

Restrições ao direito fundamental à liberdade de exercício da advocacia pelos servidores do Ministério Público

Restrictions on the fundamental right to exercise the profession of lawyer by servants of public prosecution service

Daniel Wunder Hachem¹

Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil
Universidade Federal do Paraná, Brasil
danielhachem@gmail.com

Felipe Klein Gussoli²

Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil
gussoli@hotmail.com

Resumo

A restrição de direitos fundamentais pelo legislador infraconstitucional é admissível nos termos delineados pela Constituição. Nesse contexto, o artigo investiga a constitucionalidade da restrição ao direito fundamental ao livre exercício da advocacia imposta pela Resolução nº 27/2008 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), proibitiva do exercício da profissão de advogado aos servidores dos Ministérios Públicos Federal e Estaduais. A partir da diferenciação entre incompatibilidades e impedimentos dirigidos aos advogados; da distinção entre o conceito de membros do Ministério Público e servidores que desempenham atividades administrativas; e da interpretação da Resolução nº 27/2008 do CNMP realizada pelos Tribunais e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), demonstra-se a impossibilidade de restrição absoluta de um direito de natureza fundamental por meio de resolução. Analisa-se ainda a possibilidade de dita restrição por meio de ato legislativo que esteja de acordo com o princípio da proporcionalidade. Conclui-se pela constitucionalidade da incompatibilidade prevista na Lei Federal nº 11.415/2006 ao exercício da advocacia pelos servidores do Ministério Público Federal admitidos a partir de 15/12/2006, bem como possíveis restrições aos servidores vinculados aos Ministérios Públicos de Estados que editaram leis que vedam a atividade de advogado aos detentores de cargo de servidor nos *Parquets* estaduais.

Palavras-chave: restrição de direitos fundamentais, liberdade de exercício profissional, advocacia, servidores do Ministério Público, interpretação dos tribunais.

¹ Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Rua Imaculada Conceição, 1155, Bloco Vermelho, Bairro Prado Velho, 80215-901, Curitiba, PR, Brasil. Universidade Federal do Paraná. Praça Santos Andrade, 50, 1º andar, 80020-300, Curitiba, PR, Brasil.

² Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Rua Imaculada Conceição, 1155, Bloco Vermelho, Bairro Prado Velho, 80215-901, Curitiba, PR, Brasil.

Abstract

The restriction of fundamental rights by the legislator is permissible under the conditions delineated by the Constitution. In this context, the article investigates the constitutionality of the restriction of the fundamental right to the free exercise of the profession of lawyer imposed by Resolution n° 27/2008 of the National Council of the Public Prosecution Service (CNMP), which forbids the practice of the profession of lawyer to the servants of the Federal and State Public Prosecution Services. From the differentiation between incompatibilities and impediments for lawyers; the distinction between the concept of members of the Public Prosecution Service and public servants who perform administrative activities; and the analysis of the interpretation given to Resolution n° 27/2008 of CNMP by the Courts and by the Federal Council of the Bar Association of Brazil (CFOAB), the study demonstrates that it is not possible for a resolution to create an absolute restriction of a fundamental right. The work also analyzes the possibility of the imposition of that restriction by a legislative act that complies with the principle of proportionality. It concludes that the incompatibility imposed by the Federal Law n° 11.415/2006 on the exercise of the profession of lawyer by servants of the Federal Public Prosecution Service designated after November 15th 2006 is constitutional, as well as restrictions on servants of the State Public Prosecution Service in the States that have issued laws prohibiting the activity of the profession of lawyer to those public servants.

Keywords: restriction of fundamental rights, freedom of professional practice, profession of lawyer, servants of the Public Prosecution Service, interpretation of the courts.

Introdução: a restrição inconstitucional estabelecida pela Resolução n° 27/2008 do CNMP

São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário – enuncia o art. 2° da Constituição Federal. Historicamente, a divisão visa ao controle do poder e do arbítrio no Estado de Direito, e a rigor diz respeito à divisão das *funções* legislativa, executiva e jurisdicional (Streck, 2013, p. 145). As funções não são estanques, porém o funcionamento fiel do sistema de freios e contrapesos exige deferência à função eleita pelo ordenamento jurídico como *típica* de cada Poder. Nessa linha, enquanto o atributo que qualifica a função jurisdicional é a imutabilidade da coisa julgada incidente sobre suas decisões, e a característica que distingue a função executiva é o desempenho de comportamentos infralegais em atendimento ao interesse público³ sujeitos ao controle judicial, a “função *legislativa* é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abs-

tratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, que se fundam direta e imediatamente na Constituição” (Mello, 2013, p. 35-36).

Porque parte desses pressupostos, em clima pessimista Mello (2001, p. 35-47) chegou a declarar os “fundamentos da Constituição de 1998”, visto que à revelia da separação de Poderes consagrada na Lei Fundamental as reformas constitucionais ao longo das últimas décadas culminaram em seu desmonte, muito especialmente em razão da utilização exacerbada de medidas provisórias. Isto é, em passado não tão distante houve verdadeiro assenhoreamento da função legislativa pelo Poder Executivo.

O desmonte da função legislativa referido pela doutrina, no entanto, supera a usurpação, por parte do Poder Executivo, da função típica atribuída precipuamente ao legislador. Exemplo disso é a edição da Resolução n° 27/2008 pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) no suposto exercício da atividade regulamentar prevista no art. 130-A, § 2°, I da Constituição Federal⁴ ao Ministério Público, que dá ensejo à elaboração do presente trabalho. A Resolução n° 27/2008, publicada em 08/04/2008, é composta por apenas três artigos:

³ O tema do interesse público, tão caro ao Direito Constitucional e ao Direito Administrativo, é analisado por Hachem (2011) e Meilán Gil (2010).

⁴ Art. 130-A. [...] § 2° Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe: I - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.

Art. 1º. É vedado o exercício da advocacia aos servidores efetivos, comissionados, requisitados ou colocados à disposição do Ministério Público dos Estados e da União.

Art. 2º. Ficam resguardados os atos processuais já praticados, vedando-se, entretanto, a continuidade do exercício da advocacia, mesmo àqueles que já venham exercendo essa atividade até a data da publicação desta Resolução, observado o impedimento fixado no art. 30, I, da Lei n. 8.906/94.

Art. 3º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

A concisão da norma não lhe retira a vastidão dos reflexos que opera no ordenamento jurídico brasileiro e na vida dos agentes públicos por ela atingidos. Afinal, numa primeira leitura a resolução veda *em absoluto* o exercício da advocacia a *todos* os servidores em atividade do Ministério Público Federal e dos Ministérios Públicos Estaduais.

Como se demonstrará, a interpretação da Resolução nº 27/2008 do CNMP que veda o exercício absoluto da advocacia não afronta somente a liberdade constitucional do exercício da profissão de advogado (art. 5º, XIII da CF).⁵ No âmbito federal a normativa também viola a permissão legal expressa do exercício da advocacia para aqueles servidores nomeados nos quadros do Ministério Público Federal antes da publicação da Lei Federal nº 11.415, em 15 de dezembro de 2006. Essa lei dispôs sobre a carreira dos servidores do Ministério Público Federal e, ao mesmo tempo que proibiu o exercício da advocacia aos servidores de carreira ou não (art. 21)⁶, garantiu a possibilidade de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil daqueles servidores investidos antes de 15/12/2006, data de publicação da lei (art. 32).⁷

A partir dessas premissas, este artigo visa a demonstrar a inconformidade da Resolução nº 27/2008 do CNMP com o direito fundamental ao exercício da atividade profissional escolhida previsto do art. 5º, XIII da Constituição, por operar uma restrição incompatível com o princípio da proporcionalidade, bem como demonstrar de que maneira a normativa se arvora irregularmente na função legislativa não estendida ao Ministério Público pela Constituição.

Complementarmente, o artigo pretende ainda atestar a legalidade do exercício da advocacia

privada pelos servidores dos Ministérios Públicos Estaduais⁸ e pelos servidores do Ministério Público Federal nomeados até a data da publicação da Lei Federal nº 11.415/2006. Para tanto, será realizada a análise das restrições legislativas feitas legitimamente ao exercício da profissão de advogado, quais sejam, o impedimento e a incompatibilidade. Assim, restará evidenciado em qual dessas duas modalidades de restrição se encaixam os servidores do Ministério Público, essencialmente distintos dos *membros* da instituição.

A pesquisa consistirá na análise da legislação aplicável, da doutrina sobre o tema, e da jurisprudência pátria. Estão inseridas nesta última categoria decisões judiciais dos tribunais nacionais e também as decisões do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), merecedoras de amplas críticas, conforme adiante exposto.

Direito fundamental ao livre exercício profissional e limites ao poder regulamentar do CNMP

O art. 1º da Resolução nº 27/2008 do CNMP veda totalmente o exercício da advocacia aos servidores do Ministério Público. Por sua vez, o art. 2º estende essa vedação a todos os servidores, inclusive àqueles que exerciam a advocacia antes da publicação da resolução, em 08/04/2008.

De pronto já se poderia contestar a proibição com base no direito fundamental ao exercício profissional. A compreensão da abrangência e dos limites à liberdade de exercício da advocacia deve, necessariamente, partir *da Constituição Federal*. As normas que compõem o sistema constitucional pátrio, por estarem situadas no patamar hierárquico mais elevado entre as fontes do Direito e por consubstanciarem os valores de maior essencialidade da sociedade brasileira (Ferrari, 2010, p. 271), condicionam a interpretação de todos os atos normativos que lhe são adjacentes (Freitas, 2010, 217-238), o que impõe a interpretação do Direito infraconstitucional à luz dos comandos constitucionais, especialmente dos direitos fundamentais (Nobre Júnior, 2014, p. 135).

A Constituição Federal, em seu Título II, arrola um catálogo não taxativo de direitos e garantias fundamentais do cidadão, instituindo em seu art. 5º os direi-

⁵ Art. 5º [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

⁶ Art. 21. Aos servidores efetivos, requisitados e sem vínculos do Ministério Público da União é vedado o exercício da advocacia e consultoria técnica.

⁷ Art. 32. Ficam resguardadas as situações constituídas até a data da publicação desta Lei.

⁸ Desde que não haja lei estadual específica que vede o exercício da advocacia aos servidores estaduais.

tos e deveres individuais e coletivos. Entre tais direitos, encontra-se o direito fundamental à liberdade de exercício profissional, assim definido no art. 5º, XIII: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

No entendimento de Silva (2006, p. 257), “o dispositivo confere liberdade de escolha de trabalho, de ofício e de profissão, de acordo com as propensões de cada pessoa e na medida em que a sorte e o esforço próprio possam romper as barreiras de exercer o que fora escolhido”. Configura-se como um direito individual de liberdade, assegurando ao seu titular o livre exercício do ofício ou profissão de sua escolha, de acordo com a sua necessidade e conveniência.⁹

Consoante a clássica teoria da aplicabilidade das normas constitucionais elaborada pelo autor supracitado, a disposição que define o direito fundamental ao livre exercício profissional (art. 5º, XIII da CF) constitui uma norma constitucional de eficácia contida (Tavares, 2008, p. 588), assim compreendidas “aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados” (Silva, 2008, p. 116). Logo, embora a norma constitucional em questão já estivesse apta a produzir plenamente os seus efeitos desde a promulgação da Constituição, o próprio legislador constituinte autorizou que sua eficácia fosse restringida pela superveniência de regulamentação legislativa, respeitados os exatos termos da permissão constitucional.

Dada a expressa autorização constitucional para que haja a contenção dos efeitos da norma pelo legislador ordinário, o direito de liberdade de exercício profissional tem seu alcance restringido *pela lei* em casos específicos, quando se trata de atividades em relação às quais a sociedade carece efetivamente de proteção, “como são as profissões ligadas à vida, à saúde, ao bem-estar, à segurança e à liberdade” (Maurique, 2001, p. 197). São as chamadas *profissões regulamentadas*, dentre as quais figura a profissão de advogado, disciplinada pela Lei nº 8.906/94.

O Estatuto da Advocacia e da OAB, autorizado expressamente pelo permissivo constitucional, estipulou os requisitos e qualificações profissionais necessários ao exercício da advocacia, tais como capacidade civil, diploma ou certidão de graduação em Direito,

aprovação em Exame de Ordem, idoneidade moral, entre outros.¹⁰ No entanto, por conta das peculiaridades ínsitas à atividade advocatícia, o diploma legal foi além, não se limitando a fixar os requisitos obrigatórios para a inscrição como advogado perante o Conselho Secional. Afora o preenchimento de determinadas exigências, sem as quais é vedado o exercício da advocacia, a lei estabeleceu proibições totais e parciais ao exercício profissional do advogado que desempenha certas atividades, em razão de especificidades de ordem objetiva e subjetiva, denominadas, respectivamente, de *incompatibilidades* e *impedimentos*, explicitadas mais adiante.

É de se notar ainda que tais restrições, estabelecidas exclusivamente pela lei, baseiam-se em fundamentos lógicos, que justificam a contenção dos efeitos da norma constitucional que institui o direito fundamental à liberdade de exercício profissional. Ao versar sobre as leis restritivas desse direito fundamental, Tavares (2008, p. 588) aduz que “essa legislação apenas poderá prever condições que apresentem nexos lógicos com as funções a serem desempenhadas. Não se tolera condição discriminatória, injustificada, o que, além de violar a liberdade de profissão, fere igualmente o princípio da igualdade”. Não se admite, destarte, nem a restrição arbitrária do exercício profissional, nem a restrição ao direito fundamental invocado com base exclusivamente em normativa infralegal.

O Conselho Nacional do Ministério Público, criado pelo art. 130-A da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, tem como uma de suas competências “zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências” (art. 130-A, § 2º, I da CF).

Os atos regulamentares do CNMP – aí incluídas as resoluções por ele expedidas – constituem expressões do exercício do poder regulamentar.¹¹ Como se depreende do magistério de Bacellar Filho (2007, p. 44), “pelo poder regulamentar reconhece-se ao administrador público a prerrogativa de *explicitar a lei*, objetivando a melhor compreensão de seus comandos pela comunidade destinatária”.

Nessa linha, os atos provenientes do exercício do poder regulamentar têm como objetivo esclarecer o conteúdo e auxiliar a execução das leis, não podendo jamais contrariá-las ou inovar o ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações aos seus destinatários (Mello, 2013, p. 347). É nesse sentido que o autor su-

⁹ Analisando esse mesmo direito fundamental, sob a perspectiva do exercício da atividade extracorporativa por policiais civis e militares, ver Guerra e Leal (2014, p. 103-126).

¹⁰ Conforme dispõem os incisos do art. 8º da Lei nº 8.906/94 e o art. 23 do Regulamento Geral do Estatuto da OAB.

¹¹ É importante ressaltar que essa previsão constitucional nada tem a ver com a chamada “delegação legislativa”. Sobre o tema, nos Estados Unidos e na Argentina, ver Alianak (2014, p. 81-110).

praticado afirma categoricamente que “o regulamento deve ser reduzido sempre à sua real expressão de mero explicitador, mero pormenorizador da lei formal. O agente público não pode, a pretexto de tentar explicitar os comandos da lei, ultrapassar as suas reais aspirações” (Bacellar Filho, 2007, p. 44).

Essa estrita subordinação dos atos regulamentares aos ditames proclamados pela lei em sentido formal decorre do art. 5º, II da CF, que institui o princípio da reserva legal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Portanto, o CNMP, ao emitir atos regulamentares, deverá restringir-se aos limites impostos pela lei, sendo-lhe vedado extravasá-la e, principalmente, contrariá-la.

Em conferência proferida no XXII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo em 2008, abordando justamente o tema da “Função Normativa dos Conselhos Nacionais da Magistratura e do Ministério Público”, Romeu Felipe Bacellar Filho asseverou que “o importante é que esses órgãos se convençam que estão sim submetidos a um regime infralegal, que não podem inovar” (2008), assinalando enfaticamente que ambos os Conselhos (CNJ e CNMP), dentro das competências que lhes são conferidas pela Constituição Federal, devem se limitar a expedir atos infralegais, jamais podendo exorbitar as delimitações da lei.

Nada mais correto, pois como ressalta o referido administrativista, entre as atribuições conferidas a esses Conselhos encontra-se o dever de zelar pela observância do art. 37 da Constituição, que alberga expressamente o princípio da legalidade (art. 130-A, § 2º, II da CF).¹²

Em relação à Resolução nº 27/2008 do CNMP, a natureza jurídica do ato regulamentar é de resolução, que, consoante leciona Meirelles (2015, p. 202), “são sempre atos inferiores ao regulamento e ao regimento, não podendo inová-los ou contrariá-los, mas unicamente complementá-los e explicá-los”. Como o regulamento e o regimento são hierarquicamente inferiores à lei, logo, as resoluções não podem inová-la ou contrariá-la (Leal e Friedrich, 2014, p. 116-117).

Fixadas as limitações da legislação na restrição dos direitos fundamentais, e também os limites inerentes aos atos regulamentares expedidos pelo CNMP, insta analisar a regularidade e a legalidade da Resolução nº 27/2008 em face da Lei nº 8.906/94 (Estatuto do Advogado e da OAB) e da Lei nº 11.415/06 (que regula a carreira dos servidores do Ministério Público da União).

Fundamentos das restrições legais ao exercício da advocacia: modalidades de restrição previstas pelo Estatuto da OAB e existência autônoma das categorias de “servidores” e de “membros” do MP

Os direitos fundamentais, por serem direitos de hierarquia constitucional, só podem ser limitados por disposição constitucional expressa (restrição imediata) ou através de lei ordinária promulgada com fundamento na própria Lei Fundamental (restrição mediata) (Mendes *et al.*, 2008, p. 302). Na situação dos servidores do Ministério Público, cuida-se de restrição mediata ao direito fundamental à liberdade de exercício profissional, eis que prevista por lei ordinária com base em permissivo constitucional explícito.

Cumpra perquirir qual é a natureza dessa restrição, para que se possam identificar os limites da liberdade de conformação do legislador na tarefa de restringir o direito à liberdade profissional. Segundo Mendes, as limitações legais aos direitos fundamentais individuais podem estar submetidas a *reserva legal simples* ou *reserva legal qualificada* (Mendes *et al.*, 2008, p. 306).

São casos de *reserva legal simples* aqueles em que a Constituição Federal autoriza a intervenção legislativa restritiva de determinado direito fundamental, exigindo-se apenas que eventual restrição seja determinada por lei (Silva e Nicz, 2008, p. 81). Como exemplo, pode-se mencionar o art. 5º, VII, da CF: “é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”. O legislador possui uma ampla competência discricionária para estabelecer os limites do exercício desse direito, visto que a Constituição não especificou detalhadamente os contornos da possível restrição legal.

Por seu turno, estará presente a *reserva legal qualificada* nas disposições constitucionais em que, além da exigência de que a restrição ao direito seja prevista em lei, o constituinte houver definido “as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados” (Mendes *et al.*, 2008, p. 309). É justamente o caso do direito fundamental à liberdade de exercício profissional, em que o legislador constitucional autorizou o estabelecimento de limitações pelo legislador ordinário no que diz respeito à definição das qualificações

¹² Art. 130-A. [...] § 2º. Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe: [...] II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas.

profissionais que devem ser atendidas para o exercício de determinada profissão.

Conforme acima mencionado, no que tange a esse dispositivo (art. 5º, XIII, CF), o comando constitucional outorgado ao legislador ordinário resume-se à prerrogativa de estabelecer qualificações profissionais necessárias ao exercício do direito, não lhe sendo permitido extravasar essa finalidade.

Portanto, tratando-se de caso de restrição de direito fundamental por *reserva legal qualificada*, adstrita ao atendimento de qualificações profissionais, conclui-se que as limitações ao exercício profissional impostas pela lei devem guardar estreita observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, os quais constituem parâmetros para a análise da constitucionalidade das restrições legalmente estabelecidas.

Uma vez observado que o direito fundamental à liberdade de exercício profissional pode ter seu alcance restringido por lei, em razão da autorização constitucional, e jamais por simples resolução, e que eventuais restrições devem ser qualificadas, limitando-se às hipóteses de atendimento às qualificações profissionais e sempre respeitando o princípio da proporcionalidade, cabe adentrar as especificidades das restrições ao exercício da advocacia determinadas pela Lei nº 8.906/94.

As limitações ao exercício da advocacia previstas pelo Estatuto da OAB devem estar baseadas em fundamentos que justifiquem tais vedações, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo princípio da proporcionalidade, tais como os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (Hachem e Gussoli, 2015, p. 151). Cabe, para os fins deste estudo, buscar os fundamentos que deram ensejo à incompatibilidade do art. 28, II do Estatuto¹³ e ao impedimento do art. 30, I do mesmo diploma legal.¹⁴

O Estatuto da Advocacia instituiu essas duas modalidades de restrição ao exercício da atividade advacatória, que possuem fundamentos e extensões distintas. A primeira delas é a denominada *incompatibilidade*, que importa restrição total ao exercício da advocacia (art. 27 da Lei nº 8.906/94¹⁵). A incompatibilidade pode ser considerada como uma restrição objetiva, já que diz respeito a uma atividade ou função determinada que,

se desempenhada pelo indivíduo, veda-lhe totalmente o exercício da advocacia, em decorrência do conflito de interesses entre ambas as atividades, independentemente da pessoa contra quem se advoga. Essa modalidade de restrição impõe uma vedação objetiva, pois proíbe o exercício da advocacia em qualquer hipótese, contra qualquer pessoa, motivo pelo qual reclama, quando configurada, o cancelamento da inscrição do advogado que passou a exercer atividade incompatível.

O *impedimento*, por sua vez, representa restrição parcial ao exercício da advocacia e compreende uma restrição subjetiva, visto que proíbe que o impedido exerça a advocacia tão somente contra determinados sujeitos, em função dos vínculos existentes entre eles. A atividade ou função desempenhada pelo impedido não conflita, em princípio, com o exercício da advocacia. O obstáculo se coloca apenas entre o impedido e certas pessoas definidas em lei e advém da relação funcional entre eles estabelecida.

No caso em exame, requer-se primeiramente a análise da incompatibilidade prevista pelo art. 28, II do Estatuto da Advocacia e do impedimento definido no art. 30, I, da mesma lei, para que se possa identificar em qual dessas modalidades se enquadraria a restrição dos servidores do Ministério Público Federal e Estaduais. Essa primeira análise não afasta a necessidade de verificação de leis posteriores à Lei nº 8.906/94 consagradoras de novas restrições, mais abaixo analisadas.

Quanto à incompatibilidade do art. 28, II do Estatuto, trata-se de restrição ao exercício da advocacia por parte dos “membros do Ministério Público”. Os fundamentos existentes para a imposição de vedação total do exercício da advocacia aos Promotores e Procuradores de Justiça e da República, além de serem lógicos, derivam diretamente da Constituição Federal. A Lei Fundamental brasileira, em seu art. 128, § 5º, II, “b”¹⁶, dispõe que aos membros do Ministério Público é vedado exercer a advocacia. A proibição constitucional, por si só, justifica que a restrição seja reproduzida pelo Estatuto da Advocacia.

Tal proibição é lógica, eis que a função de defender os interesses sociais e individuais homogêneos que incumbe aos membros do Ministério Público (art. 126 da CF¹⁷) certamente poderia conflitar, no caso concreto,

¹³ Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades: [...] II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juizes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta;

¹⁴ Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia: I - os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora;

¹⁵ Art. 27. A incompatibilidade determina a proibição total, e o impedimento, a proibição parcial do exercício da advocacia.

¹⁶ Art. 128. [...] § 5º - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: [...] II - as seguintes vedações: [...] (b) exercer a advocacia;

¹⁷ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

com os interesses particulares representados pelos advogados privados, ou mesmo com os interesses do Estado, representados pelos advogados públicos.¹⁸ O exercício desse *múnus* resulta, por conseguinte, em potencial conflito de interesses com a atividade da advocacia.

Ademais, a atividade do Ministério Público, por exigir independência funcional dos seus membros, reclama sejam asseguradas determinadas garantias àqueles que a exercem, as quais estão albergadas na própria Constituição da República em seu art. 128, §5º, I, “a”, tais como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios. As vedações impostas pelo art. 128, § 5º, II, da CF e art. 28, II do Estatuto da Advocacia apresentam-se, portanto, como contrapartida a tais garantias.

Logo, a incompatibilidade insculpida no art. 28, II do Estatuto da Advocacia decorre de três fundamentos: (i) da expressa vedação constitucional (art. 128, § 5º, II, “b”, da CF); (ii) do conflito de interesses entre a atividade advocatícia e a função constitucional de defender os interesses sociais e individuais homogêneos; (iii) das garantias asseguradas aos membros do Ministério Público, Promotores e Procuradores de Justiça e da República, que funcionam como contrapartida às vedações a eles impostas e como prerrogativas necessárias ao exercício das suas funções.

Parece evidente a constatação de que os servidores públicos vinculados ao Ministério Público não são atingidos por nenhum desses fundamentos, pois (i) a Constituição Federal não lhes veda o exercício da advocacia, eis que o art. 128 refere-se indubitavelmente aos Promotores e Procuradores de Justiça e da República, tão somente; (ii) a atividade administrativa e de assessoria por eles exercida não coincide com a função desempenhada pelos Promotores e Procuradores, de molde que o conflito de interesses não se configura; (iii) não lhes são asseguradas as garantias constitucionais conferidas aos Promotores e Procuradores, o que afasta a necessidade de se estabelecer vedações como contrapartida a determinadas prerrogativas. Lembre-se ainda que a limitação ao direito fundamental à liberdade de exercício profissional só está autorizada nos casos em que se referir às qualificações profissionais e desde que seja respeitado o princípio da proporcionalidade.

Quanto aos Promotores e Procuradores de Justiça e da República, não resta qualquer dúvida de que a vedação, além de expressamente definida pela Consti-

tuição Federal, apresenta-se harmônica com o princípio da proporcionalidade. Afinal, a vedação total ao exercício da advocacia, nesse caso: (i) é adequada, vez que o meio adotado (restrição legal ao exercício da advocacia) é apto a atingir o fim proposto (impedir o conflito de interesses entre a atividade do Ministério Público e a atividade advocatícia); (ii) é necessária, pois não há outras formas de se atingir o mesmo resultado, sendo imprescindível a imposição legal da proibição; (iii) é proporcional em sentido estrito, eis que, como contrapartida a tal vedação, são atribuídas funções específicas a serem desempenhadas pelo titular do direito e são asseguradas garantias para o exercício de tais funções (Barros, 2003, p. 183-184).

Entretanto, em relação aos servidores que integram o quadro funcional do Ministério Público, nenhum dos requisitos acima se preenche (subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito), o que conduz à conclusão de que qualquer interpretação que os inclua na qualidade de “membros do Ministério Público” significará afronta ao princípio da proporcionalidade. Afinal, os servidores do Ministério Público são agentes administrativos como quaisquer outros, que desempenham atividades meramente administrativas, diferentemente dos Promotores e Procuradores de Justiça e da República.

Em relação ao impedimento do art. 30, I da Lei nº 8.906/94, o fundamento que lhe dá sustentação reside na questão ética oriunda do próprio vínculo funcional existente entre o servidor público e a Fazenda Pública que o remunera.¹⁹ Caso pudessem, por exemplo, os servidores de um Estado da Federação advogar contra o próprio Estado-membro, a relação ética e de confiança estabelecida entre eles restaria abalada. Ainda, tal prática incidiria em uma contradição lógica, como se demonstrará a seguir.

Os entes públicos são unidades que consubstanciam os vários círculos de atribuições do Estado. Todavia, por serem entidades reais, porém abstratas, são desprovidos de vontade ou ação, as quais só possuem os seres biológicos (Mello, 2013, p. 144). E para que as atribuições estatais se concretizem e surjam no mundo real é necessária a participação de seres físicos, denominados *agentes públicos*. Conforme esclarece Mello (2013, p. 144), em passagem crucial para a compreensão dos fundamentos do impedimento do art. 30, I do Estatuto:

¹⁸ A importância da vedação do exercício da advocacia aos membros do Ministério Público sob a perspectiva lógica é incontestável. A independência da função depende da exclusividade, mesmo porque a amplitude do leque de atribuições do Ministério Público ao longo do tempo só vem crescendo. Nesse sentido, para uma análise dos fundamentos constitucionais que conferem legitimidade à instituição para investigação criminal em paralelo com a polícia judiciária, cf. Santiago e Araújo (2010).

¹⁹ No Direito espanhol, a ética pública encontra raízes no próprio sistema constitucional, conforme sustenta Rodríguez-Arana Muñoz (2014a, p. 67-80).

O querer e o agir destes sujeitos é que são, pelo Direito, *diretamente* imputados ao Estado (manifestando-se por seus órgãos), de tal sorte que, enquanto atuam nesta qualidade de agentes, seu querer e seu agir são recebidos como o querer e o agir dos órgãos componentes do Estado; logo, do próprio Estado. Em suma, a vontade e a ação do Estado (manifestada por seus órgãos, repita-se) são constituídas *na* e *pela* vontade e ação dos agentes; ou seja: Estado e órgãos que o compõem se exprimem através dos agentes, na medida em que ditas pessoas físicas atuam nesta posição de veículos de expressão do Estado.

Assim, incorreria na maior das contradições a possibilidade de um agente público, que personifica a vontade e os interesses de determinado ente público, patrocinar os interesses de outra pessoa, opondo-os aos interesses do órgão por ele representado. Ora, se o agente público representa o órgão público ao qual está vinculado, como se parte dele fosse, quão contraditório não seria o fato de o mesmo servidor defender os interesses de outrem contra os interesses do ente que ele próprio representa?

Consequentemente, pode-se dizer que o impedimento do art. 30, I do Estatuto da Advocacia deriva de dois fundamentos: (i) da questão ética relativa ao elo existente entre o servidor e a Fazenda Pública que o remunera; (ii) da questão lógica atinente ao fato de que o servidor exprime a vontade do órgão ou entidade pública ao qual está vinculado.

No caso em tela, a situação dos servidores do Ministério Público não ostenta qualquer especificidade que justifique uma distinção de tratamento em relação aos demais servidores públicos da Administração Pública direta ou indireta. Assim como os servidores públicos vinculados a outros órgãos e entidades, os servidores do Ministério Público encaixam-se perfeitamente na hipótese de impedimento disposta no art. 30, I da Lei nº 8.906/94. Entender o contrário implicaria violação ao princípio constitucional da igualdade.

Ante o exposto, é equivocado concluir pela aplicação da hipótese de incompatibilidade do art. 28, II do Estatuto da Advocacia aos servidores que pertencem à estrutura funcional do Ministério Público, uma vez que tal interpretação contraria os próprios fundamentos que justificam o estabelecimento das restrições descritas nos artigos 28, II e 30, I da Lei nº 8.906/94 e, por consequência, o princípio da proporcionalidade.

Contudo, a mera análise dos fundamentos que dão ensejo à criação das restrições ao exercício da advocacia não se faz suficiente para esclarecer definitivamente o problema proposto. Para confirmar o entendimento de que a Resolução nº 27/2008 do CNMP é

inconstitucional, impende promover uma interpretação sistemática dos dispositivos do Estatuto da Advocacia e realizar uma interpretação conforme à Constituição Federal (Durán Martínez, 2010, p. 43).

O impedimento como regra geral e a incompatibilidade para os membros e servidores abarcados por exceções expressas nas leis reguladoras das carreiras

A verificação ora empreendida diz respeito aos dispositivos da norma legal restritiva do direito à liberdade de profissão. Com olhos fixos nos contornos do poder regulamentar atribuído ao CNMP, viu-se que em nenhum momento a Resolução nº 27/2008 pode desviar das diretrizes impostas pelo Poder Legislativo.

A análise das diretrizes legais pela via interpretativa dos artigos 28, II e 30, I do Estatuto da Advocacia não pode ser empreendida de forma isolada, como se tais dispositivos estivessem insulados e apartados da totalidade do ordenamento jurídico. Todas as frações do sistema jurídico guardam conexão entre si, razão pela qual todo processo interpretativo resulta numa aplicação de princípios, regras e valores componentes da totalidade do Direito (Freitas, 2002, p. 70).

Antes de passar pela adequação da Resolução nº 27/2008 do CNMP, impõe-se a realização de uma interpretação sistemática das incompatibilidades e impedimentos previstos na Lei nº 8.906/94, com vistas ao ordenamento jurídico pátrio globalmente considerado. Isso porque, na esteira de Freitas (2002, p. 74-75), “interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro, pois qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito, para além de sua dimensão textual”, de modo que “ou se compreendem os enunciados prescritivos no plexo dos demais enunciados, ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais”.

Primeiramente, faz-se necessário pontuar novamente o exato alcance da expressão “membros do Ministério Público”, disposta no art. 28, II da Lei nº 8.906/94. Seria mesmo possível considerar como “membros do Ministério Público” tanto os Promotores e Procuradores de Justiça e da República, quanto os servidores públicos que integram o quadro funcional do Ministério Público? Por certo que não. Como já adiantado, tal interpretação encontra-se em total descompasso com o restante do ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Federal, em seu art. 128, §5º, quando faz alusão aos “membros do Ministério Público”, arro-

lando suas garantias e vedações, está-se referindo tão só e unicamente aos Procuradores e Promotores. Não fosse assim, todo e qualquer servidor público pertencente aos quadros do Ministério Público gozaria das garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídio, previstas no art. 128, §5º, I da CF.²⁰

No mesmo influxo, a Lei nº 8.625/93 e a Lei Complementar nº 75/93 instituem uma série de garantias, prerrogativas, deveres e vedações aos “membros do Ministério Público”, estabelecendo disposições que, certamente, dirigem-se apenas aos Promotores e Procuradores de Justiça e da República, respectivamente.

Decorre daí a evidência de que a Constituição brasileira de 1988 e os demais diplomas legais que disciplinam o Ministério Público, quando aludem aos “membros do Ministério Público”, estão se referindo somente aos Promotores e Procuradores, de sorte que não se incluem nessa categoria os demais servidores públicos vinculados à instituição.

No que tange à interpretação do termo “membros do Ministério Público”, constante do art. 28, II do Estatuto da Advocacia, que veda totalmente o exercício da advocacia por parte de tais membros, há ainda um outro elemento normativo, interno à própria Lei nº 8.906/94, que contribui para a sua interpretação sistemática e recai no mesmo sentido antes exposto. Observe-se o tratamento dado pela lei à incompatibilidade dos “membros do Poder Judiciário” e dos servidores vinculados ao Poder Judiciário.

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

II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juizes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta; [...]

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

O Estatuto da Advocacia e da OAB prevê expressamente, em dois dispositivos distintos, a incompatibilidade da advocacia com as atividades de (i) membros de órgãos do Poder Judiciário; e de (ii) servidores vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do

Poder Judiciário. Note-se que a mesma dúvida suscitada em relação aos servidores do Ministério Público poderia, eventualmente, ser levantada no tocante aos servidores do Poder Judiciário: estariam eles abrangidos pela expressão “membros de órgãos do Poder Judiciário”? Entretanto, no caso dos membros e dos servidores do Poder Judiciário, a Lei nº 8.906/94 determinou a incompatibilidade da advocacia com ambas as atividades, de modo expresso, taxativo e separadamente.

Se o termo “membros” envolvesse todo e qualquer servidor vinculado ao órgão em referência, não faria sentido algum a previsão do art. 28, IV do Estatuto da Advocacia, que estipula a incompatibilidade da advocacia com a atividade dos servidores vinculados a qualquer órgão do Poder Judiciário. Destarte, parece não haver outra interpretação possível, senão a de que, caso a Lei nº 8.906/94 pretendesse estabelecer a proibição total do exercício da advocacia aos servidores vinculados ao Ministério Público, ela o teria feito expressamente, em inciso próprio do art. 28. Noutro giro verbal, significa dizer que se a expressão “membros de órgãos do Poder Judiciário” não engloba os servidores vinculados ao Poder Judiciário, da mesma forma o termo “membros do Ministério Público” não pode abranger os servidores que integram a sua estrutura funcional.

Resulta, portanto, da interpretação sistemática do art. 28, II do Estatuto da Advocacia com os outros dispositivos da própria Lei nº 8.906/94 e demais normas do sistema jurídico-constitucional brasileiro, que a incompatibilidade da advocacia com a atividade de membros do Ministério Público não incide sobre os servidores públicos que compõem os quadros dessa instituição.

Resta empreender uma interpretação dos artigos 28, II e 30, I da Lei nº 8.906/94 que seja conforme à Constituição. Para García de Enterría e Fernández (1990, p. 21), a interpretação conforme a Constituição, necessária ao processo de constitucionalidade das leis, demanda que se busque, pela via interpretativa, uma concordância dos dispositivos legais com a Constituição.

Como já assinalado, a extensão da incompatibilidade prevista no art. 28, II do Estatuto aos servidores vinculados ao Ministério Público só seria possível se dissesse respeito ao estabelecimento de qualificações profissionais (art. 5º, XIII da CF) e se fosse justificável por fundamentos lógicos que atendessem aos critérios do

²⁰ A mera leitura desse dispositivo leva à incontestável conclusão de que qualquer interpretação diversa seria absurda: “Art. 128. [...] § 5º - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: I - as seguintes garantias: (a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado; (b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa; (c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I”.

princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito²¹). Não obstante, ficou clara a ausência de relação da mencionada incompatibilidade com o estabelecimento de qualificações profissionais do advogado, bem como a inexistência de fundamentos que preenchessem as exigências do princípio da proporcionalidade.

Dessa maneira, interpretar extensivamente a incompatibilidade do art. 28, II da Lei nº 8.906/94 significaria ferir o direito fundamental à liberdade de exercício profissional, uma vez que consistiria em restrição injustificada ao exercício do direito e não autorizada pela Constituição Federal. Logo, para se conferir constitucionalidade às restrições desses servidores no que toca ao exercício da advocacia, faz-se imperioso inseri-los na hipótese de impedimento do art. 30, I do Estatuto da Advocacia. A restrição parcial da liberdade profissional prevista nesse dispositivo se compatibiliza perfeitamente com as peculiaridades dos servidores que integram a estrutura funcional do Ministério Público, pelos motivos éticos e lógicos amplamente mencionados no tópico anterior.

É claro que a restrição parcial é regra geral de impedimento aos servidores do Ministério Público prevista no Estatuto da Advocacia, editado no ano de 1994. Nada impede que o legislador infraconstitucional, não obstante a possibilidade lógica de exercício da advocacia nos termos do art. 30, I do Estado da Advocacia, vede por completo outras atividades profissionais aos servidores do Ministério Público, entre ela a advocacia.

Demonstrou-se que ao membro do Ministério Público, independentemente do ente federativo ao qual pertença, está vedado o exercício da advocacia. Isso não se aplica apenas necessariamente ao servidor. O legislador federal ou estadual, na atuação legítima de sua função constitucional, pode vedar a advocacia aos servidores da União ou do Estado-membro. Não cabe aqui explorar as diversas razões para tanto, porém o Poder Legislativo pode determinar que os servidores públicos vinculados à sua entidade federativa desempenhem com exclusividade suas funções com base, por exemplo, no princípio da eficiência. Essa vedação hipotética, mais uma vez, deverá respeitar a reserva legal para restrição de direitos fundamentais e os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.

Atendendo esses limites ao poder de restringir, na esfera federal o legislador inclusive já previu uma

nova restrição à advocacia. A Lei Federal nº 11.415/06 instituiu em seu art. 21 a vedação total do exercício da advocacia pelos servidores do Ministério Público da União (uma nova incompatibilidade ao exercício da advocacia).²² No entanto, a mesma lei protegeu, em seu art. 32, os servidores que já exerciam a advocacia anteriormente à sua publicação, dispondo que “*Ficam resguardadas as situações constituídas até a data da publicação desta Lei*”. Com isso, conquanto tenha vedado a advocacia aos novos servidores, é inquestionável que o legislador infraconstitucional blindou os servidores mais antigos contra a incidência da nova proibição prevista em seu art. 21.

Em que pese a clareza da lei federal citada, a Resolução nº 27/2008 do CNMP, uma normativa infralegal, estabeleceu em seu art. 2º que a vedação ao exercício da advocacia se aplicaria indistintamente a todo e qualquer servidor do Ministério Público, inclusive aqueles da União. Ou seja, o dispositivo da resolução publicada no ano de 2008 contrariou frontalmente o art. 32 da Lei nº 11.415/06, dispondo de forma diametralmente oposta ao que a lei determinou.

Tendo-se em vista que a Resolução do CNMP, conforme anteriormente destacado, tem natureza de ato regulamentar, e portanto infralegal, não poderia apresentar determinação conflitante com o conteúdo de dispositivo de lei em sentido formal. Admitir a validade do art. 2º da Resolução nº 27/2008 do CNMP significaria ofender cabalmente o princípio da legalidade, albergado pela Constituição Federal em seus artigos 5º, II e 37, *caput*.

A única possibilidade de se aceitar a validade do referido dispositivo da normativa infralegal seria interpretá-lo no sentido de que a vedação à continuidade do exercício da advocacia mencionada pelo artigo se trata da vedação parcial do art. 30, I do Estatuto da Advocacia, denominada de *impedimento*, à qual o próprio artigo 2º da Resolução faz menção em sua parte final.²³

Vale dizer: a única interpretação admissível da Resolução em questão é aquela segundo a qual os servidores do Ministério Público da União que já exerciam a advocacia antes da publicação da Lei nº 11.415/06 estão proibidos de advogar apenas contra a Fazenda Nacional. Logo, o art. 1º da Resolução nº 27/2008 do CNMP seria inconstitucional, e o art. 2º seria salvo se interpretado em conjunto com o Estatuto da Advocacia, admitindo-se uma hipótese de impedimento.

²¹ A respeito da proporcionalidade em sentido estrito e da técnica da ponderação, ver Leal (2014, p. 177-209).

²² Art. 21. Aos servidores efetivos, requisitados e sem vínculos do Ministério Público da União é vedado o exercício da advocacia e consultoria técnica.

²³ Art. 2º. Ficam resguardados os atos processuais já praticados, vedando-se, entretanto, a continuidade do exercício da advocacia, mesmo àqueles que já venham exercendo essa atividade até a data da publicação desta Resolução, observado o impedimento fixado no art. 30, I, da Lei n. 8.906/94.

E quanto aos servidores dos Ministérios Públicos Estaduais? Chega-se à mesma conclusão, mas por via diversa, já que para esses, por uma questão de respeito ao princípio federativo,²⁴ não se invoca a Lei Federal nº 11.415/06 em cotejo com a Resolução nº 27/2008. O *iter* interpretativo é outro.

Desde que não haja lei estadual que vede o exercício da advocacia aos servidores dos *Parquets* estaduais, não há como admitir que a vedação do art. 1º da Resolução nº 27/2008 do CNMP seja válida, sob pena de admitir o extravasamento do poder regulamentar conferido ao Conselho mediante uma restrição indevida do direito ao livre exercício profissional por resolução. Isto é, se não houver lei estadual que vede o exercício da advocacia ao servidor do Ministério Público Estadual – nos moldes do que a Lei Federal nº 11.415/06 fez aos servidores do Ministério Público Federal – aplica-se exclusivamente o Estatuto da Advocacia a esses agentes públicos e incide sobre eles tão somente o art. 30, I do diploma legal, ou seja, a hipótese de impedimento de advogar contra a Fazenda Estadual que os remunera.

Em que pese a lógica da fundamentação trazida, não é assim que a jurisprudência nacional vem enfrentando o tema. Na maioria dos casos, a interpretação que se dá à Resolução nº 27/2008 do CNMP pelos tribunais e pelo Conselho Federal da OAB desconsidera a impossibilidade de restrição de direito fundamental por resolução e discrepa das linhas interpretativas até aqui traçadas.

O posicionamento dos Tribunais e do Conselho Federal da OAB: crítica à inconstitucionalidade das decisões

Até a edição da Resolução nº 27/2008 em 08/04/2008 pode-se dizer que os Tribunais pátrios entendiam majoritariamente que a vedação total ao exercício da advocacia (incompatibilidade) não se aplicava aos servidores ocupantes de cargos do Ministério Público, incidindo sobre eles somente a vedação parcial (impedimento) do art. 30, I do Estatuto da Advocacia.²⁵

Porém, é possível identificar, após a criação da Resolução nº 27/2008 do CNMP, uma mudança de postura das Cortes a respeito do tema. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a Primeira Turma (Brasil, 2011a) inverteu seu posicionamento inicial para inserir:

os servidores do Ministério Público [...] na regra de impedimento a que alude a primeira parte do inciso IV do art. 28 da Lei n. 8.906/94, segundo o qual, *ipsis litteris*: '[a] advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades: ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário [...].'

Assim, passou-se a admitir pelas Primeira e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça (Brasil, 2011b) a legalidade, por exemplo, de

ato do Procurador-Geral de Justiça que determina aos Assessores Jurídicos do Ministério Público Estadual inscritos na OAB que firmem declaração de que não exercem a advocacia, com base em acórdão do Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na Consulta nº 12/2005, que decide ser incompatível o exercício da advocacia por servidor do Ministério Público.

Não só a Resolução nº 27/2008 do CNMP contribuiu para a mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Como se observa dos julgados, a viragem na jurisprudência foi reforçada pelo entendimento manifestado reiteradamente pelo CFOAB desde dezembro de 2007. A posição da entidade de classe tem origem na Consulta nº 2007.27.02252-01. Publicada pouco antes da Resolução nº 27/2008, em 18/12/2007, a decisão referente à consulta elaborada pelo Conselho Seccional da OAB do Distrito Federal sobre a aplicação conjugada do art. 21 e do art. 32 da Lei nº 11.415/2006 consolidou a posição da entidade de representação nacional dos advogados persistente até os dias de hoje: com base na incompatibilidade do art. 28, II da Lei nº 8.906/94, aos servidores do Ministério Público de qualquer ente federado é vedado em absoluto o exercício da advocacia.

Por ter sido votada e publicada antes da edição da Resolução nº 27/2008 do CNMP, a decisão relativa à Consulta nº 2007.27.02252-01 do CFOAB não fez alusão à vedação incorporada pela resolução ministerial. Os fundamentos utilizados pelo CFOAB para vedar o exercício dos servidores com base na incompatibilidade são outros. Em primeiro lugar, o CFOAB interpretou extensivamente o art. 28, II de seu estatuto e a expressão "membros do Ministério Público", haja vista ter incluído no vocábulo além dos Promotores e Procuradores de Justiça e da República os próprios servidores integrantes do quadro de pessoal do *Parquet*.

²⁴ Os paradoxos do federalismo são expostos por Bitencourt e Reck (2014, p. 151-176). Para uma análise do modelo de Estado autonômico, em que se adota forma distinta da federativa, ver Rodríguez-Arana Muñoz (2014b, p. 91-103).

²⁵ A título de exemplo: Recurso Especial nº 813.251/SC, julgado em 16/05/2006 (Brasil, 2006). Recurso em Mandado de Segurança nº 2006.37.00.006254-3/MA, julgado em 14/12/2007 (Brasil, 2007a). AGTAMS nº 70338/RJ, julgado em 07/04/2008 (Brasil, 2008).

Como visto mais acima, a interpretação abrangente da expressão “membros do Ministério Público” não se coaduna com a interpretação sistemática do ordenamento jurídico e, caso aceita, implicaria, quando menos, assumir que aos servidores da instituição foram conferidas as garantias e restrições do art. 128, § 5º da Constituição Federal. Portanto, nada mais equivocado.

De todo modo, uma vez integrados no conceito de “membro do Ministério Público”, os servidores do órgão ministerial de qualquer ente federativo se enquadrariam, segundo o decidido na Consulta nº 2007.27.02252-01, na hipótese de incompatibilidade do art. 28, II do Estatuto da Advocacia.²⁶ Não bastasse esse primeiro equívoco de grave reflexo para os servidores dos Ministérios Públicos Estaduais, a Consulta do CFOAB ainda afastou a própria razão de ser do art. 21 c/c art. 32 da Lei Federal nº 11.415/2006, editada regularmente pelo Poder Legislativo depois do adequado processo legislativo. Apenas para que não se olvide, os dois dispositivos da lei federal lidos em conjunto vedaram a advocacia para servidores do Ministério Público Federal a partir da publicação da lei, mas garantem o exercício da atividade de advogado para aqueles que integraram os quadros da instituição até a mesma data.

A expressa previsão legal sobre a posição dos servidores federais do Ministério Público foi solenemente sobrepujada pelo decidido na Consulta nº

2007.27.02252-01. Ao incluir os servidores do Ministério Público na hipótese de incompatibilidade da Lei nº 8.906/94, fazendo uso do critério de especialidade para afastamento de antinomias,²⁷ o CFOAB declarou por vias transversas a irrelevância da norma do art. 32 da Lei nº 11.415/2006. Isso porque definiu essa regra da Lei nº 11.415/2006 como norma geral obrigatoriamente afastável naquela hipótese por norma de caráter especial, como seria o Estatuto da Advocacia e da OAB.²⁸ Uma vez que há potencial conflito entre o critério cronológico de resolução de antinomia e o critério de especialidade, haveria de prevalecer a lei mais específica e não a mais recente.²⁹ Com esse fundamento, o CFOAB ignorou o art. 32 da Lei nº 11.415/2006 em prol da aplicabilidade isolada do art. 28, II da Lei nº 8.906/94.

A prevalência dessa interpretação, segundo a qual os servidores do Ministério Público devem ser considerados membros da instituição e lei especial (Lei nº 8.906/94) afasta lei geral (Lei nº 11.415/2006), subsistiu ano a ano no Conselho Federal da OAB.³⁰ Inclusive, no ano de 2010 o Órgão Especial do CFOAB, com fulcro no art. 86 do Regulamento Geral da OAB, editou a Súmula 02 para pacificar o tema.³¹ Desde então todas as decisões sobre o assunto no Conselho Federal até 2015 fazem referência à Súmula nº 02 e julgam pela incompatibilidade do exercício da advocacia pelos servidores do Ministério Público, entendidos em todos os casos como “membros” da instituição.³²

²⁶ Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades: [...] II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juizes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta.

²⁷ Na clássica lição de Bobbio (2010, p. 250-253), existem três critérios para solução de antinomias no ordenamento jurídico: (i) o critério cronológico, segundo o qual entre duas regras contraditórias prevalece a regra sucessiva, a mais recente; (ii) o critério hierárquico, segundo o qual frente a antinomias prevalece a regra de maior hierarquia na pirâmide normativa; e (iii) o critério da especialidade, “com base em que, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*”.

²⁸ Consulta 2007.27.02252-01. Origem: Conselho Seccional da OAB/Distrito Federal. Assunto: Consulta. Advogados pertencentes aos Quadros do Ministério Público. Vedação do exercício da advocacia, constante do art. 21 da Lei 11.415, de 15 de dezembro de 2006. Direito adquirido (art. 32 da Lei 11.415, de 15 de dezembro de 2006). Relator: Conselheiro Federal João Henrique Café de Souza Novais (MG). Revisor: Conselheiro Sérgio Eduardo da Costa Freire (RN). Ementa 74/2007/OEP: SERVIDOR PÚBLICO. MEMBRO INTEGRANTE DE ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INCOMPATIBILIDADE PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA, CONFORME PREVISÃO EXPRESSA NO ART. 28, II, DO ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA OAB. LEI ESPECIAL QUE DEVE PREVALECEER FRENTE A OUTRA NORMA DE IGUAL HIERARQUIA, ANTE A SUA ESPECIFICIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA A DISPOSITIVO LEGAL (ART. 21 C/C O ART. 32, DA LEI Nº 11.415/2006) PARA PERMITIR O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA POR QUEM É INCOMPATÍVEL NOS TERMOS DO EAOAB. Aos integrantes do quadro estrutural de órgãos do Ministério Público é vedado o exercício da advocacia, em face da incompatibilidade prevista no art. 28, II, do EAOAB. Tendo em vista a especificidade do Estatuto da Advocacia e da OAB, não se pode conceder interpretação extensiva a dispositivo legal de outra norma infraconstitucional, de tal sorte a contrariar regra de incompatibilidade ao exercício da advocacia expressamente prevista nos diplomas legais e regularmente do referido mister. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os Conselheiros integrantes do Órgão Especial do Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por maioria, em responder a consulta nos termos do voto do Revisor; parte integrante desta. Brasília (Brasil, 2007b).

²⁹ “[...] nesse caso perpetuou-se uma regra geral, que diz o seguinte: *Lex posterior generalis non derogat priori specialis*. Com base nessa regra, o conflito entre critério de especialidade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro: a lei geral sucessiva não elimina a lei especial anterior” (Bobbio, 2010, p. 264).

³⁰ Bem evidenciado no Recurso nº 2007.08.03359-05, publicado em 20.03.2008.

³¹ SÚMULA 02 - ÓRGÃO ESPECIAL CONSELHO FEDERAL DA OAB - Publicada em 03 de mar. 2010: “EXERCÍCIO DA ADVOCACIA POR SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 28, INC. II, DO EAOAB. A expressão ‘membros’ designa toda pessoa que pertence ou faz parte de uma corporação, sociedade ou agremiação (De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, Forense, 15a.ed.). Dessa forma, todos os servidores vinculados aos órgãos e instituições mencionados no art. 28, inc. II, do Estatuto da OAB são incompatíveis para o exercício da advocacia. Cada uma das três categorias—Magistratura, Advocacia e Ministério Público—embora atuem, todas, no sentido de dar concretude ao ideal de Justiça, tem, cada qual, um campo definido de atribuições, em cuja distinção se verifica, justamente, o equilíbrio necessário para que esse ideal seja atingido, não devendo, pois, serem misturadas ou confundidas, deixando a cargo de uma só pessoa o exercício simultâneo de tais incumbências. São incompatíveis, portanto, para o exercício da advocacia, quaisquer servidores vinculados ao Ministério Público”.

³² Nesse sentido, fizeram referência à Súmula nº 02 e decidiram pela incompatibilidade dos servidores do Ministério Público com a advocacia as seguintes decisões: Recurso nº 2010.08.01044-05, publicado em 27/05/2010; Recurso nº 2010.08.02250-05, publicado em 19/04/2011; Recurso nº 49.0000.2012.001867-1/PCA, publicado em 26/09/2012; Recurso nº 49.0000.2013.006830-9/PCA, publicado em 28/05/2014; Consulta nº 2010.27.09430-01/OEP, publicada em 15/04/2014; Recurso nº 49.0000.2015.000149-1/PCA, publicada em 28/04/2015.

O Supremo Tribunal Federal, de forma desatenta, parece se *inclin*ar nesse sentido. Todavia, apenas em uma única ocasião adentrou no mérito da questão. Embora provocado inúmeras vezes a se manifestar sobre a incompatibilidade do exercício da advocacia pelos servidores do Ministério Público e sobre a própria constitucionalidade da Resolução nº 27/2008 do CNMP, na ampla maioria das vezes as ações foram extintas sem resolução de mérito em virtude da falta de pressupostos processuais (Brasil, 2012), ou ainda julgadas improcedentes pela ilegitimidade ativa dos demandantes (Brasil, 2011c).

A Corte Suprema apenas manifestou-se sobre o mérito da controvérsia radicada na Resolução nº 27/2008 no julgamento *monocrático* do Agravo em Recurso Extraordinário nº 725.558-DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. O recurso foi proposto em face de decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Brasil, 2011d) que, seguindo entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça, entendeu vedado exercício da advocacia pelos servidores do Ministério Público com base na Resolução nº 27/2008 do CNMP, editada em suposta conformidade com o art. 130-A, § 2º, II, da Constituição, segundo a decisão recorrida.

O Ministro relator conheceu do agravo e negou seguimento ao recurso extraordinário sob o fundamento de que “o acórdão recorrido está em sintonia com a jurisprudência desta Corte que firmou entendimento de que a Resolução 27/2008 do CNMP não extrapola o poder regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público” (Brasil, 2013).

Entretanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal citada no Agravo em Recurso Extraordinário nº 725.558-DF desafia a fundamentação do Ministro relator, que cita na decisão como precedentes: (a) o Mandado de Segurança nº 27.295/DF,³³ de relatoria do Min. Eros Grau (publicado em 29/05/2008); (b) o Mandado de Segurança nº 27.231/DF, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa (publicado em 23/04/2008); e (c) o Mandado de Segurança nº 28.871/RS, de relatoria do Min. Dias Toffoli (publicado em 08/08/2012). Conquanto reconheça nesses três julgados o entendimento supostamente pacífico de que a Resolução nº 27/2008 é constitucional porque não extrapola o poder regulamentar concedido pela Constituição, o fato é que – incrivelmente – *nenhuma* das decisões referidas no Agravo em Recurso Extraordinário

nº 725.558/DF enfrenta o mérito da questão. Vale a pena conferir cada um dos supostos “precedentes”.³⁴

(a) O Mandado de Segurança nº 27.295/DF, inicialmente de relatoria do Min. Eros Grau, posteriormente transferida ao Min. Luiz Fux, foi impetrado em face da Resolução nº 27/2008 do CNMP. Nele havia pedido liminar, negado pelo primeiro Ministro relator em sede de cognição *sumária* por duas razões: (i) segundo jurisprudência da Corte não há direito a regime jurídico pelos servidores da Administração Pública e (ii) não haveria o suposto vício de competência arguido pelo impetrante, visto que não caberia ao Presidente da República regulamentar as atividades dos servidores do Ministério Público, porquanto o art. 130-A, §2º, I da Constituição outorga competência ao CNMP para emissão de atos regulamentares no âmbito de suas atribuições. Essa decisão *liminar* foi publicada em 29/05/2008 e não investigou a fundo se foi extrapolada a competência regulamentar do CNMP.

Transferida a relatoria ao Min. Luiz Fux, em 27/08/2013 o Mandado de Segurança nº 27.295/DF foi definitivamente julgado. Em decisão monocrática publicada em 30/08/2013, o Ministro relator *não adentrou no mérito da constitucionalidade da Resolução nº 27/2008 do CNMP* e negou seguimento ao mandado de segurança. De acordo com a decisão, o “*mandado de segurança revela-se incabível, porquanto se volta contra norma de caráter geral e abstrato. [...] Destarte, é incabível mandado de segurança contra ‘lei em tese’, pois o instituto constitucional só é meio idôneo para impugnar atos que causem efeitos concretos [...]*”. O fundamento da negativa, portanto, foi a Súmula nº 266 do STF, segundo a qual “*Não cabe mandado de segurança contra lei em tese*”.

(b) Fenômeno semelhante ocorreu no Mandado de Segurança nº 27.231/DF, relatoria do Min. Joaquim Barbosa e igualmente impetrado em face da Resolução nº 27/2008 do CNMP. A liminar pleiteada nessa ação foi indeferida em decisão publicada na data de 23/04/2008 porque “*em análise inicial, [...] o ato ora impugnado é dotado de caráter normativo, disciplinando, pois, situações gerais e abstratas. Tal aspecto, se confirmado quando do exame de mérito do presente mandado de segurança, faria incidir no presente feito a Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal*”.³⁵ Após parecer da Procuradoria-Geral da República pela denegação da segurança e após mais de um ano e

³³ A decisão no ARE nº 725.558-DF faz referência ao “MS nº 2.295/DF”. No entanto, este número processual inexistente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. De todo modo, a data de publicação citada na decisão do ARE nº 725.558/DF e o tema enfrentado permitem chegar ao número processual correto: MS nº 27.295/DF.

³⁴ A noção de precedentes é trabalhada por Barboza (2014, p. 177-207), indicando o sentido atribuído à expressão no sistema da *Common Law*, muitas vezes utilizado no Brasil com sentido diverso. É preciso ter cuidado com a importação de conceitos empregados por outros ordenamentos jurídicos sem as devidas adaptações, conforme observa Carducci (2014b, p. 7-22) ao criticar a comparação constitucional “ad hoc” (2014a, p. 13-22).

³⁵ Outros aspectos foram enfrentados pelo relator na decisão liminar do 27.231/DF para afastar a verossimilhança das alegações do requerente, como, por exemplo, “o interesse público de se resguardar a aplicação dos princípios constitucionais da isonomia, moralidade e eficiência na prestação do serviço público se sobrepõe ao interesse particular do Impetrante em continuar a exercer a advocacia”. Entretanto, tais aspectos nunca foram analisados a fundo, nem em decisão singular, nem por órgão colegiado do Supremo Tribunal Federal.

sete meses conclusos ao relator para julgamento, o impetrante requereu desistência da ação, homologada por despacho publicado em 14/09/2010.

(c) Por fim, a última das três decisões citadas no Agravo em Recurso Extraordinário nº 725.558-DF, proferida no Mandado de Segurança nº 28.871/RS, teve o mesmo desfecho. O Ministro Dias Toffoli monocraticamente negou seguimento ao mandado de segurança por incidência da Súmula nº 266 do STF, uma vez que o impetrante consignava como ato coator a Resolução nº 27/2008 do CNMP, de caráter geral e abstrato. A confirmação da decisão monocrática pelo Ministro relator foi publicada em 08/08/2012.

Demonstra-se, assim, que, longe de ter consolidado a celeuma, o Supremo Tribunal Federal sequer examinou a fundo a compatibilidade da Resolução nº 27/2008 com a Constituição, muito menos a adequação da inserção dos servidores do Ministério Público no conceito de “membros”, tese inconstitucional insistida pelo Conselho Federal da OAB.

Posto isso, ao contrário do que consta na decisão mais recente do Supremo Tribunal Federal sobre o tema,³⁶ nada está consolidado. Tanto é assim que algumas decisões isoladas começam a abrir caminho para refutar as vedações ao exercício da advocacia aos servidores do Ministério Público, ao menos aqueles não abarcados por vedações expressas da legislação federal e estaduais. A estabilização da situação jurídica dos impetrantes do Mandado de Segurança nº 5005337-15.2010.404.7200 ajuizado em Santa Catarina, no âmbito do Tribunal Regional da 4ª Região, demonstra exatamente isso.

Este mandado de segurança foi impetrado em 19/06/2011 por servidor do Ministério Público Federal para assegurar a manutenção de sua inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil. A sentença concedeu a ordem, reconhecendo não se tratar de incompatibilidade (art. 28, II da Lei nº 8.906/94), mas sim de impedimento do servidor de advogar em face da Fazenda Pública que o remunera (art. 30, I da Lei nº 8.906/94). Os principais pontos da questão, enfrentados pela sentença e pelo acórdão que julgou o Mandado de Segurança nº 5005337-15.2010.404.7200, foram: (i) o afastamento dos servidores do Ministério Público do conceito de “membro” do Ministério Público; e (ii) a impossibilidade de resolução restringir o direito ao exercício da profissão.

No voto do relator, acatado pela unanimidade da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, restou claro que a expressão “membros” não contempla os servidores do Ministério Público, pois “Se ou-

tro fosse o alcance do enunciado, o inciso IV do artigo 28, por exemplo, não precisaria existir, pois os servidores do Poder Judiciário estariam evidentemente enquadrados na expressão ‘membros do Poder Judiciário’, constante do inciso II’. E na linha do que já se expôs acima no presente artigo, o acórdão (Brasil, 2011 e), utilizando trecho da sentença de primeiro grau, esclareceu a consequência de admitir os servidores como membros do *Parquet*:

Entendendo-se ainda, como quer a OAB/SC, que o vocábulo ‘membros’ designa também os servidores do Ministério Público, ter-se-ia que estender a tais pessoas (servidores) as garantias e prerrogativas funcionais relacionadas nos artigos 17 e seguintes da Lei Complementar nº 75/93, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

O recurso especial intentado pela seccional catarinense da Ordem dos Advogados do Brasil contra a decisão da Terceira Turma do TRF da 4ª Região foi inadmitido e a decisão ganhou estabilidade com o trânsito em julgado em 09/04/2015, garantindo-se ao servidor admitido nos quadros do Ministério Público antes da publicação da Lei nº 11.415/2006 o direito de advogar, salvo contra a União Federal.

Aliás, destoando do entendimento da Primeira e Sexta Turmas, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça também entende que a restrição ao exercício da advocacia por servidores do Ministério Público é hipótese de impedimento apenas (restrição parcial ao exercício da advocacia), e não de incompatibilidade (restrição total). No Recurso Especial nº 1.184.726/PA (Brasil, 2010), em decisão unânime publicada em 03/02/2011, o relator Ministro Mauro Campbell Marques entendeu que estava

assegurada a inscrição na OAB de servidor ocupante do cargo de Técnico Administrativo do Ministério Público Federal por enquadrar-se na hipótese descrita no art. 30, I, da Lei 8.906/94 (impedimento do exercício da advocacia contra a Fazenda Pública que o remunera ou à qual seja vinculada a entidade empregadora), não figurando caso de incompatibilidade (descrita no art. 28, III, do mesmo estatuto legal).

Constata-se assim, no tocante ao reconhecimento judicial da inconstitucionalidade da Resolução nº 27/2008 do CNMP, um caminho ainda não esgotado até as Cortes Superiores, as quais deverão, a partir dos argumentos ora levantados, reconhecer a possibilidade de

³⁶ No já citado Agravo em Recurso Extraordinário nº 725.558-DF.

exercício da advocacia pelos servidores do Ministério Público, ressalvadas as vedações *expressas* da legislação federal e estatutos estaduais, e o impedimento previsto no art. 30, I do Estatuto da Advocacia.³⁷

Conclusões

O trajeto empreendido culmina numa série de conclusões a respeito do direito fundamental de exercício profissional, das restrições legais que pode sofrer no sistema jurídico brasileiro, e da inconstitucionalidade que macula a validade jurídica da Resolução nº 27/2008 do CNMP e a interpretação dos tribunais pátrios a seu respeito. Impende pontuá-las, uma a uma, para encerrar este estudo:

(i) O direito fundamental à liberdade de exercício profissional (art. 5º, XIII da CF) só pode ser restringido pela própria Constituição ou por lei que se limite a estabelecer as qualificações profissionais necessárias ao exercício da profissão, sendo imprescindível a existência de nexo lógico entre a proibição e a função desempenhada, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo princípio da proporcionalidade, sob pena de inconstitucionalidade da lei restritiva.

(ii) Da interpretação sistemática do art. 28, II e 30, I do Estatuto da Advocacia com os demais dispositivos da Lei nº 8.906/94, da Lei nº 8.625/93, da Lei Complementar nº 75/93 e da Constituição Federal de 1988, resulta a irrefutável conclusão de que o termo “membros do Ministério Público” abrange tão só e unicamente os Promotores e Procuradores de Justiça e da República, visto que as vedações, garantias, deveres e prerrogativas que os referidos diplomas preveem aos “membros do Ministério Público” não se dirigem aos demais *servidores* que integram os quadros funcionais da instituição.

(iii) Além de inexistir fundamento jurídico, não há qualquer fundamento lógico que justifique a interpretação extensiva da expressão “membros do Ministério Público” do art. 28, II da Lei nº 8.906/94, de modo a aplicar sobre os servidores vinculados ao Ministério Público a vedação total (incompatibilidade) ao exercício da advocacia, uma vez que a função por eles desempenhada difere-se totalmente da atividade dos Promotores e Procuradores de Justiça e da República, que exige tal vedação por motivos lógicos e por imposição da própria Constituição.

(iv) Apesar de inexistir fundamento lógico para impedir o exercício da advocacia aos servidores dos órgãos ministeriais, o legislador optou no âmbito federal por vedar em absoluto essa prática pelos servidores admitidos a partir da data da publicação da Lei nº 11.415/2006 (art. 21), resguardando, no entanto, conforme art. 32 da lei citada, os servidores investidos até a publicação da norma, não se aplicando a esses a incompatibilidade definida no art. 28, II da Lei nº 8.906/94. Para os servidores dos Ministérios Públicos Estaduais não se aplica a Lei Federal nº 11.415/2006, e desde que os estatutos estaduais não proibam o exercício da advocacia aos servidores a eles vinculados, a única vedação ao exercício profissional é o impedimento previsto no art. 30, I do Estatuto da Advocacia (portanto, uma vedação parcial, apenas proibindo-os de advogar contra a Fazenda Pública que os remunere).

(v) É ilegal a interpretação do art. 2º da Resolução nº 27/2008 do Conselho Nacional do Ministério Público segundo a qual a proibição total ao exercício da advocacia alcança também os servidores do Ministério Público Federal nomeados antes da data de publicação da Lei nº 11.415/06, pois afronta o art. 32 da mesma lei e, por via reflexa, o princípio constitucional da legalidade administrativa (arts. 5º, II e 37, *caput* da CF).

(vi) A única interpretação aceitável do art. 2º da Resolução nº 27/2008 e compatível com a Constituição Federal é a de que aos servidores do Ministério Público – exceto os do Ministério Público Federal admitidos após a publicação da Lei nº 11.415/06 e os pertencentes aos quadros dos Ministérios Públicos Estaduais que tenham legislação estadual análoga – aplica-se apenas o impedimento do art. 30, I do Estatuto da Advocacia, sendo-lhes somente vedado advogar contra a Fazenda Pública que os remunere. Em qualquer caso, o art. 1º da Resolução nº 27/2008 do CNMP é inconstitucional por restringir indevidamente o direito fundamental ao exercício profissional.

(vii) As decisões do Conselho Federal da OAB em desacordo com o entendimento exposto são inconstitucionais, posto que violam a liberdade de exercício profissional. Sendo assim, todas essas decisões carecem de reparo pela via judicial.

(viii) Embora a jurisprudência nacional recente venha ratificando a aplicação (aqui considerada inconstitucional) do art. 1º da Resolução nº 27/2008 e a in-

³⁷ O caminho traçado neste estudo termina por reconhecer o protagonismo das cortes judiciais para dizer a última palavra sobre o Direito. Sem desconsiderar este pressuposto metodológico, senão institucional, é importante consignar a existência de posições doutrinárias em defesa da supremacia parlamentar e também daqueles que advogam em favor das “promessas dialógicas”, estudadas pelos autores adeptos dos diálogos institucionais. Para uma análise completa das posições refratárias à supremacia exclusiva do Poder Judiciário para emitir a palavra final sobre o Direito, importante para compreensão das atuais tendências teóricas da jurisdição constitucional, ver Escossia e Coura (2014). Ver também Valle (2014, p. 59-89).

terpretação em desconformidade com a Constituição conferida ao art. 2º da mesma normativa, o debate ainda não ganhou contornos de definitividade.

(ix) Está evidenciada a possibilidade do exercício da advocacia pelos servidores do Ministério Público Federal nomeados antes de 15/12/2006, data de publicação da Lei Federal nº 11.415/06. Afinal, o art. 32 da referida lei está em vigor e nada indica que careça de validade, sendo imperativo dar-lhe eficácia, não só em respeito à manifestação legítima do Poder Legislativo, mas especialmente em homenagem ao direito fundamental ao livre exercício profissional.

(x) A mesma conclusão se dirige aos servidores dos Ministérios Públicos Estaduais que não encontrem na legislação específica dos Estados aos quais prestam seus serviços vedações expressas ao exercício da advocacia privada. Nesses casos, somente se o Poder Legislativo estadual previu alguma restrição específica ao exercício profissional dos agentes públicos é que não se aplicará o disposto no Estatuto da Advocacia.

Referências

- ALIANAK, R.C. 2014. Algunas reflexiones sobre la delegación legislativa en Estados Unidos de Norteamérica y en la República Argentina. *Revista de Investigaciones Constitucionales*, 1(1):81-110. <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40250>
- BACELLAR FILHO, R.F. 2007. *Direito Administrativo*. 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 241 p.
- BARBOZA, E.M. de Q. 2014. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais: uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 14(56):177-207.
- BARROS, S. de T. 2003. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª ed., Brasília, Brasília Jurídica, 226 p.
- BITENCOURT, C.M.; RECK, J.R. 2012. Paradoxos do federalismo: uma observação pragmático-sistêmica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 12(49):151-176.
- BOBBIO, N. 2010. *Teoria Geral do Direito*. 3ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 321 p.
- BRASIL. 2006. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 813.251/SC. Rel. Min. José Delgado. Primeira Turma. Julgado em 16/05/2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600172587&dt_publicacao=12/06/2006. Acesso em: 09/08/2015.
- BRASIL. 2007a. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. REOMS nº 2006.37.00.006254-3/MA. Rel. Juiz Federal Roberto Carvalho Veloso. Oitava Turma. Julgado em 14/12/2007. Disponível em: https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=200637000062543&secao=TRF1&pg=1&trf1_captcha_id=2170f30838e2f2a35bbe885786c7d6d2&trf1_captcha=4b5V&enviar=Pesquisar. Acesso em: 09/08/2015.
- BRASIL. 2007b. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Consulta 2007.27.02252-01. Rel. para Acórdão Conselheiro Sérgio Eduardo da Costa Freire. Conselho Pleno. Julgado em 05/11/2007.
- BRASIL. 2008. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. AGTAMS nº 70338/RJ, Rel. Desembargador Federal Sergio Schwaitzer. Sétima Turma Especializada. Julgado em 07/04/2008. Disponível em: http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pingres-allen?proc=20065101018057601&andam=1&tipo_consulta=1&mov=3. Acesso em: 09/08/2015.
- BRASIL. 2010. Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial nº 1184726/PA. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 07/12/2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000424312&dt_publicacao=03/02/2011. Acesso em: 09/08/2015.
- BRASIL. 2011a. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 997.714/RS. Rel. Ministro Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Julgado em 25 de out. 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702391454&dt_publicacao=14/11/2011. Acesso em: 09/08/2015.
- BRASIL. 2011b. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 26.851/GO. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em 13/12/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800931426&dt_publicacao=19/12/2011. Acesso em: 09/08/2015.
- BRASIL. 2011c. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4100. Rel. Min. Gilmar Mendes. Decisão Monocrática. Julgado em 12/07/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2626442>. Acesso em: 09/08/2015.
- BRASIL. 2011d. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 2008.30.00.002102-6. Primeira Turma. Julgado em 06/07/2011. Disponível em: https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=200830000021026&secao=TRF1&pg=1&trf1_captcha_id=a8d7eaa779abadc015487af5602e44fa&trf1_captcha=vw8y&enviar=Pesquisar. Acesso em: 09/08/2015.
- BRASIL. 2011e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AC nº 5005337-15.2010.404.7200. Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Terceira Turma. Julgado em 30/06/2011. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4341697. Acesso em: 09/08/2015.
- BRASIL. 2012. Supremo Tribunal Federal. MS nº 28871. Rel. Min. Dias Toffoli. Decisão Monocrática. Julgado em 01/08/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3895804>. Acesso em: 09/08/2015.
- BRASIL. 2013. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 725.558/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Decisão Monocrática. Julgado em 30/04/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4339651>. Acesso em: 09/08/2015.
- CARDUCCI, M. 2014a. Crítica de la comparación constitucional “ad hoc”. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 14(55):13-22.
- CARDUCCI, M. 2014b. “Talcualismo”, “decolonizzazione” o “utopia arcaica” del Diritto Costituzionale? *Revista de Investigaciones Constitucionales*, 1(2):7-22. <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40508>
- DURÁN MARTÍNEZ, A. 2010. En torno al neoconstitucionalismo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 10(40):33-72.
- ENTERRÍA, E.G. de; FERNÁNDEZ, T.R. 1990. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, tomo I, 975 p.
- ESCOSSIA, M.H. dos S. da; COURA, A. de C. 2014. Fundamentos de uma jurisdição constitucional: o ainda incontornável debate sobre quem (não) deve ter a última palavra sobre a constituição. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito - RECHTD*, 6(3):336-350. <http://dx.doi.org/10.4013/rechtd.2014.63.10>
- FERRARI, R.M.M.N. 2010. A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 10(40):271-290.
- FREITAS, J. 2002. *A interpretação sistemática do direito*. 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 307 p.
- FREITAS, J. 2010. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 10(40):217-238.

- GUERRA, S.; LEAL, F. 2014. Regulação do exercício de atividade extracorporativa por policiais civis e militares. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, **14**(56):103-126.
- HACHEM, D.W. 2011. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, **11**(44):59-110.
- HACHEM, D.W.; GUSSOLI, F.K. 2015. A quebra de sigilo bancário *post mortem* em inquérito policial: entre a proteção dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade e o interesse público de persecução penal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, **15**(60):149-177.
- LEAL, F. 2014. Irrracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, **14**(58):177-209.
- LEAL, R.G.; FRIEDRICH, D.B. 2014. A Resolução n. 22.585/2007 do Tribunal Superior Eleitoral e a violação de direito civil e político fundamental: aspectos introdutórios. *Revista de Investigações Constitucionais*, **1**(3):105-121. <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40519>
- MAURIQUE, J.A. 2001. Conselhos: controle profissional, processo administrativo e judicial. In: V.P. de FREITAS (coord.), *Conselhos de fiscalização profissional: doutrina e jurisprudência*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 190-257.
- MEILÁN GIL, J.L. 2010. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, **10**(40):171-198.
- MEIRELLES, H.L. 2015. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41ª ed., São Paulo, Malheiros, 959 p.
- MELLO, C.A.B. de. 2013. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed., São Paulo, Malheiros, 1136 p.
- MELLO, C.A.B. de. 2001. Funerais da Constituição de 1988. In: D. FIOCCA; E.R. GRAU (org.), *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo, Paz e Terra, p. 35-47.
- MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. 2008. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1432 p.
- NOBRE JÚNIOR, E.P. 2014. Uma ideia de Constituição. *Revista de Investigações Constitucionais*, **1**(1):111-145. <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40251>
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. 2014a. Caracterización constitucional de la ética pública (Especial referencia al marco constitucional español). *Revista de Investigações Constitucionais*, **1**(1):67-80. <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40248>
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. 2014b. El Estado autonómico y los nacionalismos. *Revista de Investigações Constitucionais*, **1**(3):91-103. <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40516>
- SANTIAGO, N.E.A.; ARAÚJO, A.P. 2010. Atribuição investigatória do Ministério Público brasileiro frente às disposições constitucionais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito - RECHTD*, **2**(2):156-163.
- SILVA, J.A. da. 2008. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 319 p.
- SILVA, J.A. da. 2006. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros, 924 p.
- SILVA, D.A.; NICZ, A.A. 2008. Sobre o uso de algemas (restrições a direitos fundamentais e proporcionalidade). *Revista do Direito*, **30**:79-97.
- STRECK, L.L. 2013. Comentário ao artigo 2º. In: J.J.G. CANOTILHO; G.F. MENDES; I.W. SARLET; L.L. STRECK (coords.), *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva/Almedina, p. 140-146.
- TAVARES, A.R. 2008. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1279 p.
- VALLE, V.R.L. do. 2014. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. *Revista de Investigações Constitucionais*, **1**(3):59-89. <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40515>

Submetido: 22/09/2015

Aceito: 06/10/2015