

**Os servidores do
Ministério Público
podem advogar?**

Os servidores do Ministério Público podem advogar?

Um estudo sobre a (in)constitucionalidade da
vedação ao exercício da advocacia pelos
servidores do MPE-RS.

Daniel Sant'Anna Bittencourt

φ editora fi

Diagramação e capa: Lucas Fontella Margoni

O padrão ortográfico, o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas do autor. Da mesma forma, o conteúdo da obra é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BITTENCOURT, Daniel Sant'Anna.

Os servidores do Ministério Público podem advogar? [recurso eletrônico] / Daniel Sant'Anna Bittencourt - Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017.

156 p.

ISBN - 978-85-5696-209-6

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito. 2. Constituição. 3. Advocacia. 4. MPE-RS. I. Título.

CDD-340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Dedico

Aos meus pais Manoel(*in memoriam*) e Zeli,
minha gratidão.

Aos meus filhos Henrique e Daniela,
minhas maiores motivações.

A Deus por tudo.

“Afasta-te da injustiça, e a injustiça se afastará de ti.”
Eclesiástico 7,2.

Nota de Agradecimento do autor

A presente obra foi alicerçada no projeto e desenvolvimento de pesquisa apresentada como trabalho de conclusão do curso de Bacharel em Direito na Universidade Luterana do Brasil, Campus de Torres-RS.

A escolha do tema, com certeza nasceu da contradição e da necessidade de esclarecer sobre a existência ou não de eventual constitucionalidade na vedação do exercício da advocacia pelos servidores do MPE-RS. Um tema inédito e muito pouco explorado pela literatura jurídica vigente. Sem dúvida foi um grande desafio, e por isto gratificante. Então aqui registro minhas considerações a minha querida orientadora, a professora **Me. Francele Moreira Marisco**, por todo seu labor acadêmico e préstimos durante toda a pesquisa.

Outro grande mentor, a quem dedico meu cordial agradecimento, não só pelas preciosas recomendações bibliográficas que garantiram a sustentação argumentativa, mas também pela honra de aceitar o convite para elaborar o prefácio desta obra. Assim rendo meus mais sinceros votos de louvor ao estimado **Doutor Vinicius de Melo Lima**.

E por fim, não posso deixar de creditar todo meu reconhecimento aos apoiadores desta publicação, que apostaram na importância do debate sobre o tema aqui tratado. Minha reverência aos diretores do **SIMPE, FENAMP e ANSEMP**, que sem hesitar aceitaram a proposta de divulgação da presente pesquisa jurídica a qual foi planejada e executada de forma imparcial e com o devido rigor acadêmico e científico.

Primavera de 2017 na mais bela praia do Rio Grande do Sul.

Daniel Sant'Anna Bittencourt

dsbit@hotmail.com

Sumário

| | |
|--|------------|
| À guisa de prefácio: Sísifo e a constituição em tempos de crise | 13 |
| <i>Vinicius de Melo Lima</i> | |
| Introdução | 17 |
| 1. Constituição e inconstitucionalidade | 19 |
| 1.1 A constituição e o sistema normativo | 20 |
| 1.1.1 Estrutura Normativa Constitucional | 22 |
| 1.1.2 Os Princípios da Rigidez e da Supremacia da Constituição | 27 |
| 1.2 Inconstitucionalidade | 29 |
| 1.3 Controle de Constitucionalidade | 31 |
| 1.4 Interpretação Conforme a Constituição | 36 |
| 2. O exercício profissional da advocacia | 43 |
| 2.1 O advogado. Quem é este?..... | 43 |
| 2.2 A função social do AVOGADO | 53 |
| 2.3 A advocacia nos limites da moral e da ética | 58 |
| 3. O ofício do servidor do MPE-RS e seu regime jurídico | 63 |
| 3.1 Agentes públicos | 65 |
| 3.1.1 Agentes Políticos | 67 |
| 3.1.2 Servidores Públicos | 70 |
| 3.2 A investidura no serviço público | 73 |
| 3.2.1 Cargo Público | 75 |
| 3.2.2 Emprego Público | 81 |
| 3.2.3 Função Pública | 84 |
| 3.3 O regime jurídico dos servidores do MPE-RS | 85 |
| 3.3.1 Regime Jurídico Estatutário | 86 |
| 3.3.2 A Lei Ordinária Estadual nº 12.956/2008 e sua Natureza Jurídica | 93 |
| 4. A (in)constitucionalidade das normas..... | 97 |
| 4.1 O Direito fundamental ao exercício profissional | 97 |
| 4.2 Legislações e atos normativos correlatos | 105 |
| 4.2.1 A Lei 8.906/1994 | 107 |
| 4.2.2 A Lei 11.415/2006 Revogada pela Lei 13.316/2016 | 113 |
| 4.2.3 A Resolução 27/2008 do CNMP | 116 |
| 4.2.4 Súmula nº 02 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil..... | 119 |
| 4.3 A (in)constitucionalidade da lei 12.956/2008 | 123 |
| 4.3.1 Da Inconstitucionalidade Formal | 124 |
| 4.3.2 Da Inconstitucionalidade Material | 128 |
| Considerações Finais | 143 |
| Referências Bibliográficas | 147 |

À guisa de prefácio: Sísifo e a constituição em tempos de crise

*Vinicius de Melo Lima*¹

A empreitada interpretativa da Constituição, sobretudo em períodos de crise, permite uma reflexão em torno do mito de Sísifo, um personagem da mitologia grega, que foi obrigado a empurrar um pesado rochedo até o cume de uma montanha, e, cumprida a tarefa, ver a enorme pedra rolar montanha abaixo até o sopé ou o ponto de partida.

Na árdua tarefa consistente na busca de soluções constitucionalmente adequadas, é preciso imaginar Sísifo feliz, porquanto a própria luta em direção aos cimos é suficiente para preencher um coração humano (Camus).

Nessa senda, é com grata satisfação que prefacio a obra intitulada *Os servidores do Ministério Público podem advogar? Um estudo sobre a (in)constitucionalidade da vedação ao exercício da advocacia pelos servidores do MPE-RS*, de autoria de DANIEL SANT'ANNA BITTENCOURT, jurista e servidor do Ministério Público Gaúcho.

O leitor tem em mãos uma obra que reúne o real e o simbólico da legalidade constitucional, mormente na seara da Administração Pública, pautada pela concepção de interesse público, o qual não se cinge à vontade das maiorias. Dito de outro modo, a vontade geral deve ser compatibilizada com os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, à luz da democracia constitucional².

¹ Doutor em Direito Público pela UNISINOS. Mestre em Direito pela UNIVERSIDADE DE LISBOA. Professor de Direito e Promotor de Justiça/RS

² Em sua obra *Is Democracy Possible Here?*, Dworkin diferencia a democracia formal ou majoritária, de natureza meramente estatística, da democracia constitucional ou em parceria, que tem por baliza o respeito aos direitos fundamentais e à dignidade. Elenca os seguintes princípios da dignidade: o do valor intrínseco, segundo o qual cada vida humana em um valor objetivo, e o da responsabilidade pessoal, que parte do pressuposto de que cada pessoa tem responsabilidade pela realização do sucesso da sua própria vida. DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here? Principle for a new political debate**. New Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 9-10. Noutras palavras, a “regra

A temática proposta pelo Autor é original e propõe um sério debate voltado à comunidade em geral, diante da fundamentalidade do livre exercício de atividade profissional, no caso, o ofício da advocacia, sobretudo em face da vedação imposta pela legislação de regência aos servidores do Ministério Público do RS.

O acesso à Justiça é um direito fundamental vinculado à jurisdição constitucional, de modo que o controle de constitucionalidade no Brasil adotou um sistema misto, que funciona como condição de validade do sistema normativo, para além da mera vigência (Ferrajoli). Daí que o controle difuso de constitucionalidade de leis ou atos normativos deve ser exercido por Juízes (e Promotores de Justiça) no horizonte delineado pelo Estado Democrático de Direito.

E nisso o Autor foi extremamente feliz, valendo-se do contributo doutrinário, dentre outros, do Professor Doutor Jorge Miranda, catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa, o qual sustenta a “reviravolta copernicana do Direito Público”: a normatividade da Constituição e a sua observância cogente por parte dos Poderes e Instituições.

Em tempos da “metanarrativa” da crise do Estado, preservar a história institucional e a autonomia do Direito diante da política e da economia é condição de possibilidade para uma autêntica cruzada contra a discricionariedade e o solipsismo do tipo “decido conforme a minha consciência” (Streck). Noutras palavras, as restrições aos direitos fundamentais devem ser justificadas em argumentos pautados na comunidade de princípios, à luz da coerência e da integridade do Direito (Dworkin).

majoritária, *per se*, é insuficiente para uma compreensão autêntica do fenômeno democrático em suas estruturas fundamentais, de tal maneira que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana são os alicerces nos quais a concepção do Estado (Democrático) de Direito encontra sustentáculo”. COSTA, Marcelo Cacinotti; LIMA, Vinicius de Melo. **Decisão Judicial & Democracia: Por uma ética da responsabilidade no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 23.

Enfim, DANIEL SANT'ANNA BITTENCOURT, tal qual Sísifo, na leitura proposta por Camus, descortina a importância da luta em direção aos cimos, tendo como farol interpretativo a consciência histórico-efetual (Gadamer) da relevante atribuição dos servidores do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e a sua compatibilidade com o exercício da Advocacia.

Que a obra tenha a merecida acolhida do público leitor!

Torres, 10 de setembro de 2017.

Introdução

A restrição absoluta ao direito fundamental à liberdade de exercício profissional da advocacia pelos bacharéis em direito, pertencentes ao quadro auxiliar do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul pode ser considerada (in)constitucional?

Esta é a problemática proposta neste ensaio. A abordagem foi realizada a partir de uma ampla revisão bibliográfica pelas áreas do direito constitucional, direito administrativo, e direito do trabalho em confronto com a legislação pertinente ao livre exercício profissional, notadamente da advocacia e dos regimes jurídicos estatutários dos servidores públicos.

Em razão do tema proposto, da problematização estabelecida e dos objetivos gerais e específicos traçados, a pesquisa foi desenvolvida através do método dedutivo a partir do referencial doutrinário pátrio e estrangeiro, do levantamento e análise sistemática do ordenamento jurídico, bem como da análise do entendimento jurisprudencial pertinente. Foram utilizados como fonte de pesquisa livros e manuais diversos, nacionais e estrangeiros, além de revistas eletrônicas, legislação atual e histórica, tudo isto para verificar acerca do tema objeto de pesquisa e dos principais argumentos utilizados em tese de inconstitucionalidade formal e material.

A investigação quanto à (in)constitucionalidade da vedação do exercício da advocacia, impostas aos servidores do Ministério Público foi fragmentada em quatro capítulos. No capítulo um foi delineado a base teórica constitucional necessária para introdução ao tema do controle de constitucionalidade. A seguir tem prosseguimento o estudo sobre o exercício profissional da advocacia, explorando o campo de atuação profissional do advogado enquanto sua função social e como ela deve ser exercida sobre a sombra de seu código de ética. No capítulo três adentramos profundamente no ramo do direito administrativo, a fim de conhecer o ofício do servidor do Ministério Público do Estado do Rio Grande e como ele está inserido no seu regime jurídico

estatutário. No capítulo derradeiro chegamos ao cerne da discussão desta monografia, onde a partir dos pressupostos teóricos colacionados nos capítulos anteriores e do aprofundamento dos direitos envolvidos e das legislações e atos normativos correlatos podemos apontar algumas possibilidades para a problemática envolvida a fim de tentar responder quanto à (in)constitucionalidade das referidas normas restritivas.

Constituição e inconstitucionalidade

A presente monografia esta alicerçada nos pressupostos jurídicos do Direito Constitucional. É no paradigma epistemológico do Direito Constitucional que será delineado as fundamentações para se obter as repostas à problemática envolvida, com olhos voltados para discussão do quantum as normas infraconstitucionais existentes encontram respeito à Lei Maior.

A doutrina pátria é rica em conceitos sobre esta disciplina. Destacamos duas definições distintas para análise:

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Direito Constitucional é o conhecimento sistematizado da organização jurídica fundamental do Estado. Isto é, o conhecimento sistematizado das **regras jurídicas relativas à forma de Estado, à forma de Governo, ao modo de aquisição, exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos e aos limites de sua ação** (grifo nosso).³

Sucintamente, para José Afonso da Silva, direito constitucional é “o ramo do Direito Público que expõe, interpreta e sistematiza os princípios e normas fundamentais do Estado”.⁴

Assim, na primeira perspectiva temos o Direito Constitucional como fruto da Constituição, como sistema organizado de conhecimento, oriundo da análise do texto constitucional.

No segundo ponto de vista, temos o Direito Constitucional como uma disciplina que tem por finalidade o estudo da Constituição. Consiste, portanto, num instrumento científico para a análise de certa Constituição.

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 36.

De forma *mui* inteligente, o constitucionalista lusitano Jorge Miranda vem conciliar de forma abrangente as duas definições, e assim conceitua o direito constitucional:

(...) é a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado, enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recordam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os actos em que se concretiza.⁵

Ao que parece, a partir das leituras da doutrina pátria e portuguesa referidas, podemos unir estas duas correntes, percebendo o Direito Constitucional como um produto oriundo da análise sistemática da Constituição. Onde num primeiro momento o direito constitucional é o objeto de estudo do jurista, e num segundo momento, seu instrumento de trabalho para bem interpretar a constituição. Mas afinal, o que é a constituição?

1.1 A constituição e o sistema normativo

No sentido geral, Constituição é a organização de alguma coisa. O termo Constituição pode também designar a sua organização fundamental total, quer social, quer política, quer jurídica, quer econômica.⁶

No sentido jurídico, CANOTILHO & MOREIRA pregam que a:

Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma

⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. t. 1. p. 138.

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 4.

de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.⁷

Também de forma abrangente, sobre o prisma jurídico, José Afonso da Silva sustenta que:

Constituição é algo que tem, *como forma*, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); *como conteúdo*, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas, etc.); *como fim*, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, *como causa criadora e recriadora*, o poder que emana do povo (grifo do autor).⁸

Noutras palavras José Afonso da Silva ao interpretar a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, observa que:

(...) Constituição é, então, considerada norma pura, puro dever ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra Constituição em dois sentidos: no *lógico-jurídico* e no *jurídico-positivo*. De acordo com o primeiro, Constituição significa *norma fundamental hipotética*, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição jurídico-positiva, que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau (grifo do autor).⁹

Ao analisar a teoria kelseniana, Michel Temer descreve o plano jurídico-positivo como corporificado pelas normas postas-positivadas e o plano lógico-jurídico situa-se em nível do suposto, do hipotético. Nas palavras do constitucionalista, ao comparar as

⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 41.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. Op. cit., p. 41.

⁹ Idem.

normas nos dois planos, enquanto “umas são normas postas; outras são supostas.”¹⁰

Deste apanhado teórico se encaminha a definição da estrutura das normas constitucionais, sendo a constituição o vértice da pirâmide normativa de um Estado.

1.1.1 Estrutura Normativa Constitucional

Inicialmente convém diferenciar alguns conceitos, os quais a doutrina vem se debruçando e que estão longe de se obter uma voz unívoca quando tratamos de normas jurídicas.

José Joaquim Gomes Canotilho ao referir sobre o sistema jurídico de Portugal considera como “um sistema normativo aberto de regras e princípios.”¹¹ E explica, é um sistema normativo porque sua estrutura é feita de normas; é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica capaz de captar as mudanças de realidade e as concepções de verdade e justiça; é um sistema de regras e princípios, pois as normas ora se revelam através de regras, ora sobre a forma de princípios.

Brilantemente, o jurista português nos ensina que o gênero norma traz consigo duas espécies, regras e princípios, e faz as distinções necessárias conforme os seguintes critérios:

a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida .

b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de

¹⁰ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 24. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 20.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 188.

mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.

c) *Carácter de fundamentalidade no sistema* das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).

d) «*Proximidade*» da ideia de direito: os princípios são «standards» juridicamente vinculantes radicados nas exigências de «justiça» (DWORKIN) OU na «ideia de direito» (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

f) *Natureza normogénica*: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante (grifo do autor).¹²

Nesta linha de entendimento, Robert Alexy ao abordar a estrutura das normas fundamentais na defesa da Teoria dos Direitos Fundamentais, sustenta que regras e princípios são normas porque “ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente”¹³ logo existe uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau.

Para Alexy, as regras são normas que são sempre satisfeitas ou insatisfeitas ou o que chama de mandado de determinação, assim “se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras

¹² *Ibidem*, p. 189-190.

¹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.”¹⁴

Segundo a teoria de Alexy, os princípios são mandados de otimização, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”¹⁵Explicando de outra forma, os Princípios podem ser satisfeitos em graus variados e a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. E conclui dizendo que “o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.”¹⁶

Voltando para o cenário nacional, encontramos na doutrina de Humberto Ávila¹⁷ a noção de que um sistema normativo composto somente por princípios seria demasiadamente flexível enquanto que um sistema jurídico composto somente por regras de igual forma seria rígido, não permitindo adequações às particularidades dos casos concretos. Humberto Ávila, ainda aponta algumas direções para o exegeta ao lidar com as normas:

A interpretação e a aplicação de princípios e regras dar-se-ão com base nos postulados normativos inespecíficos, quais sejam, a ponderação (atribuindo-se pesos), a concordância prática e a proibição de excesso (garantindo a manutenção de um mínimo de eficácia dos direitos fundamentais), e específicos, destacando-se o postulado da igualdade, o da razoabilidade e o da proporcionalidade (grifo do autor).¹⁸

¹⁴ Ibidem, p. 90-91.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem.

¹⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 120-121.

¹⁸ Idem.

Ante ao exposto, uma aparente divergência conceitual é encontrada em MOTTA & BARCHET¹⁹ que ao lecionar sobre as normas constitucionais concluem que toda Constituição é composta de dois tipos de dispositivos:

i) Princípios – possuem um maior grau de generalidade e abstração, que permitem inúmeras interpretações e aplicação em diversas situações e sentidos e os autores exemplificam com os princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência os quais a Administração Pública deve guardar obediência, conforme previsão do artigo 37 da Constituição Federal de 1988;²⁰

ii) Normas - são dispositivos de maior concreção, são mais detalhadas e específicas, o que reduz consideravelmente as possibilidades interpretativas, justamente para regular situações também específicas, e os autores citam como exemplo a norma constante no inciso II do mesmo artigo 37, que trata notadamente da investidura dos agente públicos.

Pelo exame comparativo da concepção de MOTTA & BARCHET com os autores antes citados, podemos dizer que a controvérsia é aparente porque no entendimento dos primeiros a norma teria dois sentidos: norma em sentido amplo, abrangendo as espécies normas (sic) e princípios; e o segundo sentido seria restrito, quando guardar relação com o que CANOTILHO, ALEXY, ÁVILA, chamam de regra. Resumindo, para MOTTA & BARCHET, ‘normas *stricto sensu*’ é sinônimo de ‘regras’ conforme definido pela doutrina divergente. Mas para evitar tautologia, guardaremos o entendimento da doutrina majoritária exposta.

¹⁹ MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 55-60.

²⁰ **Constituição Federal de 1988** - Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). Cf.. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988.)

Na mesma obra MOTTA & BARCHET²¹, em tom uníssono com a doutrina pátria, apontam três características das normas jurídicas e que são imprescindíveis para entendimento do presente estudo, notadamente quando for discutido a (in)constitucionalidade das normas envolvidas nesta investigação. São os institutos da validade (ou validez), vigência e eficácia das normas constitucionais. Vejamos:

a) **Validade** – significa que a norma jurídica foi produzida em conformidade com os preceitos, materiais e formais da Constituição. Por consequência as normas constitucionais não estão sujeitas a validade porque o poder constituinte originário não está submetido a qualquer regra de norma. Ressalte-se que a respeito das alterações promovidas no texto constitucional, tais modificações de autoria do poder constituinte derivado-reformador estão sujeitas material e formalmente aos ditames constitucionais e quando desconformes com estes, serão consideradas inválidas.

b) **Vigência** – é a aptidão da norma para produzir efeitos jurídicos. A vigência pode estar prevista na própria norma, ou no silêncio desta, submete-se a aplicação das regras da Lei de Introdução do Código Civil – LICC, que estabelece o período de 45 dias após a publicação do dispositivo, a partir deste interregno começa a vigor. Este período de aguardo pela vigência é chamado de *vacatio legis*.

c) **Eficácia** – pode ser entendida de duas formas distintas. A **eficácia social** corresponde a efetiva observância da norma pelos seus destinatários enquanto que **eficácia jurídica** independe da real sujeição dos destinatários, o que importa é a aptidão da norma para a produção de efeitos jurídicos.

²¹ MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. Op. cit., p. 60-61.

Assim, ao considerar uma Constituição como um todo, é normal que esta possua eficácia social quando acatada pelos seus destinatários, entretanto, na medida em que alguns dispositivos são pelos seus destinatários desconsiderados, faz com que gozem somente de eficácia jurídica.

1.1.2 Os Princípios da Rigidez e da Supremacia da Constituição

Intimamente associado à validade e eficácia das normas encontramos os princípios da rigidez constitucional e da supremacia da constituição, que darão o suporte para avaliar se uma norma inferior será válida e encontrará eficácia.

A rigidez constitucional diz respeito à maior dificuldade para alteração do texto constitucional. A constituição é muito mais difícil de ser modificada do que as leis subalternas. Nas constituições rígidas como a do Brasil, é o poder constituinte derivado reformador que detém o poder para alterar as normas constitucionais, através de projetos de emendas constitucionais-PEC elaborados por qualquer membro de uma das casas do congresso nacional, respeitados os termos do artigo 60 da Carta Magna.

O artigo 60 da Constituição Federal estabelece o quantum da rigidez constitucional em três circunstâncias distintas:

a) De forma expressa proíbe as alterações nas cláusulas pétreas (CF/88, art. 60, § 4º);

b) Em determinadas circunstâncias como em estado de sítio, estado de defesa ou de intervenção federal, (CF/88, Art. 60, § 1º);

c) Sob o aspecto formal, devendo ser respeitada a formalidade do processo legislativo, conforme (Art. 60, I, II e III, §§ 2º, 3º e 5º).²²

²² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. rev. atual. até a EC. Nº 91 de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016. p. 697-703.

Da rigidez constitucional deriva o princípio da supremacia da constituição, no qual coloca a norma fundamental no topo da pirâmide normativa, visto que a constituição irá conceber validade aos poderes. É na própria lei suprema do Estado que se encontra a estrutura de organização de seus órgãos e isto a faz superior em relação às demais normas jurídicas.

José Afonso da Silva ao ponderar sobre a supremacia da Constituição Federativa do Brasil de 1988, assume que ela é rígida e como tal é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais e complementa seu raciocínio dizendo que “todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se conformarem com as normas da Constituição Federal.”²³

Os autores MOTTA & BARCHET reforçam o entendimento que tanto os princípios quantos as normas constitucionais, por estarem contidos na Constituição, gozam de superioridade hierárquica com relação a toda e qualquer legislação, e eventual divergência interpretativa deve ser decidida em seu favor. O que melhor se traduz nas suas próprias palavras:

Em maior ou menor grau, conforme o tipo de dispositivo ou a maior ou menor precisão de sua redação, **todos os dispositivos constitucionais** possuem eficácia jurídica, imperatividade, carga cogente, regulando as relações jurídicas que constituem seu objeto e seus respectivos destinatários(grifo nosso).²⁴

Com fulcro no arcabouço teórico até aqui apresentado, urge aqui assentar sobre o que vem a ser o fenômeno da **inconstitucionalidade** e suas generalidades.

²³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. Op.cit., p. 48.

²⁴ MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. Op. cit., p. 60.

1.2 Inconstitucionalidade

Jorge Miranda ao traçar o tema no capítulo 'Inconstitucionalidade e Garantia em geral' sustenta que numa interpretação *lato sensu*:

Constitucionalidade e Inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela ou não a sua base.²⁵

Numa noção restrita, Jorge Miranda diz que o fenómeno da inconstitucionalidade está relacionado com a Constituição, não num todo, mas em referência a cada norma determinada, e que por sua vez rege determinado comportamento. Assim pela inconstitucionalidade há sempre uma norma violada, e não outra, ou seja, as normas são transgredidas uma a uma, não se transgride todas ao mesmo tempo e de igual modo.

Outra importante característica apontada pelo constitucionalista lusitano, é que a inconstitucionalidade deriva de um comportamento do poder público e não dos particulares, noutras palavras, o cidadão pode discordar completamente da Constituição e não segui-la, mas seus atos serão apenas mero descontentamento e desconformidade. Já o poder público enquanto detentor do poder político, em qualquer esfera de poder, deverá seguir os preceitos expressos no texto constitucional tanto com comportamento ativo - por ação; quanto por comportamento passivo - por omissão. Assim o poder público sob a égide da constituição deve fazer e não fazer, conforme a vontade do legislador constituinte originário.

²⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. t. 2, p. 310-316.

Assim se espera que o poder executivo exerça seu múnus público no rigor das leis, que o poder legislativo crie, modifique e extinga as legislações pertinentes e o poder judiciário também atento as leis infraconstitucionais diga o direito, sempre alerta a supremacia da Lei das Leis. Na totalidade, os poderes e entidades públicas não poderão deixar de observar a magnitude da Carta Constitucional, seja fazendo ou não fazendo (por ação ou omissão). Em inobservando tais preceitos, estarão por cometer ato inconstitucional.

José Afonso da Silva²⁶, indo ao encontro dos ensinamentos anteriores do constitucionalista português, nos ensina que o princípio da supremacia constitucional requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição Federal. E de igual forma reconhece dois tipos de inconstitucionalidade:

i) Inconstitucionalidade por ação: ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios constitucionais, desencadeando o subprincípio da supremacia da Constituição chamado de princípio da compatibilidade vertical, do qual as normas de grau superior definem se uma norma inferior terá validade.

Quando ocorre a incompatibilidade vertical de normas inferiores (leis, decretos, etc) com a constituição estamos diante do que o Direito Constitucional intitula *inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público*. Tal inconstitucionalidade pode ocorrer sob dois aspectos:

- Formal – quando tais normas são formadas em desacordo com as formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição, ou ainda quando são formadas por autoridades incompetentes.

²⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Positivo**. Op. cit., p. 48-49.

- o Material – quando o conteúdo das normas contraria preceito ou princípio constitucional.

ii) Inconstitucionalidade por omissão: ocorre quando atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais não sejam executados. É a inércia do legislador infra-constitucional ou do chefe de poder que tendo oportunidade, respectivamente, não legisla ou efetua o ato administrativo em complemento ao comando constitucional, trazendo prejuízo a eficácia da norma fundamental.

Pelo que se expõe, os princípios da rigidez e da supremacia trazem garantias ao ordenamento jurídico, mas estas garantias de proteção e segurança da constituição como são exercidas? Quem exerce este controle sobre o que é ou não constitucional? E nesta quadra que avançamos nosso estudo, tratando do tema Controle de Constitucionalidade.

1.3 Controle de Constitucionalidade

Controlar a constitucionalidade significa adequar a compatibilidade de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando tanto os requisitos formais quanto materiais. Segundo Alexandre de Moraes,²⁷ o controle de constitucionalidade no Brasil ocorre de duas formas:

i) Controle preventivo – ocorre quando o controlador pretende impedir que alguma norma enviada de inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico. No Brasil tal controle é exercido pelo Poder Legislativo, nas Comissões de Constituição e Justiça – CCJ e pelo Poder Executivo através do veto jurídico previsto no artigo 66, § 1º da CF/1988.

ii) Controle repressivo – ocorre quando o controlador busca expurgar do ordenamento jurídico norma vigente e incompatível com a Carta Maior. No Brasil, embora um tanto

²⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Op.cit., p.739-766.

incomum, o Poder Legislativo por previsão constitucional (art. 49, V) pode sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, mas a regra é o controle exercido pelo Poder Judiciário através destas duas modalidades:

- Controle Difuso ou por via de exceção ou defesa, conforme artigo 97 da CF/1998.
- Controle Concentrado através da Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica (CF, art. 102, I, a); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (CF, art. 103, 2º); Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (CF, art. 36, III); Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, a); Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (CF, art. 102, §1º); Controle concentrado através de Representação de Inconstitucionalidade contra leis e atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual (CF, art. 125, § 2º).

O controle difuso é exercido por qualquer juízo ou tribunal em ações ordinárias, onde verifica se há inconstitucionalidade em um caso concreto. A declaração de inconstitucionalidade se dá de forma incidental, como prejudicial do mérito, sendo a alegação de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo a causa de pedir processual.

O controle concentrado em regra é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, independente da existência de um caso concreto, nos casos em que se objetiva obter a invalidação da lei ou ato normativo que contraria norma constitucional federal.

Os Tribunais de Justiça no âmbito de suas atribuições possuem competência para julgar Representações de Inconstitucionalidade (Art. 125, § 2º) quando a lei ou ato normativo emanado por ente público do respectivo estado federado ao qual pertence o Tribunal de Justiça estiver em desconformidade com a Constituição Estadual.

O Estado do Rio Grande do Sul, em sua Constituição Estadual, denominou a referida Representação de

Inconstitucionalidade (prevista na Carta Magna) de Ação Direta da Inconstitucionalidade (CE-RS art. 95, XII, d), tendo duas espécies previstas:

- 1) a ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual, ou por omissão (CE-RS, art. 95 §1º);
- 2) a ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, ou por omissão (CE-RS, art. 95, § 2º).

Art. 95. Ao Tribunal de Justiça, além do que lhe for atribuído nesta Constituição e na lei, compete:

(...)

XII - processar e julgar:

d) a ação direta da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual perante esta Constituição, e de municipal perante esta e ~~a Constituição Federal~~, inclusive por omissão; **(Declarada a inconstitucionalidade do trecho tachado na ADI n.º 409/STF, DJ de 26/04/02)**

(...)

§ 1.º Podem propor a ação de inconstitucionalidade de *lei ou ato normativo estadual, ou por omissão*:

(...)

§ 2.º Podem propor a ação de inconstitucionalidade *de lei ou ato normativo municipal, ou por omissão*: (grifo nosso)²⁸

O austríaco Hans Kelsen foi o criador do controle concentrado de constitucionalidade e assim defendia que:

(...)se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse

²⁸ RIO GRANDE DO SUL. **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1989**. Com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de n.º 1, de 1991, a 72, de 2016. Disponível em: <<http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=liPguzuGBtw%03d&tabid=3683&mid=5358>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.²⁹

Noutra obra Alexandre Moraes, complementa que:

O controle concentrado ou abstrato é exercido nos moldes preconizados por Hans Kelsen para o Tribunal Constitucional austríaco e adotados, posteriormente, pelo Tribunal Constitucional alemão, espanhol, italiano e português, competindo ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.³⁰

À luz das considerações apanhadas, é fundamental compreender as conexões entre o controle de constitucionalidade e as ideias de supremacia da Constituição, rigidez constitucional e limitações do Poder Legislativo, tanto nos quesitos formais quanto materiais. Neste sentido, precisas são as palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A distinção entre Constituição rígida e Constituição flexível, entre Poder Constituinte originário e Poder Constituinte derivado, implica a existência de um controle de constitucionalidade. De fato, onde este [controle de constitucionalidade] não foi previsto pelo constituinte, não pode haver realmente rigidez constitucional ou diferença entre o Poder originário e o derivado. Em todo Estado onde faltar controle de constitucionalidade, a Constituição é flexível; por mais que a Constituição se queira rígida, o Poder Constituinte perdura ilimitado em mãos do legislador.³¹

Na mesma direção, Luis Roberto Barroso ensina que “duas premissas são normalmente identificadas como necessárias à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a

²⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 288.

³⁰ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 115.

³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 34.

rigidez constitucionais”³²e nos faz concluir que os conceitos até aqui desenvolvidos de supremacia e rigidez constitucional se misturam de tal sorte que garantem o fortalecimento do poder constitucional (poder constituinte originário) diante do poder legislativo e constituinte derivado.

A anteceder o final deste tópico é importante trazer a baila outro destacado ponto abordado pela doutrina, que versa sobre o **princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos** e seus desdobramentos no âmbito do controle de constitucionalidade.

Segundo GÓES & MELLO, é um princípio que está implícito no texto constitucional, pela interpretação do artigo 5º, § 2º, conhecido também como cláusula de abertura da Constituição Federal.³³

Tal presunção de constitucionalidade não é absoluta, mas relativa (*presunção iuris tantum*), o que evidentemente implica na possibilidade de que leis ou atos normativos do poder público estejam de acordo com o principio da rigidez, supremacia e compatibilidade vertical constitucional, razão de existir do controle de constitucionalidade repressiva difusa e abstrata por parte do poder judiciário.³⁴

Ressalte-se que a presunção é relativa para as leis e atos normativos, bem como para normas constitucionais derivadas (Emendas à Constituição, Tratados Internacionais de Direitos Humanos), entretanto as normas constitucionais originárias (poder constituinte originário) gozam de presunção absoluta de constitucionalidade pela própria razão de ser.

³² BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.

³³ O Art. 5º, § 2º, CF/1988, estabelece que “os direitos e as garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Cf.(BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.)

³⁴ GÓES, Guilherme Sandoval; MELLO, Cleyson de Moraes. **Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016. p. 15-22.

Embora haja divergência doutrinária sobre a presunção de constitucionalidade absoluta de normas constitucionais originárias, a suprema corte brasileira tem entendimento consolidado sobre a questão, já tendo decidido pela impossibilidade jurídica do pedido de declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º, do artigo 45, da CF/1988.³⁵

Uma vez esclarecidos que os princípios da supremacia, rigidez constitucional e da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, avançamos para o ponto culminante do controle de constitucionalidade, que diz respeito à técnica hermenêutica denominada “interpretação conforme a constituição.”

1.4 Interpretação Conforme a Constituição

Nos tópicos anteriores vimos que as normas constitucionais podem ser compreendidas em dois planos distintos, jurídico-positivo e o lógico jurídico, cabe agora verificar especificamente o plano jurídico-positivo, ou seja, determinar através da doutrina, em que medida e situações a Constituição dará validade para as demais normas do ordenamento jurídico, a fim de decifrar por consequência lógica através da interpretação, o real significado dos termos constitucionais. Cabendo ao exegeta verificar em caso de antinomia de normas, a melhor solução para o conflito aparente, sempre pautado pelos princípios constitucionais.

A interpretação das leis e atos normativos do poder público em conformidade com a constituição é considerada por José

³⁵ Nas palavras do Ministro Moreira Alves: “o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do poder constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios do direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição” Cf. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF, n 43. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo43.htm>>. Acesso em: 23 nov.2016.)

Joaquim Gomes Canotilho³⁶ como fundamentalmente um princípio de controle. Tal princípio tem por função assegurar a constitucionalidade, principalmente quando a interpretação versa sobre normas plurissignificativas. A interpretação conforme a constituição ganha relevância quando a norma controlada prevê vários elementos interpretativos que não permitem um sentido inequívoco dentre os vários significados possíveis, fazendo com que deste princípio decorram outros:

- a) **Princípio da prevalência da constituição:** impõe que dentre as possibilidades de interpretação, deve-se escolher a interpretação não contrária ao texto ou programa da norma constitucional;
- b) **Princípio da conservação de normas:** quando uma norma inferior puder cumprir os fins da norma constitucional, não deverá ser declarada inconstitucional;
- c) **Princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição – *contra legem*:** o interprete não pode contrariar o texto e o sentido da norma, mesmo que seja para obter uma conformidade com a norma constitucional.

Virgílio Afonso da Silva prega dura crítica ao modelo de interpretação conforme a constituição, discorrendo que o modelo hermenêutico defendido pela doutrina pode não ser o exercido pela Suprema Corte Brasileira. Vejamos:

A falha da interpretação conforme a constituição reside justamente no fato de não conseguir nem ao menos desempenhar essa função, porquanto aponta para uma direção completamente equivocada, que se baseia no dever de tentar salvar toda e qualquer lei que, ainda que minimamente, possua alguma

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Op.cit., p. 229-230.

fagulha de constitucionalidade. Nesse sentido, o topos “interpretação conforme a constituição” é, na minha opinião, equivocado.

(...)Basta que o Supremo Tribunal Federal dê o nome de interpretação conforme a constituição a qualquer esclarecimento de significado de qualquer termo de qualquer dispositivo legal, para que qualquer interpretação divergente, ainda que seja também no sentido de manter a constitucionalidade de uma lei, torne-se impossível. Com isso, o Supremo Tribunal Federal não somente desempenha sua função de guardião da constituição de forma cada vez mais centralizada, como passa a ter a possibilidade quase que ilimitada de excluir qualquer “desobediência” interpretativa por parte de quase todos os órgãos estatais. Para tanto, a interpretação conforme a constituição cai como uma luva.³⁷

Com a devida vênia a crítica acima, ela não representa a maioria da inteligência doutrinária. A corrente majoritária sustenta que o espírito hermenêutico deste método projeta a ideia de salvaguardar sempre que possível a lei e os atos normativos que gozam, como já exposto, de presunção relativa de constitucionalidade e representam a vontade do povo personificada no poder legislativo.

Conforme Paulo Bonavides,³⁸ a interpretação conforme a constituição é decorrente da rigidez constitucional, da supremacia da Constituição e logicamente da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos. Para esse autor, a lei somente será salva caso haja possibilidade de compatibilizá-la com a Constituição. Vejamos seus apontamentos:

³⁷ DA SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial**. Revista GV 3, v. 2, nº 1, p. 192-210, jan-fev 2006. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35221/34021>>. Acesso em 23 nov. 2016.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 518.

Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento da inconstitucionalidade, outras porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O interprete, adotando o método ora proposto [a interpretação conforme a Constituição], há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada “conforme a Constituição”, será portanto considerada constitucional. Evita-se, por esse caminho, a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contidas, desde que naturalmente haja a possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição (grifo do autor).³⁹

Recorremos mais uma vez ao notável constitucionalista português, onde leciona que o julgador poderá aplicar o *princípio da interpretação conforme a constituição* **somente** quando houver um espaço de decisão entre a norma inferior e a norma constitucional. Nos registros do professor Canotilho:

Este princípio deve ser compreendido articulando todas as dimensões referidas, de modo que se torne claro: (i) a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela; (ii) no caso de se chegar a um resultado Interpretativo de uma norma jurídica em inequívoca contradição com a lei constitucional, impõe-se a *rejeição*, por inconstitucionalidade, dessa norma (= competência de rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais pelos juizes), proibindo-se a sua correção pelos tribunais (= proibição de correção de norma jurídica em contradição inequívoca com a constituição); (iii) a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo

³⁹ Idem.

claramente reconhecível da lei ou em manifesta dessintonia com os objectivos pretendidos pelo legislado.⁴⁰

A partir deste raciocínio e apoiado nos ensinamentos de Alexandre Moraes⁴¹ é possível concluir que:

- a) Para adoção do método hermenêutico do ‘princípio da interpretação conforme’ o interprete deverá observar se há espaço interpretativo. Em não havendo espaço de interpretação para várias propostas interpretativas, com ao menos uma delas em conformidade com a constituição, este não poderá ser aplicado;
- b) Caso haja rejeição completa da norma infraconstitucional, não havendo outra interpretação senão a **inconforme** com a constituição, deverá o Poder Judiciário declarar integralmente a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo incompatível com a Constituição.
- c) O poder judiciário não poderá atuar como legislador positivo, assim quando pelo processo de hermenêutica, se obtiver uma regra com finalidade diferente do legislador, tanto no seu sentido literal quanto objetivo, não poderá este usurpar do múnus legislativo aplicando o método da *interpretação conforme* alterando a *mens legis e/ou mens legislatori*.⁴²

Emplacado pela emblemática obra do jurista italiano Francesco Ferrara⁴³, autor da clássica Teoria da Interpretação, que

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Op. cit., p. 230.

⁴¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Op.cit., p. 803-808.

⁴² Segundo o Jurista Italiano Francesco Ferrara na clássica obra *Interpretação e aplicação das leis*, cada norma tem em si um sentido imanente, que permanece vivo e que pode não coincidir com a vontade dos redatores da lei. Portanto, o que o intérprete deve buscar não é a *voluntas legislatoris*, mas a *voluntas legis*, a vontade da própria lei. Dessa forma, “o intérprete deve buscar não aquilo que o legislador quis, mas aquilo que na lei aparece como objectivamente querido: a *mens legis* e não a *mens legislatoris*”. Cf. (FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Tradução dos capítulos III,IV,V do **Contratto de Diritto Civile Italiano**, Vol I, Roma, 1921. 2. ed. Traduzido por Manuel A. Domingues de Andrade. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1963. p. 134-137.)

⁴³ FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Tradução dos capítulos III,IV,V do **Contratto de Diritto Civile Italiano**, Vol I, Roma, 1921. 2. ed. Traduzido por Manuel A. Domingues de Andrade. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1963. p. 111-113.

já nos idos de 1921 nos ensinava que a atividade do julgador se desdobra em três operações:

- a) Averiguar o fato concreto “estado de fato” cujo objeto estabelece a controvérsia;
- b) Determinar a norma jurídica aplicável;
- c) Pronunciar o resultado jurídico do caso concreto, que deriva da subsunção do estado de fato aos princípios jurídicos da norma.

Trazendo para o contexto desta monografia, o caso concreto a investigar é se a lei que derroga o direito dos servidores do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul- MPE-RS de exercer a advocacia é constitucional ou não?

Então para se chegar ao estágio de pronuncia do resultado jurídico (in) constitucionalidade das normas (capítulo 4) será preciso conhecer o estado de fato, nos seus mais relevantes aspectos. E neste sentido que serão dedicados os dois próximos capítulos.

Espera-se com isto, e, com o subsidio teórico apresentado até aqui, apurar por subsunção se o direito positivado pelas normas inferiores se amolda ao sentido dado pelas normas constitucionais, de modo a atender todos os preceitos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Logo, o atendimento ou não de apenas um destes preceitos será suficiente para determinação da inconstitucionalidade das normas envolvidas.

Nesta quadra, passamos a aprofundar o primeiro dos dois ofícios envolvidos nesta querela, o qual versa sobre o exercício profissional da advocacia.

O exercício profissional da advocacia

Após uma passagem pelos pressupostos de constitucionalidade, formas de controle, e embasamento teórico próprio do direito constitucional chegou a hora de aproximar nosso foco no tema abordado no presente trabalho, o qual diz respeito a (in)compatibilidade do exercício da advocacia pelos servidores do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. E nesta proposta, entende-se inviável discutir tal assunto, sem antes conhecer a fundo cada uma das profissões envolvidas no embate.

E neste capítulo será abordado especificamente o exercício profissional da advocacia notadamente a advocacia privada,⁴⁴ incluindo-se nesta:

a) o advogado empregado, que possui relação de emprego, nos termos dos artigos 18 à 21 da Lei 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - EOAB;

b) o advogado profissional liberal, como parte numa relação de trabalho, seja em sociedade simples de prestação de serviços de advocacia ou constituído em sociedade unipessoal de advocacia, conforme redação dos artigos 15 a 17 do EOAB.

Dissertar sobre o exercício profissional da advocacia, em poucas palavras, é tarefa árdua, por tamanha exigência, e vasta abrangência de possibilidades de abordagens que o tema permite. A vista do exposto, objetiva-se fazer o intróito ao assunto, com foco no agente responsável por tão brilhante e expressivo ofício. O advogado.

2.1 O advogado. Quem é este?

Parece oportuno, avançar os estudos a partir da etimologia da palavra, a fim de alcançar o conceito tradicional e técnico para

⁴⁴ O relevante exercício da advocacia pública, não será abordado nesta pesquisa, pois fuga aos meandros e ao alcance do objeto desta investigação, devendo ser alvo de prospecções outras.

posteriormente confrontar com o arcabouço legislativo que sustenta o exercício profissional da advocacia.

Em consulta ao Dicionário Português-Latino, depura-se que “Advogado, palavra de origem latina, equivale a *patronus*, *causidicus*, *advocatus*, que significa chamado para junto de, que advoga em juízo”.⁴⁵

O Dicionário Aurélio,⁴⁶ define que advogar é: “1. Interceder a favor de; 2. Defender em juízo; 3. Defender com razões e argumentos; 4. Exercer a profissão de Advogado.” Ainda, no mesmo glossário encontramos o sentido conferido à expressão Advogado como sendo “5. Indivíduo legalmente habilitado a advogar”.

Enquanto que, de forma objetiva, em sua versão eletrônica o Dicionário Michaelis⁴⁷ traz duas definições, com conotação talvez mais ampliada e condizente com o atual ofício da advocacia, e assim dispõe sobre o verbete advogar: “1. Defender (algo ou alguma coisa), judicial ou extrajudicialmente. 2. Interceder a favor de alguém, defender a profissão de advogado.”

Uma breve epítome dos excertos acima permite-nos concluir que o advogado é aquele tomado pela parte (litigante, interessado, representante, vítima, réu, etc) para não somente defender, mas também falar por ela, agir e intervir em seus interesses, fazer-se representar nos limites da lei, nos foros (judicialmente) e também fora destes (extrajudicialmente), fazendo-se valer de uma **habilitação para exercer a profissão**, ou seja, advogar.

Com a premissa de que o Direito constitui a história do homem em movimento, podemos crer que o exercício profissional

⁴⁵ TORRINHA, Francisco. **Dicionário Português-Latino**. Porto: Editorial Domingos Barreira, 1939. p. 41.

⁴⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

⁴⁷ **Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em: < <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues> >. Acesso em: 12 out. 2016.

da advocacia, se conduz no contexto histórico-social como responsável e participante do processo evolutivo tanto das normas quanto das sociedades mutantes, atuando, sobretudo, com postura cautelosa e até controladora da desenfreada dinâmica social.

Pari passu, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, em passagem do capítulo Sociedade e Tutela Jurídica, na obra Teoria Geral do Processo,⁴⁸ sustentam que a idéia do advogado está ligada à origem da sociedade e da cidadania. Não há sociedade sem direito e nesse sentido *ubi societas ibi jus*, ou seja, onde (está) a sociedade aí (está) o direito. De modo geral, as causas correm no foro da comarca onde a sociedade foi estabelecida. Por sua vez não há direito ou justiça sem advogados, instrumentos do chamado controle social.

Ao tratar a origem histórica do advogado Cristiane Vieira de Mello e Silva⁴⁹ apoiada pelos ensinamentos de José Reinaldo de Lima Lopes⁵⁰, apontam algumas distinções no campo do direito entre os povos gregos e romanos. Na Grécia não existia uma classe de jurista, nem um treinamento jurídico, com escolas de direito, existia sim, escolas de retórica, dialética e filosofia, onde se aprendia a argumentação com posterior uso forense. Mas foi em Roma que a profissão do advogado surgiu ou consideravelmente ganhou aceitabilidade e notoriedade. Nas palavras de Fábio Konder Comparato:

(...)no esplendor da República Romana como refere Cícero (De officio II, 66), os advogados ocupavam uma posição de primazia quanto à dignidade pública de seu múnus. Fazia parte dos *mores maiorum* que a atuação gratuita do arauto, em todas as causas

⁴⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 40.

⁴⁹ SILVA, Cristiane Vieira de Mello e. **O advogado: O menestrel da liberdade**. Revista IMES: Direito, São Caetano do Sul-SP, N° 8, p. 58 – 67, jan. 2004.

⁵⁰ LIMA LOPES, José Reinaldo de. **O direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonand, 2000. p. 34-35.

para as quais se solicitava o concurso do seu talento, fosse largamente recompensada com o prestígio social granjeado pelo causídico (grifo do autor).⁵¹

Em complemento ao recém exposto, o doutrinador Ives Gandra da Silva Filho, em artigo sobre a função social do advogado assevera:

(...)é exatamente neste império e sob o signo do Direito como instrumento maior da realização social que a profissão honrosa do advogado surge. Antes já houvera, textos existindo, por exemplo, de jurídicas defensas de Demóstenes na Grécia. É todavia em Roma que a função nobre do profissional capaz de testar a força e a legitimidade da lei ganhou relevância transcendental. Tão transcendental que o advogado não recebia salários, mas honorarias pelos seus serviços, delas advindo a expressão remuneratória da atualidade, qual seja, a de receber o advogado honorários.⁵²

Durante boa parte da história romana, os serviços advocatícios não eram remunerados, no entanto, com o crescimento das necessidades sociais da vida no império, esses serviços passaram a ser remunerados posteriormente.

Todavia, só a partir do segundo século da Era Cristã foi que a advocacia passou a ser uma profissão publicamente remunerada. Essa remuneração era feita sob três formas: *quota litis*, *palmario* e *redemptio*, segundo a lição de Roberto de Aguiar:

(...) *quota litis*, *palmario* e *redemptio*. A primeira representava uma percentagem sobre o valor da causa; a segunda, era um pacto condicional em que o advogado recebia somente no caso de

⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A função do advogado na administração da justiça**. Revista dos Tribunais, São Paulo, V. 694, p.44, ago. 1993.

⁵² MARTINS FILHO, Ives Gandra. **A função social do advogado**. Revista do Advogado, São Paulo, ano IV, nº 14, p. 95, jul./set. 1983.

vitória da lide; e a terceira era a substituição do constituinte pelo advogado, que assumia o risco da lide.⁵³

Ao tratar a relevância social do advogado, Raul Floriano da Silva, em brilhante aula, retoma que a figura do advogado surge com a prerrogativa concedida ao cidadão pelo Estado de acesso à Justiça, ainda antes de Roma e assim explica em sua obra:

No princípio, os advogados eram os amigos e os parentes do defendido, uma verdadeira confraria. Se não era lei, era o costume ao tempo de Moisés. Nas comunidades caldaicas, persas e babilônicas, o povo recorria aos sábios filósofos que orientavam com seus conselhos. Temerosos da força da sedução da Eloquência, os egípcios só admitiam a defesa por escrito, jamais a verbal. Era a defesa dos direitos individuais feita pelos advogados sem regras e sem leis restritivas. O prestígio auroral da eloquência só se impôs na Grécia, estimulado por Péricles na Tribuna do Foro, em Atenas, e regulamentada pelas leis de Draco e Sólon, que estabeleceram as restrições e proibições para o exercício da advocacia. Não podiam ser advogados e pleitear na Tribuna do Foro “as pessoas julgadas infames; como os que faltavam respeito a seus pais, os que recusavam defender a Pátria ou encarregar-se de outra função pública, os que cometiam escândalos públicos com um procedimento contrário ao pudor ou visitando pagodes; os que haviam dissipado a fortuna herdada de seus maiores.”⁵⁴

Ainda sobre as restrições, o mesmo autor, na obra retro citada, nos ensina que em Roma, se tornavam advogados apenas pessoas de alta categoria social, de alto padrão financeiro, relegado à nobreza e as pessoas de alto prestígio pessoal ou intelectual.

Em um salto temporal e espacial, avançamos ao Brasil Império, quando no 21º aniversário da independência do Brasil, em 1843, um seletto grupo de intelectuais reuniu-se e concebeu

⁵³ AGUIAR, Roberto A. R. de. **A crise da advocacia do Brasil**. São Paulo: Alfa Omega, 1991. p. 88.

⁵⁴ SILVA, Raul Floriano da. **A função social do advogado**. Revista de Direito Civil, São Paulo, ano V, p. 160, abr./jun. 1981.

uma nova entidade, o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Segundo narrativa de seu membro efetivo Eneá de Stutz e Almeida⁵⁵, inicialmente, a tarefa primordial desse Instituto seria a criação da Ordem dos Advogados Brasileiros (ou a Ordem dos Advogados do Brasil), o que só veio a ocorrer quando o IAB já contava com mais de noventa anos de existência.

Os advogados de então atuavam tanto nas questões ainda hoje imprescindíveis, quanto na política e ainda, na difícil tarefa de redação de todas as leis que substituiriam gradativamente a legislação portuguesa, à época, ainda em vigor.

Os primeiros cursos de Direito foram criados em 1827, assim, desde o final de 1831 já existiam advogados formados em território nacional, pois até então, todos logravam título em Coimbra.

O IAB, no período imperial se tratava de um órgão governamental, consultado pelo Imperador e seus auxiliares diretos, como também pelos Tribunais, para auxiliar com seus pareceres, as mais importantes decisões judiciais. Além disso, colaborava por intermédio de seus integrantes na elaboração de leis que governariam o País.

Na República, o IAB praticamente cessou suas atividades internas para redigir a primeira Constituição republicana (1891). Por conseguinte, até meados do século XX, grande parte do sistema normativo, bem como o melhor pensamento jurídico pátrio, transitaram pelo IAB, além de organizar os advogados como entidade de classe.

Em apurado artigo, Leon Frejda Szklarowsky,⁵⁶ faz um brilhante resgate da história do Instituto dos Advogados do Brasil, ensina que dele nasceu a instituição da Ordem, com a edição do

⁵⁵ALMEIDA, Eneá de Stutz e. **Instituto dos Advogados Brasileiros: História da Instituição**. Disponível em < <http://www.iabnacional.org.br/institucional/historia-da-instituicao>>. Acesso em 25 out. 2016.

⁵⁶ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Instituto dos advogados e o exercício da advocacia**. Revista Jurídica Consulex, Brasília, v. 13, n. 306, p. 30-33, out. 2009.

Decreto n.º 19.408, de 1930, pelo então presidente Getúlio Vargas. O artigo 17 deste decreto, determinava que a Ordem seria regida pelos estatutos votados pelo Instituto dos Advogados Brasileiros e aprovados pelo governo.

Em 1931 o decreto n.º 20.784, aprovou o regulamento da Ordem, que passou a vigorar somente em 31 de março de 1933. Em virtude das dificuldades encontradas para implantar a Ordem em todo o território nacional, o Decreto n.º 22.266, de 28 de dezembro de 1932, adiou para 31 de março de 1933 a execução do Regulamento, inicialmente prevista para 1º de maio de 1932. E o Decreto n.º 22.478, de 20 de fevereiro de 1933, aprovou e mandou consolidar, com as modificações posteriores introduzidas pelos Decretos n.º 21.592, de 1º de julho de 1932 e n.º 22.039, de 1º de novembro de 1932, os dispositivos regulamentares da Ordem dos Advogados do Brasil, que vigoraram com inúmeras alterações, até a promulgação da Lei n.º 4.215, de 1963.

No primeiro Regulamento da Ordem, além do advogado destaca-se a figura do solicitador e do provisionado que podiam se inscrever no quadro da Ordem. O texto que trata do exercício da advocacia no Decreto n.º 22.478, de 20 de Fevereiro de 1933, assim estipulava:

Art. 21. A inscrição no quadro de qualquer das seções da Ordem, comprovada pela carteira de identidade (art. 20), autoriza o exercício da profissão conforme este regulamento.

Art. 22. Em qualquer juízo, contencioso ou administrativo, civil ou criminal, salvo quanto a habeas- corpus a exercício das funções de advogado, provisionado, ou solicitador, sómente será permitida aos inscritos no quadro da Ordem e no goso de todos os direitos decorrentes, de acordo com este regulamento.

§ 1º No fôro criminal, sempre, o proprio acusado se poderá defender pessoalmente.

§ 2º Serão assinados por advogados, inscritos nos quadros da Ordem, todas as petições iniciais e de recurso, articulados e arrazoados, competindo-lhes a sustentação oral em qualquer instancia.

§ 3º Na primeira instancia das justiças estaduais, é facultada a advocacia aos provisionados segundo a legislação local depois de inscritos no quadro da Ordem.

§ 4º Compete aos solicitadores, incritos no quadro da Ordem, a assistencia das causas em juizo, recebendo as intimações para andamento dos feitos assinando os termos de recurso e os escritos não enumerados no § 2º, e praticando os átos de audiencia e cartorio.

§ 5º E' lícito aos advogados aos provicionados praticar todos os atos permitidos aos solicitadores.⁵⁷

E quanto aos critérios de admissão ao quadro dos advogados da ordem, eram as seguintes as exigências, além da capacidade civil:

I, ser bacharel, ou doutor, em direito, por faculdade reconhecida pelas leis da Republica, ou sob fiscalização permanente do Governó Federal, ao tempo da formatura ou ulteriormente (ficando entendido nessa conformidade o disposto no art. 1º do decreto n. 21.592, de 1 de julho de 1932); ou por faculdade de país estrangeiro, legalmente reconhecida, e confirmado o gráu no Brasil, salvo o disposto em tratados internacionais relativos ao reconhecimento reciproco de titulos;

II, ser brasileiro, nato ou naturalizado, e estar alistado como eleitor, salvo emquanto o não puder ser por motivo de idade.

Os estrangeiros serão admitidos nas mesmas condições estabelecidas para os brasileiros em seus respectivos países de origem, ressalvados os direitos das que, na data dêste decreto, já exercem a advocacia no Brasil;

III, não ser, nem estar proibido de exercer a advocacia;

IV, não estar, nem ter sido condenado por sentença, de que não caiba recurso ordinario, por qualquer dos seguintes crimes; incendio e outros de perigo comum (Codigo Penal, arts. 136, 140 e 144 a 147), prevaricação (Codigo Penal, artigos 207 e 209), peita ou suborno (Codigo Penal, arts. 214 a 218), concussão (Codigo Penal, arts. 219 e 220), peculato (lei n. 4.780, de 27 de dezembro

⁵⁷BRASIL. Decreto nº 22.478, de 20 de Fevereiro de 1933. Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22478-20-fevereiro-1933-507612-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 25 Out. 2016.

de 1923), abuso de autoridade (art. 232, Código Penal, e lei n. 4.780, de 1923), moeda falsa, falsidade de documentos e demais crimes de falsidade, punidos pela lei n. 4.780, de 1923, contrabando (Código Penal, art. 265), lenocínio (Código Penal, arts. 277 e 278, e lei n. 2.992, de 25 de setembro de 1915), fingimentos definidos no Código Penal, arts. 287 e 288, homicídio qualificado (Código Penal, arts. 294, e 39, §§ 6º e 10), destruição de livros e documentos (Código Penal, art. 326), furtos e apropriação indebita (Código Penal, arts. 330 e 334), falência fraudulenta (decreto n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929, arts. 169 e 173), estelionato, abuso de confiança e outras freudes (Código Penal, arts. 338 e 339, roubo (Código Penal, arts. 356 e 361), extorsão (Código Penal, arts. 362 e 363), os definidos nos arts. 1º a 5º da lei n. 4.294, de 6 de julho de 1921, contra a independência, a integridade e a dignidade da Pátria (arts. 87 e §§, 88, 89 e 91, do Código Penal; em geral, qualquer crime cometido com a agravante do § 11 do art. 39 do Código Penal, ou em quaisquer contravenções dos arts. 369, 373, 380 e, 381 do Código Penal, ou em qualquer crime ou contravenção definido nas leis que ulteriormente venham a modificar ou substituir os dispositivos acima citados, referentes às mesmas figuras delituosas;

V, gozar da boa reputação por sua conduta pública atestada por três advogados inscritos na Ordem.

Parágrafo unico. Os crimes políticos (salvo os acima enumerados), assim como as convicções ou atitudes políticas ou religiosas, por si sós, não impedirão a admissão no quadro da Ordem.⁵⁸

E quanto aos critérios de admissão ao quadro dos provisionados e solicitadores da Ordem, eram os seguintes requisitos, além da capacidade civil:

I, ter a provisão respectiva, com prazo legal, passada pela autoridade judiciária federal, ou local, competente, e registrada na Secretaria da Ordem.

Os alunos das Faculdades de Direito reconhecidas pelo Governo Federal, depois de concluírem o terceiro ano do curso

⁵⁸ Idem.

juridico, poderão, mediante simples requerimento, obter carta de solicitador;

II, preencher os requisitos dos ns. II, III, IV e V, do art. 13.⁵⁹

Assim o rábula, como é conhecido hoje, era aquele que sem possuir o completo curso de direito, obtinha autorização para postular em juízo em primeira instância, desde que tivesse a inscrição no quadro da ordem, seja como provisionado ou solicitador.

Em 1934, foi aprovado na sessão do Conselho Federal de 25 de julho, o primeiro Código de Ética Profissional para os advogados, aspiração já antiga da classe, dando cumprimento ao preceituado no art. 84, inciso III, do Regulamento da OAB, encerrando a discussão iniciada em 30 de maio de 1933.

Desde então, no decorrer da história brasileira em seu período republicano, os advogados, encontraram na OAB, o refúgio e unidade para com força política participar ativamente em todos os períodos, tanto em tempos serenos, quanto nos conturbados, com destaque para era sombria da ditadura, onde teve papel decisivo nos movimentos de redemocratização e abertura política que culminaram com advento da Constituição Federal de 1988 e aos dias de paz, liberdade e democracia que atualmente o Brasil vive.⁶⁰

E sobre o seu papel na sociedade e como a legislação ampara a atuação deste protagonista das liberdades e defensor do Estado Democrático de Direito que será tratado a seguir.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Em brilhante ensaio, a Ordem dos Advogados do Brasil apresenta em seu site um importante resgate histórico sobre a atuação da OAB em defesa do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <http://www.oab.org.br/historiaoab/defesa_estado.html>. Acesso em: 16 nov. 2016.

2.2 A função social do ADVOGADO

Atualmente a advocacia continua sendo uma das profissões de maior relevância no cenário social do Brasil e de outros países. Ser um advogado demanda dedicação, investimento financeiro, vocação, tenacidade, perseverança e um posicionamento ético que deve permear cada ação praticada pelo advogado. Também é uma das profissões mais fiscalizadas em nosso país.

Os atos praticados pelo advogado são considerados múnus público, pois transcende a atividade privada e tem como finalidade o bem comum, assim, a verdadeira justiça não pode prescindir da figura do advogado para alcançar seus nobres objetivos.

Tal entendimento é muito bem resumido pela doutrina de GRINOVER, DINAMARCO & RANGEL.

o advogado aparece como integrante da categoria dos juristas, tendo perante a sociedade a sua função específica e participando, ao lado dos demais, do trabalho de promover a observância da ordem jurídica e o acesso dos seus clientes à ordem jurídica justa.

61

Segundo o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, advogado é o bacharel em direito, inscrito no quadro de advogados da OAB, que exerce atividade de postulação ao Poder Judiciário, como representante judicial de seus clientes, e atividades de consultoria e assessoria em matérias jurídicas.

Em face da relevância que a profissão do advogado foi ganhando ao longo do tempo, no cenário social e na construção de um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988, ora vigente, deu a advocacia status constitucional de garantia, estabelecendo a imprescindibilidade do advogado à administração da justiça, segundo preconiza o artigo 133, o qual diz que: “O

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 256.

advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”⁶²

Nesse mesmo sentido, o artigo 2º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil reforça a indispensabilidade do advogado e estabelece ser “o advogado indispensável à administração da justiça”.⁶³

Um dos mais destacados processualistas brasileiro, já em falta, Ovídio Araújo Baptista da Silva, ao tratar a capacidade postulatória, ensina que a legislação veda que os interessados realizem pessoalmente os atos processuais e requeiram em juízo sem a assistência de uma pessoa especializada e legalmente habilitada, dotada do chamado *jus postulandi*:

As partes desde que dotadas de capacidade processual, devem, mesmo assim, estar representadas em juízo por advogado habilitado, o que significa dizer advogado em pleno gozo de suas prerrogativas profissionais, a quem a parte haja outorgado o competente mandato para representá-la em juízo.⁶⁴

O notável processualista na mesma obra, em comentário sobre o exercício da advocacia, destaca a previsão no estatuto da advocacia do requisito para inscrição no quadro da ordem, que vem elencada no artigo 8º da Lei 8.906/1994, ou seja, Para exercer o direito de advogar o bacharel deve gozar de capacidade civil; ter diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada; ter título de eleitor e quitação do serviço militar; ser brasileiro; ter obtido aprovação em Exame de Ordem; não exercer atividade

⁶² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

⁶³ BRASIL. **Lei 8.906, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

⁶⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Volume I, 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1996. p. 203.

incompatível com a advocacia (art. 28); oferecer prova de idoneidade moral e prestar compromisso perante o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil.

Embora o artigo 2º da Lei nº 8.906/1994, releve a importância da indispensabilidade do advogado na administração da justiça, é importante trazer a baila que a Constituição Federal de 1988, no inciso I do artigo 98, trata da criação dos Juizados Especiais⁶⁵, o que foi disciplinada através da Lei nº 9.099/1995 que regulamenta os Juizados Especiais. Pois bem, conforme previsão do artigo 9º desta lei especial, a capacidade postulatória do advogado é inovada pela possibilidade de ingresso em juízo, sem que haja o patrocínio de um profissional com a respectiva capacidade postulatória, *in verbis*:

Art. 9º Nas causas de valor de até 20 (vinte) salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior a assistência é obrigatória. § 1º Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial na forma de lei local.⁶⁶

A proposta do legislador, em facultar a assistência do causídico nas demandas com valor inferior a 20 salário mínimos tem por escopo, propiciar a parte demandante a defesa direta dos seus interesses.

⁶⁵ **Constituição Federal de 1988** – Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau. Cf. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988)

⁶⁶ BRASIL. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

O que assim também acontece na Justiça Trabalhista, onde é possível que o empregado/trabalhador, reclamante, por seus próprios meios, acesse a justiça. Conforme previsão do artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, sendo mais umas das exceções do artigo 133 da Constituição Federal. Vejamos o que diz o regramento celetista:

Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

§ 1º - Nos dissídios individuais os empregados e empregadores poderão fazer-se representar por intermédio do sindicato, advogado, solicitador, ou provisionado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 2º - Nos dissídios coletivos é facultada aos interessados a assistência por advogado.

§ 3º A constituição de procurador com poderes para o foro em geral poderá ser efetivada, mediante simples registro em ata de audiência, a requerimento verbal do advogado interessado, com anuência da parte representada.⁶⁷

O Tribunal Superior do Trabalho, através do enunciado de sua Súmula 425, dispõe acerca de algumas limitações ao instituto previstas no art. 791 da Consolidação das Leis Trabalhistas, e vem a restringir o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho:

Súmula nº 425. O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.⁶⁸

⁶⁷ BRASIL. Decreto Lei n 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

⁶⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 425. Jus Postulandi na Justiça do Trabalho. Alcance. Res. 165/2010, DEJT divulgado em 30.04.2010 e 03 e 04.05.2010. Disponível em <

Assim, o aparente conflito existente entre a aplicação das normas mencionadas no texto constitucional no artigo 133 e o *jus postulandi* previsto nos juizados especiais em causas até 20 salários mínimos, bem como na justiça trabalhista nas ações reclamatórias nas Varas do Trabalho e Tribunais Regionais do Trabalho em nada diminui o múnus público do advogado, mas sim faculta à parte, a opção por outorgar poderes ao causídico.

A anteceder a parte final deste tópico é conveniente esclarecer que embora o advogado exerça função de reflexo público e indispensável, ele possui independência funcional, inviolabilidade e imunidade profissional conferida pelo Estatuto da Ordem dos Advogados.

Ressalte-se ainda, que a presença do advogado no quadro constitucional reforça a inexistência de hierarquia entre os participantes da relação processual, inexistindo subordinação entre juiz, membro ministerial e advogado, conforme redação do artigo 6º do Estatuto da Advocacia: “Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.”⁶⁹

Há de se observar ainda, que o advogado é um homem público sobre o qual não é possível pairar quaisquer dúvidas sobre a conduta tanto profissional, quanto pessoal.

Assim o é, não por um exercício de hermenêutica, mas por expressa disposição legal. A intimidade do profissional da advocacia e a sua necessária privacidade são mitigadas pelo *munus* que ele exerce.

E foi com esta preocupação que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, instituiu um novo e moderno

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-425>. Acesso em: 23 out. 2016.

⁶⁹ BRASIL. **Lei 8.906, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

código de ética e disciplina para os advogados, prevendo não só as condutas exigíveis mas principalmente deveres que devem reger suas vidas profissionais. E sobre isto que as próximas linhas serão dedicadas.

2.3 A advocacia nos limites da moral e da ética

As disposições constantes no novo Código de Ética e Disciplina da Advocacia da OAB ⁷⁰ entraram em vigor no dia 1º de setembro de 2016, norma que regulamenta as condutas da advocacia brasileira no exercício da profissão. A necessidade de alteração do Código de Ética e Disciplina original, de 1995, foi uma imposição das novas necessidades enfrentadas pela advocacia brasileira.

O Código de Ética e Disciplina difere-se do Estatuto por tratar-se de um código deontológico, isto é, que trata dos deveres do advogado, e não de seus direitos. Segundo o preâmbulo do novo Código de Ética e Disciplina da Advocacia, o Conselho Federal da OAB norteou-se pelos princípios que formam a consciência profissional do advogado e representam imperativos de sua conduta.

O novo Código de Ética e Disciplina está dividido em três partes: Título I – Da Ética do Advogado, Título II – Do Processo Disciplinar, Título III – Das Disposições Gerais e Transitórias.

Em apanhado breve, encontramos no primeiro título, em seu capítulo inaugural, os princípios fundamentais que devem reger a ética do advogado. Destaca-se no parágrafo único do artigo 2º, os deveres do advogado, sendo esse rol complementado por diversas outras disposições ao longo de todo documento, conforme detalhado a seguir.

⁷⁰ BRASIL. Conselho Federal da OAB. **Resolução 02/2015**. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil –OAB. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/Content/pdf/novo-ced.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2016.

O segundo capítulo dispõe de forma explícita sobre a advocacia pública; o terceiro capítulo pontua sobre como deve ser a relação do advogado com seus clientes; o capítulo IV trata da urbanidade e respeito que o causídico deve estabelecer nas suas relações com os colegas de profissão, agentes políticos, autoridades, servidores públicos e terceiros em geral.

Entre as inovações trazidas pelo novo código está a advocacia *pro bono*, com redação no capítulo V, que possibilita a advocacia gratuita aos necessitados economicamente. Ressalte-se que a advocacia *pro bono* era vedada no código antigo, que vigorou por vinte anos.

Enquanto o próximo capítulo do novo código vem exigir maior rigor ético aos dirigentes da OAB, os capítulos VII, VIII, IX, versam respectivamente sobre o sigilo profissional, a publicidade profissional⁷¹ e sobre os honorários profissionais, assim encerrando o primeiro título.

O Título II, por sua vez, versa sobre o processo disciplinar, onde no primeiro capítulo regula todo mecanismo procedimental e no segundo capítulo define os órgãos disciplinares e suas atribuições. O sistema disciplinar da Ordem dos Advogados do Brasil é composto pelos tribunais de ética e disciplina que possuem regimento interno próprio e pelas corregedorias-gerais com atribuições voltadas para diminuir o número de ocorrência das infrações disciplinares mais frequentes.

O título derradeiro estabelece as disposições gerais com orientações de transição e prazos para adequações das seccionais a fim de implementar integralmente o código de ética e disciplina.

É de enaltecimento também, que a partir da vigência do novo código deontológico, passou a ser princípio ético do advogado, o estímulo aos meios extrajudiciais de resolução de litígios, como mediação e conciliação, prevenindo a instauração de

⁷¹ Destaca-se outra inovação no *novel codex*, que é a permissão de publicidade dos serviços dos advogados por meios eletrônicos, como redes sociais, desde que tenha caráter meramente informativo, e prime pela discrição e sobriedade, sem tentativa de captação de clientela.

processos judiciais. Isto posto conforme a redação do parágrafo único do artigo 2º, em seu inciso VI.

A ética na advocacia constitui-se no conjunto de princípios e regras de natureza moral que regem a atividade do advogado, a qual, considerando o interesse social e a responsabilidade a ela inerentes, demanda a observância de determinados padrões de comportamento que dão dignidade ao trabalho profissional e procuram uniformizar a disciplina da categoria.

Como ensina o ilustre professor Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira⁷², o advogado é um defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social, cumprindo-lhe exercer o seu ministério em consonância com a sua elevada função pública e com os valores que lhe são inerentes à Ética.

Assim, conclui-se que o advogado no exercício de sua profissão, tem que conservar a ética e idoneidade moral intactas. Não à toa, um dos bordões que aprendemos desde as cadeiras iniciais de graduação do curso de direito é que “o maior patrimônio do advogado é sua reputação”. Burlar regras para conseguir mais clientes ou conseguir algo de seu interesse prejudicando terceiros, é um péssimo caminho a seguir, principalmente para os advogados iniciantes que sequer auferem um salário mínimo nos primeiros meses de atuação.

Dessa forma, ainda percebe-se que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ao instituir inovações ao código de Ética e Disciplina, estabelece os limites para atuação da boa advocacia. São balizas que o advogado deve estar atento e respeitar. Ultrapassar tais balizas pode significar atalhos para caminhos financeiramente atraentes, mas, que aos atentos olhos da verdade e da justiça, serão coibidos pelos competentes órgãos

⁷² OLIVEIRA, Marco Aurélio Moreira de. **Justiça e Ética**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 50.

disciplinares da OAB, através de procedimentos próprios adequados conforme a infração disciplinar cometida.

O advogado deve ter consciência de que o Direito é um meio de mitigar as desigualdades para o encontro de soluções justas. E o advogado tem a missão de fazer com que a lei seja um instrumento para garantir a igualdade de todos. É missão, também, salvaguardar o direito alheio, no estrito cumprimento do seu dever ético, pois do contrário, estará sob pena de cair nos auspícios do código deontológico e responder ao escorreito processo disciplinar.

Pontuado sobre o exercício da advocacia, adiante avançamos para conhecer o ofício da outra parte envolvida nesta investigação. Os servidores públicos pertencentes ao quadro auxiliar do MPE-RS.

O ofício do servidor do MPE-RS e seu regime jurídico

O estudo realizado sobre o exercício profissional do servidor do quadro auxiliar do Ministério Público do Rio Grande do Sul encontra guarida, fundamentalmente, nos ensinamentos do Direito Constitucional e Direito Administrativo.

Por opção didática, serão apresentados conceitos fundamentais que permitam identificar na doutrina e nas legislações vinculadas, os conceitos basilares relacionados com o serviço público e como são tratados pelo direito administrativo e constitucional bem como são recepcionados na interpretação da suprema corte brasileira.

Com o entendimento de tais conceitos, como serviços públicos, agentes públicos, agentes políticos, servidores públicos, deseja-se situar o Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul e seu quadro de servidores no plano organizacional desta essencial instituição tão almejada pela carta política de 1988 e assim subsidiar a discussão futura quanto ao objeto da presente problemática, qual seja a (in)constitucionalidade das vedações ao exercício profissional da advocacia, impostas aos referidos servidores.

Diverso é o entendimento na doutrina para se definir com precisão, serviços públicos. Tal expressão, além de admitir mais de um sentido, pode variar em decorrência de como estão estipuladas as funções de Estado.

Carvalho Filho, prega dois sentidos fundamentais para definir serviços públicos, o primeiro sentido é subjetivo, levando em conta os órgãos do Estado que executam as atividades voltadas a coletividade. O segundo sentido é objetivo, e diz respeito à atividade em si, sendo o Estado e seus agentes os prestadores de serviço. E por fim, conceitua serviço público como “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob

regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.”⁷³

O saudoso professor lusitano Marcelo Caetano, na última edição de sua obra de referência define: “Chamamos serviço público ao modo de atuar da autoridade pública a fim de facultar, por modo regular e contínuo, a quantos deles careçam, os meios idôneos para satisfação de uma necessidade coletiva individualmente sofrida.”⁷⁴

Ao seu turno, Maria Sylvia Zanella di Pietro, considera serviço público “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente de direito público.”⁷⁵

Em sentido similar, na doutrina pátria encontramos a definição atualizada na obra do saudoso Hely Lopes Meirelles: “Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.”⁷⁶

Estabelecido um parâmetro doutrinário, sem maiores delongas, partimos ao encontro da temática proposta, no sentido de aprofundar os estudos sobre aqueles que executam os serviços públicos.

⁷³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. rev. ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. p. 331-333.

⁷⁴ CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**. V. II. Lisboa: Coimbra Editora, 1973. p. 1.043.

⁷⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 1993. p. 80.

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 332.

3.1 Agentes públicos

Agente público é a pessoa que age em nome do Estado, vale dizer que são pessoas físicas que são investidas em cargo, emprego ou função pública, é o conceito que se denota na Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.⁷⁷

O termo ‘agente público’ está esculpido na doutrina pátria com certa unanimidade. Em síntese, colaciona-se aqui o conceito de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que diz que agente público é “toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”.⁷⁸

A expressão agente público possui abrangência ampla, desde as mais altas autoridades da República, como os chefes do Executivo e os membros do poder legislativo e judiciário, até os servidores que executam as mais diversas tarefas funcionando, como prepostos do Estado, tanto diretamente, como indiretamente.

A divergência doutrinária ocorre quando a tarefa é categorizar as diferentes classificações para os agentes públicos.

⁷⁷ BRASIL. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 08 nov. 2016.

⁷⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araujo. **Servidores Públicos na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-2.

Segundo lição de Hely Lopes Meirelles,⁷⁹ agente público é o gênero do qual se extrai 5 espécies: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados.

Celso Bandeira de Mello⁸⁰ admite 4 categorias similares que são: os agente políticos; servidores estatais (abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de direito privado); e particulares em atuação colaboradora com o poder público.

Maria Sylvia Zanella di Pietro⁸¹, de forma similar ao autor retro mencionado, classifica os agentes públicos em 4 categorias: agentes políticos; servidores públicos; militares; e particulares em colaboração com o Poder Público.

Em razão da diversidade de terminologias, será adotada na presente monografia, a classificação segundo a última doutrinadora citada. As duas categorias de agentes públicos que mais interessam à investigação, são os agentes políticos e os servidores públicos.

E nesta perspectiva que estas duas classes serão detalhadas, a fim de identificar quem elas são e possibilitar distingui-las enquanto inseridas na instituição Ministério Público. E em posterior análise do múnus público de tais agentes, pretende-se verificar se há eventuais impedimentos e/ou incompatibilidades com o exercício da advocacia, notadamente no capítulo derradeiro, oportunidade que será discutido a (in)constitucionalidade das normas.

⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burlle Filho. Op. cit., p. 75-84.

⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 53. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 250.

⁸¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araujo. Op. cit., p. 2.

3.1.1 Agentes Políticos

Os agentes políticos, na leitura de Lucas Rocha Furtado, “se caracterizam pelo exercício das atividades estatais básicas (de administrar, legislar ou julgar) e pela sujeição a regime jurídico diferenciado que lhes assegure independência funcional.”⁸²

Para Hely Lopes Meirelles, agentes políticos “são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de funções constitucionais.”⁸³O saudoso administrativista, ainda complementa que estes agentes possuem autonomia funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades a luz do princípio da legalidade e sob o crivo de normas especiais para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhe são privativos. Tais prerrogativas são concedidas aos agentes políticos não como privilégios pessoais, mas sim como garantias necessárias ao pleno exercício de suas funções.

Na ótica do doutrinador em comento, são agentes políticos:

- a) no poder executivo: os chefes de poder e seus auxiliares (presidente e seus ministros, governador, prefeitos e seus secretários);
- b) no poder legislativo: senadores, deputados federais, deputados estaduais e vereadores;
- c) no poder judiciário: juízes, desembargadores, ministros;
- d) membros do ministério público: procuradores da república e da justiça, promotores de justiça;
- e) membros dos tribunais de contas: ministros e conselheiros;

⁸² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 747-748.

⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. Op. cit., p. 77.

- f) representantes diplomáticos e demais autoridades que atuam com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do serviço público.

Celso Antônio Bandeira de Mello,⁸⁴ encontra uma definição mais restrita, e considera como agentes políticos apenas os elencados nas alíneas “a” e “b” acima. Tal entendimento se deve ao fato, que para o autor, a idéia de agente político está completamente atrelada à de governo e à de função política. Nestes casos suas funções envolvem atividade de governo, através de mandato, para qual são eleitos para cumprir a função política. Mas reforça a idéia de exceção para os auxiliares dos chefes de poder (ministros de estado e secretários estaduais e municipais), que são de livre escolha e providos em cargos públicos, mediante nomeação do respectivo chefe.

Maria Sylvania Zanella di Pietro⁸⁵ filia-se ao entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, contudo admite que atualmente existe uma tendência em reconhecer os membros da magistratura (incluindo Tribunais de Contas, por equiparação) e do Ministério Público como agentes políticos. Aos primeiros se justificaria não porque suas decisões sejam consideradas políticas ou que participem do governo, mas sim, porque suas funções estão atreladas ao exercício de soberania do Estado, enquanto *múnus* jurisdicional, em última instância com o dever de dizer o direito.⁸⁶

Em relação aos membros do Ministério Público, a inclusão nesta categoria tem sido justificada pelas funções de controle que

⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 248.

⁸⁵ PIETRO, Maria Sylvania Zanella di; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araujo. Op. cit., p. 4-5.

⁸⁶ Neste sentido, o STF, no RE 228.977/SP, relator Ministro Néri da Silveira, referiu-se aos magistrados como “agentes políticos, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica” (DJ de 12-04-2002).

lhes foram atribuídas na Constituição de 1988 (art. 129), com especial atenção ao seu inciso II.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhes forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhes vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (grifo nosso).⁸⁷

Hugo Nigro Mazzilli, ao abordar a natureza jurídica do Ministério Público, parece não deixar dúvida que os membros desta instituição essencial à justiça são agentes políticos em razão da atividade estatal que exercem, por absoluta determinação constitucional. Assim leciona:

⁸⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. cit..

O Ministério Público é um órgão do Estado (não do governo, nem do Poder Executivo), dotado de especiais garantias, ao qual a Constituição e as leis cometem algumas funções ativas ou interventivas, em juízo ou fora dele, para a defesa de interesses da coletividade, principalmente os indisponíveis e os de larga abrangência social.⁸⁸

Salienta-se que tanto os membros do Poder Judiciário quanto do Ministério Público, possuem forma de investidura por concurso público de provas e títulos, já em relação aos vínculos com o Poder Público, sua situação iguala-se à dos servidores públicos, contudo, estão submetidos a estatutos próprios.

Wallace Paiva Martins Junior,⁸⁹ em passagem elucidativa perfeitamente distingue as duas categorias de pessoas físicas investidas como agentes públicos do Ministério Público. Exercendo a atividade-fim encontramos os agentes políticos na pessoa dos membros ministeriais e desenvolvendo atividade-meio, temos os servidores públicos. E destes que será tratado agora.

3.1.2 Servidores Públicos

Assim como não existe unanimidade entre os doutrinadores para definir serviço público, também não se encontra consenso para estabelecer um conceito genérico para aquele que detém atribuição de servidor público.

Em textos legislativos, a terminologia Servidor Público é expressão empregada basicamente com dois sentidos.

Encontra-se tal entendimento na Constituição Federal, quando no seu terceiro Título que trata da Organização do Estado, deparamos com três seções no Capítulo VII, concernente a Administração Pública. Vejamos:

⁸⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 35-36.

⁸⁹ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Ministério Público: a constituição e as leis orgânicas**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 23-24.

A seção I contém disposições gerais, e neste caso “o servidor público” encontra um sentido amplo onde privilegia normas que contemplam todas as pessoas que prestam serviços à “Administração Pública Direta e Indireta” (Art. 37 da CF/88),⁹⁰ o que possui uma abrangência maior do que na seção seguinte.

A seção II versa restritamente sobre os “servidores públicos”. O sentido encontra limitações porque a expressão é usada para designar as pessoas que prestam serviços com vínculos empregatícios à Administração Pública direta, autarquias e fundações públicas (Art. 39 da CF/88),⁹¹ portanto excluindo as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações de direito privado instituídas pelo poder público.

Num quadro comparativo Maria Sylvia Di Pietro observa:

Servidor público é expressão empregada ora em sentido amplo, para designar todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Pública Indireta, com vínculo empregatício, ora em sentido menos amplo, que exclui os que prestam serviços as entidades com personalidade jurídica de direito privado.⁹²

Quanto à seção III, a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 18 de 06 de fevereiro de 1998, houve uma mudança de tratamento. Onde antes tínhamos os militares classificados como “servidores públicos militares”, com o texto reformador, a seção passou a ser denominada “Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”. Por certo, não há

⁹⁰ **Constituição Federal de 1988** - Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). Cf. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. op. cit..)

⁹¹ **Constituição Federal de 1988** - Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. (Vide ADIN nº 2.135-4) Cf. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. op.cit..)

⁹² PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araujo. Op. cit., p. 1-2.

mais razões para considerar os militares como sendo servidores públicos, tal qual antes fazia o texto constitucional.

Segundo doutrina de Maria Sylvia Zanella di Pietro⁹³ os servidores públicos em sentido amplo compreendem três subespécies: servidores estatutários, empregados públicos e servidores temporários:

Os **servidores estatutários**, a primeira subespécie a ser analisada, são aqueles que estão submetidos ao regime estatutário, ocupantes de cargos públicos estabelecidos por lei em cada unidade da federação e investidos por concurso público. A criação, modificação e extinção de cargos decorrem de iniciativa legislativa do chefe de poder, ou instituição o qual detenha autonomia administrativa para gerir seus cargos. Qualquer modificação no regime estatutário será um ato unilateral do poder legislativo provocado pelo gestor administrativo responsável conforme definição constitucional e legislação complementar. Vale aqui ressaltar que os servidores ao se submeterem ao regime estatutário, no ato de posse, não há possibilidade de modificação das normas vigentes por meio de contrato, ainda que com a concordância da Administração e do servidor. Eis que as normas estatutárias são pré-estabelecidas, de ordem pública, cogentes, não derogáveis pelas partes.

A segunda subespécie, os chamados **empregados públicos** são contratados pelo ente estatal com vínculo de trabalho revestido de natureza contratual, e, portanto, sob regime da legislação trabalhista, assim como os estatutários, sua investidura também é por meio de concurso público, no entanto não ocupam cargos públicos, mas sim empregos públicos. Como seu regime é celetista, a competência para legislar é privativa da União (art. 22, I, da Constituição) não podem Estados e Municípios derogar outras normas da legislação trabalhista. Entretanto, embora sujeitos a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), submetem-se a todas as

⁹³ Ibidem, p. 5.

normas constitucionais referentes a requisitos para a investidura, acumulação de cargos, vencimentos, entre outras previstas no Capítulo VII, do Título III, da Constituição.

Por fim, a terceira subespécie, os denominados, **servidores temporários** são admitidos para atender necessidade de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal. Estes seguem regime especial a ser disciplinado em lei por cada unidade da federação. Portanto, diferentemente das outras duas categorias, eles exercem função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público.

3.2 A investidura no serviço público

Estabelecidas estas três subespécies de servidores públicos (sentido amplo) é necessário conhecer as diversas formas de investidura no serviço público, sejam em cargos, empregos ou funções.

Com base na doutrina de José dos Santos Carvalho Filho,⁹⁴ verifica-se que a investidura retrata uma operação complexa, constituída de atos do Estado e do interessado que decorrem no provimento do respectivo servidor. E cita os três principais atos administrativos de investidura:

i) Nomeação – é o ato que materializa o provimento originário, tratando-se de cargos efetivos somente será nomeado aqueles que tenham atendidos os requisitos legais de investidura, bem como tenha sido aprovado em concurso público, enquanto que nos cargos em comissão o concurso é dispensável para nomeação.

ii) Posse – é o ato pelo qual onde são atribuídos as prerrogativas, os direitos e os deveres do cargo. É o ato que completa a investidura, sendo a condição para o exercício da função pública.

⁹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 643-644.

iii) Exercício – representa o efetivo desempenho das funções atribuídas ao cargo. É o exercício que vai garantir o direito de retribuição pecuniária.

Com um entendimento mais complexo, segundo a clássica doutrina de Hely Lopes Meirelles, investidura é o ato ou procedimento legal pelo qual os agentes públicos se vinculam ao Estado, sendo variável na forma e nos efeitos conforme a natureza do cargo, do emprego, da função ou do mandato que se atribui ao investido. O doutrinador classifica a investidura em 7 formas distintas: administrativa, política, originária, derivada, vitalícia, efetiva, e em comissão.⁹⁵

a) Investidura administrativa – é toda aquela que vincula o agente ao cargo, função ou mandato administrativo, desde que cumpridos os requisitos de capacidade e idoneidade que a lei estabelecer. A forma usual é a nomeação, por decretos ou portaria, mas admite a admissão, a designação, a contratação e a eleição administrativa, nos termos regulamentares, regimentais ou estatutários;

b) Investidura política – em regra, realiza-se por eleição direta ou indireta, mediante sufrágio universal. Entretanto, também se considera investidura política a dos altos cargos do Governo, como os de Ministros, Secretários de Estados e Municípios, Ministros dos Tribunais Superiores, Procurador-Geral da República e de Justiça. A diferença da regra para exceção é que os eleitos exercem mandato por tempo certo, somente podendo ser cassado pelo plenário da respectiva corporação, enquanto que os nomeados em cargo em comissão (de confiança) são exoneráveis *ad nutum*, a qualquer tempo conforme a discricionariedade do chefe de poder;

c) Investidura originária e derivada – a investidura originária trata da primeira nomeação para o cargo ou função

⁹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. Op. cit., p. 82-84.

pública, enquanto a investidura derivada é como o próprio nome indica, depende de ulterior vinculação do agente e pode ocorrer nos casos de promoção, transferência, remoção, reintegração, etc;

d) Investidura vitalícia – é o provimento no cargo em caráter perpétuo, como ocorre sob a égide da Constituição Federativa do Brasil nos casos dos Membros da Magistratura (art. 95, I), Membros do Tribunal de Contas (art. 73, §3º) e Membros do Ministério Público (art. 128, § 5º, 'a'), que só podem ser destituídos do cargo por sentença judicial transitada em julgado;

e) Investidura efetiva – esta é própria dos cargos do quadro permanente da Administração para o desempenho de atividades técnicas e administrativas do Estado. Tem caráter de definitividade, pois o servidor público goza de estabilidade no serviço após aprovação no estágio probatório. E tal estabilidade não se compara com a investidura por vitaliciedade, porque esta é muito mais rígida, no que concerne a manutenção do cargo pelo agente público;

f) Investidura em comissão – tem natureza transitória, para cargos ou funções de confiança, nesta modalidade o agente é provido mediante nomeação e exonerável *ad nutum*, a qualquer momento e independente de justificativa, geralmente é adequada aos agentes públicos de alta confiança com responsabilidades de direção e assessoramento;

Após discorrer sobre ampla apresentação conceitual, é possível distinguir as nuances que nos permitem identificar o cargo, o emprego e a função pública.

3.2.1 Cargo Público

Segundo a leitura de Lucas Rocha Furtado “é o lugar ocupado pelo agente na estrutura da Administração Pública”.⁹⁶ Para o autor, a organização da Administração Pública é formada

⁹⁶ FURTADO, Lucas Rocha. Op. cit., p. 739.

por entidades públicas, que são divididas em unidades internas de atribuição denominadas órgãos públicos. E os agentes públicos são distribuídos e lotados nos diversos órgãos em seus respectivos cargos públicos.

A existência de cargo público está condicionada a existência de uma lei anterior que o definiu, logo está condicionada ao regime jurídico estatutário, ou seja, vinculada ao regime jurídico público. Neste caso, o lugar ocupado pelo agente público, independe de ser agente político ou servidor público, pois ambos estão dentro da estrutura da Administração Pública estatal ocupando um cargo público.

O ilustre administrativista reforça que o regime jurídico é estatutário porque é disciplinado por um estatuto jurídico legal e cita: i – os servidores públicos federais são regidos pela Lei nº 8.112/90; ii – os magistrados pela Lei Complementar nº 35/79; iii – os membros do Ministério Público regidos pela Lei Complementar nº 75/93.

São características do cargo, que devem ser definidas em lei: as atribuições; a denominação; a remuneração; e as responsabilidades.

Neste sentido, em destacada obra, ao comentar artigo por artigo o Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio Grande do Sul, Heriberto Roos Maciel & Sandra Regina Andreatta definem:

Cargo público é um conjunto de atribuições e responsabilidades distribuídas conforme a natureza e competência dos diversos órgãos públicos, com nome certo (denominação própria), número determinado (vagas criadas por lei) e remuneração específica (padrão de vencimento ou subsídio do respectivo cargo)[grifos do autor].⁹⁷

⁹⁷ MACIEL, Heriberto Ross; ANDREATTA, Sandra Regina. **Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio Grande do Sul: Comentado artigo por artigo**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 28.

Similar é o estampado no texto legislativo do artigo 3º, do antes referido Estatuto e Regime Jurídico, entretanto, sua interpretação é limitada a espécie servidores públicos, e não ao gênero agente público. Vejamos:

Art. 3º. Cargo público é o criado por lei, em número certo, com denominação própria, consistindo em conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um **servidor**, mediante retribuição pecuniária paga pelo cofres públicos (grifo nosso).⁹⁸

Fabício Motta, em autoria do segundo capítulo da obra coletiva *Servidores Públicos na Constituição de 1988* ensina que:

Alguns elementos que compõe o regime jurídico dos cargos públicos podem ser extraídos da própria constituição, como por exemplo, a criação por lei, como regra (art. 48, X, e art. 61, §1º, inciso II, a), e a remuneração (ou subsídio) fixada por lei específica, de acordo com a natureza, o grau de responsabilidade, a complexidade das atribuições e os requisitos para a investidura (art. 37, X, combinado com o art. 39, § 1º).⁹⁹

O autor reforça ainda que a iniciativa do processo legislativo tanto para criação de cargos, como empregos e funções públicas na administração direta, autárquica e fundacional é atribuída como regra¹⁰⁰ ao chefe do poder executivo (art. 61, § 1º, inciso II a da CF/1988). No entanto certas instituições possuem autonomia em razão das atribuições que lhe competem a

⁹⁸ RIO GRANDE DO SUL. **Lei Complementar 10.098, de 03 de fevereiro de 1994**. Dispõe sobre o estatuto e regime jurídico único dos servidores públicos civis do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em <<http://www.al.rs.gov.br/legiscomp/arquivo.asp?idNorma=527&tipo=pdf>>. Acesso em 15 nov. 2016.

⁹⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. Op. cit., p. 12-13.

¹⁰⁰ Embora o ensinamento corrente no direito constitucional e administrativo seja de que os cargos públicos devam ser criados, modificados e extintos mediante lei em sentido estrito, isto não se aplica aos cargos auxiliares do Poder Legislativo. Conforme dispõe o art. 51, IV, e 52, XIII, é de competência privativa da Câmara ou do Senado a criação de cargos auxiliares do Legislativo. Mas nos termos da parte final tanto do inciso IV do art. 51, quanto do inciso XIII do art. 52, o vencimento relativo a tais cargos auxiliares do Poder Legislativo deverá ser fixado mediante lei.

Constituição. Assim possuem reserva para iniciativa legislativa também os chefe do poder judiciário (art. 96, inciso II, a), do poder legislativo (art. 51, § 4º e art. 52, XIII), do Ministério Público (art. 127, § 2º), e dos Tribunais de Conta (art. 73).

E anotação especial merece a notória escrita de Celso Antônio Bandeira de Mello, que muito bem aponta a exceção à regra geral. E assim define os cargos públicos como:

(...) as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuída por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei, **salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo**, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas Casas (grifo nosso).¹⁰¹

Assim, conclui-se que a regra geral segundo a qual os cargos públicos serão criados mediante lei, encontra a exceção quando os cargos são relativos aos serviços auxiliares do Poder Legislativo. Ocasião que estes poderão ser criados mediante *Resolução*, da Câmara (art. 51, IV) ou do Senado (art. 52, XIII), ainda que seus vencimentos sejam fixados por lei.

Assim, por exemplo, para o Senado Federal **criar cargos** em sua estrutura, bastará aprovação de uma Resolução por parte da própria Casa. Contudo, para **fixar a remuneração** dos cargos criados, deverá o Senado aprovar um projeto de lei de iniciativa de qualquer Senador ou Comissão interna, encaminhar o referido projeto à Câmara dos Deputados e, após a aprovação em ambas as Casas, submetê-lo à sanção do Presidente da República.

Ao encontro do exposto, a decisão na ADI nº 3.599, que versa sobre a constitucionalidade da lei que altera a remuneração dos servidores públicos integrantes dos Quadros de Pessoal das casas do Congresso Nacional. A Excelsa Corte diz o direito:

¹⁰¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 254.

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Leis federais nº 11.169/2005 e 11.170/2005, que alteram a remuneração dos servidores públicos integrantes dos Quadros de Pessoal da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. 3. Alegações de vício de iniciativa legislativa (arts. 2º 37, X, e 61, § 1º, II, a, da Constituição Federal); desrespeito ao princípio da isonomia (art. 5º, caput, da Carta Magna); e inobservância da exigência de prévia dotação orçamentária (art. 169, § 1º, da CF). 4. Não configurada a alegada usurpação de iniciativa privativa do Presidente da República, tendo em vista que as normas impugnadas não pretenderam a revisão geral anual de remuneração dos servidores públicos. 5. Distinção entre reajuste setorial de servidores públicos e revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos: necessidade de lei específica para ambas as situações. 6. Ausência de violação ao princípio da isonomia, porquanto normas que concedem aumentos para determinados grupos, desde que tais reajustes sejam devidamente compensados, se for o caso, não afrontam o princípio da isonomia. 7. A ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo tão-somente a sua aplicação naquele exercício financeiro. 8. Ação direta não conhecida pelo argumento da violação do art. 169, § 1º, da Carta Magna. Precedentes : ADI 1585-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, DJ 3.4.98; ADI 2339-SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ 1.6.2001; ADI 2343-SC, Rel. Min. Nelson Jobim, maioria, DJ 13.6.2003. 9. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, na parte conhecida, julgada improcedente.¹⁰²

Em referência, colaciona-se outras decisões pertinentes ao tema na jurisprudência da Suprema Corte.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **ADI: 3599 DF**, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 21/05/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007 DJ 14-09-2007 PP-00030 EMENT VOL-02289-01 PP-00103 RTJ VOL-00202-02 PP-00569.

i) Sobre reserva legal para criação de cargos públicos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONDIÇÃO. OBJETO. DECRETO QUE CRIA CARGOS PÚBLICOS REMUNERADOS E ESTABELECE AS RESPECTIVAS DENOMINAÇÕES, COMPETÊNCIAS E REMUNERAÇÕES. EXECUÇÃO DE LEI INCONSTITUCIONAL. CARÁTER RESIDUAL DE DECRETO AUTÔNOMO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRECEDENTES. 1. É admissível controle concentrado de constitucionalidade de decreto que, dando execução a lei inconstitucional, crie cargos públicos remunerados e estabeleça as respectivas denominações, competências, atribuições e remunerações. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 5º da Lei nº 1.124/2000, do Estado do Tocantins. Administração pública. Criação de cargos e funções. Fixação de atribuições e remuneração dos servidores. Efeitos jurídicos delegados a decretos do Chefe do Executivo. Aumento de despesas. Inadmissibilidade. Necessidade de lei em sentido formal, de iniciativa privativa daquele. Ofensa aos arts. 61, § 1º, inc. II, a, e 84, inc. VI, a, da CF. Precedentes. Ações julgadas procedentes. São inconstitucionais a lei que autorize o Chefe do Poder Executivo a dispor, mediante decreto, sobre criação de cargos públicos remunerados, bem como os decretos que lhe dêem execução.¹⁰³

ii) Sobre reserva legal para alterações de atribuições no cargo público:

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. PORTARIA N. 286/2007. ALTERAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DE CARGO PÚBLICO POR MEIO DE PORTARIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. Contraria direito líquido e certo do servidor público a alteração, por meio de portaria, das atribuições do cargo que ocupa. 2. A inexistência de direito adquirido a regime jurídico não autoriza a reestruturação

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI: 3232 TO, Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 14/08/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-187 DIVULG 02-10-2008 PUBLIC 03-10-2008 EMENT VOL-02335-01 PP-00044.

de cargos públicos por outra via que não lei formal. 3. Segurança concedida.¹⁰⁴

iii) Sobre a nomenclatura, alteração, adequação e inexistência de direito adquirido a regime jurídico:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO. NOVO PLANO DE CARREIRA. CRIAÇÃO DE NOVOS CARGOS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. EQUIPARAÇÃO COM CARGO DE NOMENCLATURA DISTINTA, CUJAS ATRIBUIÇÕES SERIAM SEMELHANTES ÀS DO EXTINTO. OFENSA A DIREITO LOCAL. PRECEDENTES. 1. Esta Corte já pacificou o entendimento no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico. Assim, não viola os princípios da paridade constitucional e do direito adquirido a implementação de novo plano de carreira que, ao criar novos cargos, modifica a nomenclatura dos cargos antigos e o escalonamento hierárquico ao qual pertencia o servidor inativo, desde não haja redução dos proventos. 2. A questão relativa à identidade de atribuições entre o cargo extinto e o atual demanda a análise da legislação local, o que é vedado em recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 280/STF. 3. Agravo regimental não provido.¹⁰⁵

3.2.2 Emprego Público

Diante da perspectiva que no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, não há quadro de empregados públicos, a abordagem deste regime de serviço público se limitará à matéria em suas generalidades.

Segundo Fabrício Motta, o emprego público possui significado semelhante ao de cargo público, a diferença principal é

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS: 26955 DF**, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 01/12/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-070 DIVULG 12-04-2011 PUBLIC 13-04-2011 EMENT VOL-02502-01 PP-00010.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **AI: 601936 SP**, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 20/03/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012.

que a relação jurídica é regida pelas leis trabalhistas com o Estado sendo o empregador. Ou seja, é firmado um contrato de trabalho entre o empregado e o poder público. O regime de emprego público é obrigatório para entidades públicas que estão submetidas ao direito privado, são exemplos - fundações, empresas públicas e sociedade de economia mistas. O autor salienta que “ainda que não seja comum, é possível também a existência de empregos públicos na administração direta e entidades de direito público.”¹⁰⁶

E neste prumo, é válido o estudo sobre os efeitos da medida cautelar concedida pelo STF na ADI 2135. Tal investigação encontra repercussão, tendo em vista que enquanto vinculados ao regime celetista, os empregados públicos estão submetidos à Justiça do Trabalho e não mais, à justiça comum, como ocorre com os servidores ocupantes com vínculo ao regime estatutário. Eis a decisão:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ADI 2.135-MC. LEI MUNICIPAL QUE ADOTOU A CLT COMO REGIME JURÍDICO. ADI 3.395-MC. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AFRONTA. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. A reclamação é ação autônoma de impugnação dotada de perfil constitucional, prevista no texto original da Carta Política de 1988 para a preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (art. 102, “I”, da Lei Maior), e, desde o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, é instrumento de combate a ato administrativo ou decisão judicial que contrarie ou indevidamente aplique súmula vinculante. Agravo regimental conhecido e não provido.¹⁰⁷

¹⁰⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araujo. Op. cit., p. 14-15.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl: 16487 MG**, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 26/08/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-174 DIVULG 08-09-2014 PUBLIC 09-09-2014.

A partir da vigência da Lei 9.962/2000¹⁰⁸, que disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração pública federal direta, autárquica e fundacional e por imposição do artigo 61, § 1º, inciso II, 'a' da Constituição vigente, a criação de empregos públicos depende de iniciativa de lei do Presidente da República.

Por fim, cabe dizer que em linhas gerais o regime de emprego público guarda as mesmas sujeições dos detentores de cargos públicos como exigência de concurso público, existência de regras de acumulação, irredutibilidade de vencimentos, teto remuneratório, etc. Embora não gozem de estabilidade, recentemente o Supremo Tribunal Federal no RE 589998 entendeu que a dispensa dos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada por imposição dos princípios da impessoalidade e isonomia. Vejamos a ementa:

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

¹⁰⁸ BRASIL. Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9962.htm >. Acesso em: 15 nov. 2016.

da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.¹⁰⁹

3.2.3 Função Pública

A terceira forma de investidura, em sentido lato, compreende o exercício de atividades e atribuições nos diversos órgãos estatais, definidos em lei, não sendo necessário que o cidadão detenha cargo ou emprego público – como ocorre com jurados, membros de conselhos deliberativos ou consultivos de órgãos públicos. Aqui vale a máxima, todo cargo ou emprego público detém uma função pública, mas nem toda função pública está associada a um cargo e emprego público.

Sobre função pública, José dos Santos Carvalho Filho define que:

É a atividade em si mesma, ou seja, função é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados. Neste sentido, fala-se em função de apoio, função de direção, função técnica.¹¹⁰

O autor complementa ainda, que determinadas funções são suscetíveis de remuneração, em referência a expressão “função gratificada”, que nada mais é do que uma função especial, fora da rotina administrativa e normalmente de caráter técnico ou de direção do qual depende a confiança da autoridade superior. Em virtude da execução desta tarefa, o servidor recebe um acréscimo a seu vencimento. E daí decorre o significado estrito da palavra, que se materializa em referência ao constante no inciso V do artigo 37

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 589998**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2013, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral – MÉRITO. DJe-179. DIVULG. 11-09-2013. PUBLIC 12-09-2013.

¹¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 632-633.

da constituição, no tocante ao exercício da função pública por titulares de cargo efetivo.¹¹¹

3.3 O regime jurídico dos servidores do MPE-RS

Os servidores públicos também são denominados de agentes administrativos ou de servidores estatutários. E assim são conhecidos respectivamente porque desempenham atividades de natureza administrativa na administração pública e sua relação jurídica é disciplinada diretamente pelo Direito Administrativo.

Na leitura de José dos Santos Carvalho Filho, vimos que Regime Jurídico “é o conjunto de regras de direito que regulam determinada relação jurídica.”¹¹² O autor expõe ainda que no regime jurídico se definem diversos direitos e deveres para os servidores públicos.

Com referência as várias subdivisões da categoria dos servidores públicos, como já apresentado, é oportuno lembrar que muitas de suas peculiaridades variam exatamente em função do regime jurídico. Os regimes jurídicos moldam as subdivisões das categorias de servidores públicos.

Assim, em regra temos o regime estatutário para os servidores com investidura em cargos públicos efetivos e em comissão (exceção dos agentes políticos); o regime trabalhista ou de emprego público para os empregados públicos regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas, numa relação jurídica contratual; e o regime especial que disciplina a categoria de servidores temporários.

¹¹¹ **Constituição Federal de 1988** – Art. 37, V. As funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; Cf. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Op. cit..)

¹¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 620.

Na perspectiva que os envolvidos nesta pesquisa são os servidores do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, e que estes são servidores estatutários, será dado maior destaque ao regime jurídico destes agentes administrativos.

3.3.1 Regime Jurídico Estatutário

A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul vem dar cumprimento ao texto constitucional federal elencado no seu artigo 39 caput¹¹³. Vejamos o que diz o artigo 30 da Constituição Gaúcha:

Art. 30. O regime jurídico dos servidores públicos civis do Estado, das autarquias e fundações públicas será único e estabelecido em estatuto, através de lei complementar, observados os princípios e as normas da Constituição Federal e desta Constituição.¹¹⁴

Destaca-se que o legislador constituinte derivado-decorrente reproduz à risca a norma constitucional maior, com observância que trata o regime jurídico dos servidores como **único** e releva a importância ao dizer que o estatuto deverá ser estabelecido através de lei complementar, e não uma lei ordinária, justamente porque a primeira exige um quorum mais qualificado e representa a vontade da maioria absoluta dos parlamentares. Observa-se que tanto para criação da Lei Complementar como para eventuais alterações legislativa supervenientes deverá ser respeitado os princípios e as normas de ambas constituições.

No artigo seguinte a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul estabelece as diretrizes que devem estar contida na Lei Complementar que será o Estatuto Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis. Assim:

Art. 31. Lei complementar estabelecerá os critérios objetivos de classificação dos cargos públicos de todos os Poderes, de modo a garantir isonomia de vencimentos.

¹¹³ Vide notas explicativas nº 89 e nº 115.

¹¹⁴ RIO GRANDE DO SUL. **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1989**. Op. cit.

§ 1.º Os planos de carreira preverão também:

I - as vantagens de caráter individual;

II - as vantagens relativas à natureza e ao local de trabalho;

III - os limites máximo e mínimo de remuneração e a relação entre esses limites, sendo aquele o valor estabelecido de acordo com o art. 37, XI, da Constituição Federal.

§ 2.º As carreiras, em qualquer dos Poderes, serão organizadas de modo a favorecer o acesso generalizado aos cargos públicos.

§ 3.º As promoções de grau a grau, nos cargos organizados em carreiras, obedecerão aos critérios de merecimento e antigüidade, alternadamente, e a lei estabelecerá normas que assegurem critérios objetivos na avaliação do merecimento.

§ 4.º A lei poderá criar cargo de provimento efetivo isolado quando o número, no respectivo quadro, não comportar a organização em carreira.¹¹⁵

Ao definir o regime jurídico em sentido lato, em entendimento similar ao já exposto, Yuri Schneider¹¹⁶ conceitua que “é o conjunto de regras que compõem o universo de direitos, de deveres, de obrigações, de responsabilidades, de garantias, de vantagens, de proibições e de penalidades incidentes sobre determinadas relações sociais juridicamente qualificadas” e colaciona ainda que “os diplomas legais que tutelam os diversos regimes jurídicos recebem o nome de estatutos” (...) e com estas premissas conclui que “regime jurídico estatutário é o conjunto de regras averbadas em um estatuto cujo papel é estabelecer a regência normativa de determinadas relações sociais qualificadas pelo direito,” *in casu*, entre a relação jurídica servidor público e Estado.

Em empréstimo as lições da mesma obra, o autor salienta que existem servidores federais, estaduais e municipais e cada ente federado detém o seu regime jurídico próprio. Assim enquanto os

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ SCHNEIDER, Yuri. **Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio Grande do Sul: (comentários à Lei complementar 10.098, de 03.02.94)**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sapiens, 2013. p. 31-33.

servidores públicos federais são regidos pelo Regime Jurídico Único dos Servidores da União através da Lei nº 8.112/1990 os servidores públicos do estado do Rio Grande do Sul estão vinculados ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio Grande do Sul, conforme redação da Lei Complementar nº 10.098/1994.

Não há nenhuma relação ou dependência ou hierarquia entre os diferentes estatutos jurídicos de servidores. Assim não existe supremacia ou hierarquia entre os regimes da união e dos estados, assim como destes para os regimes jurídicos municipais.

Quanto à amplitude da aplicação da Lei nº 10.098/1994, ela abrange todos os servidores que atuam no aparelho administrativo estadual. Leia-se servidores do executivo, legislativo, judiciário¹¹⁷ bem como do Ministério Público, Tribunal de Contas, todos do Estado do Rio Grande do Sul.

¹¹⁷ O Conselho Nacional de Justiça - CNJ determinou a aplicação da Lei 10.098/1994-RS, a toda categoria de servidores do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, com a decisão no RECURSO ADMINISTRATIVO EM PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. LEI APLICÁVEL AOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO.1. A Constituição Federal estabelece, no artigo 39, que os Estados, assim como a União, o Distrito Federal e os Municípios “instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas”. Essa determinação foi cumprida pelo Estado do Rio Grande do Sul por meio da Lei Complementar n.º 10.098, em 1994, a qual preconiza que se destina a dispor “sobre o estatuto e o regime jurídico dos servidores públicos civis do Estado do Rio Grande do Sul, excetuadas as categorias que, por disposição constitucional, devam reger-se por estatuto próprio” (artigo 1º), definindo, ainda, que, para os seus efeitos, “servidor público é a pessoa legalmente investida em cargo público” (artigo 2º). 2. A Constituição da República não determina que os servidores do Poder Judiciário dos Estados da Federação devam ser regidos por um estatuto próprio, diverso da legislação aplicável aos servidores dos Poderes Executivo e Legislativo estaduais.3. Despida de razoabilidade a tese de que, mesmo após a edição da LC n.º 10.098/1994, os servidores de primeiro grau do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul continuaram a ser regidos Pela Lei n.º 5.256/1966, denominada “Estatuto dos Servidores da Justiça”. A categoria dos servidores do Poder Judiciário do Estado é única, embora os seus serventuários estejam distribuídos entre os órgãos de primeiro e segundo graus de jurisdição. 4. Recurso Administrativo a que se dá provimento a fim de conhecer do Pedido de Providência e julgá-lo procedente, para declarar aplicável a Lei Complementar n.º 10.098/1994, do Estado do Rio Grande do Sul, a toda a categoria dos servidores do Poder Judiciário do Estado inclusive no que se refere à instrução e julgamento dos Processos Administrativos Disciplinares. Cf. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - **Recurso Administrativo em Pedido de Providências - Conselheiro - 0003259-47.2011.2.00.0000** - Rel. CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA - 141ª Sessão - j. 14/02/2012).

Em nota especial, em comentário sobre o artigo inaugural da Lei nº 10.098/94, MACIEL & ANDREATTA¹¹⁸ reforçam que em conformidade com a Constituição Federal a expressão Ministério Público, abarca a instituição como um todo, tanto os cargos da carreira dos Membros (art. 127, caput, CF) quanto os seus serviços auxiliares (art. 127, § 2º), fazendo com que tantos os membros ministeriais quanto seus servidores venham a ter seus regimes jurídicos **próprios**. No entanto, atualmente somente os primeiros possuem tal privilégio estatutário, estando assegurados pelo Estatuto dos Membros do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Lei Estadual n.º 6.536, de 31 de janeiro de 1973 e ainda subsidiariamente, também são atendidos pelos ditames da Lei 10.098/94.

Portanto, por expressa disposição constitucional, nada impede que seja elaborado e submetido ao Parlamento Gaúcho um estatuto próprio dos servidores do quadro de pessoal dos serviços auxiliares do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Enquanto isto não ocorre, os mesmos estão submetidos à Lei 10.098/94.

E sobre tal possibilidade, em 27 de julho de 2010, o Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP expediu a resolução nº 60, na qual estipulava um prazo de 180 dias para que os Ministérios Públicos estaduais no âmbito de suas unidades federativas elaborassem e remetessem projetos de lei estabelecendo os planos de cargos, carreiras e salários dos seus servidores, regulamentando assim o artigo 37 da Constituição Federal, com regras claras sobre os cargos de provimento efetivo, que deveriam ser priorizados, as funções de confiança, que deveriam atender as determinações constitucionais, os cargos em comissão, que deveriam ser a exceção, o acesso ao cargo através do concurso público de ingresso, o acompanhamento do estágio probatório, o acesso às pessoas que necessitam de atenção especial,

¹¹⁸ MACIEL, Heriberto Ross; ANDREATTA, Sandra Regina. Op. cit., p.26.

a garantia ao direito à livre participação associativa e sindical, com percentual para o afastamento das funções para exercer estes cargos, regras sobre a remuneração, recomposição das perdas anuais, teto e piso salarial, vedação de acúmulo de cargos públicos e regras sobre previdência, sobre a percepção simultânea de aposentadoria com a remuneração do cargo, emprego ou função pública, sobre o afastamento para o exercício de mandato eletivo, e regras sobre os procedimentos administrativos disciplinares, com o estabelecimento de prazos prescricionais.¹¹⁹

Entretanto, os anos avançaram e o Ministério Público gaúcho ainda carece de normas estatutárias para os seus serviços auxiliares. A resolução nº 60, no dia 09 de junho de 2014, foi revogada pela resolução nº 109 do CNMP, motivada pela resposta constante no Procedimento Administrativo nº PCA. 0.00.000.002309/2010-14, de que os MPs estaduais haviam encaminhado satisfatoriamente o proposto na resolução anterior.¹²⁰

Assim, o que ocorre é que até a data de conclusão desta monografia, não havia nenhuma iniciativa de criação de regime próprio, nem sequer de plano de cargos, carreira e salários para este quadro de servidores. O que demonstra um tratamento politicamente diferenciado, visto que os membros ministeriais possuem regime jurídico próprio desde antes da promulgação das Constituições Federal e Estadual vigentes.

Também há de serem considerados os ditames constantes na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, (artigos 19 a 45)

¹¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 60, de 27 de julho de 2010.** Disciplina a estrutura dos serviços auxiliares do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/Resolucoes/Resolucao_nº60.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2016.

¹²⁰ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 109, de 09 de junho de 2014.** Disciplina a estrutura dos serviços auxiliares do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/Normas/Resolucoes/Resolucao_nº_109.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2016.

que estabelecem o regime jurídico constitucional dos servidores estaduais. Percebe-se nestes artigos, assim como na Lei nº 10.098/1994, que em nenhum momento o legislador previu dispositivo com qualquer vedação ao exercício da advocacia pelos servidores públicos.

A única vedação ao exercício da advocacia prevista na Constituição Estadual do Estado do Rio Grande do Sul é prevista para os membros do Ministério Público, o que não há de se confundir com os servidores do quadro auxiliar do *parquet* estadual, conforme já elucidado a partir do tópico 4.1.1. Nisto a Constituição Gaúcha é categórica, *in verbis*:

Art. 113. Aos membros do Ministério Público são estabelecidas:
 II - as seguintes vedações:
 b) exercer a advocacia;¹²¹

Vê-se também, que no artigo 109 da Constituição Estadual é assegurado a autonomia administrativa e funcional conforme o regulamento do Estatuto dos Membros do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul – Lei complementar 6.536/1973. Vejamos o estabelecido na Constituição gaúcha:

Art. 109. Ao Ministério Público é assegurada autonomia administrativa e funcional, cabendo-lhe, na forma de sua lei complementar:
 I - praticar atos próprios de gestão;
 II - praticar atos e decidir sobre a situação funcional do pessoal da carreira e dos **serviços auxiliares**, organizados em quadros próprios;
 III - propor à Assembléia Legislativa a criação e extinção de seus cargos e **serviços auxiliares**, bem como a fixação dos vencimentos de seus membros e servidores;
 IV - prover os cargos iniciais da carreira e dos **serviços auxiliares**, bem como nos casos de promoção, remoção e demais formas de provimento derivado;

¹²¹ RIO GRANDE DO SUL. **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1989**. Op.cit.

V - organizar suas secretarias e os **serviços auxiliares** das Promotorias de Justiça.

Parágrafo único. O provimento, a aposentadoria e a concessão das vantagens inerentes aos cargos da carreira e dos serviços auxiliares, previstos em lei, dar-se-ão por ato do Procurador-Geral (grifo nosso).¹²²

Ao observar os destaques para os incisos II, III, IV e V, vimos que o Ministério Público, através do chefe da instituição, detém os poderes para criação e extinção dos cargos do quadro de serviços auxiliares, bem como dos cargos dos próprios membros, mediante proposta de legislação ao parlamento gaúcho. Vimos também que o Procurador-Geral de Justiça é o responsável pelos provimentos derivados, entretanto, o constituinte derivado-decorrente não menciona quanto às modificações dos cargos e suas atribuições. Afinal foi esta a intenção do legislador constituinte estadual?

O professor Yuri Schneider explica que as disposições constantes na Lei 10.098/94, no que concerne aos servidores públicos, não têm caráter exaustivo. E explica que assim como nos artigos 37 a 41 da Constituição Federal e nos artigos já referidos da Constituição Estadual Gaúcha, o Estatuto dos Servidores do Estado do Rio Grande do Sul não esgota toda disciplina normativa relativa ao cargo público e ao seu titular. E ao socorro da lacuna deixada no texto constitucional, o professor elucida que:

Um exemplo básico desta questão, podemos encontrar na lei que institui o próprio cargo. Nela direitos, deveres, prerrogativas, requisitos específicos, entre outros itens, podem ser exigidos especialmente para o referido cargo, a par das disposições normativas já existentes na Lei n. 10.098/94 (grifo do autor).¹²³

¹²² Idem.

¹²³ SCHNEIDER, Yuri. Op. cit., p. 37.

No texto legal¹²⁴ podemos verificar que em relação aos cargos, criados, extintos e modificados também não há qualquer vedação ao exercício da advocacia pelos servidores do quadro auxiliar do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Não sendo possível encontrar restrições de impedimento ou incompatibilidade quanto às atribuições dos cargos, ou em qualquer outra parte do referido dispositivo.

Então de onde surge a celeuma que institui a vedação do exercício da advocacia pelos servidores do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul?

3.3.2 A Lei Ordinária Estadual nº 12.956/2008 e sua Natureza Jurídica

A resposta não se encontra pelo entendimento doutrinário supra, nem pelos excertos das jurisprudências citadas, nem pela expressão literal dos mandamos da Constituição Federal e Estadual do Rio Grande do Sul, que indicam a necessidade de que o Regime Jurídico dos Servidores Públicos seja Único, e por sua vez também não vem expressa em Lei Complementar como estabelecido nas referidas Constituições, nem nas legislações esparsas que criaram os respectivos cargos.

O surgimento da celeuma advém da promulgação da Lei Ordinária do Estado do Rio Grande do Sul, emanada por iniciativa do Procurador-Geral de Justiça e aprovada por maioria simples do parlamento gaúcho e sancionada pela Governadora Yeda Crusius em 05 de maio de 2008, sob o nº 12.956. A essência da lei restritiva está contida no seu artigo inaugural, *ipsis litteris*:

¹²⁴ RIO GRANDE DO SUL. **Lei Estadual nº 10.695, de 9 de janeiro de 1996**. Cria e extingue cargos no Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral de Justiça, redefine atribuições e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.mprs.mp.br/legislacao/id3629.htm> >. Disponível em: 17 nov. 2016.

Art. 1º - É vedado o exercício da advocacia pelos ocupantes de cargos dos Quadros de Pessoal de Provedimento Efetivo e de Cargos em Comissão e Funções Gratificadas da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Parágrafo único - A vedação de que trata este artigo estende-se a servidores que estejam cedidos ou adidos ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, enquanto perdurar a cedência ou o exercício na Instituição.¹²⁵

No exame da redação desta lei ordinária, vamos nos reportar mais uma vez aos auspícios da dogmática de Francesco Ferrara¹²⁶ ao tratar o controle substancial da existência da lei.

Segundo o jurista italiano, o controle substancial da existência das leis (e por analogia dos atos normativos emanados pelo poder público) é exercido a partir da análise de como “uma norma jurídica existe desde que surgiu e não se extinguiu ainda.”¹²⁷No presente contexto, a **Lei Estadual nº 12.956, de 5 de maio de 2008** existe desde então e dispõe sobre a vedação do exercício de advocacia a servidores dos Quadros de Pessoal da Procuradoria-Geral de Justiça - Serviços Auxiliares do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

A Lei é vigente, válida e eficaz, como vimos outrora, até que se prove em contrário pelos mecanismos de controle de constitucionalidade exercidos pelo poder judiciário em sede de controle repressivo difuso ou abstrato.

O exegeta, ao dizer o direito, *in caso*, o juiz ou Tribunal competente deverá analisar o dispositivo e poderá aplicar a interpretação das leis e atos normativos conforme a Constituição

¹²⁵ RIO GRANDE DO SUL. **Lei Estadual nº 12.956, de 5 de maio de 2008**. Dispõe sobre a vedação do exercício de advocacia a servidores dos Quadros de Pessoal da Procuradoria-Geral de Justiça - Serviços Auxiliares do Ministério Público do Rio Grande do Sul, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/Mo10/Mo100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=51659&hTexto=&Hid_IDNorma=51659>. Disponível em: 17 nov. 2016.

¹²⁶ FERRARA, Francesco. Op. cit., 119-125.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 119.

ou torná-lo nulo por completo por outro método hermenêutico cabível.

Após as considerações acerca do exercício da advocacia, bem como conhecido como se dá o ofício e o regime jurídico dos servidores do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fulcro na doutrina e jurisprudência apresentada, avançamos para as discussões necessárias para se determinar qual o standard de (in)constitucionalidade possui a norma restritiva do livre exercício profissional da advocacia pelos servidores do quadro auxiliar do Parquet gaúcho.

A (in)constitucionalidade das normas

Em breve retrospectiva, vimos no capítulo inaugural que o poder judicial deve recusar a aplicação de todas as normas que não tenham caráter jurídico, ou por falta das condições e formas constitucionais para o seu nascimento, ou por falta de competência e poder na autoridade que as emanou, ou enfim porque essas normas perderam a sua eficácia social em virtude de ab-rogação.

Depois de aprofundar as investigações sobre o exercício da advocacia bem como sobre o ofício dos servidores do MPE-RS e os regimes jurídicos os quais estão vinculados, chega o momento de verificar como se produzem os contatos entre o poder judiciário e o legislativo, ou seja, é necessário determinar qual(is) o(s) marco(s) do(s) limite(s) entre tais investigações e a constituição, e entre esta e a (in)constitucionalidade.

Faz-se mister discutir então a (in)constitucionalidade das normas envolvidas. E nesta perspectiva será apresentado o debate sobre o controle da estrutura normativa envolvida e seus pressupostos de vigência, validade, e eficácia *formal e material*. E assim pretende-se apontar em que medida e peso o poder judiciário pode cassar os poderes conferidos ao poder legislativo utilizando a régua chamada Constituição.

4.1 O Direito fundamental ao exercício profissional

A anteceder o cerne da discussão central desta monografia, merece adentrar em águas ao menos superficiais do Direito do Trabalho.

A finalidade do direito do trabalho é assegurar melhores condições de trabalho para o empregado (parte numa relação de emprego) e para o trabalhador (parte numa relação de trabalho).

Sergio Pinto Martins¹²⁸ ensina que as fontes do direito do trabalho são a Constituição, as leis, os decretos, os costumes, as sentenças normativas, os acordos, as convenções, o regulamento de empresa e os contratos de trabalho.

Como em todo ordenamento jurídico pátrio, no direito do trabalho é certo que a Constituição é hierarquicamente superior às demais normas, pelo já explanado princípio da supremacia da constituição.¹²⁹ O processo de validade das normas do ordenamento jurídico trabalhista está condicionado à conformidade desta supremacia constitucional.

Entretanto, em caso de antinomia jurídica em relação às demais fontes normativas do direito obreiro, deverá prevalecer aquela que for mais favorável ao trabalhador, o que torna relativo o princípio da verticalidade das normas, mas em nada abala o princípio da supremacia e da rigidez constitucional.

Na ausência de um conceito constitucional explícito para definir ‘trabalhador’, Amauri Mascaro do Nascimento assevera que: “a Constituição é aplicável ao empregado e aos demais trabalhadores nela expressamente indicados, e nos termos que o fez; ao rural, ao avulso, ao doméstico e ao **servidor público** (grifo nosso).”¹³⁰

Ao encontro dos entendimentos acima, decorrem o princípio da proteção, que pode ser desmembrado em três sub-princípios, os quais pela sua nomenclatura são autoexplicativos: (a) *in dubio pro operário*; (b) o da aplicação da norma mais favorável

¹²⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: Atlas. 2004. p. 73-80.

¹²⁹ O juspositivista Hans Kelsen, na obra *Teoria Pura do Direito*, sustenta o direito enquanto ordenamento jurídico assentado numa norma fundamental, no caso a norma superior é a Constituição. E define um escalonamento (*Stufenbau*) do ordenamento jurídico, cuja função é regular os órgãos e o procedimento da produção jurídica geral, ou seja, da legislação. Cf. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**; traduzido por J. Cretella Jr.; Agnes Cretella. 3ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 103.

¹³⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 34.

ao trabalhador; (c) o da aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador.

O princípio da proteção é notável também no plano do direito internacional. Encontramos a previsão de alguns direitos trabalhistas na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948. Vide:

Art. XXIII “1. Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho, e a proteção contra o desemprego. 2. Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário outros meios de proteção social. (...)”¹³¹

Sem embargo, as inspirações da Declaração Universal dos Direitos Humanos, projetaram a constitucionalização destes direitos em diversos países.¹³² Noutra obra Amauri Mascaro do Nascimento analisa as constituições de algumas nações, e destaca que o trabalho é tanto um direito como um dever, mas o ponto chave a ser observado diz respeito sobre o livre exercício profissional. Vejamos em detalhe os ditames constitucionais e suas relações com a Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Espanha, 1978: “Art. 35.1. Todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho, à livre escolha da profissão e

¹³¹ **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** ONU, 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2016.

¹³² Segundo Luis Roberto Barroso, os grandes marcos históricos que definiram decisivamente esse movimento de constitucionalização foram: o constitucionalismo do pós-guerra observado mais fortemente na Alemanha e na Itália e, no âmbito brasileiro, o processo de redemocratização política com a promulgação da Carta de 1988. (BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 14 out. 2016.)

ofício, à promoção por meio do trabalho a uma remuneração suficiente para satisfazer suas necessidades e as de sua família, sem que em nenhum caso possa se fazer discriminação em razão do sexo.”

Alemanha, 1949: “Art. 12.1. Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem”.

Chile, 1981: “Art. 16. Toda pessoa tem direito à livre contratação e à livre escolha do trabalho com uma justa retribuição.”

Itália, 1948: “Art. 4º. Cada cidadão tem o dever de exercer, segundo as próprias possibilidades e a própria opção, uma atividade ou função que contribua para o progresso material ou espiritual da sociedade (grifo nosso).”¹³³

No Brasil a relação do Direito do Trabalho com o Direito Constitucional é muito estreita. A Carta Magna estabelece uma série de direitos relativos aos trabalhadores de modo geral. São os direitos sociais expressos principalmente nos artigos 7º a 11 da Constituição Federativa do Brasil.¹³⁴

Ainda sobre os direitos sociais, Alexandre Moraes complementa que caracterizam-se “como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito”¹³⁵ e tem por finalidade “a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social”.¹³⁶ Tudo isso conforme o princípio fundamental em disposição no artigo 1º da Constituição Federal consagrado em seu inciso IV.

¹³³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 277-278.

¹³⁴ José Afonso da Silva classifica em duas espécies os direitos sociais relativos aos trabalhadores: (a) direitos dos trabalhadores em suas relações individuais de trabalho, que são os direitos dos trabalhadores do art. 7º e (b) direitos coletivos dos trabalhadores (arts. 8º a 11), que são aqueles que os trabalhadores exercem coletivamente ou no interesse de uma coletividade, a exemplificar, os direitos de associação profissional ou sindical, direito de greve, o direito de substituição processual, o direito de participação e o direito de representação classista. Cf. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 291.)

¹³⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Op. cit., p. 209.

¹³⁶ Idem.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Assim como os demais direitos sociais acima expostos, vem ao encontro da temática do presente ensaio, a liberdade relacionada à profissão. Trata-se do princípio do livre exercício profissional ou da liberdade profissional, que vem disposto no art. 5º, XIII da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(..)XIII é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.¹³⁷

Para José Afonso da Silva, o referido dispositivo confere liberdade de escolha de trabalho, ofício e de profissão bem como de exercer o que fora escolhido, de modo que o “**Poder Público não pode constranger a escolher e a exercer outro (grifo nosso)**”.¹³⁸

De acordo com os ensinamentos de Sarlet, Mitidiero e Marinoni¹³⁹ a liberdade de exercício profissional se subdivide em duas situações: primeiramente tem-se a liberdade de escolha de uma profissão, onde qualquer cidadão possui o direito de liberdade para a escolha de qual trabalho, ofício ou profissão almeja exercer suas atividades laborais. Posteriormente, tem-se a liberdade do exercício profissional, onde qualquer cidadão após cumprir os requisitos legais exigidos para determinado trabalho, ofício ou

¹³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Op.cit..

¹³⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. Op.cit., p. 260.

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 505.

profissão, possui o direito de exercer as atividades laborais que almejou.

A tradicional classificação do constitucionalista José Afonso da Silva, ao tratar da aplicabilidade das normas constitucionais de eficácia plena e contida, deixa claro, que enquanto as primeiras possuem incidência imediata e são desde logo exigíveis, as segundas tem aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral, podendo ser restringidas por leis ou pela própria constituição. E reitera que enquanto não houver a restrição à aplicabilidade, a norma tem eficácia plena.

Ao explicitar as normas constitucionais de eficácia contida, o constitucionalista define que são aquelas 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 nelas enunciados.¹⁴⁰

Nesta senda, conclui-se que o artigo 5º, XIII da CF/1988 é direito fundamental de norma contida, pois ao tempo que a carta magna assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais, ela pode ter reduzida por lei a amplitude do direito constitucional.

No mesmo caminho, MOTTA & BARCHET sustentam que se não houver lei regulamentando determinado trabalho, ofício ou profissão ele é de livre exercício por qualquer pessoa. Entretanto em havendo lei, apenas aquele que atender às exigências legais poderá desempenhar a profissão¹⁴¹.

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 89-91.

¹⁴¹ MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. Op.cit., p. 192.

No caso, em relação ao exercício da advocacia¹⁴² temos o dispositivo legal, regido através do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, na Lei Federal nº 8.906 de 04 de julho de 1994, que regulamenta a profissão de advogado. Conhecido comumente como Estatuto da Ordem, ele estabelece que para tornar-se advogado, não basta ser bacharel em direito. É requisito além da graduação, certificar a aprovação no exame de ordem.

Sobre esta restrição imposta aos bacharéis de direito, já houve diversas discussões na suprema corte, merecendo destaque, seu posicionamento no RE 603.583, de relatoria do Ministro Marco Aurélio,¹⁴³ que em seu voto deixa claro que o exame de ordem é compatível com o juízo de proporcionalidade e não alcança o núcleo essencial da liberdade de ofício. Ressalta ainda que o exame de suficiência, inicialmente previsto no artigo 48, inciso III, da Lei nº 4.215/63¹⁴⁴ e hoje no artigo 84 da Lei nº 8.906/94¹⁴⁵, no que

¹⁴² Em complemento à matéria tratada no capítulo 3, na seção seguinte será abordado quanto às restrições do direito fundamental ao livre exercício da advocacia (incompatibilidades e impedimentos) conforme o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 603583**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2011, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral – Mérito. DJE-102 DIVULG 24-05-2012 PUBLIC 25-05-2012 RTJ VOL-00222-01 PP-0055.

¹⁴⁴ O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil anterior, Lei nº 4.215/63 estabelecia no artigo 48, III, a possibilidade do estagiário devidamente habilitado no quadro da ordem como tal, mediante comprovação se inscrever no quadro de advogados, sem necessidade de prestar exame da ordem, conforme: “Art. 48. Para inscrição no quadro dos advogados é necessário: III - certificado de comprovação do exercício e resultado do estágio, ou de habilitação no Exame de Ordem”; (BRASIL. **Lei 4.215, de 27 de abril de 1963**. Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4215.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.)

¹⁴⁵ O Estatuto da Advocacia vigente, Lei nº 8.906/94, artigo 84, estabeleceu um período de transição, de 2 anos após a promulgação da lei possibilitando que aqueles estagiários já inscritos no quadro da ordem pudessem ter garantido o direito assistido anteriormente, e assim ficou o novo regimento: “Art. 84. O estagiário, inscrito no respectivo quadro, fica dispensado do Exame de Ordem, desde que comprove, em até dois anos da promulgação desta lei, o exercício e resultado do estágio profissional ou a conclusão, com aproveitamento, do estágio de Prática Forense e Organização Judiciária, realizado junto à respectiva faculdade, na forma da legislação em vigor.” (BRASIL. **Lei 8.906, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.)

tange a atuação profissional repercute no campo de interesse de terceiros, e mostra-se consentâneo com a Constituição Federal, que remete às qualificações previstas em lei.

Entrementes, se a controvérsia sobre a limitação do exercício profissional da advocacia através do alvejado exame da OAB hoje encontra repouso, por outra via a imposição de restrições aos bacharéis de direito que são servidores do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ainda pende de turbulentas discussões e alguns posicionamentos, os quais já foram tratados neste estudo e outros que ainda virão oportunamente.

Como o princípio é da liberdade, não se trata de um direito legal, mas trata-se de direito decorrente da Constituição. A lei referida não cria o direito, nem atribui eficácia à norma constitucional, ao contrário, ela contém esta eficácia e aplicabilidade, impondo restrições a esta, de sorte que inexistindo dispositivo legal competente, a eficácia é plena.

Não obstante, o princípio do livre exercício profissional guarda relação com os princípios constitucionais gerais da atividade econômica, previstos no artigo 170, caput e é fundamento da República (art. 1º, IV). E nesta relação, a constituição estabelece em suas normas programáticas para o plano social, destacadamente dois princípios: o da busca do pleno emprego (art. 170, VIII) e o princípio da livre concorrência (art. 170, IV). Quis o constituinte do Estado Social, alcançar a justiça social, com fundamento na valorização do trabalho humano e livre iniciativa, com a meta de atingir a redução das desigualdades sociais através do livre exercício de qualquer atividade econômica.¹⁴⁶

¹⁴⁶ **Constituição Federal de 1988** - Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV - livre concorrência; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Cf. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988.)

Assim diante, do tanto apurado na legislação e na doutrina apresentada, como no entendimento do Supremo Tribunal Federal, fica evidenciado que o livre exercício profissional pode encontrar restrições a fim de garantir por óbvio que o trabalhador possua as capacidades necessárias mínimas para o exercício laboral e atendimento coletivo das demandas sociais.

Ante a matéria recém apresentada, não resta dúvidas que assim como todos outros direitos fundamentais, a liberdade de exercício profissional não é absoluta. O princípio do livre exercício profissional é uma liberdade reconhecida pela constituição, que poderá ter ressalvas em relação ao exercício do ofício ou profissão. É nesta proposta que avançamos.

4.2 Legislações e atos normativos correlatos

Partindo do entendimento quanto à relatividade do direito fundamental ao livre exercício profissional, aufere ao presente estudo conhecer a *condicio sine qua non* as normas jurídicas restritivas ao direito fundamental da liberdade de ofício e profissão encontram a eficácia jurídica e social em conformidade com o princípio da supremacia constitucional e o princípio da proteção dos direitos dos trabalhadores.

A ressalva ao direito fundamental ao livre exercício profissional é o limite que poderá ser imposto pelo legislador ao definir especificidades referentes à formação técnica, científica, ou cultural.

Com estes fundamentos e a partir de investigações aprofundadas sobre o tema objeto do presente, convém esclarecer, se o bacharel em direito que seja servidor do MPE-RS tem sido vedado de exercer profissionalmente a advocacia por via inconstitucional e/ou ilegal.

Em pesquisa preliminar, verificou-se que o Poder Legislativo Federal e Estadual, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do

Brasil, através de normas jurídicas, *a priori*, de suas alçadas, vêm restringindo o direito fundamental à liberdade de exercício profissional da advocacia pelos bacharéis em direito, pertencentes ao quadro auxiliar do Ministério Público da União e dos Estados.

Inicialmente é importante reiterar, que nas constituições federal e estadual do Rio Grande do Sul, não existem nenhuma restrição ao exercício da advocacia pelos servidores do quadro auxiliar de nenhum dos Ministérios Públicos (União e Estados), diferente do que ocorre para os Membros do Ministério Público, como ocorre na Constituição Federal (CF, art. 128, II, a) e na Constituição Estadual do Rio Grande do Sul (CE-RS, art. 113,II,b).

Também é importante lembrar que a Lei estadual nº 10.098/94, que estabelece o Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio Grande do Sul, em nenhum dispositivo limita o exercício dos seus súditos.

Em hipótese alguma há de se confundir a vedação de exercer advocacia administrativa¹⁴⁷ prevista no inciso XVI do artigo 191 do regime estatutário gaúcho com o exercício profissional da advocacia, práxis dos bacharéis em direito. Tal conduta exercida por servidor público, poderá submetê-lo a processo administrativo disciplinar com pena de demissão na seara administrativa, além da imputação por crime contra a Administração Pública, prevista no Código Penal brasileiro que poderá culminar na sanção de detenção de 3 meses a um ano, além de multa.

Assim diante da inexistência de norma constitucional (Federal/Estadual) que restrinja a prática da advocacia por servidores do Ministério Público do Rio Grande do Sul, avançamos

¹⁴⁷ Diz o comando estatutário: “Art. 191 - O servidor será punido com pena de demissão nas hipóteses de: XVI - exercer advocacia administrativa.” Exercer a advocacia administrativa na lição do Promotor de Justiça Heriberto Maciel Ross e da advogada Sandra Regina Andreatta em nada tem haver com a incompatibilidade de exercer a advocacia, nos moldes das vedações previstas no Estatuto da Advocacia. O estatuto penaliza com demissão o servidor que atue como procurador ou intermediário de terceiros junto a repartições públicas, mas para configurar esta condição, a conduta dever ser análoga a conduta prevista no artigo 321 do Código Penal, ou seja, a tipicidade exige o servidor em sua ação se aproveite das condições e facilidades de sua função pública para lograr vantagem em detrimento de outros Cf. (MACIEL, Heriberto Ross; ANDREATTA, Sandra Regina. Op. cit., p.372)

para análise do ordenamento jurídico infra constitucional que eventualmente incida sobre tal limitação ao gozo do direito fundamental ao livre exercício profissional.

Em diligente pesquisa, foi possível elencar cinco normas, das quais quatro são de âmbito federal e serão explicitadas na continuidade. A ressalva se faz a Lei Estadual Nº 12.956/2008 que já foi apresentada especificamente no tópico 4.3.2, e voltará a tona no tópico 5.3. Então vamos nos ater apenas nas demais normas que são: a Lei Federal nº 8.906/1994; a Lei Federal 11.415/2006 recentemente revogada pela 13.316/2016; a resolução 27/2008 do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP; a Súmula nº 2 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB.

Segue em detalhe, discussão individual sobre cada uma destas leis e atos normativos relacionados. Estas normas estão dispostas na ordem cronológica de suas criações, a fim de se compreender a atual quadra de aplicação e interpretação destes institutos jurídicos e analisar cada um destes dispositivos especificadamente propondo um debate apropriado com fundamentos na doutrina e jurisprudência correlatas.

4.2.1 A Lei 8.906/1994

A lei 8.906/1994 de 04 de julho de 1994 dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. O Estatuto da Advocacia verte da expressa autorização conferida pelo constituinte originário no artigo 5º, XIII. É a chamada Lei que disciplina a profissão, no caso o exercício profissional do advogado. Configura-se o complemento dado ao texto maior, limitando o direito de liberdade de exercício profissional sendo consentâneo da própria contenção dos efeitos da norma constitucional pelo legislador ordinário.

Segundo Jorge Antônio Maurique, a lei que disciplina uma profissão tem seu alcance 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”.¹⁴⁸

São pelos ideais de liberdade, igualdade e justiça que encontramos as razões de ser da profissão de advogado. Logo, nada mais justo e isonômico que o direito fundamental da liberdade de ofício deste profissional que tutela à vida, à saúde, o bem-estar, à segurança e às liberdades das pessoas, venha a ser protegida pela Lei nº 8.906/94.

O Estatuto da Advocacia e da OAB, conforme já explanado anteriormente, estipulou os requisitos¹⁴⁹ e as qualificações profissionais sem as quais é vedado o exercício profissional da advocacia. Além das exigências previstas no artigo 8º, a lei estabeleceu critérios de ordem objetiva e subjetiva, onde determina proibições totais e parciais ao exercício profissional, denominadas pelo artigo 27 especificamente de incompatibilidade e impedimento.¹⁵⁰

HACHEM & GUSSOLI, em brilhante artigo sobre o tema¹⁵¹, muito bem explicam e diferenciam essas duas modalidades de restrição ao exercício da atividade advocatícia, instituídas pelo

¹⁴⁸ MAURIQUE, Jorge Antônio. et al. **Conselhos de Fiscalização profissional: Doutrina e Jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 190.

¹⁴⁹ Lei 8.906/1994 - Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário: I - capacidade civil; II - diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada; III - título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro; IV - aprovação em Exame de Ordem; V - não exercer atividade incompatível com a advocacia; VI - idoneidade moral; VII - prestar compromisso perante o conselho. Cf. (BRASIL. **Lei 8.906, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.)

¹⁵⁰ Lei 8.906/1994 - Art. 27. A incompatibilidade determina a proibição total, e o impedimento, a proibição parcial do exercício da advocacia. Cf. (BRASIL. **Lei 8.906, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.)

¹⁵¹ HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. **Restrições ao direito fundamental à liberdade de exercício da advocacia pelos servidores do Ministério Público**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. São Leopoldo-RS: Unisinos: 2015, p. 334-350. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.73.12/5029>>. Acesso em 28 nov. 2016.

Estatuto da Advocacia, os quais possuem fundamentos e extensões distintas. Vejamos:

i) Incompatibilidade: é uma restrição objetiva e absoluta, e ocorre quando um indivíduo ao desempenhar determinada atividade tem proibida totalmente a faculdade de exercer a advocacia. Sua razão de existir decorre do conflito de interesses entre ambas as atividades, independente de contra quem se advoga. Assim essa modalidade de vedação impõe uma restrição em qualquer hipótese e contra qualquer pessoa, motivo pelo qual se configurada, impende no cancelamento da inscrição do advogado que exerceu a atividade incompatível. Vejamos o artigo 28 em sua redação integral, discriminando taxativamente os casos de incompatibilidade:

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

I - chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Poder Legislativo e seus substitutos legais;

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

III - ocupantes de cargos ou funções de direção em Órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público;

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;

V - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza;

VI - militares de qualquer natureza, na ativa;

VII - ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais;

VIII - ocupantes de funções de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas.

§ 1º A incompatibilidade permanece mesmo que o ocupante do cargo ou função deixe de exercê-lo temporariamente.

§ 2º Não se incluem nas hipóteses do inciso III os que não detenham poder de decisão relevante sobre interesses de terceiro, a juízo do conselho competente da OAB, bem como a administração acadêmica diretamente relacionada ao magistério jurídico.¹⁵²

II) O impedimento a *contrario sensu* da incompatibilidade, representa uma restrição subjetiva e relativa, visto que proíbe o exercício da advocacia em algumas situações somente contra determinadas pessoas em função da dependência do vínculo laboral existente entre o advogado e contra quem se advoga. Assim na melhor definição dos autores: “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.”¹⁵³ E assim vige o artigo 30:

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;

II - os membros do Poder Legislativo, em seus diferentes níveis, contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público.

Parágrafo único. Não se incluem nas hipóteses do inciso I os docentes dos cursos jurídicos.¹⁵⁴

Pelo deslinde das razões apresentadas para definir incompatibilidade e impedimento, é de se observar que tais

¹⁵² BRASIL. Lei 8.906, de 04 de julho de 1994. Op. cit..

¹⁵³ HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. Op. cit, p.339.

¹⁵⁴ BRASIL. Lei 8.906, de 04 de julho de 1994. Op. cit..

restrições são estabelecidas pelo Estatuto da Advocacia baseado em fundamentos lógicos que justificam a contenção dos efeitos da norma constitucional. Neste sentido, em passagem sobre as leis restritivas desse direito fundamental, André Ramos Tavares 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”.¹⁵⁵

Assim pelo entendimento deste autor a restrição ao direito fundamental do livre exercício profissional não pode ser arbitrária, há de ter uma razão de ser, sob pena de ferir o princípio da igualdade, corolário do princípio da liberdade.

Percebe-se no rol taxativo das hipóteses de incompatibilidade não encontramos a figura do servidor do Ministério Público personificado entre os restringidos absolutamente para exercer a advocacia.

No que diz respeito ao impedimento, por respeito ao princípio da isonomia é possível enquadrar os servidores do ministério público gaúcho nos moldes da previsão da restrição subjetiva e relativa imposta aos servidores da administração pública direta, indireta e fundacional, conforme previsão do inciso I do artigo 30. Assim os agentes administrativos do Ministério Público estariam impedidos de advogar contra a Fazenda Pública que os remunera no caso em desfavor do Estado do Rio Grande do Sul.

Por razões decorrentes do estudo apurado na presente pesquisa é pertinente reiterar aqui que:

¹⁵⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 590.

I. A incompatibilidade prevista no inciso II do artigo 28, é específica para os Membros do Ministério Público, ou seja, para os Promotores e Procuradores de Justiça e da República, agentes políticos que executam atividade fim da instituição ministerial, conforme melhor explicado no capítulo 3. Portanto, nada mais equânime que haja a restrição objetiva e absoluta do direito fundamental ao exercício da advocacia para estes agentes, visto que sua função é defender os interesses sociais e individuais homogêneos (CF, art.126), o que por certo conflita com interesses de particulares na seara privada e pública, ou mesmo com interesses do Estado. Ademais tal vedação ao exercício profissional da advocacia já é uma vedação constitucional atribuída aos membros do Ministério Público, como dito alhures, por isto quis o legislador ordinário apenas salientar o que antes, já vinha expresso na Constituição Federal (art. 128, II, b).

II. Na interpretação do inciso II do artigo 28, a incompatibilidade definida para os Membros do Ministério Público não pode ser ampliada para seu quadro auxiliar, pois estes são agentes administrativos e não agentes políticos. O mister dos agentes administrativos envolve a atividade meio da instituição, é tarefa administrativa ou de assessoria, não possuem poder de decisão alguma. Além disto, os servidores públicos não gozam das prerrogativas constitucionais nem estatutárias como vitaliciedade, inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios, que são específicas para exercer o múnus público dos Promotores e Procuradores de Justiça e da República.

III. Se o legislador entendesse que as vedações aplicadas aos membros ministeriais também fossem atribuídas aos seus servidores, o teria feito no inciso IV, assim como fez com os servidores do Poder Judiciário ao distingui-los dos magistrados do Poder Judiciário que também estão incompatibilizado pela redação do inciso II do mesmo artigo 28.

IV. Em relação ao impedimento do inciso I do artigo 30, o mesmo guarda razoabilidade para que se aplique aos

servidores do quadro auxiliar do Ministério Público Gaúcho, pois caso os mesmos pudessem advogar contra o próprio Estado que o remunera, a relação ética e de confiança estabelecida pelo vínculo estatutário restaria prejudicada. Como já instruído no capítulo 3 desta pesquisa, os servidores públicos são prepostos dos Estados e ordinariamente se reitera nas precisas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo o “Estado e os órgãos que o compõe se exprimem através dos agentes, na medida em que ditas pessoas físicas atuam nesta posição de veículos de expressão do Estado”.¹⁵⁶

4.2.2 A Lei 11.415/2006 Revogada pela Lei 13.316/2016

A Lei 11.415/2006 de 15 de dezembro de 2006 versava sobre as carreiras dos servidores do Ministério Público da União - MPU e fixava os valores de suas remunerações e tinha no seu enunciado legislativo dois comandos importantes para presente pesquisa: “Art. 21. Aos servidores efetivos, requisitados e sem vínculos do **Ministério Público da União** é vedado o exercício da advocacia e consultoria técnica ” e “Art. 32. Ficam resguardadas as situações constituídas até a data da publicação desta Lei.”¹⁵⁷

Portanto a Lei 11.415/2006 foi a primeira legislação que estabeleceu a vedação absoluta ao exercício da advocacia aos agentes administrativos do Ministério Público da União (art. 21), no entanto quis o legislador resguardar o direito adquirido daqueles servidores do MPU que já exerciam concomitantemente a advocacia, portanto já inscritos nos quadros da OAB.

É importante então ressaltar que até 15 de dezembro de 2006 não havia amparo legal que restringisse o exercício da

¹⁵⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 144.

¹⁵⁷ BRASIL. **Lei nº 11.415 de 15 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre as Carreiras dos Servidores do Ministério Público da União, fixa os valores de sua remuneração; revoga a Lei nº 9.953, de 4 de janeiro de 2000, e a Lei nº 10.476, de 27 de junho de 2002, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11415.htm>. Acesso em: 28 nov. 2016.

advocacia a nenhum servidor do MPU, e quando entrou em vigor a Lei 11.415/2006, ela manteve a proteção aos servidores mais antigos à vigência desta lei, blindando-os com o artigo 21.

Acontece que tal estatuto recentemente em 20 de julho de 2016, foi revogado pela Lei nº 13.316/2016, que passou a dispor sobre as carreiras dos servidores do Ministério Público da União e as carreiras dos servidores do Conselho Nacional do Ministério Público, fixando os valores de sua remuneração.

A *novel legis* veio para acrescentar os servidores do CNMP, quadro de servidores estes que surgiram com advento da emenda constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004 que introduziu o artigo 130-A na Constituição Federal, criando o Conselho Nacional do Ministério Público.

Convém chamar a atenção que após 10 anos de vigência da lei derogada, quis o legislador manter o idêntico artigo 21, porém acrescentando a ressalva na parte final, com referência ao disposto no artigo 29 do Estatuto da Advocacia.¹⁵⁸

No que tange ao interesse da presente pesquisa, o artigo 21 da lei revogada foi atualizado para a seguinte redação na Lei vigente:

Art. 21. Aos servidores efetivos, requisitados e sem vínculo do Ministério Público da União é vedado o exercício da advocacia e de consultoria técnica, ressalvado o disposto no art. 29 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Estatuto da Advocacia - Lei 8.906/1994 - Art. 29. Os Procuradores Gerais, Advogados Gerais, Defensores Gerais e dirigentes de órgãos jurídicos da Administração Pública direta, indireta e fundacional são exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exerçam, durante o período da investidura. Cf. (BRASIL. **Lei 8.906, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.)

¹⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 13.316 de 20 de julho de 2016**. Dispõe sobre as carreiras dos servidores do Ministério Público da União e as carreiras dos servidores do Conselho Nacional do Ministério Público; fixa valores de sua remuneração; e revoga a Lei nº 11.415, de 15 de dezembro de 2006. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13316.htm>. Acesso em: 28 nov. 2016.

No entanto o artigo 32 que garantia o direito de exercício da advocacia aos servidores do MPU foi revogado tacitamente, extinguindo o direito adquirido por aqueles servidores, o que veio trazer fortes prejuízos aos agentes. Porque mesmo em sede de discussão judicial terão de enfrentar o mantra contido nas decisões da suprema corte que sustenta que não existe direito adquirido para regime jurídico de servidor público, exceto se acarretar em redução de vencimentos, o que absolutamente não é o caso, porém é discutível, pois há redução da renda extra auferida pela advocacia, justamente por iniciativa estatal, à contra-senso dos princípios constitucionais do pleno emprego e da livre iniciativa para a atividade econômica.

Outro ponto que merece ser observado é que o artigo 21 tanto na lei anterior quanto na vigente, veda não somente o exercício da advocacia quanto à consultoria técnica. Ao vedar a consultoria técnica, o dispositivo legislativo atinge não somente os servidores bacharéis em direito, como todos os outros profissionais como assistentes sociais, psicólogos, contadores, biólogos, engenheiros, etc, que desempenham suas funções públicas no quadro auxiliar do Ministério Público da União. É evidente que tais servidores também possuem o direito ao livre exercício profissional de suas qualificações no plano privado. O que por sua vez direciona o trecho final do artigo 21 para inconformidade com a interpretação conforme a constituição, segundo os preceitos do artigo 5º, XIII, portando se adéqua a tese de inconstitucionalidade.

Por fim, resta dizer que aparentemente a vedação imposta pela Lei 11.415/2006 em nada interferiu no plano dos servidores do *parquet* estadual gaúcho, pelos motivos já expostos no capítulo 3, quando em respeito ao princípio federativo dissertamos sobre os regimes jurídicos dos servidores.

E a tal aparência se justifica porque foi a partir das controvérsias geradas por esta lei restritiva de 2006 que surgiu o ato normativo que será abordado a seguir.

4.2.3 A Resolução 27/2008 do CNMP

Então recapitulando, vimos que o exercício profissional é um direito fundamental (art. 5º, XIII, CF) que pode ser limitado por uma lei. No caso em estudo, a lei que disciplina a profissão da advocacia teve vigência com a promulgação da Lei 8.906/1994. O Estatuto da Advocacia de forma absoluta não vedou o exercício profissional da advocacia para os servidores do Ministério Público da União e dos Estados. Com o advento da Lei 11.415/2006 surgiu um comando legal que passou a impor limites ao exercício profissional da advocacia e consultoria técnica para os servidores do MPU, resguardando os direitos daqueles agentes administrativos que ingressaram no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil até 15/12/2006.

Por conseguinte a partir de 15/12/2006, o servidor do MPU que não era advogado não poderia mais sê-lo concomitantemente ao exercício do seu cargo público, bem como estava proibido de exercer qualquer atividade privada de consultoria técnica. Mas e os servidores dos Ministérios Públicos Estaduais poderiam exercer a advocacia de forma absoluta? E exercer atividade de consultoria técnica?

A resolução 27/2008 foi instituída em 10 de março de 2008, pelo Conselho Nacional do Ministério Público, e disciplina a vedação do exercício da advocacia por parte dos servidores do Ministério Público dos Estados e da União. E está disposta em 3 artigos como veremos:

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.¹⁶⁰

A partir da retrospectiva feita no parágrafo inaugural deste tópico, e da análise do texto expresso pelo ato normativo supracitado, depreende-se que o Conselho Nacional do Ministério Público usurpou dos Poderes conferidos ao legislador ordinário, contrariando expressamente a Constituição Federal nas previsões do artigo 5º, inciso XIII, bem como o artigo 130-A, §2, I, que lhe atribui a competência de expedir atos regulamentares.

Esta usurpação do poder legislativo decorre da contenção expressa no artigo 5º, XIII da Constituição Federal que a clássica doutrina de José Afonso da Silva explica sobre as normas de caráter contido, onde diz que são:

Aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à situação restritiva por parte da competência do Poder público, nos termos em que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados.¹⁶¹

Quanto à natureza jurídica, por extrato das lições de Hely Lopes Meirelles, resoluções são:

Atos administrativos normativos expedidos pelos (...), órgãos legislativos e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica. (...) As resoluções, normativas ou individuais, são sempre atos inferiores ao regulamento e ao regimento, não podendo inová-lo ou contrariá-los, mas unicamente complementá-los e explicá-los.¹⁶²

¹⁶⁰ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP. **Resolução 27/2008 de 10 de março de 2008**. Disciplina a vedação do exercício da advocacia por parte dos servidores do Ministério Público dos Estados e da União. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/stories/Normas/Resolucoes/resol_27_2008.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2016.

¹⁶¹ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. Op. cit., p. 116.

¹⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 185.

Diante da interpretação de que as resoluções são menores que os regulamentos e os regimentos, e estes por sua vez são hierarquicamente inferiores as leis, fica configurado nesta linha de raciocínio que os atos provenientes do exercício de poder regulamentar têm como objetivo esclarecer o conteúdo e auxiliar na execução de leis, mas nunca inovar o ordenamento jurídico criando ou restringindo direitos e obrigações¹⁶³ como assim o fez os Conselheiros do CNMP, em contrariedade aos poderes conferidos pela Carta Política (art. 130, §2, I).

Em que pese a clareza do artigo 32 da lei federal nº 11.415/2006, vigente à época da expedição da Resolução nº 27/2008 do CNMP, o ato normativo infralegal resolveu em seu art. 2º que a vedação ao exercício da advocacia se aplicaria a todo e qualquer servidor do Ministério Público, indistintamente se MPE ou MPU. Logo, o dispositivo regulamentar é *contra legem*.

Portanto o referido ato regulamentar expresso pela resolução 27/2008, possibilita dois entendimentos:

- a) em relação ao artigo 1º, evidencia a inconstitucionalidade, pois não se coaduna em conformidade com o artigo 5º, XIII da Constituição Federativa do Brasil;
- b) em relação ao artigo 2º, evidencia-se um ato ilegal em face da Lei nº 8.906/94 (Estatuto do Advogado e da OAB) e da Lei nº 11.415/06 (que regulamentava a carreira dos servidores do Ministério Público da União a época de sua edição).

Por óbvio, com a revogação da Lei 11.415/2006 pela superveniência da Lei 13.316/2016, e a lacuna deixada pelo legislador em relação ao direito adquirido pelos servidores detentores de cargos do MPU que exerciam a advocacia até 15/12/2006, a discussão sobre a ilegalidade do artigo 2º da Resolução 27/2008 se oculta dando azo à tese de

¹⁶³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 144.

inconstitucionalidade por violação ao pacto federativo por parte do CNMP que ao disciplinar matéria inerente ao regime jurídico estatutário dos servidores públicos estaduais, acabou por usurpar das competências atribuídas ao Poder Legislativo. Tal discussão ganhou destaque no debate proporcionado a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5454¹⁶⁴ ajuizada no STF em fevereiro de 2016, pela Associação dos Servidores do Ministério Público - ANSEMP, estando a mesma sob relatoria do Ministro Teori Zavascki, em fase de instrução, conforme verificado na data de realização desta pesquisa.

4.2.4 Súmula nº 02 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

O conteúdo sumular nº 2 expedido pelo Órgão Especial do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, no dia 07 de dezembro de 2009, decorre das posições adotadas nas

¹⁶⁴ A Associação Nacional dos Servidores do Ministério Público - ANSEMP na ADI ajuizada em fevereiro de 2016, alega que a Resolução 27/2008, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), afronta a Constituição Federal ao usurpar a iniciativa do Poder Legislativo para inovar no ordenamento jurídico. De acordo com a ANSMP, não pode o conselho estender aos servidores dos Ministérios Públicos dos estados restrição, não prevista em lei, para exercício de atividade profissional lícita. "A soberania popular não outorgou ao CNMP competência legislativa; seus integrantes não foram submetidos ao sufrágio universal, direto e secreto; as discussões travadas naquele órgão são eminentemente técnicas, não servindo ele (o conselho) como espaço de ressonância política dos anseios da sociedade". Dessa forma, explica a associação, a competência normativa outorgada pela Constituição Federal ao CNMP é somente de natureza regulamentar. A associação explica que o impedimento constante da Lei Federal 11.415/2006 restringe-se aos servidores do Ministério Público da União. "Como inexistente qualquer espécie de comando legislativo que impeça os servidores estaduais, incontestemente que a Resolução 27/2008 do CNMP incidiu em excesso de regulamentação ao disciplinar matéria submetida ao princípio da reserva de lei". Assim, o ato normativo impugnado, para a ANSEMP, viola o princípio da legalidade e malfere o direito constitucional do livre exercício da profissão. "Não pode um órgão meramente administrativo restringir o direito humano fundamental ao livre exercício de trabalho ou profissão". Por fim, aponta violação ao pacto federativo por parte do CNMP ao disciplinar matéria inerente ao regime jurídico de servidores públicos estaduais em substituição ao Poder Legislativo local. Ao final a ANSEMP pede que a ADI 5454 seja julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Resolução 27/2008 do CNMP. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=308660>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

Consultas nºs. 2007.27.02252-01, 0012/2005 e 2008.27.08505-01, sendo que a decisão da primeira consulta foi publicada em 18/12/2007, aproximadamente 3 meses antes da Resolução nº 27/2008 do CNMP.

A consulta versava sobre a aplicação conjugada do art. 21 e do art. 32 da Lei nº 11.415/2006 e consolida a posição até os dias de hoje, com fundamento na incompatibilidade prevista no art. 28, II da Lei nº 8.906/94, aos servidores do Ministério Público de qualquer ente federado, portanto, vedando em absoluto o exercício da advocacia. Eis o inteiro teor da súmula do CFOAB:

O Órgão Especial do Conselho Pleno do Conselho Federal da OAB, no uso das atribuições conferidas no art. 86 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/94), considerando o julgamento das Consultas 2007.27.02252-01, 0012/2005 e 2008.27.08505-01, decidiu, por unanimidade, em sessão realizada no dia 5 de dezembro de 2009, editar a Súmula 02/2009, com o seguinte enunciado: **“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 AOAB 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.¹⁶⁵

¹⁶⁵ BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Súmula nº 2.** Disponível em: < <http://www.oab.org.br/content/pdf/sumulas/sumulao22009oep.pdf> >. Acesso em: 29 nov. 2016.

O fundamento utilizado pelo CFOAB para as razões da vedação do direito fundamental ao exercício da advocacia pelos servidores do Ministério Público da União e do Estados, tem fulcro na incompatibilidade. Com a devida vênia, sua interpretação é por demais simplória. A razão de sumular tal matéria vem respaldada apenas pela definição de uma única palavra constante em todo ordenamento jurídico pertinente. Através da exegese do termo ‘membros’ com a denotação encontrada na obra “Vocabulário Jurídico Forense” de PLÁCIDO e SILVA.

Assim tal exegese beira o absurdo, não só porque contraria toda sustentação já apresentada no presente ensaio, como se justifica sob dois fundamentos:

i) O CFOAB interpretou extensivamente o art. 28, II do Estatuto da Advocacia atribuindo a expressão “membros do Ministério Público” como sendo todos os integrantes da Instituição ministerial, incluindo os agentes políticos responsáveis pela atividade fim (Promotores e Procuradores de Justiça e da República) e os servidores do quadro auxiliar responsáveis pela atividade meio.

Segundo a obra de HACHEM & GUSSOLI, e como visto exaustivamente nesta monografia, tal entendimento não prospera. A interpretação abrangente da expressão ‘membros do Ministério Público’, na feliz assertiva dos autores, 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.”¹⁶⁶

O absurdo encontra seu viés se considerarmos que a interpretação das normas jurídicas deve ser sistemática. O que na tradução *in passim* de Juarez Freitas interpretar uma norma é “interpretar o sistema inteiro, pois qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito, para

¹⁶⁶ HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. Op. cit. p. 345.

além de sua dimensão textual” assim “se compreendem os enunciados prescritivos no plexo dos demais enunciados, ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais.”¹⁶⁷

ii) Por outro lado, quando abordamos a interpretação da incompatibilidade do artigo 28 do Estatuto da Advocacia em seu inciso II, com referência a restrição atribuída aos Membros do Ministério Público, lá sugerimos que se o Legislador quisesse adotar a palavra ‘servidor’ como sinônimo de ‘membro’ não teria feito distinção em relação aos servidores do Poder Judiciário e seus membros no inciso II e IV do mesmo artigo 28.

Portanto, pela ausência da interpretação sistemática das normas envolvidas, demonstra-se totalmente equivocado o entendimento sumular invocado pelo Órgão Especial do Conselho Federal da Advocacia e assim como a Resolução 27/2008 acarreta em grave reflexo aos bacharéis em direito que são servidores do Ministério Público. O prejuízo decorre do cerceamento do direito fundamental previsto no artigo 5º, XIII, o que desencadeia em ato desconforme com Constituição Federal; bem como em ato ilegal porque contrária à época da publicação, os termos da Lei Federal 11.415/2016 e sua previsão constante no artigo 21 c/c art. 32 da Lei Federal editada regularmente pelo Poder Legislativo e já comentada no tópico 4.2.2 desta investigação. Não é delonga, lembrar que estes dois dispositivos em conjunto vedaram a advocacia para servidores do Ministério Público União somente a partir da publicação da lei em 15/12/2006, mas garantiram o exercício da advocacia para aqueles que já integravam os quadros da instituição e da Ordem dos Advogados do Brasil até a mesma data. Noutras palavras, os agentes administrativos do MPU estavam em plena legalidade para exercer as atividades advocatícias em concomitância com a função pública *lato sensu* no quadro auxiliar de servidores do Parquet da União.

¹⁶⁷ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5. ed. Malheiros, 2010. p. 73-76.

O que nos faz concluir que tanto a Súmula nº 2 quanto a Resolução nº 27/2008 em comento possuem sérios indicativos de ilegalidade em relação à restrição ao exercício da advocacia aos servidores do MPU e inconstitucionalidade em referência aos servidores do MPE.

Apresentadas as normas pertinentes ao objeto de estudo, passamos a etapa conclusiva para análise concreta de eventual inconstitucionalidade da Lei 12.956/2008 e demais normas correlatas, avaliando se estão ou não sob a sombra da constituição.

4.3 A (in)constitucionalidade da lei 12.956/2008

O grande problema brasileiro no tocante a sua Constituição de 1988 é o de como realizá-la, ou seja, trata-se da concretização constitucional. Na opinião de Paulo Bonavides, esta crise vivenciada sob a vigência da Constituição de 1988 não é uma crise da Constituição, mas da sociedade, do governo e do Estado.¹⁶⁸ E, como vimos minuciosamente no capítulo inaugural, notadamente a partir da seção 1.2, não faltam mecanismos jurídicos para torná-la eficaz socialmente. Os meios de controle de constitucionalidade são uma das alternativas para moldar o ordenamento jurídico que não se adéqua a supremacia da normativa constitucional, sendo um instrumento ativo para garantia dos direitos fundamentais.

O controle de constitucionalidade repressivo exercido pelo poder judiciário, tanto pelo método difuso como concentrado tem o condão de favorecer a concretização dos direitos, notadamente dos fundamentais. E nesta lógica de alcançar a eficácia das normas constitucionais que vamos dissertar nestes últimos tópicos. Identificando os requisitos formais e materiais de constitucionalidade, verificando nos dispositivos envolvidos que restringem o direito ao livre exercício profissional da advocacia

¹⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 95.

pelos servidores do Ministério Público Gaúcho, bem como abordar os limites de competências com base na fundamentação utilizada no transcorrer de toda monografia.

4.3.1 Da Inconstitucionalidade Formal

Os requisitos de inconstitucionalidade formal guardam relação com a inobservância das normas constitucionais do processo legislativo. Alexandre Moraes faz distinção de dois critérios formais: o primeiro é subjetivo e diz respeito à questão de iniciativa do projeto, ou seja, verifica-se o projeto de lei ou ato normativo partiu de quem detinha o poder para propor a matéria legislativa ou regulamentar; o segundo critério é objetivo e dependerá de apuração das condições constitutivas de determinada espécie normativa, verificando se foram atendidos os pressupostos do processo legislativo previsto pelas regras constitucionais, legais e dos regimentos, que regulam a prática legislativa e dos atos normativos.¹⁶⁹

Constatou-se na seção 4.1 quando abordamos amiúde o direito fundamental ao exercício profissional que este possui eficácia contida pelo legislador. Mas quem é este legislador que detém o poder conferido pela constituição para tal feito?

A resposta encontra-se na Carta Constitucional:

Art. 22 Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do **trabalho**;(…)

XVI – organização do sistema nacional de emprego e **condições para o exercício de profissões** (grifo nosso).¹⁷⁰

¹⁶⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Op.cit., p.741-742.

¹⁷⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Op. cit.

A Constituição Federal atribui à União competência privativa para legislar sobre direito do trabalho (art. 22, I), bem como sobre a organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício das profissões (art. 22, XVI). Por evidente, qualquer ente estatal da federação que legisle sobre tais matérias, e restrinja o direito fundamental ao livre exercício profissional vai estar por infringir os ditames impostos pela Carta Federativa à União, usurpando de competência e conseqüentemente elaborando norma inconstitucional.

Como relatado na seção 4.2.1 a União legislou através da Lei Federal 8.906/1994 quando estabeleceu o Estatuto da Advocacia e deu contenção ao direito fundamental expresso no artigo 5º, XIII.

Então pelas conclusões expostas naquela seção, que versa sobre a Lei nº 8.906/1994, os servidores do MPE-RS não estavam atingidos pela restrição de incompatibilidade (art. 28), mas sim por vedação parcial prevista pelo instituto do impedimento, articulada no artigo 30.

Decorre que com a promulgação da Lei Ordinária Estadual nº 12.956/2008, que é fruto do ato regulamentar expedido pelo CNMP através da Resolução 27/2008, a partir de 05/05/2008 os servidores do MPE-RS passaram a ter cerceado seu direito fundamental para exercer livremente a advocacia, sob pena de cometer ato ilegal e responder processo administrativo disciplinar previsto no seu Estatuto e Regime Jurídico, Lei 10.098/1994, justamente por exercer atividade considerada incompatível. Portanto, neste caso a norma alvo de controle de constitucionalidade formal é a Lei 12.956/2008.

Assim quando na seção 3.3.2 apresentamos a natureza jurídica da Lei 12.956/2008, faltou dissertar sobre o requisito de constitucionalidade formal, o que faremos apropriadamente a partir de agora.

O Promotor de Justiça de São Paulo, Wallace Paiva Martins Junior¹⁷¹ em destacada passagem sobre a competência e iniciativa legislativa do Ministério Público Estadual, nos ensina que em relação ao requisito formal subjetivo, a reserva de iniciativa legislativa pode ser dividida conforme a matéria:

(i) normas gerais de organização são de competência privativa do Presidente da República (arts. 22, VII; 61, §1º, II, d);

(ii) normas de organização, atribuições e estatuto do Ministério Público são de competência privativa do Poder Executivo e do Procurador-Geral de Justiça (art. 128, §5º);

(iii) normas de criação e extinção de cargos, de política remuneratória e dos planos de carreira são de competência exclusiva do Procurador-Geral de Justiça (art. 127, § 2º), bem como as normas que disciplinam sua nomeação e destituição (art. 128, §§ 3º e 4º).

Com isto, é conveniente uma análise sistemática, com fundamento na classificação acima. Partimos do princípio que o Procurador-Geral de Justiça somente possui competência para as situações previstas no item (ii) e (iii). Nestes termos, por certo teremos que analisar ao menos dois dispositivos:

Verificamos primeiramente o art. 128 § 5º:

§ 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:¹⁷²

O dispositivo trata especificamente da criação de Leis Complementares e como vimos a lei restritiva que estabelece a incompatibilidade é uma lei ordinária, portanto estaria configurado a inconstitucionalidade formal por vício objetivo. Resta depurar o art. 127, § 2º:

¹⁷¹ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Op. cit., p. 77-80.

¹⁷² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Op. cit..

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.¹⁷³

Esta regra reflete a vontade do legislador constituinte em dotar o Ministério Público da faculdade de gerir a administração de seus recursos humanos (membros e serviços auxiliares), seja através da **criação, extinção de cargos** como da **política remuneratória** ou de **planos de carreiras**.

Como elucidado no capítulo 3, os servidores do MPE-RS não possuem plano de carreira nem estatuto próprio, tal qual os servidores do MPU que estão vigidos pela Lei 13.316/2016, mas são regidos pelo Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos do Estado do Rio Grande do Sul, Lei Complementar Estadual nº 10.098/1994, que em sua redação não veda o exercício de advocacia a nenhum dos seus súditos.

Observa-se também que a iniciativa para estabelecer o regime jurídico único dos servidores é do Poder Executivo, conforme preceitua a Constituição Federal no artigo 39 Caput e na Constituição Estadual do Rio Grande do Sul no artigo 30, o qual prevê que o regime jurídico será **único e estabelecido através de Lei Complementar**, logo qualquer projeto de legislação de cunho estatutário que vise alterar tal estatuto jurídico deverá ser enviado através do chefe do poder executivo para o parlamento, e a espécie normativa deverá ser Lei Complementar e não Lei Ordinária.

Portanto resta configurada a presença de vício de inconstitucionalidade, desta vez formal subjetiva por vício de iniciativa e também formal objetiva por necessidade de se tratar de lei complementar e não ordinária, como já asseverou decisão

¹⁷³ Idem.

apontada no Recurso Especial nº 92.508/DF, julgado pela 2ª Turma do STJ.¹⁷⁴

Sobre esta controvérsia, Alexandre Moraes apresenta duas diferenças entre a lei ordinária e a lei complementar, a primeira é material, ou seja, só poderá ser objeto de lei complementar a matéria que estiver taxativamente prevista na Constituição Federal/Estadual, enquanto que todas as outras matérias serão objeto de lei ordinária; a outra diferença é formal, e diz respeito ao quorum previsto para aprovação, enquanto na lei ordinária o quorum é maioria simples (art. 47,CF), nas leis complementares é necessário maioria absoluta (art. 69, CF).¹⁷⁵

A partir desta análise, é possível concluir que a Lei 12.956/2008 é inconstitucional formalmente, a uma, porque o Poder Legislativo Gaúcho não possui a competência conferida à União para legislar sobre o direito do trabalho e o exercício profissional (art. 22, I, XVI, CF) e tão pouco sobre a restrição ao livre exercício profissional (art. 5º, XIII, CF), a duas, porque ainda que tivesse competência para decidir sobre o destino do estatuto jurídico dos servidores públicos estatutários, haveria o vício de iniciativa do projeto visto que foi enviado pelo Procurador-Geral de Justiça, quando a remessa deveria ter sido feita pelo governador do Estado, para votação da espécie normativa lei complementar e não lei ordinária, conforme preceitua as Constituição Federal e do Estado do Rio Grande do Sul.

4.3.2 Da Inconstitucionalidade Material

O pressuposto material no controle de constitucionalidade nada mais é do que a verificação de compatibilidade da matéria

¹⁷⁴ “A lei ordinária que dispõe a respeito de matéria reservada à lei complementar usurpa competência fixada na Constituição Federal, incidindo no vício de inconstitucionalidade” Cf. (STJ- 2º T.- Resp. nº 92.508/DF- Rel. Min. Ari Pargendler, Diário da Justiça, Seção I, 25 ago. 1997, p. 39.337).

¹⁷⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Op.cit., p. 703-706.

constante no objeto da lei ou ato normativo com a Norma Maior, e ao analisar tal compatibilidade, somente as normas constitucionais podem ser usadas como paradigmas. A fim de garantir o princípio da constitucionalidade das normas de leis e atos normativos, sempre que possível deverá ser utilizado a técnica de interpretação conforme.¹⁷⁶

Em complemento a fala de Alexandre Moraes, ao explicar sobre a efetividade/eficácia social, Luis Roberto Barroso, refere que a implementação da norma programática que orientou a atividade legislativa só será efetiva quando seu objetivo for alcançado por força de sua eficácia (observância, aplicação, execução, uso), ou seja, quando ocorrer a concretização do comando normativo no mundo real.¹⁷⁷

Ao encontro da inteligência dos constitucionalistas brasileiros acima citados, a doutrina portuguesa de Jorge Miranda dedica várias páginas para explicar e diferenciar as restrições de direitos.

Dada a relevância temática deste conteúdo doutrinário e que ela se aplica diretamente às normas restritivas ao exercício profissional da advocacia, e ainda pode ser utilizada como critério para aplicação da interpretação conforme a constituição. Com a devida vênia, destacamos *in passim*, o que pode ser chamado de “***1o mandamentos***” das normas restritivas de direitos:

I) Nenhuma restrição pode deixar de se fundar na Constituição explicitamente através da leitura de seus artigos ou implicitamente através dos princípios constitucionais;

II) As leis restritivas de direito devem designar expressamente os direitos em causa e indicar preceitos ou princípios da Constituição em que repousam;

¹⁷⁶ Ibidem, p. 741.

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 62.

III) Nenhuma restrição pode ser definida ou concretizada a não ser por lei, não há regulamentos restritivos de direitos, liberdades e garantias, a administração não pode agir para esse efeito senão com fundamento na lei no exercício de um poder vinculado, é um princípio de reserva da Constituição;

IV) As leis restritivas têm de revestir de um caráter geral e abstrato, ficando vedadas não apenas leis individuais;

V) Em caso algum, leis restritivas de direitos, liberdades e garantias podem atingir caso julgado;

VI) As leis restritivas não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias;

VII) As restrições devem ater-se aos fins em nome dos quais são estabelecidas ou permitidas;

VIII) As restrições devem se limitar ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e conter-se na estrita medida das suas exigências, não sendo utilizadas para além do estritamente necessário;

IX) Na dúvida, os direitos devem prevalecer sempre sobre as restrições (*in dubio pro libertate*);

X) As leis restritivas devem ser interpretadas, senão restritivamente pelo menos sem recurso à interpretação extensiva e à analogia.¹⁷⁸

A *priori*, todos estes “**10 mandamentos**” podem/devem ser levados em consideração para determinar a eficácia social da vedação ao exercício da advocacia pelos servidores do MPE-RS.

Serão sob estes critérios estabelecidos por Jorge Miranda e outros princípios próprios da hermenêutica constitucional que

¹⁷⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. t. 4. p. 296-308, *passim*.

analisaremos quanto à inconstitucionalidade material da Lei 12.956/2008 e seus outros institutos correlatos.

A norma infraconstitucional que se submete a exame material de constitucionalidade é a Lei 12.956/2008, repetimos mais uma vez seu texto a fim de melhor elucidar a análise de viabilidade de aplicação da técnica de interpretação conforme.

Art. 1º - É vedado o exercício da advocacia pelos ocupantes de cargos dos Quadros de Pessoal de Provedimento Efetivo e de Cargos em Comissão e Funções Gratificadas da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Parágrafo único - A vedação de que trata este artigo estende-se a servidores que estejam cedidos ou adidos ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, enquanto perdurar a cedência ou o exercício na Instituição.¹⁷⁹

Destacamos abaixo as regras e princípios constitucionais pelos quais é possível parametrizar se a legislação do Estado do Rio Grande do Sul se conforma ou não com a Constituição Federal, a fim de definir se há (in)constitucionalidade na vedação do exercício da advocacia pelos servidores do Parquet Gaúcho, eis o *busilis*:

a) Ofensa ao art. 5º, IX e XIII:

A vedação ao exercício da advocacia fere materialmente o art. 5º, caput na parte em que se refere ao direito fundamental de 1º geração, no caso concreto, à liberdade distinta em duas espécies: o direito à “liberdade de expressão intelectual” (inc.IX) e o direito à liberdade de “exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (inc. XIII).

A liberdade de expressão intelectual decorre da própria atividade do advogado, que não é outra senão expressão de sua

¹⁷⁹ RIO GRANDE DO SUL. Lei Estadual nº 12.956, de 5 de maio de 2008. Op. cit..

dedicação em no mínimo 5 anos de estudo e preparação nos bancos acadêmicos, e em se tratando de servidor público, inclui ainda preparação para aprovação em concursos, investimentos em livros, cursos, participação de seminários de atualização, enfim é uma atividade que se reveste inteiramente do intelecto do profissional das ciências jurídicas. Ainda se não bastasse todo empreendimento para se graduar, o profissional para exercer a atividade advocatícia se submete ao filtro do exame da ordem, a fim de atestar sua qualificação e honrar o perfil dos mais aptos bacharéis em direito, através de provas objetivas e dissertativas.

Em relação à liberdade para o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão assegurada no (inc.XIII), a única restrição imposta por esse preceito diz respeito ao atendimento das “qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Atualmente, a lei que regula a profissão de advogado no Brasil é o Estatuto da Advocacia – Lei 8.906/1994. Assim, somente aqueles que preencherem os requisitos deste diploma legal poderão advogar, atendida à qualificação profissional e avaliação de sua idoneidade moral.

Logo, qualquer lei ou ato normativo que estabeleça comando similar a este, estará em desconformidade com a supremacia da ordem constitucional. É o caso da Lei Ordinária Estadual 12.956/2008, que desarrazoadamente fere formal e materialmente o preceito previsto (art. 5, XIII) quando usurpa da competência da União para legislar sobre a liberdade de exercício profissional.

Em relação à violação destes dois preceitos, recorreremos mais uma vez aos ensinamentos de Jorge Miranda quando sustenta que a liberdade de profissão atinge o seu máximo de intensidade nas chamadas profissões livres (profissionais liberais) cujo exercício implica na liberdade individual e no domínio de uma ciência e de uma técnica elevada, devendo possuir um título universitário e/ou uma qualificação específica. São profissões necessárias, úteis e necessitam de confiança social, e esta deriva da

reiterada idoneidade científica, técnica e da sujeição dos profissionais a um sentido ético da profissão, daí a importância dos códigos deontológicos,¹⁸⁰ os quais podem conter qualquer extrapolação dos limites tanto do exercício da advocacia, através do rígido controle previsto no Código de Ética da Advocacia (capítulo 2), quanto aos limites do ofício do servidor público, com olhos voltados para o Regime Estatutário dos Servidores (capítulo 3), quando estabelece um regime de processo administrativo disciplinar para zelar pela conduta de seus súditos, em respeito ao múnus público que exercem. Por certo Jorge Miranda quando escreveu sobre isto, inspirava-se nos advogados.

b) Ofensa aos art. 170, IV, VIII e §Único

A restrição ao exercício profissional ataca frontalmente os princípios da atividade econômica (art. 170), notadamente da livre concorrência (inc. IV), da busca do pleno emprego (VIII) e do livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de qualquer autorização de órgãos públicos (§ único). Neste sentido Eros Roberto Graus defende que “as soluções dadas pelo intérprete e pelo aplicador da Constituição devem estar adequadas e ser coerentes com a ideologia constitucionalmente adotada, que os vincula.”¹⁸¹

A Constituição de 1988 é voltada à transformação da realidade através dos princípios fundamentais da Constituição, dentre eles os consagrados nos seus artigos 1º e 3º. São estes os princípios constitucionais que constituem o cerne da Constituição e que devem servir de diretriz, por meio do princípio da unidade constitucional para interpretação coerente das normas jurídicas *lato sensu*, sem isolá-las do seu sistema e contexto.

¹⁸⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. t. 4. p. 296-308.

¹⁸¹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 2. ed. São Paulo, RT, 1991. p. 194-195

Assim ao impor a vedação ao exercício da advocacia, o legislador estadual impede que os servidores do Ministério Público, com habilitação nas ciências jurídicas e que atendam aos requisitos de admissão no quadro advocatício da OAB, possam exercer a advocacia, em total contradição ao que prevê a Lei 8.906/1994, que regulamenta a profissão conforme os ditames constitucionais do art. 5º, XIII.

Ao fazer isto o legislador estadual atinge diametralmente todos os princípios em voga, tolindo a possibilidade de auferir melhora econômica através a possibilidade de exercer atividade lícita, condigna e retributiva a todo esmero o qual o servidor bacharel em direito se dedicou durante sua formação acadêmica.

O Estado Democrático de Direito no artigo inaugural da Carta Cidadã, que recebe este nome porque tem fundamentos na cidadania (inc. II), dignidade da pessoa humana (inc. III), e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inc. IV), portanto a restrição não encontra guarida nestes elementos previstos na constituição.

O requisito para ingresso no quadro de servidores em sua grande maioria (60% dos cargos) exige apenas o ensino médio, tal é o grau de exigência técnica jurídica que exercem. Suas atividades são meramente administrativas, e quando técnicas e jurídicas não possuem poder decisório que é próprio dos membros ministeriais. Então como se espera que valores como cidadania e dignidade da pessoa humana possam co-existir se o próprio Estado impõe aos seus servidores restrição a possibilidade de ascensão social e econômica condigna com suas capacidades.

E outra situação muito comum, diz respeito à livre iniciativa e ao valor social do trabalho. A grande maioria dos servidores públicos estão neste meio porque passaram por rigorosos e difíceis processos seletivos, os quais por si, só moldam um perfil técnico e profissional, fazendo com que adquiram o gosto pelas ciências jurídicas. Assim, numa situação hipotética um servidor ocupante do cargo de agente

administrativo, onde a exigência é nível médio, exercendo atividade administrativa, portanto executando a atividade meio da instituição sem nenhum poder de decisão jurídica, após 5 anos de estudos gradua-se em Direito e almeja a carreira pública visando os cargos da magistratura. Com a vedação imposta pelo legislador estadual teria que abandonar seu cargo público para poder exercer os 3 anos de prática jurídica que é requisito de investidura nos cargos para Juízes, Promotores de Justiça, Procuradores da República, etc... Será este o interesse do Estado? Perder servidores qualificados? É esta a proposta Estatal de valorização social do trabalho e da livre iniciativa prevista na Carta Política (art. 1º inc. IV)?

Por certo os fundamentos da República dispostos no artigo 3º da Lei Maior¹⁸² constituem objetivos muito diferentes do que limitar o exercício de uma profissão, por suposta possibilidade de tráfego de influência ou desrespeito a ética e moralidade pública, pois para estas suposições já existem os já mencionados códigos deontológicos e estatutários, bem como a previsão específica no código penal para os crimes contra a administração pública (CP, arts. 312-359H) e legislações específicas como a Lei de Improbidade Administrativa e Leis Anti-Corrupção. Ante ao exposto não subsiste razões para proibir tal exercício profissional.

c) Ofensa ao princípio da isonomia ou da igualdade

A Constituição Federal, ao consagrar em seu art. 5º, *caput*, o princípio da igualdade o fez de forma ampla, vedando distinção de qualquer natureza. Ao dar um sentido amplo ao princípio da isonomia a Constituição Federal abandona a idéia de igualdade formal própria do ideário liberal, determinando que seja

¹⁸² Constituição Federal do Brasil estabelece: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Cf. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988)

considerado o mundo dos fatos na aferição dos aspectos de igualdade; determinou que fosse considerada a realidade subjacente à edição de normas jurídicas. Trata-se de um comando ao legislador infraconstitucional para que, ao editar normas jurídicas, tenha em consideração a realidade material dos destinatários dos comandos, levando em conta as distinções existentes entre eles, como pontifica José Afonso da Silva:

o princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leva em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual não se dirige a pessoas integralmente iguais, mas àquelas que são iguais sob aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os <iguais> podem diferir totalmente sob outros.¹⁸³

Assim nem o CNMP, nem a OAB, nem o legislador ordinário gaúcho podem, em nome da isonomia, tornar iguais as duas classes de agentes públicos distintas “Membros” e “Servidores” do Ministério Público no que tange a vedação imposta nas Constituições Federal e Estadual bem como no Estatuto da Advocacia que torna incompatível o exercício advocatício para os membros ministeriais, pois enquanto um é agente político outro é servidor público, enquanto um goza de vitaliciedade o outro tem estabilidade ou é demitido *ad nutum*, sem falar nas prerrogativas constitucionais e estatutárias que asseguram a independência funcional própria dos Promotores e Procuradores de Justiça, como já exposto. A lei ordinária gaúcha não pode, enfim, tornar isonômica a realidade material, igualmente não pode impor uma limitação ao direito fundamental à liberdade de escolha e exercício profissional que é de competência da União, estabelecida na Lei 8.906/1994.

¹⁸³ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Positivo**. Op. cit., p. 216.

Também em nome do princípio da igualdade, convém salientar que todos os servidores do Estado do Rio Grande do Sul, estão submetidos estatutariamente ao regime jurídico através da Lei 10.098/1994, o qual por sua natureza jurídica é único. Portando pelo pressuposto ideário de justiça que atinge a uns também deverá atingir a outros.

Considerando que não existe vedação ao exercício da advocacia neste estatuto, tão pouco na Lei Especial – Estatuto da Advocacia, não prospera a igualdade, se considerarmos que a partir da vigência da Lei 12.956/2008, um bacharel em direito regularmente inscrito no quadro da ordem que seja agente administrativo lotado no Poder Executivo ou Legislativo possa exercer a advocacia paralelamente aos ofícios de seu múnus, ao passo que o detentor de idêntico cargo no MPE-RS não possa gozar do mesmo direito. Há de ressaltar também que pelo mesmo princípio, logicamente todos estes servidores, devem respeito ao impedimento previsto no artigo 30 do Estatuto Advocatício e têm que observar a vedação de litigar contra a fazenda pública que os remunera, pois neste caso a todos se aplica.

d) Ofensa ao princípio da proporcionalidade

O interprete das normas que impõe as limitações aos direitos fundamentais, neste caso restrições ao livre exercício profissional da advocacia, deve decidir eventual colisão de direitos com fundamentos nos parâmetros estabelecidos pelo princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. E sobre o princípio da proporcionalidade Inocêncio Mártires Coelho acentua que:

Para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio a

concessão de poderes, privilégios ou benefícios - **o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade**, em essência consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e ainda enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico (grifo do autor).¹⁸⁴

Pelo princípio da adequação, ao considerar que a Lei Estadual nº 12.956/2008 padece de constitucionalidade formal, pois sua natureza jurídica é da espécie ordinária, e no melhor entendimento da doutrina e da jurisprudência é uma lei hierarquicamente inferior, e por isto inadequada a viger com a mesma legitimidade da Lei Complementar Estatutária a que pertence os servidores civis do Estado do Rio Grande do Sul.

Assim por este caminho também é possível aduzir que esta lei também é materialmente inadequada para se atingir os fins a que se propõe, qual seja resguardar a eficiência e a moralidade do serviço público.

Ao que parece, sacrificar o direito fundamental ao livre exercício profissional e vários outros princípios constitucionais não se revela a medida mais adequada para atingir seus fins. É um preço muito alto e que também não assegura que o servidor vai ser mais ético, eficiente ou moralmente condizente com a função pública que exerce.

A vedação do exercício da advocacia privada pelos servidores do MPE-RS também ofende o princípio constitucional da proporcionalidade em sentido estrito. Sobre esse princípio, José dos Santos Carvalho Filho discorre nos seguintes termos:

¹⁸⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. ver. e aum. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 109.

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.¹⁸⁵

Adequando a lição doutrinária acima, podemos ponderar que, se o objetivo da Lei Estadual nº 12.956/2008 era o de buscar maior eficiência do serviço prestado pelos servidores do parquet estadual e maior dedicação por parte desses servidores, lembra-se que o Direito Administrativo já dispõe de um rigoroso aparato jurídico para coibir e sancionar os profissionais sejam eles advogados, sejam membros ou servidores de quaisquer outras carreiras do serviço público – que desempenham suas funções de forma inadequada. É o que se confere nos códigos de ética e disciplina da ordem dos advogados e na Lei 10.098/1994, portanto tal medida legal revela-se totalmente em excesso e deve ser proporcionalmente mensurada em seus efeitos, a fim de evitar prejuízos aos direitos dos servidores do MPE-RS declarados incompatíveis com o exercício da advocacia.

Por fim, vale aqui ser lembrado que a suprema corte na ADI 1127, julgou procedente a ação quanto ao inciso II do art. 28, para excluir os juízes eleitorais e seus suplentes da qualificação de “incompatíveis” com a advocacia. Então como pode o servidor do Ministério Público ser considerado incompatível, sendo que se trata de um mero agente que presta serviços auxiliares aos Promotores e Procuradores de Justiça? Como pode um agente administrativo sem vínculo algum com o mister judicial ser incompatível com a advocacia, se o próprio membro do poder

¹⁸⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 33.

judiciário que tem poder de decisão direta no juízo eleitoral não é qualificado e nem considerado incompatível?

Os juízes eleitorais são órgãos do Poder Judiciário que podem exercer a advocacia. Desse modo, se vê a incoerência do servidor que auxilia uma instituição independente ser considerado incompatível, enquanto o juiz, o desembargador ou ministro eleitoral tem plena liberdade de exercício de advocacia. Logo, *reductio ad absurdum*, guardadas as proporções, conforme o famoso brocardo jurídico, se pode o mais, pode o menos.

Não se pode sustentar que um servidor administrativo do Ministério Público seja incompatível com função advocatícia se o sistema constitucional permite que órgãos judiciais não sejam assim qualificados como tal. E situação idêntica ocorre também com conciliadores dos Juizados Especiais, que participam ativamente da jurisdição e ainda assim exercem a advocacia em juizados e fóruns diferentes dos que atuam.

Portanto, se uma parcela de agentes públicos diretamente vinculados ao Poder Judiciário exercem a advocacia sem nenhum prejuízo as suas atribuições funcionais e ao interesse público, respeitado o princípio da proporcionalidade, podemos facilmente concluir que o servidor do MPE-RS também poderá advogar sem prejuízo da eficiência, moralidade e ética, respeitado é claro a prescrição de impedimento, prevista no inciso I, do art. 30, da Lei 8.906/1994.

Neste caminho também é relevante mencionar que o campo da advocacia é muito amplo, podendo o advogado atuar extrajudicialmente e judicialmente, além de prestar assessoria em diversos campos dos saberes jurídicos, assim respeitado o princípio da proporcionalidade é perfeitamente admissível que o agente administrativo atue como causídico por exemplo: junto à Justiça do Trabalho, à Justiça Militar, ou Justiça Federal. Logo áreas totalmente diversas do campo de atuação do Ministério Público Estadual. Conforme estabelece o Estatuto da Advocacia, o advogado pode exercer suas atividade tanto como profissional

liberal como empregado, neste caso é muito comum os grandes escritórios empregarem advogados com regimes de 4 horas diárias, onde o advogado define a sua jornada de trabalho, podendo exercer sua profissão em período noturno ou no melhor horário que lhe convenha, trabalhando à distância no conforto de seu lar, sem assim causar prejuízos as suas tarefas junto ao órgão ministerial.

Nestes termos, após apresentação destas razões e considerando as regras e princípios constitucionais conflitantes com o dispositivo impugnado, notadamente o art. 1º da Lei Estadual nº 12.956/2008; Considerando que a lei possui um único artigo; Considerando que na aplicação da interpretação conforme a constituição o interprete deve tentar salvar o texto legal na maior possibilidade possível a fim de respeitar o princípio da presunção de constitucionalidade das leis; Considerando que ao interpretar conforme a constituição, não pode agir *contra legem* pelo princípio da exclusão da interpretação; Considerando que a interpretação conforme a constituição somente deve ser aplicada, quando sobre a norma controlada houver mais de uma interpretação; Concluí-se que pelas considerações arroladas não se revela outra alternativa senão refutar todo o texto do dispositivo legal, por revelar-se totalmente inconstitucional, não sendo possível aplicar a técnica de interpretação conforme.

Foi possível chegar ao entendimento de que o artigo 1º da Lei 12.956/2008 da legislação do Estado do Rio Grande do Sul não se conforma integralmente com a Constituição Federal.

A melhor redação para o referido dispositivo infraconstitucional a fim de alcançar a eficácia social à que se propõe as constituições, seria no sentido de que a restrição ao exercício da advocacia mencionada pelo artigo 1º pudesse limitar-se ao impedimento, ou seja, a restrição parcial prevista no art. 30, I do Estatuto da Advocacia.

Considerações Finais

A realização da presente investigação possibilitou estudar as ciências jurídicas em diversas áreas de atuação. Foi possível aprimorar o conhecimento principalmente pelo direito constitucional, mas com visitas longas pelo direito administrativo, direito trabalhista, e passagens rápidas pelas direito penal e civil.

Percebeu-se como o conhecimento do direito constitucional é fundamental para todas as searas jurídicas, não à toa a Constituição recebe o codinome de Norma Fundamental e Lei Fundamental, herança da Teoria Pura do Direito defendida por Kelsen.

Embora tenha havido dificuldade para encontrar referencial específico sobre o tema proposto, com as referências bibliográficas utilizadas foi possível articular interessantes abordagens e avançar em muitas discussões sobre o direito fundamental à liberdade de escolha e exercício profissional, bem como conhecer um pouco do amplo direito administrativo, no tocante aos serviços públicos e seus agentes administrativos.

Para abordar especificamente o tema proposto foi necessário desvendar não somente as regras e os princípios normativos que regem a Carta Cidadã, mas também foi envidado esforços no conhecimento do caráter programático da Constituição Federativa da República do Brasil.

A partir disto foi possível suscitar alguns problemas específicos que põem em xeque a sua força normativa. Os princípios da supremacia e rigidez constitucional e as garantias oferecidas pelo controle de constitucionalidade exercido especificamente pelo Poder Judiciário possibilitam uma sobrevida e uma esperança no resgate dos direitos e garantias fundamentais, que diante das instâncias políticas a quem se confia a concretização dos direitos fundamentais, muitas vezes não alcança a eficácia normativa.

É seguro afirmar que não seria possível discutir a (in)constitucionalidade das normas restritivas ao direito

fundamental ao livre exercício profissional, sem primeiro conhecer conceitos fundamentais do direito constitucional (capítulo 1), bem como sem desvendar o atraente e essencial exercício profissional da advocacia (capítulo 2) e o sistemático e diligente ofício dos servidores do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (capítulo 3) com seu conturbado e polêmico regime jurídico estatutário.

É importante aqui destacar que o direito fundamental a liberdade de ofício é considerado um direito de 1ª geração. Mas como todo direito fundamental não é absoluto, encontra limitações quando em conflito com outros direitos. O ponto decisivo para analisar a constitucionalidade da norma restritiva a este direito foi notadamente encontrado na doutrina do constitucionalista português Jorge Miranda.

Pelo exame dos “10 mandamentos” sobre as normas restritivas encontrados na doutrina deste autor foi possível construir as seguintes conclusões a cerca da Lei 12.956/2008, enquanto lei restritiva:

- i) Não é fundada na Constituição explicitamente através da leitura de seus artigos 5º, IX e XIII c/c a Lei 8.906/1994, bem como os princípios gerais da atividade econômica e da igualdade;
- ii) Não designa expressamente os direitos constitucionais que pretende resguardar;
- iii) Não se demonstra adequada enquanto espécie normativa, visto que não pode a Administração agir para esse efeito senão com fundamento num princípio de reserva da Constituição;
- iv) Não é revestida de um caráter geral e abstrato, ferindo a isonomia de tratamento dispensado aos servidores estatutários, lembrando que é uma lei ordinária e individual, com vício de iniciativa;

- v) Atinge os direitos, as liberdades e as garantias caso daqueles servidores que antes da vigência da Lei, tinham pleno direito ao exercício profissional da advocacia, afetando o direito adquirido e a segurança jurídica das relações sociais;
- vi) Atinge a extensão e o alcance do conteúdo essencial do direito ao livre exercício da advocacia, previsto no Estatuto da Advocacia;
- vii) Não se atem aos fins em nome dos quais a restrição do exercício profissional da advocacia foi estabelecido no Estatuto da Advocacia, qual seja determinar o impedimento e não incompatibilidade;
- viii) Não se limita ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, como ocorre quando contraria os fundamentos da República previstos no art. 1º, II,III,IV e não atende aos objetivos previstos no art. 3º, I,II,III,IV entre outros já mencionados;
- ix) É uma Lei restritiva que por todas as razões acima expostas gera dúvidas na sua eficácia social, portanto, nesta condição os direitos devem prevalecer sempre sobre as restrições (*in dubio pro libertate*);
- x) Enquanto lei restritiva, ela deve ser interpretadas, senão restritivamente pelo menos sem recurso à interpretação extensiva e à analogia, portanto incabível querer estender a vedação Constitucional ao exercício da advocacia imposta aos Promotores e Procuradores de Justiça também aos servidores alegando que estes também são Membros do Ministério Público.

Por fim, pode-se concluir, de forma sucinta, que realizar o controle constitucional de uma ou norma ou ato normativo significa muito mais do que confrontar o dispositivo conflitante com a norma constitucional. Não é uma tarefa tão simples, envolve o conhecimento de técnicas hermenêuticas e amplo conhecimento das normas constitucionais, aliado a isto, exige-se a análise

sistemática de todas as normas correlatas ao caso concreto, principalmente a(s) norma(s) especial(is) que contém o direito fundamental ao livre exercício profissional, notadamente os dispositivos previstos no Estatuto da Advocacia e no Regime Jurídico Único dos Servidores do Estado do Rio Grande do Sul.

Referências Bibliográficas

- AGUIAR, Roberto A. R. de. **A crise da advocacia do Brasil**. São Paulo: Alfa Omega, 1991.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Eneá de Stutz e. **Instituto dos Advogados Brasileiros: História da Instituição**. Disponível em <<http://www.iabnacional.org.br/institucional/historia-da-instituicao>>. Acesso em 25 out. 2016.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 53. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em:<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 14 out. 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 518.
- BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Resolução 02/2015**. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil –OAB. Disponível em: <

<http://www.oab.org.br/Content/pdf/novo-ced.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2016.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Súmula nº 2**. Disponível em: <
<http://www.oab.org.br/content/pdf/sumulas/sumulao22009oep.pdf> >.
Acesso em: 29 nov. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - **Recurso Administrativo em Pedido de Providências - Conselheiro - 0003259-47.2011.2.00.0000** - Rel. CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA - 141ª Sessão - j. 14/02/2012).

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP. **Resolução 27/2008 de 10 de março de 2008**. Disciplina a vedação do exercício da advocacia por parte dos servidores do Ministério Público dos Estados e da União. Disponível em:
<http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/stories/Normas/Resolucoes/resol_27_2008.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 109, de 09 de junho de 2014**. Disciplina a estrutura dos serviços auxiliares do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em:<http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/Normas/Resolucoes/Resolucao_nº_109.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 60, de 27 de julho de 2010**. Disciplina a estrutura dos serviços auxiliares do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em:<http://www.cnmp.mp.br/Resolucoes/Resolucao_nº60.pdf >.
Acesso em: 17 nov. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 22.478, de 20 de Fevereiro de 1933**. Disponível em <
<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22478->

20-fevereiro-1933-507612-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 25 Out. 2016.

BRASIL. **Lei 4.215, de 27 de abril de 1963.** Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4215.htm>.
Acesso em: 23 out. 2016.

BRASIL. **Lei 8.906, de 04 de julho de 1994.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

BRASIL. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

BRASIL. **Lei nº 11.415 de 15 de dezembro de 2006.** Dispõe sobre as Carreiras dos Servidores do Ministério Público da União, fixa os valores de sua remuneração; revoga a Lei nº 9.953, de 4 de janeiro de 2000, e a Lei nº 10.476, de 27 de junho de 2002, e dá outras providências. Disponível em:
<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11415.htm>. Acesso em: 28 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.316 de 20 de julho de 2016.** Dispõe sobre as carreiras dos servidores do Ministério Público da União e as carreiras dos servidores do Conselho Nacional do Ministério Público; fixa valores de sua remuneração; e revoga a Lei nº 11.415, de 15 de dezembro de 2006. Disponível em: <
www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13316.htm>. Acesso em: 28 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em:
<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 08 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000**. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9962.htm>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ- 2º T. **Resp. nº 92.508/DF**- Rel. Min. Ari Pargendler, Diário da Justiça, Seção I, 25 ago. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **ADI: 3599 DF**, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 21/05/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007 DJ 14-09-2007 PP-00030 EMENT VOL-02289-01 PP-00103 RTJ VOL-00202-02 PP-00569.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **AI: 601936 SP**, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 20/03/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5454 seja julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Resolução 27/2008 do CNMP**. Disponível em<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=308660>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 3232 TO**, Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 14/08/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-187 DIVULG 02-10-2008 PUBLIC 03-10-2008 EMENT VOL-02335-01 PP-00044.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS: 26955 DF**, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 01/12/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-070 DIVULG 12-04-2011 PUBLIC 13-04-2011 EMENT VOL-02502-01 PP-00010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl: 16487 MG**, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 26/08/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-174 DIVULG 08-09-2014 PUBLIC 09-09-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 589998**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2013, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral – MÉRITO. DJe-179. DIVULG. 11-09-2013. PUBLIC 12-09-2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 603583**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2011, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral – Mérito. DJe-102 DIVULG 24-05-2012 PUBLIC 25-05-2012 RTJ VOL-00222-01 PP-0055.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 425**. Jus Postulandi na Justiça do Trabalho. Alcance. Res. 165/2010, DEJT divulgado em 30.04.2010 e 03 e 04.05.2010. Disponível em <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_I nd_401_450.html#SUM-425](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_I_nd_401_450.html#SUM-425)>. Acesso em: 23 out. 2016.

CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**. V. II. Lisboa: Coimbra Editora, 1973.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. rev. ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. ver. e aum. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A função do advogado na administração da justiça**. Revista dos Tribunais, São Paulo, V. 694, p.44, ago. 1993.

DA SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial**. Revista GV 3, v. 2, nº 1, p. 192-210, jan-fev 2006. Disponível em: <

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogy/article/viewFile/35221/34021>>. Acesso em 23 nov. 2016.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Tradução dos capítulos III,IV,V do **Contratto de Diritto Civile Italiano**, Vol I, Roma, 1921. 2. ed. Traduzido por Manuel A. Domingues de Andrade. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1963.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5. ed. Malheiros, 2010.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GÓES, Guilherme Sandoval; MELLO, Cleyson de Moraes. **Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 2. ed. São Paulo, RT, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. **Restrições ao direito fundamental à liberdade de exercício da advocacia pelos servidores do Ministério Público**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. São Leopoldo-RS: Unisinos: 2015, p. 334-350. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.73.12/5029>>. Acesso em 28 nov. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**; traduzido por J. Cretella Jr.; Agnes Cretella. 3ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. **O direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonand, 2000.

MACIEL, Heriberto Ross; ANDREATTA, Sandra Regina. **Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio Grande do Sul: Comentado artigo por artigo**. Curitiba: Juruá, 2016.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. **A função social do advogado**. Revista do Advogado, São Paulo, ano IV, nº 14, p. 95, jul./set. 1983.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Ministério Público: a constituição e as leis orgânicas**. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: Atlas. 2004.

MAURIQUE, Jorge Antônio. et al. **Conselhos de Fiscalização profissional: Doutrina e Jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Disponível em: < <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues> >. Acesso em: 12 out. 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. t. 4. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. t. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. t.1. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. rev. atual. até a EC. Nº 91 de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva. 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva. 1989.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Moreira de. **Justiça e Ética**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2016.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 1993.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araujo. **Servidores Públicos na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1989**. Com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de n.º 1, de 1991, a 72, de 2016. Disponível em: <<http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=liPguzuGBtw%3d&tabid=3683&mid=5358>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei Complementar 10.098, de 03 de fevereiro de 1994**. Dispõe sobre o estatuto e regime jurídico único dos servidores públicos civis do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em

<<http://www.al.rs.gov.br/legiscomp/arquivo.asp?idNorma=527&tipo=pdf>>. Acesso em 15 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei Estadual nº 10.695, de 9 de janeiro de 1996**. Cria e extingue cargos no Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral de Justiça, redefine atribuições e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/legislacao/id3629.htm>>. Disponível em: 17 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei Estadual nº 12.956, de 5 de maio de 2008**. Dispõe sobre a vedação do exercício de advocacia a servidores dos Quadros de Pessoal da Procuradoria-Geral de Justiça - Serviços Auxiliares do Ministério Público do Rio Grande do Sul, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/Mo10/Mo100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=51659&hTexto=&Hid_IDNorma=51659>. Disponível em: 17 nov. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHNEIDER, Yuri. **Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio Grande do Sul: (comentários à Lei complementar 10.098, de 03.02.94)**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sapiens, 2013.

SILVA, Cristiane Vieira de Mello e. **O advogado: O menestrel da liberdade**. Revista IMES: Direito, São Caetano do Sul-SP, Nº 8, p. 58 - 67, jan. 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Volume I, 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1996.

SILVA, Raul Floriano da. **A função social do advogado**. Revista de Direito Civil, São Paulo, ano V, p. 160, abr./jun. 1981.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Instituto dos advogados e o exercício da advocacia**. Revista Jurídica Consulex, Brasília, v. 13, n. 306, p. 30-33, out. 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 24. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2014.

TORRINHA, Francisco. **Dicionário Português-Latino**. Porto: Editorial Domingos Barreira, 1939.