

EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. **Membros do MP admitidos antes da CF de 1988.**

PROCESSO Nº 0.00.000.000071/2005-25

RELATOR: CONSELHEIRO GASPAR VIEGAS

INTERESSADA: LEONARDO LUIZ DE FIGUEIREDO COSTA

OBJETO: EXERCÍCIO DA ADVOCACIA POR MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

EMENTA

Advocacia. Membros do Ministério Público admitidos antes da Constituição Federal de 1988. Opção de que trata o § 3º do art. 29 do ADCT e inscrição na OAB. Possibilidade. Impedimentos e Vedações. Emenda Constitucional 45/2004. Edição de Resolução. Somente poderão exercer a advocacia com respaldo no § 3º do art. 29 do ADCT da Constituição de 1988, os membros do Ministério Público que integravam a carreira na data da sua promulgação e que, desde então, permanecem regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil. Além dos impedimentos e vedações previstos na legislação que regula o exercício da advocacia pelos membros do Ministério Público, esses não poderão fazê-lo nas causas em que, por força de lei ou em face do interesse público, esteja prevista a atuação do Ministério Público, por qualquer dos seus órgãos e ramos (Ministérios Públicos dos Estados e da União).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda o Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público, por maioria, vencidos os Conselheiros Ricardo César Mandarinho Barreto, Luiz Carlos Lopes Madeira, Hugo Cavalcanti Melo Filho e Saint'Clair Luiz do Nascimento Júnior, que entendem, nos termos do voto-vista, que a norma de transição do 3º do art. 29 do ADCT da Constituição de 1988 foi revogada pela Emenda constitucional 45/2004, decidir, nos termos do voto do Relator, pela expedição de resolução, especificando que somente poderão exercer a advocacia com respaldo no § 3º do art. 29 do ADCT da Constituição de 1988, os membros do Ministério Público que integravam a carreira na data da sua promulgação e que, desde então, permanecem regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, e que, além dos impedimentos e vedações previstos na legislação que regula o exercício da advocacia pelos membros do Ministério Público, esses não poderão fazê-lo nas causas em que, por força de lei ou em face do interesse público, esteja prevista a atuação do

Ministério Público, por qualquer dos seus órgãos e ramos (Ministérios Públicos dos Estados e da União).

Brasília, 08 de maio de 2006.

GASPAR VIEGAS

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de procedimento autuado como pedido de providências, em que o Procurador da República Leonardo Luiz de Figueiredo Costa requer posicionamento deste Conselho às seguintes indagações:

1- PERSISTE A POSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PELOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS O ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04?

2 - CASO A RESPOSTA DO ITEM ANTERIOR SEJA AFIRMATIVA, QUAL A DELIMITAÇÃO DA POSSIBILIDADE DESTE EXERCÍCIO DE ADVOCACIA?

Argumentado contrariamente ao primeiro questionamento e sugestivamente quanto ao segundo, o requerente apresentou a seguinte manifestação:

“Sem embargo de entendimentos contrários, entendo que não mais subsiste a possibilidade de exercício da advocacia por nenhum membro do Ministério Público, o que ensejaria a manifestação do Conselho Nacional em estabelecer tal vedação expressamente, no exercício de seu poder correicional.

O art. 29, §3º, da ADCT ao estabelecer os direitos de opção entre regimes jurídicos fixou um paradigma de respeito ao estatuto jurídico vigente à época da promulgação da Constituição Federal.

Entretanto, não quis assegurar expressamente o direito ao exercício da advocacia (embora este fosse um dos elementos do regime jurídico anterior).

Trata-se de uma norma de exceção, pois como se sabe não há direito adquirido a regime jurídico.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal já relativizou, ao apreciar a reforma da previdência (EC 41/03) a imutabilidade dos chamados direitos adquiridos.

Assim: a) não existe direito adquirido a regime jurídico; b) não existe direito adquirido a exercer a advocacia.

Seguindo esta linha de raciocínio a emenda Constitucional n° 45/04 estabeleceu a vedação de advocacia a todos os membros da magistratura e do Ministério Público, até o decurso do prazo de três anos, junto ao juízo ou tribunal perante ao qual este oficiava, ex vi do art. 95, inciso V e art. 128, §6, da CF.

Evidentemente, a possibilidade de escolha do regime jurídico anterior não ultrapassa os limites da nova determinação constitucional sobre a matéria e, veja-se, não há sentido na determinação de vedação de advocacia (quarentena) após o exercício do cargo, e ao mesmo tempo permiti-la durante o exercício do cargo.

Nem se diga que a norma somente se aplica aos membros do Ministério Público integrantes da carreira após 1988. É de notório conhecimento que a reforma do judiciário tem aplicação a todos os membros do Parquet, inclusive quando às novas vedações e a submissão ao Conselho Nacional e seus novos poderes.

Além disso, ao contrário do texto anterior (que nasceu com a ressalva da norma de transição) e dos art. 28, inciso II e art. 83, da Lei n° 8.906/94 não foi feita qualquer ressalva ao regime jurídico anterior.

Note-se, no mesmo sentido, que é vedada a atividade político-partidária por qualquer membro do Ministério Público (ao contrário da redação anterior que possibilitava a filiação do membro do Ministério Público à partido político), a atual redação constitucional trazida pela Emenda Constitucional n° 45/04 impede o exercício de atividade político-partidária, sem fazer qualquer exceção.

Assim, estaria abrangida a vedação de advocacia nos mesmos moldes da vedação de filiação a partidos políticos. Observe-se que o Egrégio TSE já decidiu que os membros do Ministério Público estão sujeitos ao mesmo regime dos magistrados, no tocante às atividades políticas, após a EC 45/04 .

(...)

Embora discorde completamente da possibilidade da advocacia pelo membro do Ministério Público, caso este Egrégio Conselho assim não entenda, faz-se necessário fixar os limites ao exercício desta atividade privada.

Como se sabe, o Estatuto da Advocacia em seu art. 83, prevê a possibilidade do membro do Ministério Público exercer a advocacia, nos casos do art. 29, §3º, da ADCT (dispositivo legal que entendo sem eficácia diante da EC 45/04).

Porém, não estabeleceu parâmetros específicos para o exercício da advocacia para os membros do Ministério Público, apesar de haver fixado critérios gerais.

Nesse sentido dispõe o art. 30, inciso I, da Lei n° 8.906/94:

“Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:

I - os servidores da administração direta, indireta e fundacional contra a Fazenda Pública que os remunerem ou à qual seja vinculada a entidade empregadora;”

Assim, estariam impedidos os membros do Ministério Público de advogarem em qualquer causa em detrimento da Fazenda que os remuneram ou em que fosse parte o próprio Ministério Público (ações penais, inquéritos policiais e Comissões Parlamentares de Inquérito que versem acerca de crimes sujeitos à persecução criminal Federal, ações civis públicas e ações de improbidade administrativa da competência da justiça federal, entre outros).

Desta forma, considerando urgente a necessidade de regulamentação pelo E. Conselho Nacional do Ministério Público e a delimitação do novo papel constitucional do Parquet e das vedações às quais se submetem seus membros, solicito a este órgão constitucional que edite resolução acerca do exercício da advocacia pelos membros do Ministério Público”.

Recebi, para análise de eventual conexão, os autos do Processo CNMP nº 0.00.000.000088/2005-82, tendo nele proferido despacho determinando o pensamento, sob o entendimento de que têm o mesmo objeto.

Este relator oficiou ao Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, solicitando informar qual o posicionamento do Chefe do MPU sobre o tema, bem como a eventual existência de normatização interna específica. Ainda, foi oficiado às associações de classe dos diversos ramos do MPU, à CONAMP e aos Conselhos Nacionais de Corregedores-Gerais e de Procuradores-Gerais, solicitando posicionamento a respeito. As respostas estão nos autos e foram as seguintes:

“1. Ministério Público Federal — ofício do Exmo. Sr. Corregedor-Geral informando que há na instituição 123 (cento e vinte e três) membros que, querendo, podem advogar, estando ainda apurando os que efetivamente o fazem;

2. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – ofício da Procuradoria-Geral informando que, dos 37 (trinta e sete) membros que entraram na Instituição antes da CF/88, apenas um fez opção pelo regime jurídico anterior;

1.TSE, resolução n. 22.015, de 17.5.2005, consulta n” 1.148/DF, relator: Ministro Caputo Bastos.

2.Embora esta menção não seja expressa (pois não se aplicaria a nenhum outro advogado em geral), podemos compreendê-la sistematicamente, uma vez que somente o Ministério Público exerce a ação penal pública privativamente (art. 129, inciso I, da CF). Não poderia o membro do Ministério Público advogar contra o Ministério Público.

3. Ministério Público Militar — ofício da Procuradoria-Geral informando que, dos membros que realizaram a opção, apenas 04 (quatro) exercem a advocacia;
4. Ministério Público do Trabalho — ofício informando o nome dos 43 (quarenta e três) membros que fizeram a opção constitucional, dos quais 04 (quatro) dela se retrataram, com observação de que não há informação individualizada de quantos efetivamente exercem a advocacia;
5. Associação Nacional do Ministério Público do Trabalho —ofício informando entendimento da diretoria da entidade no sentido de que a EC 45/2004 não introduziu novidades no tratamento da matéria.”

Os demais não responderam, sendo que os autos somente vêm agora a Plenário em face da tentativa do relator em obter tais respostas, sendo que a última veio aos autos em 05 de abril do corrente ano (MPT).

É o relatório.

VOTO

Conheço o pedido de providências, pois trata de matéria afeta às atribuições deste Conselho Nacional.

O questionamento é dividido em dois pontos, ou seja, se o advento da Emenda Constitucional 45/2004 passou a impedir o exercício da advocacia por parte dos membros do Ministério Público que se utilizaram das disposições do § 3º do art. 29 do ADCT da Constituição de 1988 e, em caso positivo, quais os limites - ou impedimentos - de tal exercício.

Enfrentando o primeiro questionamento, entendo que a Emenda Constitucional 45/2004 não trouxe novidade ao tema, em nada modificando a situação dos membros do Ministério Público que, por força do permissivo constitucional do § 3º do art. 29 do ADCT da Constituição de 1988, podem exercer a advocacia.

Com efeito, a Emenda Constitucional nº 45/2004, no que tange à advocacia, não fez qualquer referência ao citado dispositivo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de modo que pudesse ser entendido que o estaria revogando.

A única novidade sobre o tema (advocacia) veio na redação dada ao inciso V do parágrafo único do art. 95, aplicável ao Ministério Público por força do § 6º do art. 128, nos seguintes termos:

“Art. 95(...)

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

(...)

V – exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.”

É evidente que a nova redação, trazendo à Constituição a denominada “quarentena”, somente se aplica, após a exoneração ou aposentadoria, aos membros que já não podiam advogar por força da vedação constitucional genérica, vigente desde a promulgação da Constituição de 1988 (art. 128, § 5º, inciso II, alínea “b”). Não há que se falar em “quarentena” para quem já possui tal direito, que em nada é afetado com o desligamento, por aposentadoria ou exoneração.

Ressalte-se, por fim, que a legislação federal posterior à CF/88 reconheceu o direito de advocacia daqueles que optaram pelo regime anterior, conforme redação do art. 83 da Lei 8.906/94 Estatuto da OAB), nos seguintes termos:

“Art. 83. Não se aplica o disposto no art. 28, inciso II, desta Lei, aos membros do Ministério Público que, na data de promulgação da Constituição, se incluíam na previsão do art. 29, § 3º, do seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.”

Por sua vez, o art. 28, inciso II, da citada lei, assim dispõe:

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

I - (...)

II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público “

Por tais razões, voto no sentido de que este Conselho afirme que a EC nº 45/2004 não inovou no que tange ao direito de exercício da advocacia aos membros que o fazem com base no § 3º do art. 29 do ADCT da CF/88.

Quanto ao segundo questionamento, outra é a solução.

Com efeito, entendo que a Emenda Constitucional 45/2004 trouxe consigo nova espécie de impedimento para os membros do Ministério Público que exercem a advocacia. Explico: a reforma constitucional, ao criar o Conselho Nacional do Ministério Público¹, reconheceu à instituição uma nova característica. Temos hoje o

¹ *“Art 130-A, O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros no meados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:*

I - o Procurador-Geral da República, que o preside;

II - quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras;

III - três membros do Ministério Público dos Estados;

IV - dois juizes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça;

V - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

que podemos chamar de Ministério Público Brasileiro.

O Conselho Nacional do Ministério Público é órgão máximo e vem para conferir unidade de governo ao Ministério Público nacional. Com a promulgação da Constituição de 1988 já se tinha a noção de um Ministério Público brasileiro. No entanto, faltava um órgão que desse sentido material a essa unidade. Agora, essa noção fica muito mais visível com a criação deste Conselho Nacional e pode-se afirmar que o Ministério Público é nacionalmente organizado.

Então, se temos hoje esta nova configuração constitucional do Ministério Público, controlado nacionalmente por um único órgão (CNMP), não é possível que entendamos normais situações processuais em que se deparem Ministério Público contra Ministério Público, estando um deles atuando como advogado.

Há um evidente choque de interesses, notadamente quando se tratar de ação penal pública, que é exercida privativamente pelo Ministério Público (art. 129, inciso I, da CF). Nestes casos, a solução do conflito deve se dar em face do interesse público, surgindo de tal raciocínio o imperativo de que se reconheça que existe, pelo menos a partir da EC 45/2004, um novo impedimento no exercício da advocacia por membro do Ministério Público.

Por sua vez, a Lei 8.906/94, no seu art. 30, inciso I, assim disciplina o único (até aqui) impedimento expresso de exercício de advocacia aplicável aos membros do Ministério Público que podem fazê-lo:

“Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:

I - os servidores da administração direta, indireta ou fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora;”

Então, para dar concretude aos novos ditames da EC 45/2004, no que tange ao caráter nacional do Ministério Público, submetido que é a um único órgão maior de controle administrativo, financeiro e disciplinar (CNMP), voto no sentido de que seja expedida resolução explicitando que:

“Art. 1º. Somente poderão exercer a advocacia com respaldo no § 3º do art. 29 do ADCT da Constituição de 1988, os membros do Ministério Público que integravam a carreira na data da sua promulgação e que, desde então, permanecem regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil.

Art. 2º. Além dos impedimentos e vedações previstos na legislação que regula o exercício da advocacia pelos membros do Ministério Público, estes não poderão fazê-lo nas causas em que, por força de lei ou em face do interesse público, esteja prevista a atuação do Ministério Público, por qualquer dos seus órgãos e ramos (Ministérios Públicos dos Estados e da União)."

É o voto.

Brasília, 08 de maio de 2006.

GASPAR VIEGASCARI

Relator

VOTO - VISTA

O resumo do requerimento encontra-se muito bem posto no voto do ilustre Relator, Conselheiro Gaspar Viegas.

Ao contrário do entendimento do eminente Relator, penso que a resposta à primeira das indagações, acerca da possibilidade, por parte de membros do Ministério Público, do exercício da advocacia após a Emenda 45/04, deve ser negativa. Explico.

É certo que a Emenda Constitucional n.º. 45 não traz qualquer regra explícita que proíba a advocacia por parte dos membros do Ministério Público, referente àqueles que foram beneficiados pela regra de transição do art. 29, § 3º, do ADCT. Entretanto, buscando-se uma interpretação sistemática do texto das regras constitucionais, não há como admitir que, após a referida Emenda, ainda subsista o direito ao exercício da advocacia por parte daqueles que foram excepcionados pela Constituição atual.

É que o legislador constituinte derivado manteve a proibição de advogar por parte dos Juízes, criando uma regra de quarentena, inserida no parágrafo único, inciso I, do art. 95 e estendida aos membros do Ministério Público, através da regra do art. 128, § 6º.

Dizem as referidas disposições:

"Artigo 95 (...)

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

(...)

V – exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes decorridos três anos do

afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.”

“Art.128(...)

Parágrafo 6º Aplica-se aos membros do Ministério Público o disposto no art 95, parágrafo único, V ”

Ora, a proibição de advogar, para os juízes, já existia. Para os membros do Ministério Público, também existia, mas por força de uma regra de transição, de conteúdo moral duvidoso, ficaram de fora alguns membros da carreira que se enquadrasse na referida regra.

A Emenda 45 manteve a proibição e, como a sociedade reclamava do tráfico de influência de magistrados que se aposentavam e passavam à advocacia perante os mesmos tribunais que compunham, criou-se essa regra de quarentena, estendida também aos membros do Ministério Público.

Ora, se o legislador constituinte impôs uma regra mais dura para o exercício da advocacia, estendendo-a, em certa situação, até para após o afastamento de magistrados e membros do Ministério Público do cargo, isto é, após os mesmos deixarem de ser juízes e membros do MP, como entender que persiste o direito ao exercício da advocacia para os membros do Parquet beneficiados por uma regra de transição anterior? Totalmente incompreensível, desarrazoado mesmo insistir na vigência dessa norma. Tenho que a norma foi tacitamente revogada pela nova disciplina trazida pela Emenda Constitucional 45, decorrente do prestígio ao conjunto de princípios novos eleitos pela emenda.

Como pontuou muito bem o requerente, Dr. Leonardo Luiz de Figueiredo Costa:

“Seguindo esta linha de raciocínio, a Emenda Constitucional 45/04 estabeleceu a vedação da advocacia a todos os membros da magistratura e do Ministério Público, até o decurso de prazo de três anos, junto ao juízo ou tribunal perante o qual este oficiava ex vi do art, 95, V, e art. 128, § 6º da Constituição Federal.

Evidentemente, a possibilidade de escolha do regime jurídico anterior não ultrapassa os limites da nova determinação constitucional sobre a matéria e, veja-se, não há sentido na determinação de vedação de advocacia (quarentena) após o exercício do cargo e, ao mesmo tempo, permiti-la durante o exercício do cargo.”

Acrescento. Esta nova disciplina, muito mais rigorosa, atende, com perfeição, ao princípio da moralidade, insculpido no art. 37 da Constituição. Veio, frise-se, para afastar até mesmo o desconforto de magistrados que eram obrigados a conviver com

antigos colegas, agora em outro papel, tão nobre quanto o anterior, mas valendo-se, sutilmente, das facilidades de acesso aos cartórios, e até mesmo da intimidade que desfrutavam com seus ex-colegas magistrados, gerando uma grande insegurança nos jurisdicionados.

Com isso, buscou o legislador conferir mais confiança, por parte da sociedade, ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, quando lhes impôs a mesma restrição. Se é assim, evidentemente que a regra de transição anterior acha-se revogada.

Com essas novas disposições, se a exceção anterior já incomodava o senso ético da sociedade e da maioria dos profissionais do direito, principalmente quando convivíamos com membros do Ministério Público ocupando, em alguns casos, a Presidência de algumas seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, como admitir que ela persista agora, com restrições muito mais rigorosas?! A incompatibilidade com o texto constitucional resultante da Emenda 45 salta aos olhos. O incômodo será muito maior. A incompreensão, por parte da sociedade, com essa situação insólita, será muito mais eloquente.

Penso, com todo o respeito aos que discordam da minha opinião, que forçar uma interpretação para manter vigente a regra de transição anterior é não entender o papel do Conselho Nacional do Ministério Público, que tem o dever maior de zelar pela autonomia da instituição, o que só conseguirá através do apego até mesmo fanático ao princípio da moralidade. Nesse aspecto, temos o dever de sermos fundamentalistas.

Esse apego fanático a que me refiro vem sendo evidenciado no dia a dia da instituição, tanto que estamos justamente buscando disciplinar uma matéria por solicitação de um membro do próprio Ministério Público Federal, comprometido com o zelo da boa imagem da instituição a que pertence.

Não posso deixar de registrar que recebi de dois membros do Ministério Público, Drs. Mário Luiz Bonsaglia e Mônica Nicida Garcia, petição que requeiro ao Relator, seja acostada aos autos, chamando a atenção especificamente para o exercício da advocacia em matéria eleitoral, que entendem incompatível por parte dos membros do MP. Afirimo, não só incompatível, como despudorada.

Esse fato vem a demonstrar a preocupação de membros da instituição com a preservação de sua imagem, de sua credibilidade já conquistada, mas que não pode ser posta em risco. Afinal, o Ministério Público é, hoje, uma das instituições de maior credibilidade e prestígio social em nossa República.

Com esses fundamentos, discordo do eminente Relator, para entender totalmente incompatível o exercício da advocacia por parte dos membros do Ministério

Público, inclusive daqueles que foram excepcionados pela regra de transição da Constituição de 1988, que, ao meu sentir, encontra-se revogada pela Emenda 45/04, prejudicada, portanto, a segunda indagação.

É como voto.

RICARDO CÉSAR MANDARINO BARRETTO

Conselheiro