

PROCESSO Nº: 0815379-05.2017.4.05.8300 - INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CÍVEL

ARGÜENTE: FLORENCE VIEIRA D ALBUQUERQUE CESAR e outros

ADVOGADO: Cleyson Pereira De Lima

ARGUÍDO: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECAO DE PERNAMBUCO - OAB/PE e outros

ADVOGADO: Renata Furtado De Mendonça e outro

RELATOR(A): Desembargador(a) Federal Edilson Pereira Nobre Junior - Pleno

JUIZ PROLATOR DA SENTENÇA (1º GRAU): Juiz(a) Federal Francisco Antonio De Barros E Silva Neto

RELATÓRIO

O Exmº. Sr. Desembargador Federal EDILSON NOBRE PEREIRA JUNIOR (Relator):

Cuida-se de arguição de inconstitucionalidade acolhida pela Quarta Turma desta Corte, em face de recurso de apelação interposto pela parte autora contra sentença que julgou improcedente o pedido inicial nos autos em epígrafe, consistente em obter provimento jurisdicional que declare a ilegalidade e/ou inconstitucionalidade da Resolução n. 27/2008 do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP e, por consequência, declare o direito dos demandantes, servidores do Ministério Público do Estado de Pernambuco, do exercício da advocacia.

No acórdão em que foi suscitado o presente incidente (id. 4050000.12547157), afirmou-se ser *“razoável a alegação de inconstitucionalidade do art. 1º da Resolução nº 27/2008, do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, vez que, ao ampliar a vedação do exercício da advocacia aos servidores efetivos do Ministério Público dos Estados, colide com o texto constitucional”* (art. 5º, XIII, da CF).

Intimada (id. 4050000.13252211), a UNIÃO apresentou manifestação (id. 4050000.15361449), com os seguintes argumentos:

a) é intuitivo que a incompatibilidade expressa no art. 21 da Lei 11.415/2006 decorre, preambularmente, da própria Constituição. “Apesar de as vedações contidas no art. 128, § 5º, II, b, da Constituição Federal dizerem respeito aos membros do Ministério Público (promotores de Justiça, procuradores da República e demais designações das carreiras federal e estadual), não se compadece com o cumprimento das funções institucionais do Ministério Público admitir que seus servidores exerçam, paralelamente, a advocacia”;

b) “Não padece de inconstitucionalidade ou ilegalidade a Resolução CNMP nº 27/2008, uma vez que encontra seu fundamento de validade, especificamente, no art. 21 da Lei nº 11.415/2006, aplicando-se aos Ministérios Públicos Estaduais em virtude do caráter nacional da instituição. Diante da existência da lei federal, estabelecendo expressamente vedação já constante de forma implícita da Constituição da República, é evidente a possibilidade de regulamentação, por parte do Conselho Nacional do Ministério Público”;

c) “Não merece prosperar também o argumento de que os servidores que já haviam tomado posse antes da publicação da Resolução CNMP n.º 27/2008 teriam direito adquirido ao exercício da advocacia privada. A análise de direito adquirido dos servidores deve ser feita sempre sob dois ângulos: direitos individuais contemplados no estatuto do servidor e a questão da mutabilidade do regime jurídico estatutário”;

d) “o Supremo Tribunal Federal já analisou a questão ora posta em sede de liminar, tendo a orientação da Corte apontado para a constitucionalidade dos dispositivos que vedam o exercício da advocacia privada, mesmo para aqueles servidores que ingressaram nos quadros do Ministério Público antes da publicação da Lei nº 11.415/2006”.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do Procurador FERNANDO JOSÉ ARAÚJO FERREIRA (id. 4050000.14510937), opinou pelo reconhecimento da constitucionalidade do art. 1º da Resolução nº 27/2008, ao principal argumento de que, à luz do disposto no art. 127, § 1º, da CF, “*não é possível, levando-se em conta a unidade institucional consagrada na Carta Magna, que seja vedado aos servidores federais e do Distrito Federal o exercício da advocacia e, ao mesmo tempo, seja permitido o desempenho dessa atividade aos servidores do Ministério Público Estadual*”.

É o relatório.

Processo incluído na pauta de julgamento do dia **22/05/2019** (id. 4050000.15202020).

PROCESSO Nº: 0815379-05.2017.4.05.8300 - INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CÍVEL

ARGÜENTE: FLORENCE VIEIRA D ALBUQUERQUE CESAR e outros

ADVOGADO: Cleyson Pereira De Lima

ARGUÍDO: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECAO DE PERNAMBUCO - OAB/PE e outros

ADVOGADO: Renata Furtado De Mendonça e outro

RELATOR(A): Desembargador(a) Federal Edilson Pereira Nobre Junior - Pleno

JUIZ PROLATOR DA SENTENÇA (1º GRAU): Juiz(a) Federal Francisco Antonio De Barros E Silva Neto

VOTO

O Exmº. Sr. Desembargador Federal EDILSON NOBRE PEREIRA JUNIOR (Relator):

Por compreender relevante para o deslinde de caso concreto, submetido ao juízo de apelação, a Quarta Turma desta Corte afetou a este Pleno incidente de inconstitucionalidade quanto ao art. 1º da Resolução 27/2008, do Conselho Nacional do Ministério Público, assim redigido:

"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".

Conforme se percebe das considerações que antecedem o seu texto, motivou a adoção de tal ato normativo as razões que seguem:

"Considerando os princípios constitucionais da moralidade, da isonomia e da eficiência; Considerando as disposições dos artigos 21 da Lei n. 11.415/2006 e 30 da Lei n. 8.906/94; Considerando a necessidade de estabelecer, no particular, tratamento isonômico entre os servidores do Ministério Público da União e dos Estados".

Na situação que se apresenta, o ato normativo impugnado, a pretexto de ofertar concreção aos princípios mencionados, estendeu, mediante integração analógica, aos servidores dos Ministérios Públicos dos Estados, a vedação constante do art. 21 da Lei 11.415/2008, ao prescrever: "Art. 21. Aos servidores efetivos, requisitados e sem vínculos do Ministério Público da União é vedado o exercício da advocacia e consultoria técnica".

A questão que se controverte é a de saber se tal poderia ser estatuído pelo veículo normativo empregado, qual seja a resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, editada com lastro na competência do art. 130-A, §2º, I, da Constituição, ao se reportar à expedição de "atos regulamentares, no âmbito de sua competência".

Um ponto que precisa ser avivado - e que aqui se mostra decisivo - é o de que o art. 5º, XIII, da Constituição Federal, ratificando tradição incorporada em nosso constitucionalismo, dispôs:

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

Dáí decorrem duas constatações. A primeira delas consiste na circunstância de ser a advocacia uma profissão, remate que se tem por inquestionável pela redação do art. 2º, §3º, da Lei 8.906/94. Sendo assim, encontra-se o seu desempenho ao abrigo do explicitado direito fundamental.

A outra é a de que se está diante de hipótese de reserva legal. O sinal indicativo para tanto é a remissão, por preceptivo constitucional específico, à lei, como veículo destinado à delineação de uma determinada relação jurídica. Entre nós, esse traço definidor está patente no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC 85060-0 - PR (Pleno, mv, rel. Min. EROS GRAU, DJe de 12-02-2009).

Presente situação de reserva legal, o que se tem como incontestável, a primeira consequência será a de afastar da regulação da matéria reservada a incidência de outras fontes normativas, salvo, é claro, a constituição. Dirige-se, assim, a excluir a possibilidade da lei habilitar a Administração para tratar do tema mediante regulamento.

Essa, portanto, sua primeira eficácia, vinculando o Legislativo a tratar da matéria mediante lei. Da mesma forma, à competência regulamentar se interdita dispor sobre os aspectos essenciais daquilo que foi reservado ao legislador.

É possível vislumbrar - conforme consta da lição de Canotilho (*Direito constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 799) - que a reserva legal comporta, numa de suas dimensões, especialmente a de cunho negativo, a injunção consoante a qual, nas matérias reservadas à lei, está vedada a intervenção de outra fonte que a não a do legislador.

Isso não decorre do fortuito, mas da circunstância de que as matérias sujeitas à reserva legal são, justamente, aquelas onde se disciplina a liberdade do cidadão frente à autoridade, de modo que se tem a submissão, por força do texto magno, da matéria ao encerro do Parlamento, a trazer uma maior legitimidade à futura norma, uma vez que o processo legislativo é capaz de mobilizar e propiciar a participação nas discussões das diversas correntes de pensamento político e social.

Por isso, a doutrina, em comentando o art. 5º, XIII, da Lei Maior vigente, é explícita ao entender que somente o legislador poderá restringir o acesso ao exercício de profissão e, mesmo assim, dispondo

sobre requisitos de capacidade técnica. Consultar: CELSO RIBEIRO BASTOS (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. Volume 2, p. 77) e JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Comentário contextual à Constituição*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 1110).

Nesse diapasão, a restrição à atividade advocatícia somente poderá advir da promulgação de lei federal, disciplinadora da profissão, ou lei estadual, a pretexto de disciplinar os direitos e deveres dos funcionários públicos da respectiva unidade federativa, aí incluídos o pessoal da carreira de apoio dos órgãos do Ministério Público.

O que se não admite é que a vedação ao exercício de uma liberdade fundamental venha a ser estabelecida por norma que a Lei Fundamental indica como de natureza regulamentar (art. 130-A, §2º, I, CF), máxime quando aquela, na qualidade de Leis das Leis, indica de forma categórica a lei formal como instrumento exclusivo para a sua limitação, tal como se tem com o seu art. 5º, XIII.

Segue-se que o voluntarismo exacerbado do *jogo de princípios*, expressada pela magia do vocábulo ponderação, não pode suprir a exigência. Sem contar as enormes críticas que tal prática vem acarretando nestas plagas (EROS GRAU. *Por que tenho medo dos juízes - a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 114-126; MARCELO NEVES. *Entre Hidra e Hércules - princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 171-220), devido a uma má recepção de teorias estrangeiras, é inegável que a função interpretativa dos princípios não vai ao ponto de afastar a incidência de regra constitucional - e, portanto, de mesma hierarquia - que, salvaguardando o exercício de liberdade, confiou o cerceio desta ao Parlamento. A segurança jurídica - anelo relevante e essencial do Direito - cai inelutavelmente por terra.

Com essas considerações, as quais já se alongaram em demasia, VOTO por reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1º da Resolução 01/2008 do Conselho Nacional do Ministério Público.

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE 0815379-05.2017.4.05.8300

RELATOR: DES. FEDERAL EDILSON NOBRE

VOTO - CONDUTOR

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO CORDEIRO:

1. Cuida-se de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade acolhido pela Quarta Turma desta Corte, em face de recurso de apelação interposto por FLORENCE VIEIRA D'ALBUQUERQUE CESAR e outros contra sentença que julgou improcedente o pedido, em que se objetiva provimento jurisdicional que declare a ilegalidade e/ou inconstitucionalidade da Resolução 27/2008 do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, reconhecendo, em consequência, o direito dos demandantes, servidores do Ministério Público do Estado de Pernambuco, ao exercício da advocacia.

2. Em 25/09/2018, a 4ª Turma do TRF5 decidiu, por maioria, suscitar o incidente de inconstitucionalidade do art. 1º da Resolução 27/2008, do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, ao fundamento de que: "há uma alegação razoável de inconstitucionalidade do art. 1º da Resolução 27/2008 do CNMP, ao ampliar a vedação do exercício da advocacia de modo a atingir também os servidores efetivos do Ministério Público dos Estados. Tal ampliação parece colidir com a liberdade de profissão, direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988, cuja limitação, por expressa previsão constitucional, somente pode ocorrer por força de lei."

3. Após a manifestação da União e apresentação de Parecer pelo MPF5, o Des. Federal Edilson Nobre, na sessão de 22/05/2019, proferiu voto no sentido de acolher o incidente de arguição para reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1º da Resolução 01/2008 do Conselho Nacional do Ministério Público (acompanhado pelos Des. Federais: Roberto Machado e Tercius Gondim Maia - convocado), ao fundamento de que: "a restrição à atividade advocatícia somente poderá advir da promulgação de lei federal, disciplinadora da profissão, ou lei estadual, a pretexto de disciplinar os direitos e deveres dos funcionários públicos da respectiva unidade federativa, aí incluídos o pessoal da carreira de apoio dos órgãos do Ministério Público."

4. Não obstante os bem postos fundamentos trazidos no voto do Des. Federal Edilson Nobre, conforme me manifestei na sessão de julgamento, não há qualquer inconstitucionalidade formal ou material na Resolução 27/2008, do CNMP.

5. É que, a princípio, o CNMP, como órgão de controle, fiscalização e estratégia, detém, nos termos do art. 130-A, § 2º, I, da Constituição, competência para estabelecer, mediante ato normativo, controles do exercício profissional dos agentes - Promotor, Procurador da República - e servidores do Ministério Público, inclusive no que se refere ao impedimento de que estes últimos, em evidente conflito de interesses, ocupem, simultaneamente cargo público e exerçam a advocacia.

6. A corroborar tal incompatibilidade, já decidiu o eg. STJ: "Os servidores do Ministério Público estão inseridos 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 [...]" (REsp 997.714/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 25/10/2011, DJ 14/11/2011)

7. Registre-se que, em várias oportunidades, os Ministros do STF têm, monocraticamente, reconhecido a competência do CNMP para regular a matéria pertinente à proibição do exercício de advocacia por servidor público do Ministério Público. Confirmam-se:

"Não há falar-se, ademais, em violação da competência do Presidente da República para regulamentar a matéria, eis que compete ao CNMP, no papel de órgão uniformizador das

atividades do Ministério Público nacional, zelar pela autonomia funcional e administrativa da instituição, 'podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência' [art. 130-A, § 2º, I, da Constituição do Brasil]". (MS 27.295/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ 28/5/2008)

"Ademais, reputo relevantes e substanciais as razões indicadas no acórdão do Processo nº 425/2007-01 do Conselho Nacional do Ministério Público, o qual resultou na edição da Resolução nº 027/2008. De fato, tal medida consiste em salutar instrumento para a consecução dos princípios constitucionais da moralidade e isonomia porquanto afasta da advocacia servidores que possuem estreita ligação com as decisões do Ministério Público Federal e/ou Estadual, instituição que, por sua vez, influi sobremaneira na tutela jurisdicional. Ademais, a Resolução nº 027/2008 vai ao encontro do princípio da eficiência na prestação do serviço público na medida em que não permite aos funcionários do Ministério Público compatibilizar as 40 (quarenta) horas de jornada semanal na instituição com o exercício da advocacia, atividade essa que demanda tempo e dedicação.

Dentro desse quadro, 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." (MS 27.231 MC/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 23/04/2008)

8. A rigor, observa-se que no seu voto o nobre relator sustenta, basicamente, que a vedação trazida na Resolução 27/2008 colide com a liberdade de profissão, direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988. Deve-se ponderar, contudo, que tal regramento parece ter melhor aplicação ao exercício das profissões liberais e àquelas submetidas a contratos de trabalho. No caso, não tenho nenhuma dúvida de que o exercício da advocacia é incompatível com servidores públicos, mesmo os comissionados, do Ministério Público dos Estados e da União.

9. Com essas considerações, pedindo todas as vênias ao relator, **REJEITO A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**, devendo o processo retornar à 4ª Turma para análise do caso concreto.

10. É como voto.

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE 0815379-05.2017.4.05.8300

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. SERVIDOR PÚBLICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. IMPEDIMENTO. VEDAÇÃO PREVISTA NA RESOLUÇÃO 27/2008 DO CNMP. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. REJEIÇÃO.

1. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade acolhido pela Quarta Turma desta Corte, em face de recurso de apelação interposto contra sentença que julgou improcedente o pedido, em que se objetiva provimento jurisdicional que declare a ilegalidade e/ou inconstitucionalidade da Resolução 27/2008 do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, reconhecendo, em consequência, o direito dos demandantes, servidores do Ministério Público do Estado de Pernambuco, ao exercício da advocacia.

2. Em 25/09/2018, a 4ª Turma do TRF5 decidiu, por maioria, suscitar o incidente de inconstitucionalidade do art. 1º da Resolução 27/2008, do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, ao fundamento de que: "há uma alegação razoável de inconstitucionalidade do art. 1º da Resolução 27/2008 do CNMP, ao ampliar a vedação do exercício da advocacia de modo a atingir também os servidores efetivos do Ministério Público dos Estados. Tal ampliação parece colidir com a liberdade de profissão, direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988, cuja limitação, por expressa previsão constitucional, somente pode ocorrer por força de lei."

3. Não há qualquer inconstitucionalidade formal ou material na Resolução 27/2008, do CNMP. O Conselho Nacional do Ministério Público, como órgão de controle, fiscalização e estratégia, detém, nos termos do art. 130-A, § 2º, I, da Constituição, competência para estabelecer, mediante ato normativo, controles do exercício profissional dos agentes - Promotor, Procurador da República - e servidores do Ministério Público, inclusive no que se refere ao impedimento de que estes últimos, em evidente conflito de interesses, ocupem, simultaneamente cargo público e exerçam a advocacia.

4. "Não há falar-se, ademais, em violação da competência do Presidente da República para regulamentar a matéria, eis que compete ao CNMP, no papel de órgão uniformizador das atividades do Ministério Público nacional, zelar pela autonomia funcional e administrativa da instituição, 'podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência' [art. 130-A, § 2º, I, da Constituição do Brasil]". (MS 27.295/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJE 28/5/2008)

5. A rigor, observa-se que no seu voto o nobre relator sustenta, basicamente, que a vedação trazida na Resolução 27/2008 colide com a liberdade de profissão, direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988. Cabível ponderar, contudo, que tal regramento parece ter melhor aplicação ao exercício das profissões liberais e àquelas submetidas a contratos de trabalho. No caso, não há qualquer dúvida de que o exercício da advocacia é incompatível com servidores públicos, mesmo os comissionados, do Ministério Público dos Estados e da União.

6. Arguição de inconstitucionalidade rejeitada, devendo o processo retornar à 4ª Turma para análise do caso concreto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas.

DECIDE o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, rejeitar a Arguição de Inconstitucionalidade, nos termos do Relatório, do Voto Conductor e das Notas Taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 22 de maio de 2019.

PAULO CORDEIRO

Des. Federal Relator p/ acórdão



Processo: **0815379-05.2017.4.05.8300**

Assinado eletronicamente por:

PAULO MACHADO CORDEIRO - Magistrado

Data e hora da assinatura: 11/07/2019 10:15:17

Identificador: 4050000.16024366



Para conferência da autenticidade do documento:

<https://pje.trf5.jus.br/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>

Para validar, utilize o link abaixo:

https://pje.trf5.jus.br/pje/Painel/painel_usuario/documentoHashHTML.seam?hash=d7151b3eaacd1b10eca5dd2b68bb5c3548e87b3c&idBin=15998193&idProcessoDoc=16024366