE.** : **ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS EMPREGADOS DA  
PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS- ADEMP**

**ADV.(A/S)** : **RUI BERFORD DIAS**

**AM. CURIAE.** : **ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DO BANCO  
REGIONAL DE BRASÍLIA - ASABRB**

**ADV.(A/S)** : **WALTER VETTORE**

**AM. CURIAE.** : **ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS EMPREGADOS DA  
PETROBRAS DISTRIBUIDORA S/A - AAEPD**

**ADV.(A/S)** : **MIGUEL JONIL FEYDIT VIEIRA**

**AM. CURIAE.** : **ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DE  
EMPRESAS PÚBLICAS FEDERAIS - ANPEPF**

**ADV.(A/S)** : **NILTON CORREIA E OUTRO(A/S)**

**AM. CURIAE.** : **ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DA EMPRESA  
BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - APECT**

**ADV.(A/S)** : **NILTON CORREIA E OUTRO(A/S)**

**ADI 3396 / DF**

**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DO GRUPO  
ELETROBRAS - AAGE  
**ADV.(A/S)** : MARIANA LIMA DO VALE  
**AM. CURIAE.** : FÓRUM NACIONAL DE ADVOCACIA PÚBLICA  
FEDERAL - FORUM  
**ADV.(A/S)** : HUGO MENDES PLUTARCO  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DAS EMPRESAS  
PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA  
DO ESTADO DE SANTA CATARINA - ADVESC  
**ADV.(A/S)** : FABIO DA SILVA MACIEL  
**ADV.(A/S)** : GRAZIELA ALESSANDRA MOREIRA PISA

## VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, cumprimento Vossa Excelência, Ministra Rosa Weber, a Ministra Cármen Lúcia, os Ministros, o Vice-Procurador-Geral, Senhor Paulo Gonet, que também aqui nos dá a honra da presença.

Presidente, como já colocado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados impugna o art. 4 do Estatuto, que diz claramente que:

"Art. 4º As disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, não se aplicam à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista."

O que fez a norma impugnada foi distinguir os regimes jurídicos aplicáveis aos advogados empregados da iniciativa privada e aos advogados das empresas públicas e sociedades de economia mista, explicitando que a disciplina diz respeito somente ao primeiro grupo, ou seja, aos advogados empregados da iniciativa privada, sem prejuízo de que as matérias constantes do Estatuto da Ordem dos Advogados possam ser disciplinadas pelos advogados públicos.

O eminente Ministro Nunes Marques disse agora - até em virtude da liminar concedida, há alguns anos, pelo Supremo Tribunal Federal - que os concursos acabaram disciplinando dessa forma. Mas, como também

## ADI 3396 / DF

disse o nosso Decano, Ministro Gilmar, na divergência, em que pese hoje essa disciplina estar idêntica até nos editais, a matéria jurídica é importante para saber se seria, ou não, possível o Estatuto da Ordem, a legislação, diferenciar os advogados empregados de iniciativa privada e os advogados das empresas públicas e de sociedades de economia mista.

Antecipo, Presidente, com todas as vênias ao eminente Ministro-Relator, que acompanho as divergências. Não vislumbro nenhuma ofensa ao princípio da igualdade e, muito menos, ao art. 173, § 1º.

O eminente Ministro Gilmar bem colocou que às vezes se pretende o melhor dos dois mundos. Ninguém obriga a pessoa, que já sabe a disciplina jurídica, a trabalhar em empresa pública, que tem toda uma disciplina - mesmo as sociedades de economia mista têm uma disciplina. É importante lembrar que, independentemente do regime de monopólio ou não, nós decidimos aqui não se poder demitir sem um procedimento administrativo. Isto é, quando as garantias são maiores do que as previstas no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil para os advogados empregados da iniciativa privada, ninguém reclama; quando o próprio Estatuto diferencia, aí se ingressa com ação direta. Com todo o respeito e com todas as vênias às posições em contrário, é uma ideia corporativa de que, entre todas as carreiras, entre todas as profissões, a única que deve seguir o mesmo patamar de todas as previsões, seja de iniciativa privada ou de poder público, é a da advocacia. Isso, a meu ver, fere o próprio tratamento de direito público, de direito privado, mesmo que sejam contratados pela CLT, porque, mesmo contratados pela CLT, não podem ser demitidos sem justificativa.

Ora, a partir do momento em que se opta por ingressar na empresa pública, por se ingressar na sociedade de economia mista, sabe-se que vem, com o perdão da palavra, o pacote, inclusive o pacote legislativo.

Não me parece aqui, Presidente, que esta distinção prevista, em que pese a cautelar, a liminar dada anos atrás - até porque faço aqui no voto, não vou cansá-los -, houve outras cautelares semelhantes dadas. Foi mais uma forma de padronizar até que o Supremo Tribunal Federal pudesse disciplinar essa questão, inclusive em relação à demissão - não só

**ADI 3396 / DF**

admissão, não só o regime jurídico aplicável durante a admissão como também a demissão. Houve uma sucessão de medidas cautelares até que existisse a possibilidade de padronização, mas infelizmente, com o passar do tempo, cada uma foi sendo julgada em um determinado momento. Isso acabou tirando a possibilidade de uniformização, mas realmente não há, a meu ver, ferimento ao princípio da igualdade. As situações não são idênticas. O exercício é diverso. Os direitos e deveres mais importantes dos advogados, esses a própria legislação consagra: liberdade de atuação e dignidade no exercício da profissão.

Em relação a honorários sucumbenciais, em relação à carga horária, em relação à própria estruturação de chefia, ora, há uma diferença entre a iniciativa privada e o Poder Público qualquer que seja a subdivisão do Poder Público. Não me parece que situações diversas devam ter o mesmo tratamento. Da mesma forma, o art. 173, § 1º, II, não dá, a meu ver, guarida para essa interpretação de assemelhar coisas diversas.

Presidente, com essas rápidas considerações, adotando também as argumentações dadas pelo eminente Ministro Gilmar em seu voto divergente, peço vênias ao eminente Ministro-Relator, mas, no mérito, julgo improcedente o pedido.

23/06/2022

PLENÁRIO

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.396 DISTRITO FEDERAL

### VOTO - VOGAL

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN:** Acolho o bem lançado relatório que veio de ser proferido pelo e. Min. Nunes Marques.

No mérito, tenho que é o caso de se julgar procedente a presente ação direta.

Como se sabe, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil questiona a constitucionalidade de norma que afasta dispositivos do Estatuto da Advocacia dos contratos de trabalho de advogados empregados públicos. O argumento é o de que a a norma estabelece tratamento diferenciado em relação a pessoas que estão em mesma situação, o que seria não apenas uma violação do regime de livre concorrência, como também da igualdade.

Com as vênias de estilo, tenho assistir razão jurídica ao Conselho Federal.

Em primeiro lugar, é importante que se tenha em conta que o próprio Plenário deste Tribunal já havia acolhido pretensão semelhante quando do julgamento da ADI 1.552, Rel. Min. Carlos Velloso.

Essa ação havia sido originariamente proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais em face da mesma redação do dispositivo aqui questionado. O mérito, porém, não chegou a ser julgado, porquanto, tendo sido proposta em face da MP e não tendo havido emenda quando da conversão da norma, a ADI acabou perdendo o objeto. A decisão cautelar restou assim ementada:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADVOGADOS. ADVOGADO-EMPREGADO. EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. Medida Provisória 1.522-2, de 1996, artigo 3º. Lei 8.906/94, arts. 18 a 21. C.F., art. 173, § 1º. I. - As empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica em

ADI 3396 / DF

sentido estrito, sem monopólio, estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. C.F., art. 173, § 1º. II. - Suspensão parcial da eficácia das expressões "às empresas públicas e às sociedades de economia mista", sem redução do texto, mediante a aplicação da técnica da interpretação conforme: não aplicabilidade às empresas públicas e às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, em sentido estrito, sem monopólio. III. - Cautelar deferida."

(ADI 1552 MC, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/04/1997, DJ 17-04-1998 PP-00002 EMENT VOL-01906-01 PP-00088).

Há, portanto, diretriz colegiada que vai ao encontro da pretensão inicial.

Além disso, e em segundo lugar, o parâmetro material invocado, isto é, o princípio da igualdade, deve ser compreendido, no contexto do direito do trabalho, como sendo o constante do art. 5º da CLT, ou seja, "a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo". Sob essa perspectiva, é indiferente que a atividade econômica esteja sendo desempenhada pelo Estado ou pelo particular: o trabalho deve ser realizado nas mesmas condições. Isso significa, nos termos do Estatuto da Advocacia, com as mesmas regras de jornada, de remuneração e de negociação coletiva.

É evidente que, no limite, essa interpretação sobre o alcance do direito à igualdade poderia até mesmo afastar as distinções de jornada entre os trabalhadores e os servidores públicos. No entanto, é o próprio texto constitucional que estabelece essa discriminação, ou seja, somente a Constituição – e não a lei – é que pode excepcionar o regime de trabalho de quem, a rigor, está em posição jurídica igual.

Embora as considerações que fiz até aqui levem a acolher a solução adotada quando do julgamento da ADI 1.552, penso ser o caso de advertir, como *obiter dicta*, que, nas hipóteses em que for possível fazer a distinção, isto é, nos casos em que os advogados empregados tenham

## ADI 3396 / DF

sido contratados por empresas públicas que prestam serviços públicos ou exerçam atividade econômica em regime de monopólio, é necessário que os salários, inclusive no que tange aos honorários, estejam englobados no teto remuneratório.

Ante o exposto, a expressão “às empresas públicas e às sociedades de economia mista” contida no art. 4º da Lei 9.527, de 1997, deve receber interpretação conforme a fim de afastar sua incidência em relação às empresas públicas e às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica em sentido estrito, sem monopólio, razão pela qual julgo procedente a presente ação direta, acompanhando o voto do e. Relator.

É como voto.

23/06/2022

PLENÁRIO

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.396 DISTRITO FEDERAL

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Presidente, vou pedir todas as vênias ao eminente Ministro Gilmar Mendes e ao eminente Ministro Alexandre de Moraes para acompanhar o Relator.

A compreensão que tenho e que gostaria de explicitar aqui, agora, é de que o edital poderia ter estabelecido a jornada de oito horas. Porém, mais do que isso, uma recente alteração do Estatuto da OAB, feita pela Lei nº 14.365, de 2 de junho de 2022, deu nova redação ao art. 20 do Estatuto, passando a prever expressamente o seguinte:

Art. 20. A jornada de trabalho do advogado empregado, quando prestar serviço para empresas, não poderá exceder a duração diária de 8 (oito) horas contínuas e a de 40 (quarenta) horas semanais.

Esse é o padrão geral dos trabalhadores, portanto, acho que aquela exceção do Estatuto da OAB, de quatro horas, encontra-se superada pela nova redação do art. 20, o que, a meu ver, remove qualquer possibilidade de dissensão entre as posições do Ministro Kassio Nunes, Relator, e do Ministro André Mendonça. No período pretérito, poderia ter sido excepcionado pelo edital e, prospectivamente, pela nova previsão do Estatuto da OAB.

Penso que também os advogados das empresas estatais prestadoras de atividades econômicas devem ter regime jurídico tão próximo quanto possível do dos advogados. Atentei bem para a observação que o Ministro Alexandre de Moraes fez no tocante, por exemplo, à demissão, em que entendemos - penso que com acerto e eu reiteraria a decisão - que, embora quem tenha sido contratado por concurso público possa ser demitido, tem que haver uma fundamentação para essa demissão. Acho que é o mínimo de satisfação que se deve dar a quem foi contratado não propriamente por um direito potestativo do empregador, mas pela

## ADI 3396 / DF

prestação de um concurso público que o tenha habilitado. Não acho que essa circunstância seja um fator de *distinguishing* para não reconhecer que os advogados das empresas estatais, que são sociedades de economia mista...

Essa é uma coisa que, às vezes, há certa dificuldade de se entender no Brasil e neste momento precisamente. Uma empresa, uma sociedade de economia mista de capital aberto capta dinheiro na bolsa de valores, na bolsa de valores nacional e, muitas vezes, em bolsas de valores internacionais. Empresas que captam recursos privados em bolsas de valores têm requisitos legais de governança, sob pena de se desqualificarem e de se tornarem passíveis de ações judiciais dos acionistas prejudicados pelas decisões que não são tomadas no interesse deles.

Não dá para se querer ter uma sociedade de economia mista com cotação em bolsa internacional e captar recursos em todo o mundo e não dar a essas empresas o tipo de governança que se impõe a uma empresa privada. Se for para prestar serviço público, se for para atender a interesse estritamente público e não o dos acionistas, você tem de mudar o regime jurídico. O que não dá é para você captar no mercado privado e depois tentar usar o dinheiro privado para fins públicos. Isso não é aceitável em termos de governança de uma empresa privada, com todas as respeitadas vênias de quem possa pensar de maneira diferente.

De modo que penso que é legítima a decisão de se dar aos empregados das empresas estatais prestadoras de atividades econômicas o regime jurídico que se dá aos advogados e empregados em geral, com essa observação pontual, Presidente, que acho que agora já une a minha posição com a do Ministro Kassio e com a do Ministro André, de que as oito horas anteriormente poderiam estar previstas no edital. Doravante, desde 2022, já está prevista a duração da jornada no próprio Estatuto da OAB.

Por essas razões, estou acompanhando o Ministro Kassio Nunes apenas com uma observação que gostaria de fazer. Concordo com o Ministro Kassio Nunes, nós temos, Presidente, entendido

**ADI 3396 / DF**

tradicionalmente que, no caso de interpretação conforme, julgamos procedente em parte. Pelo menos eu tenho adotado esse padrão, e creio que esse seja o padrão do Tribunal. De modo que estou acompanhando o Ministro Kassio também nesse ponto específico do seu dispositivo.

É como voto.

23/06/2022

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.396 DISTRITO FEDERAL**

## **VOTO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Boa tarde, Senhora Presidente! Na pessoa de Vossa Excelência, cumprimento a todos.

Pedindo vênias ao Relator e aos que o acompanharam, acompanho a divergência, julgando improcedente a ação.

É como voto.

23/06/2022

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.396 DISTRITO FEDERAL**

## **ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - No caso específico, Senhora Presidente, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados pleiteou a declaração de inconstitucionalidade do art. 4º da Lei nº 9.527.

De maneira muito breve, digo que estou acompanhando o Ministro-Relator na conclusão, no sentido da parcial procedência, para circunscrever aos casos dos advogados e fazer a distinção entre aqueles que compõem os quadros de empresas públicas e de sociedades de economia mista e suas subsidiárias monopolistas e não monopolistas, e, nesse sentido exatamente, dar interpretação conforme.

Acho que aqui há sim, como já foi dito desde o primeiro voto, uma distinção a ser feita e a ser considerada, mas não na extensão do que poderia parecer, de uma interpretação dada como muito vasta a esse art. 4º.

Peço vênia ao Ministro Gilmar e também ao Ministro Alexandre de Moraes e agora ao Ministro Dias Toffoli, que têm entendimento diverso, no sentido da improcedência, mas minha compreensão é de que aqui, sim, há uma necessidade de interpretação conforme, para que se tenha coerência entre o que está posto, que iguala os advogados públicos, hoje, no campo federal, autarquias, fundações e empresas de sociedade de economia mista, prestadoras de serviço público ou que desempenham atividade monopolista. Exatamente essas distinções precisam ser consideradas para se chegar ao regime jurídico a ser aplicado.

Por isso, estou concluindo meu voto, de que farei juntada, no sentido exatamente do que foi também abrigado pelo eminente Ministro-Relator, Nunes Marques.

É como voto, Presidente.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF.

23/06/2022

PLENÁRIO

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.396 DISTRITO FEDERAL

### VOTO

#### A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Vogal):

1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil objetivando seja declarada a inconstitucionalidade do art. 4º da Lei n. 9.527/1997.

Esta a norma impugnada:

*“Art. 4º. As disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, não se aplicam à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista”.*

As disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei nº 8.906/1994 são as seguintes:

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

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

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

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

*§ 1º Para efeitos deste artigo, considera-se como período de trabalho o tempo em que o advogado estiver à disposição do*

ADI 3396 / DF

*empregador, aguardando ou executando ordens, no seu escritório ou em atividades externas, sendo-lhe reembolsadas as despesas feitas com transporte, hospedagem e alimentação.*

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

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

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

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

2. O autor alega que o art. 4º da Lei n. 9.527/1997 ofende o *caput* do art. 5º e o § 1º do art. 173 da Constituição da República.

Relata que, contra norma no mesmo sentido do art. 4º da Lei n. 9.527/1997, contida no art. 3º da Medida Provisória n. 1.522/1996, foram ajuizadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 1.522/RJ e 1.588/DF, ambas extintas em razão da alteração trazida pela Emenda Constitucional n. 19/1998 ao art. 173 da Constituição da República.

Informa não ter havido substancial inovação ao art. 173 da Constituição da República, pelo que insiste ser cabível a presente ação direta.

Sustenta ofensa ao art. 173 da Constituição e explica que *“ao julgar o pedido de liminar na ação direta de inconstitucionalidade 1552, o Supremo Tribunal Federal já asseverou que não podem os advogados das empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica serem tratados de forma diversa daquela dos advogados das empresas privadas”.*

ADI 3396 / DF

Argumenta que *“o tratamento diferenciado conferido aos advogados empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista, e também aos advogados empregados da Administração Direta, autarquias e fundações instituídas pelo poder público, é inconstitucional por ofensa ao princípio da igualdade, previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal”*.

Pondera que *“todos são advogados empregados, [pelo que] as mesmas disposições que são aplicáveis aos advogados empregados da iniciativa privada devem ser aplicadas para os advogados empregados do setor público”*.

Pede seja declarada a inconstitucionalidade do art. 4º da Lei n. 9.527/1997.

3. Em 14.4.2005, o Ministro Celso de Mello, então Relator, adotou o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/1999 (e-doc. 6).

4. O Presidente da República prestou informações e sustentou, preliminarmente, não haver ofensa direta à Constituição da República e, no mérito, pugnou pela constitucionalidade da norma atacada (e-doc. 9).

5. O Presidente do Congresso Nacional prestou informações (e-doc. 11).

Salientou: *“apesar de submetidos a um mesmo estatuto, no caso, o Estatuto da Advocacia, criado pela Lei n. 8.906, de 1994, os advogados que ocupam cargos públicos em órgãos da Administração Direta, Autarquias e Fundações instituídas pelo Poder Público, sujeitam-se a um regime especial de trabalho. Trata-se do Regime Jurídico Único previsto na Lei nº 8.112, de 1990, e nesta condição estão submetidos a um regime de direitos e deveres específico, o qual não se confunde com o regime das empresas privadas, este aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista, que normalmente se submetem os dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT”*.

ADI 3396 / DF

6. O Advogado-Geral da União manifestou-se pela improcedência do pedido e, subsidiariamente *“pela parcial procedência para que, sem redução de texto, confira-se interpretação conforme à Constituição Federal para afastar, das empresas públicas e das sociedades de economia mista que explorem atividade econômica sem monopólio, a aplicabilidade do dispositivo impugnado”* (e-doc. 19).

Sustentou que *“entre o advogado empregado da Administração Pública e aquele empregado da iniciativa privada há diferenças insuperáveis”* pelo que não há ofensa ao princípio da igualdade.

Quanto ao inc. II do § 1º do art. 173 da Constituição da República, explicou que *“o dispositivo (...) dirige-se à regulamentação da exploração de atividade econômica pelo Estado e à proteção do princípio da livre concorrência; e não à disciplina do regime jurídico dos empregados públicos”*.

Ressaltou não haver ofensa ao inc. II do § 1º do art. 173, pois *“nem para as empresas que realizam exploração econômica pode-se esperar regime trabalhista idêntico ao do setor privado, uma vez que a própria Carta da República adotou, no artigo 37, regime peculiar para os empregados públicos”*.

Asseverou não haver *“simetria entre empresas estatais e empresas privadas, nem [ter sido] o objetivo da Constituição Federal, no inciso II do parágrafo 1º do artigo 173, igualar seus regimes trabalhistas. De forma reflexa, o que a Carta Magna impôs foi a adoção do regime geral da Consolidação das Leis do Trabalho com as peculiaridades que a Administração Pública, por suas características específicas, exigir”*.

7. O Procurador-Geral da República opinou pela procedência parcial do pedido *“para que, sem redução de texto, seja atribuída ao dispositivo impugnado interpretação conforme à Constituição, a fim de que não seja aplicada a restrição às empresas públicas e às sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica sem monopólio”*. Essa a ementa do parecer:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 4º DA LEI Nº 9.527/97. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. JUSTIFICA-SE A ATRIBUIÇÃO DE TRATAMENTO DIFERENCIADO AOS ADVOGADOS PRIVADOS E AQUELES EMPREGADOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SUJEITAM-SE ELES ÀS NORMAS DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO. VIOLAÇÃO, CONTUDO, DE SEU ART. 173, §1º, II, EM CERTA MEDIDA. É INCOMPATÍVEL O TRATAMENTO DIFERENCIADO ATRIBUÍDO AOS ADVOGADOS EMPREGADOS DE EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA EXPLORADORAS DE ATIVIDADE ECONÔMICA. AO ATUAR COMO EMPRESÁRIO, NÃO PODE O ESTADO SER BENEFICIÁRIO DE PRIVILÉGIOS. PARECER PELA PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO PARA QUE, SEM REDUÇÃO DE TEXTO, SEJA ATRIBUÍDA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO, A FIM DE QUE NÃO SEJA APLICADA A RESTRIÇÃO ÀS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA EXPLORADORAS DE ATIVIDADE ECONÔMICA SEM MONOPÓLIO” (e-doc. 29).

8. O Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional - SINPROFAZ, a Federação Nacional dos Advogados - FeNAdv, a Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal - ADVOCEF, a Associação dos Advogados do Banco do Brasil - ASABB, a Associação dos Advogados Empregados da Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRAS - ADEMP, a Associação dos Advogados do Banco Regional de Brasília - ASABRB, a Associação dos Advogados Empregados da Petrobrás Distribuidora S/A – AAEPD, a Associação dos Procuradores da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - APECT, a Associação dos Advogados do Grupo Eletrobras - AAGE, a Associação Nacional dos Procuradores de Empresas Públicas Federais - ANPEPF, o Fórum Nacional de Advocacia Pública Federal - FORUM e a Associação dos Advogados das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista do

ADI 3396 / DF

Estado de Santa Catarina - ADVESC foram admitidos como *amici curiae*.

9. A questão posta na presente ação está em saber se a não aplicação dos arts. 18 a 22 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, os quais tratam do advogado empregado, aos advogados da Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista, ofende o princípio da igualdade e o inc. II do § 1º do art. 173 da Constituição.

Os arts. 18 a 21 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil

10. No art. 18 dispõe-se sobre a independência profissional do advogado empregado, estabelecendo que a relação de emprego não lhe retira a isenção técnica nem o obriga a prestar serviços de interesse pessoal dos empregadores.

No art. 19 cuida-se do salário mínimo profissional do advogado empregado, estipulando-se que este será fixado em sentença normativa, salvo se ajustado em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

A jornada de trabalho do advogado empregado é tratada no art. 20 e não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais.

Nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 20 considera-se como período de trabalho o tempo em que o advogado estiver à disposição do empregador e as horas trabalhadas que excederem a jornada normal são remuneradas por um adicional, assim como aquelas realizadas em período noturno.

No art. 21, *caput*, e parágrafo único, há norma dispondo que os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados.

Lembro que no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade

## ADI 3396 / DF

n. 1.194/DF, este Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme ao parágrafo único e ao *caput* do art. 21 do Estatuto da Ordem a fim de preservar a liberdade contratual e para assentar que a expressão “os honorários da sucumbência são devidos aos advogados dos empregados” é disposição supletiva da vontade das partes, podendo haver estipulação contrário (ADI n. 1.194/DF, para o qual fui designada Redatora para o Acórdão, Plenário, DJ 11.9.2009).

**11.** Pela norma impugnada na presente ação direta, qual seja, o art. 4º da Lei n. 9.527/1997, os arts. 18 a 21 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil não se aplicam aos advogados empregados da Administração Pública Direta, às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, ou a quaisquer empresas públicas e sociedades de economia mista.

O Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, autor da presente ação direta, sustenta ofensa ao princípio da isonomia e ao inc. II do § 1º do art. 173 da Constituição da República e pede seja declarada a inconstitucionalidade do dispositivo.

**12.** Em 20.3.1997, este Supremo Tribunal Federal deferiu a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.552-MC/RJ, a qual havia sido ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL contra o art. 3º da Medida Provisória n. 1.522/1996, o qual dispunha, assim como o art. 4º da Lei n. 9.527/1997, que os arts. 18 a 21 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil não se aplicavam às empresas públicas e às sociedades de economia mista:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADVOGADOS. ADVOGADO-EMPREGADO. EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. Medida Provisória 1.522-2, de 1996, artigo 3º. Lei 8.906/94, arts. 18 a 21. C.F., art. 173, § 1º. I. - As empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica em sentido estrito, sem monopólio, estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas,

ADI 3396 / DF

*inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. C.F., art. 173, § 1º. II. - Suspensão parcial da eficácia das expressões 'às empresas públicas e às sociedades de economia mista', sem redução do texto, mediante a aplicação da técnica da interpretação conforme: não aplicabilidade às empresas públicas e às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, em sentido estrito, sem monopólio. III. - Cautelar deferida" (ADI n. 1.552-MC/RJ, Relator o Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 17.4.1998).*

Ressalto que a ADI n. 1.522, assim como a ADI n. 1.588, a qual também havia sido ajuizada contra o art. 3º da Medida Provisória n. 1.522/1996, foram julgadas prejudicadas (ADI n. 1.522, Relator o Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 11.4.2002 e ADI n. 1.588-QO-AgR/DF, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 23.10.2013).

Ofensa ao princípio da isonomia

13. A ofensa alegada pelo autor ao princípio da igualdade posto no *caput* do art. 5º da Constituição da República não existe.

Conforme assente na doutrina e também na jurisprudência deste Supremo Tribunal, o princípio da isonomia consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

No que concerne ao fator de discriminação, Celso Antônio afirma:

*"As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição. (...) Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, págs. 17-18).*

ADI 3396 / DF

Os advogados empregados diferem, sob vários aspectos, dos advogados vinculados à Administração Pública, aos quais se aplicam os art. 37 e 39 da Constituição da República e, por esse motivo, o tratamento desigual se impõe.

O Presidente da República, em suas informações que *“o regime jurídico dos que trabalham no setor público não é o mesmo dos que trabalham na iniciativa privada”* e que *“diferenças existem não apenas de atos regulatórios de uns e outros, mas, também, na forma de ingresso, de remuneração, garantia no emprego, submissão a certos princípios constitucionais, etc”*, motivo pelo qual não seria cabível *“a pretensão de estender a certa categoria de servidores públicos, sob o fundamento de isonomia, vantagens que são próprias dos empregados da iniciativa privada, quando as vantagens que são próprias dos servidores públicos mantêm-se inalteradas”*.

Conclui não se poder falar em isonomia quando *“as situações jurídicas não são iguais”* e que *“a pretensão deduzida, esta sim, é que representa violação ao princípio da isonomia, na medida em que pretende estabelecer privilégios para uma certa categoria de servidores públicos, sem que haja uma razão lógica que justifique o descrímen”*.

Afasto, por esses fundamentos, a alegação de ofensa ao princípio da isonomia.

O Art. 173 da Constituição da República e os precedentes do Supremo Tribunal Federal

**14.** O art. 173 da Constituição da República trata das hipóteses nas quais a exploração direta de atividade econômica pelo Estado é autorizada. No inc. II do § 1º tem-se que as empresas públicas e as sociedades de economia mista que explorem atividade econômica estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive

ADI 3396 / DF

quanto aos direitos e obrigações civis e trabalhistas:

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

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

*(...)*

*II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.*

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.642, ocorrido em 3.4.2008, o Ministro Eros Grau, Relator, discorreu sobre o art. 173 da Constituição da República e a distinção entre as de economia mista e empresas públicas que explorem atividade econômica e aquelas prestadoras de serviço público:

*“4. Lê-se no § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil que as sociedades de economia mistas e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas. O preceito questionado nesta ADI não alcança empresas estatais prestadoras de serviço público. Daí porque se impõe distinguirmos das outras, as empresas estatais que prestam serviço público das empresas estatais que empreendem atividade econômica em sentido estrito. Isso permitirá possamos indagar da incidência, sobre elas, dos efeitos do preceito veiculado por esse § 1º.*

*5. A expressão atividade econômica conota, no contexto do art. 173 e seu § 1º, atividade econômica em sentido estrito. O art. 173, caput, enuncia as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direta de atividade econômica. Trata-se, aqui, de atuação do Estado — isto é, da União, do Estado-membro, do Distrito Federal e do Município - como agente econômico, em área da titularidade do*

ADI 3396 / DF

*setor privado. Atividade econômica em sentido amplo é território dividido em dois campos: o do serviço público e o da atividade econômica em sentido estrito. As hipóteses indicadas no art. 173 do texto constitucional são aquelas nas quais é permitida a atuação da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios neste segundo campo. O preceito não alcança empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público. Lembro que há precedentes desta Corte sobre a distinção entre empresa estatal que exerce atividade econômica em sentido estrito e empresa estatal prestadora de serviço público, a ADI n. 83 e os REs ns. 220.906, 225.011, 229.696 e 354.897. Sobre o regime aplicável às empresas estatais que prestam serviço público e a impenhorabilidade dos seus bens, veja-se, da nossa jurisprudência, além dos acórdãos acima indicados, os REs ns. 220.906, 225.011, 229.696, 220.099 e 230.161-Agr e a AC n. 669. No que concerne às empresas estatais e entidades estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito, a ADI 83” (ADI n. 1.642/MG, Relator o Ministro Eros Grau, Plenário, DJ 19.9.2008).*

Em 3.11.2009, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 433.666-AgR/BA, de Relatoria do Ministro Eros Grau, a Segunda Turma deste Supremo Tribunal Federal reiterou sua jurisprudência no sentido de que o § 1º do art. 173 da Constituição da República só se aplica às “empresas estatais que atuam no chamado domínio econômico, não incidindo sobre as prestadoras de serviço público” pelo que “as empresas prestadoras de serviço público que não exercem atividade econômica em sentido estrito, sujeitam-se ao regime jurídico das empresas públicas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”.

Naquela oportunidade, o Ministro Eros Grau salientou:

*“3. O artigo 173 da Constituição do Brasil aplica-se às empresas estatais que atuam no chamado domínio econômico, não incidindo sobre as prestadoras de serviço público. Neste sentido, o RE n. 229.696, DJ de 19.2.02, o RE n. 220.906, DJ de 14.11.02, o RE n. 225.011, DJ de 19.12.02 e o RE n. 354.897, DJ de 3.9.04, além do RE n. 230.161-AgR, DJ de 10.8.01 e a AC n. 669, DJ de 26.5.06.*

ADI 3396 / DF

4. Esta Corte, no julgamento do RE n. 407.099, Relator o Ministro Carlos Velloso, afirmou que ‘o artigo 173 da CF está cuidando da hipótese em que o Estado esteja na condição de agente empresarial, isto é, esteja explorando, diretamente, atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada. Os parágrafos, então, do citado art. 173, aplicam-se com observância do comando constante do caput. Se não houver concorrência — existindo monopólio, CF, art. 177 - não haverá aplicação do disposto no § 1º do mencionado art. 173’.

5. No mesmo sentido, o RE n. 172.816, Relator o Ministro Paulo Brossard, DJ de 13.5.94: ‘o artigo 173, § 1º, nada tem a ver com a desapropriabilidade ou indesapropriabilidade de bens de empresas públicas ou sociedades de economia mista; seu endereço é outro; visa a assegurar a livre concorrência, de modo que as entidades públicas que exercem ou venham a exercer atividade econômica não se beneficiem de tratamento privilegiado em relação a entidades privadas que se dediquem a atividade econômica na mesma área ou em área semelhante’” (Recurso Extraordinário n. 433.666-AgR/BA, de Relatoria do Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJ 27.11.2009, grifos nossos).

Esse entendimento foi reiterado mais recentemente, em 28.9.2020, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 513, assentada na qual a Ministra Rosa Weber, Relatora, lembrou ter este Supremo Tribunal decidido, no julgamento do RE n. 407.099, que “as empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica” e salientou que “somente as empresas públicas que exploram atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, nos moldes do art. 173, § 1º, II, da Lei Maior” (ADPF n. 513, Relatora a Ministra Rosa Weber, Plenário, DJe 6.10.2020).

Assim, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o art. 173 da Constituição da República se aplica somente às empresas públicas e sociedades de economia mista que exercem atividade econômica em situação de concorrência com empresas privadas

ADI 3396 / DF

e busca impedir que essas gozem de privilégios em relação às entidades privadas.

15. No inc. II do § 1º do art. 173 tem-se determinação para que as empresas públicas e as sociedades de economia mista que exerçam atividade em sentido estrito sem monopólio, sujeitem-se ao *“regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”*.

No julgamento da medida cautelar na ADI n. 1.552-MC/RJ, o Ministro Carlos Velloso, Relator, em seu voto, ressaltou que *“as empresas públicas, as sociedades de economia mista e quaisquer outras entidades que explorem atividade econômica, sem monopólio, sujeitam-se à legislação trabalhista das empresas privadas, dado que o fazem em concorrência com estas”*.

Argumentou, assim, que, *“se todas as empresas privadas estão sujeitas às normas trabalhistas inscritas no Capítulo V, do Título I, da Lei 8.906, de 1994 — Estatuto da Advocacia — às empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica, sem monopólio, terá aplicação essa mesma legislação”*.

Explicou *“o artigo 173 da C.F. está cuidando da hipótese em que o Estado esteja na condição de agente empresarial, isto é, esteja explorando, diretamente, atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada”*, que *“se não houver concorrência – existindo monopólio, C.F., art. 177 – não haverá aplicação do disposto no § 1º do mencionado art. 173, é que, conforme linhas atrás registrado, o que quer a Constituição é que o Estado-empresário não tenha privilégios em relação aos particulares”*.

O Ministro concluiu pela interpretação conforme à Constituição:

*“Impõe-se, então, a suspensão parcial da eficácia das expressões impugnadas, sem redução do texto. É dizer, referentemente às empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem*

ADI 3396 / DF

*atividade econômica, em sentido estrito, não monopolistas, as mencionadas expressões não têm aplicação”*(ADI n. 1.552-MC/RJ, Relator o Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 17.4.1998).

A interpretação do art. 4º da Lei n. 9.527/1997, impugnado na presente ação direta, no sentido de que não se aplica as disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, aos advogados empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica em sentido estrito ofende o inc. II do § 1º do art. 173 da Constituição da República.

*Jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal a respeito dos honorários de sucumbência*

16. Saliente-se, ademais, que, quanto aos honorários de sucumbência, não apenas o art. 21 dispõe serem eles devidos ao advogado. O art. 23 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil também estabelece:

*“Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”.*

O Código de Processo Civil passou a impor, da mesma forma, serem os honorários advocatícios de sucumbência do advogado:

*“Artigo 85 – A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.*

*§ 19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei”.*

Relembro que a Lei n. 13.327/2016, que dispõe sobre honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, suas autarquias e fundações, foi objeto de várias ações diretas neste

ADI 3396 / DF

Supremo Tribunal Federal.

Na Sessão Virtual de 12.06.2020 a 19.06.2020, este Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 6.165, 6.178, 6.181 e 6.197 e assentou ser possível o recebimento de honorários de sucumbência por advogados públicos, devendo ser observado o teto constitucional do funcionalismo público. Essa a ementa do julgado:

*“Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. INTERDEPENDÊNCIA E COMPLEMENTARIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PREVISTAS NOS ARTIGOS 37, CAPUT, XI, E 39, §§ 4º E 8º, E DAS PREVISÕES ESTABELECIDAS NO TÍTULO IV, CAPÍTULO IV, SEÇÕES II E IV, DO TEXTO CONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE DO RECEBIMENTO DE VERBA DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA POR ADVOGADOS PÚBLICOS CUMULADA COM SUBSÍDIO. NECESSIDADE DE ABSOLUTO RESPEITO AO TETO CONSTITUCIONAL DO FUNCIONALISMO PÚBLICO.*

1. *A natureza constitucional dos serviços prestados pelos advogados públicos possibilita o recebimento da verba de honorários sucumbenciais, nos termos da lei. A CORTE, recentemente, assentou que ‘o artigo 39, § 4º, da Constituição Federal, não constitui vedação absoluta de pagamento de outras verbas além do subsídio’ (ADI 4.941, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Relator p/ acórdão, Min. LUIZ FUX, DJe de 7/2/2020).*

2. *Nada obstante compatível com o regime de subsídio, sobretudo quando estruturado como um modelo de remuneração por performance, com vistas à eficiência do serviço público, a possibilidade de advogados públicos perceberem verbas honorárias sucumbenciais não afasta a incidência do teto remuneratório estabelecido pelo art. 37, XI, da Constituição Federal.*

3. *AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE” (ADI n. 6.165/TO, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, DJe 7.8.2020).*

**ADI 3396 / DF**

No mesmo sentido foram julgadas a ADI n. 6.053/DF, Relator para o Acórdão o Ministro Alexandre de Moraes, Plenário, DJ 30.7.2020, a ADI n. 6.162/SE e ADI n. 6.159/PI, ambas de relatoria do Ministro Roberto Barroso, Plenário, DJe 25.11.2020.

Voto no sentido de **julgar parcialmente procedente o pedido para dar interpretação conforme ao art. 4º da Lei n. 9.527/1997, acompanhando o Relator.**

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF.

23/06/2022

PLENÁRIO

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.396 DISTRITO FEDERAL

## VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Boa tarde, Senhora Presidente! Na pessoa de Vossa Excelência, cumprimento todos os demais presentes, inclusive advogados e, especialmente, os servidores.

Senhora Presidente, em meu voto, faço uma resenha da jurisprudência desta Corte. Concluí que esta Casa sempre consolidou entendimento no sentido da constitucionalidade da percepção de honorários sucumbenciais pelos membros da advocacia pública, os quais ostentam nítida natureza remuneratória, correspondente ao êxito dos serviços prestados em juízo. A remuneração por meio de subsídios não obsta o recebimento de honorários sucumbenciais por advogados públicos.

De outra parte, anoto também que o STF sempre compreendeu que a soma dos honorários sucumbenciais e das demais verbas remuneratórias deve estar limitada ao teto constitucional previsto no art. 37, XI, da nossa Carta Magna, especialmente porque a percepção dos honorários se dá em razão do exercício do relevante cargo público exercido.

Em meu voto original, julgava parcialmente procedente a ação, mas de forma mais ampla. Depois de ouvir o percuciente voto do eminente relator, que faz um *distinguishing*, a meu ver, muito apropriado, vou acompanhá-lo integralmente, inclusive agora na medida em que foi ratificado pelo também substancial voto do Ministro André Mendonça.

Então, Senhora Presidente, meu voto coincide integralmente com o voto de eminente relator, e assim o fazendo peço vênia àqueles que têm visão contrária.

23/06/2022

PLENÁRIO

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.396 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. NUNES MARQUES
REQTE.(S)	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
ADV.(A/S)	: MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: LIZANDRA NASCIMENTO VICENTE
ADV.(A/S)	: ANA PAULA DEL VIEIRA DUQUE
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
AM. CURIAE.	: SINDICATO NACIONAL DOS PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL
ADV.(A/S)	: PEDRO HENRIQUE ALVES DA COSTA FILHO
AM. CURIAE.	: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS - FENADV
ADV.(A/S)	: WALTER VETTORE
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - ADVOCEF
INTDO.(A/S)	: ALTAIR RODRIGUES DE PAULA
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DO BANCO DO BRASIL - ASABB
ADV.(A/S)	: CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS EMPREGADOS DA PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS- ADEMP
ADV.(A/S)	: RUI BERFORD DIAS
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DO BANCO REGIONAL DE BRASÍLIA - ASABRB
ADV.(A/S)	: WALTER VETTORE
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS EMPREGADOS DA PETROBRAS DISTRIBUIDORA S/A - AAEPD
ADV.(A/S)	: MIGUEL JONIL FEYDIT VIEIRA
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DE EMPRESAS PÚBLICAS FEDERAIS - ANPEPF
ADV.(A/S)	: NILTON CORREIA E OUTRO(A/S)

**ADI 3396 / DF**

**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DA EMPRESA  
BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - APECT  
**ADV.(A/S)** : NILTON CORREIA E OUTRO(A/S)  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DO GRUPO  
ELETROBRAS - AAGE  
**ADV.(A/S)** : MARIANA LIMA DO VALE  
**AM. CURIAE.** : FÓRUM NACIONAL DE ADVOCACIA PÚBLICA  
FEDERAL - FORUM  
**ADV.(A/S)** : HUGO MENDES PLUTARCO  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DAS EMPRESAS  
PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA  
DO ESTADO DE SANTA CATARINA - ADVESC  
**ADV.(A/S)** : FABIO DA SILVA MACIEL  
**ADV.(A/S)** : GRAZIELA ALESSANDRA MOREIRA PISA

## VOTO-VOGAL

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE)** -  
Senhores Ministros, da mesma forma, pedindo toda a vênua à divergência do Ministro Gilmar Mendes, do Ministro Alexandre de Moraes e do Ministro Dias Toffoli, acompanho o voto do Relator na amplitude explicitada por Sua Excelência, na verdade, complementada e enriquecida com as manifestações dos Colegas que me antecederam e que também o acompanharam.

Entendo absolutamente adequadas todas as ponderações, e, embora reconheça a solidez e a pertinência dos fundamentos esgrimidos pela divergência, não consigo ultrapassar o art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal para compreender ou para chegar a conclusão diversa do que a proposta no voto substancioso do Ministro Nunes Marques, a quem também acompanho.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.396**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. NUNES MARQUES**

REQTE.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.(A/S) : MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO (18958/DF, 167075/MG, 2525/PI, 463101/SP) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : LIZANDRA NASCIMENTO VICENTE (39992/DF)

ADV.(A/S) : ANA PAULA DEL VIEIRA DUQUE (51469/DF)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

AM. CURIAE. : SINDICATO NACIONAL DOS PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL

ADV.(A/S) : PEDRO HENRIQUE ALVES DA COSTA FILHO (23086/DF)

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS - FENADV

ADV.(A/S) : WALTER VETTORE (19312/SP)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - ADVOCEF

INTDO.(A/S) : ALTAIR RODRIGUES DE PAULA

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DO BANCO DO BRASIL - ASABB

ADV.(A/S) : CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA (70130/BA, 22356/RS)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS EMPREGADOS DA PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS- ADEMP

ADV.(A/S) : RUI BERFORD DIAS (18238/RJ)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DO BANCO REGIONAL DE BRASÍLIA - ASABRB

ADV.(A/S) : WALTER VETTORE (19312/SP)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS EMPREGADOS DA PETROBRAS DISTRIBUIDORA S/A - AAEPD

ADV.(A/S) : MIGUEL JONIL FEYDIT VIEIRA (93419/RJ, 307049/SP)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DE EMPRESAS PÚBLICAS FEDERAIS - ANPEPF

ADV.(A/S) : NILTON CORREIA (01291/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - APECT

ADV.(A/S) : NILTON CORREIA (01291/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DO GRUPO ELETROBRAS - AAGE

ADV.(A/S) : MARIANA LIMA DO VALE (33051/DF)

AM. CURIAE. : FÓRUM NACIONAL DE ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL - FORUM

ADV.(A/S) : HUGO MENDES PLUTARCO (DF025090/)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA DO ESTADO DE SANTA CATARINA - ADVESC

ADV.(A/S) : FABIO DA SILVA MACIEL (31033/SC)

ADV.(A/S) : GRAZIELA ALESSANDRA MOREIRA PISA (17949/SC)

**Decisão:** Após o voto do Ministro Nunes Marques (Relator), que

conhecia da ação direta e julgava parcialmente procedente o pedido formulado, para dar interpretação conforme ao art. 4º da Lei federal n. 9.527/1997, excluindo de seu alcance apenas os advogados empregados públicos de empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias, não monopolísticas, os quais, no entanto, assim como todos os servidores e empregados públicos em geral, também estão sujeitos ao teto remuneratório do serviço público (CF, art. 37, XI), quanto ao total da sua remuneração (salários mais vantagens e honorários advocatícios), com exceção daqueles vinculados a empresa pública, sociedade de economia mista ou subsidiária que não receba recursos do ente central para pagamento de pessoal ou custeio nem exerça sua atividade em regime monopolístico, conforme o disposto no art. 37, § 9º, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda de n. 19/1998, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Vicente Martins Prata Braga; e, pelos *amici curiae* Federação Nacional dos Advogados - FENADV e Fórum Nacional de Advocacia Pública Federal - FORUM, o Dr. Hugo Mendes Plutarco. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 22.6.2022.

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, conheceu da ação direta e julgou parcialmente procedente o pedido formulado, para dar interpretação conforme ao art. 4º da Lei federal n. 9.527/1997, excluindo de seu alcance os advogados empregados públicos de empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias, não monopolísticas, os quais, no entanto, assim como todos os servidores e empregados públicos em geral, também estão sujeitos ao teto remuneratório do serviço público (CF, art. 37, XI), quanto ao total da sua remuneração (salários mais vantagens e honorários advocatícios), com exceção daqueles vinculados a empresa pública, sociedade de economia mista ou subsidiária que não receba recursos do ente central para pagamento de pessoal ou custeio nem exerça sua atividade em regime monopolístico, conforme o disposto no art. 37, § 9º, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda de n. 19/1998, ficando excluídos também da disciplina do EOAB (arts. 18 a 21) os advogados empregados de empresas públicas ou sociedades de economia mista ou suas subsidiárias que tenham sido admitidos por concurso público, em cujos editais tenham sido estipuladas condições diversas daquelas do EOAB, sem qualquer impugnação. Tudo nos termos do voto do Relator, vencidos, em parte, os Ministros Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes e Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux (Presidente). Presidiu o julgamento a Ministra Rosa Weber (Vice-Presidente). Plenário, 23.6.2022.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber (Vice-Presidente).  
Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Roberto Barroso, Edson

# CÓPIA

Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luiz Fux (Presidente).

Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Assessora-Chefe do Plenário