

As instituições *sui generis* da República

Antonio Oneildo Ferreira¹

Sumário: Introdução. 1) O controverso parecer do Procurador-Geral da República (PGR). 2) Instituições *sui generis*. 2.1) Tribunais de Contas (TC). 2.2) Ministério Público (MP). 2.3) Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). 3) A importância da autonomia funcional das instituições *sui generis* para a salvaguarda do Estado democrático de direito.

Introdução

Partimos da seguinte situação: o Ministério Público Federal (MPF), representado pela Procuradoria-Geral da República (PGR), ofereceu parecer que questiona a natureza *sui generis* reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em prol da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Nessa oportunidade, a PGR recomenda a revisão do entendimento vigente no STF sob a alegação de que o enquadramento da OAB no regime público das autarquias não impossibilitaria que ela exercesse regularmente sua função pública e social de defesa do Estado democrático de direito. Julgo, *data venia*, que a posição sustentada pelo MPF está completamente equivocada, porquanto exhibe indesculpável desconhecimento das opções feitas pelo constituinte de 1988 no tocante aos mecanismos institucionais de preservação da incolumidade da República. A fim de que a República Federativa do Brasil se mantenha e se preserve enquanto um Estado democrático de direito, e que o povo seja seu legítimo e genuíno soberano, a Constituição trouxe um engenhoso desenho institucional de freios e contrapesos (*checks and balances*), orientado à contenção das possíveis arbitrariedades decorrentes da concentração de poder da parte dos órgãos estatais.

Identificamos manifesta e deliberada adoção de um mecanismo de *bloqueio* da vinculação de algumas instituições aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, em razão da essência das peculiares atribuições por elas desempenhadas, de modo que não haja entre elas e outras instâncias governamentais uma acentuada subordinação hierárquica. Quando um órgão da magnitude e relevância do MP insinua que se deva “romper o bloqueio”, denuncia patente desconhecimento das intenções republicanas que inspiraram o constituinte originário a criar uma estrutura de controle, harmonização e contemporização dos poderes públicos. Transparece desconhecimento acerca da própria característica *sui generis*, transmuta prerrogativas dos entes públicos em privilégios corporativistas.

¹ Advogado. Diretor-Tesoureiro do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ao próprio MP foi outorgado, pelo constituinte, o caráter *sui generis*, indispensável para que funcione efetivamente como guardião da cidadania e fiscal da lei. Esse programa contou, inclusive, com decisivo apoio da OAB, entidade que se engajou sobremaneira para que o MP deixasse de se reduzir a uma instituição subjugada, fadada a atender aos interesses dos governantes – sobretudo dos chefes do Executivo. O MP não pode olvidar que tanto ele quanto as demais instituições *sui generis*, como a OAB e os Tribunais de Contas, foram munidos, pelos desígnios constitucionais, de um papel imperativo de agir em defesa dos direitos fundamentais, da cidadania e do Estado democrático de direito. Esse papel é o que dá conformidade à República, na medida em que engendra uma estrutura de controle e fiscalização da atividade pública, de tal sorte que esta permaneça sempre alinhada ao interesse coletivo, à *res publica*. Se a autonomia das instituições *sui generis* fosse neutralizada, haveria um impacto deletério na estrutura republicana. Causa espécie, pois, que a PGR ignore esse ponto.

Neste artigo, desenvolverei o argumento de que a OAB integra o grupo das instituições *sui generis* da República, do qual também fazem parte o Ministério Público e os Tribunais de Contas. Todos são órgãos providos de autonomia funcional pela Constituição, não subordinados hierarquicamente aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário – a despeito de os Tribunais de Contas fazerem parte da estrutura interna do Legislativo e de o Ministério Público compor a estrutura interna do Executivo. Iniciando com uma apreciação dos argumentos expostos no parecer do PGR (*Parte 1*), indicarei as características centrais das instituições *sui generis* criadas pelo constituinte originário (*Parte 2*) – quais sejam, Tribunais de Contas (*Parte 2.1*), Ministério Público (*Parte 2.2*) e Ordem dos Advogados do Brasil (*Parte 2.3*) – e, ao final, concluirei pela indispensabilidade da existência de instituições *sui generis*, dotadas de autonomia funcional, para a salvaguarda do Estado democrático de direito (*Parte 3*).

1) O controverso parecer do Procurador-Geral da República (PGR)

A discussão a respeito da natureza jurídica da OAB não era o foco da ADI 5.367/DF, de modo que o PGR se manifestou perfunctoriamente sobre assunto que não lhe fora ofertado. A controvérsia subjacente a todos os dispositivos legais impugnados nessa ação² diz respeito à possibilidade de contratação de pessoal dos conselhos federais de fiscalização profissional nos moldes do regime de

² A ação em tela questionava a constitucionalidade do art. 58, §3º, da Lei nº 6.649/1998, que dispõe sobre aplicação do regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) aos empregados de conselhos federais de fiscalização de profissões regulamentadas; do art. 31 da Lei nº 8.042/1990, que institui os Conselhos Federais e Regionais de Economistas Domésticos; e do art. 41 da Lei nº 12.378/2010, que regulamenta o exercício da Arquitetura e do Urbanismo.

trabalho celetista. Interessam-nos, contudo, somente as partes em que o PGR contemplou lateralmente a questão da natureza jurídica da OAB. Os argumentos aventados no parecer³ são, em síntese:

a) os conselhos federais de fiscalização profissional são autarquias que integram a estrutura da Administração Pública federal,⁴ razão pela qual estão submetidos ao regime público (art. 39 – CF),⁵ inclusive no que tange ao regime de contratação de servidores – que deveria ser invariavelmente estatutário. Exercem poder de polícia administrativa, na forma do art. 22, XVI – CF,⁶ prerrogativa inerente *apenas* aos órgãos que compõem a administração pública;⁷

b) o STF placitou compreensão que atribui à OAB “vantagens” [*sic*] do regime público (competência para exercer poder de polícia, fiscalizando o exercício profissional e cobrando valores compulsórios) aliadas às liberdades dos entes privados (não submissão ao Tribunal de Contas e livre contratação de funcionários), posição que, em nome da “coerência do sistema jurídico”, conviria fosse rediscutida (ver p. 7);

c) aqueles que pugnam pela autonomia da OAB argumentam que a Entidade, em virtude do exercício de finalidade institucional que lhe compete, precisa manter-se independente do Poder Público para que cumpra fielmente o papel, que lhe foi reservado pelo art. 41, I, do Estatuto da Advocacia e da OAB (EAOAB), de “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”. Sua missão constitucional demandaria, pois, independência incompatível com a estrutura autárquica, uma vez que a disciplina

³ Os argumentos foram colhidos e sistematizados a partir de: BRASIL. Ministério Público Federal, Procuradoria-Geral da República. *Ação direta de inconstitucionalidade 5.367/DF*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Congresso Nacional, Presidente da República. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. ART. 58, § 3º DA LEI 9.649/1998; ART. 31 DA LEI 8.042/1990; ART. 41 DA LEI 12.378/2010. REGIME JURÍDICO ÚNICO. ART. 39 DA CONSTITUIÇÃO. OBRIGATORIEDADE. ATIVIDADES TÍPICAS ESTATAIS. EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA. EXCEPCIONALIDADE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. REEXAME. No 155.397/2016-AsJConst/SAJ/PGR. Brasília, 4 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309880269&tipoApp=.pdf>. Acessado em: 04/10/2016.

⁴ Ver o Decreto-Lei 200, de 1967, que organiza a Administração Pública federal, e inclui, em seu art. 4º, II, “a”, as autarquias em sua estrutura.

⁵ Dita o art. 39, *caput*: “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”.

⁶ É de competência privativa da União legislar sobre “organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões” (art. 22, XVI – CF).

⁷ É o que assenta aresto do STF: “DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL No 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. (...) 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. [STF. Plenário. ADI 1.717/DF. Rel.: Min. SYDNEY SANCHES. 7/11/2002, unânime. *DJ*, 28 mar. 2003.]”.

das autarquias deixaria a Ordem atrelada aos desígnios do administrador. O parecer da PGR se afasta dessa visão, ao afirmar que o regime de autarquias foi concebido justamente para conferir maior flexibilidade a certas entidades. Destarte, a OAB poderia continuar exercendo plenamente suas atribuições mesmo sob um modelo de submissão à Administração Pública, que incluiria o controle externo de sua atuação, o dever de atender a requisições do Ministério Público e a admissão de servidores pelo regime estatutário (ver pp. 20-21);

d) portanto, não haveria “*motivação que justifique tratamento dispar para a OAB ante os demais conselhos de fiscalização do exercício profissional*” (ver p. 1), como consagrado na ADI 3.026. Por motivos de “coerência do sistema jurídico”, o PGR reitera que a natureza estatal da atividade de fiscalização profissional requer a irrestrita adoção do regime público, haja vista a ausência de previsão constitucional e legal de autarquias que orbitem fora da Administração Pública (ver p. 23). Assim arremata:

Na verdade, talvez esse tratamento jurídico da OAB é que mereça revisão de entendimento, por destoar radicalmente do regime jurídico dessas entidades, da tradição jurídico-administrativa brasileira e, talvez, com a devida vênia, do arcabouço constitucional. (...) Não parece haver razão consistente que imponha a esses conselhos natureza especial, distanciada do regime jurídico de direito público, ao contrário dos demais entes da administração, seja a direta ou a indireta (ver pp. 17-18).

No parecer exarado, o MPF demonstra iniludível desconhecimento dos princípios que orientaram o constitucionalismo inaugurado em 1988. Consoante se assinalou, para que se preservasse a própria higidez do governo republicano, o constituinte originário previu instituições *sui generis* que não se amoldam rigorosamente à lógica de subordinação e escalonamento imanente à hierarquia do Direito Administrativo. Para que se efetivem freios e contrapesos em face dos poderes públicos, é preciso que haja instituições *públicas*, eventualmente estatais, porém autônomas com relação aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e dessa maneira aptas a empreender controle e fiscalização sobre estes, cabendo-lhes até mesmo litigar contra o interesse do próprio Estado em defesa do interesse social e coletivo.

2. Instituições *sui generis*

Cuida-se, de agora em diante, de analisar as instituições *sui generis* da República, constituídas pelo Poder constituinte originário para integrar o desenho constitucional traçado. Desde as lições primordiais de Direito Constitucional, aprende-se que todas as funções do Estado são compartilhadas entre três Entes: Legislativo, Executivo e Judiciário. O conjunto desses Entes, conhecidos como pessoas políticas ou Poderes, constitui a Administração Pública direta, à qual cabe gerir serviço

público de forma centralizada. Para fins de descentralização administrativa, cada qual pode instituir pessoas da Administração Pública indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas), vinculadas em nível de subordinação. Conforme lição de Hely Lopes Meirelles, a Administração indireta “*é o conjunto dos entes (entidades com personalidade jurídica) que, vinculados a um órgão da Administração Direta, prestam serviço público ou de interesse público*”.⁸

Nada obstante, alguns órgãos – embora uns pertençam à estrutura interna dos Poderes – têm larga autonomia⁹ protegida por um bloqueio de vinculação e de subordinação total: são considerados, por isso, instituições *sui generis* da República. São eles, por força de procedência constitucional, os Tribunais de Contas, o Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil – esta sequer se trata de órgão estatal, embora desempenhe relevante função pública. Cumpre ressaltar que a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, introduziu nova instituição *sui generis*, a Defensoria Pública, na medida em que se concedeu em seu proveito independência funcional e administrativa (art. 134, §4º). A partir dessa enunciação, revogou-se qualquer entendimento de que as Defensorias Públicas Estaduais se subordinavam a alguma Secretaria de Estado (ver STF, ADI 3.569/PE).

Vejamos as características que fazem das três instituições supracitadas as instituições *sui generis* da República constituídas pelo Poder constituinte originário.

2.1. Tribunais de Contas (TC)

O Tribunal de Contas foi prenunciado no Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, de cuja exposição de motivos consta texto de Ruy Barbosa encomendando a “*criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional*”. Foi incluído pelo

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 730.

⁹ A propósito, devo salientar um entendimento fulcral para este trabalho: “autonomia” e “independência” são conceitualmente distintas. Apenas os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são, por força de disposição constitucional, *independentes* e harmônicos entre si. Alguns dos demais órgãos que compõem a estrutura do Estado podem portar no máximo autonomia, isto é, um espaço de permissão para ação legítima mais alargado, em que não há propriamente a subordinação característica da hierarquia administrativa.

próprio Ruy Barbosa no texto constitucional de 1891,¹⁰ momento a partir do qual passou a ser adotado por todas as constituições vindouras.¹¹

O controle de contas tem caráter dúplice: em sua dimensão política, é realizado pelo Poder Legislativo, e, em sua dimensão técnica, é realizada pelo Tribunal de Contas. Como observa José Afonso da Silva, a participação de um órgão eminentemente técnico, não jurisdicional, encarregado de julgar a legalidade de contas e atos, ameniza um absoluto teor político que poderia contaminar o juízo fiscalizatório. Impende sobre o Tribunal de Contas o dever de auxiliar o Poder Legislativo na execução material do sistema de Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária albergado no art. 70 – CF.¹² Em âmbito da União, o Tribunal de Contas da União (TCU) é órgão de controle externo responsável por *auxiliar* a fiscalização¹³ que compete ao Poder Legislativo, em conformidade com o art. 71 – CF. As constituições estaduais poderão criar Tribunais de Contas nos Estados e no Distrito Federal, aos quais se aplicarão as normas atinentes ao TCU. As mesmas normas são de repetição obrigatória nos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios (ver art. 75 – CF).

A despeito disso, os TC não estão hierarquicamente submetidos ao Poder Legislativo: há, entre eles, uma relação de cooperação – e não de subordinação –, em virtude da qual se mantém apenas um vínculo institucional.¹⁴ Tampouco integram o Poder Executivo, dado que é necessário garantir-lhes a imparcialidade esperada para a vigilância da execução orçamentária.¹⁵ Tratam-se, pois, de instituições especialmente autônomas e, desta feita, *sui generis*, protegidas por um bloqueio constitucional de vinculação hierárquica.

No intuito de assegurar a autonomia imprescindível para o sucesso do trabalho fiscalizatório dos TC, o constituinte concedeu garantias institucionais e subjetivas ligadas à função controladora, que fortalecem o bloqueio de vinculação. As garantias institucionais cuidam das condições estruturais a partir das quais o órgão perfaz sua índole autônoma, uma vez que poderá ter uma existência insubordinada em relação a outros; referem-se à sua auto-organização e a de seus serviços auxiliares, à elaboração do regimento interno, aos critérios para composição do Tribunal, à criação e extinção de

¹⁰ Art. 89: “É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros desse Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença”.

¹¹ MILESKI, Hélio Saul. In: CANOTILHO; J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1170.

¹² Art. 70: “A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

¹³ A atividade de fiscalização contábil, financeira e orçamentária “visa a acompanhar, avaliar e julgar a regularidade dos atos praticados pelos agentes públicos que têm a função de arrecadar a receita, executar a despesa e administrar os bens e valores públicos (...). Ver: MILESKI, *Op. Cit.*, p. 1172.

¹⁴ FERNANDES, Bernardo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, p. 869.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 758.

cargos e à fixação dos respectivos vencimentos, e à concessão de licença e férias aos seus membros. As garantias subjetivas visam a assegurar a insubordinação dos membros do Tribunal, de modo que se favoreça que eles ajam de maneira impessoal e compatível com a finalidade da instituição; concentram-se em vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.¹⁶

Justamente em razão de exercer controle técnico sobre os Três Poderes é que os Tribunais de Contas não podem sujeitar-se a nenhum deles: não há controle onde há submissão nem há vigilância onde há deferência. Deste modo, mesmo que pertença organicamente ao Poder Legislativo – pois assim foi previsto pela Constituição –, não deve obediência a este, em razão do bloqueio de vinculação hierárquica concebido com a finalidade de lhe proporcionar maior autonomia funcional.

2.2. Ministério Público (MP)

Em sua gênese, o Ministério Público era o Procurador do Rei, incumbido de dar cumprimento às suas ordens. Mas a noção que concebemos hodiernamente é tributária da Revolução Francesa e do nascimento do Estado democrático de direito no final do século XVIII, portanto pertencente ao imaginário de ruptura com o poder absoluto e consequente surgimento da limitação constitucional do poder.¹⁷ Modernamente, identificamo-lo, a partir da herança do direito escandinavo, com a defesa dos valores fundamentais da sociedade, dos interesses difusos e coletivos, dos princípios do direito e do patrimônio comum. Semelhante mudança de paradigma foi observada por Prudente de Moraes, ex-Presidente da República: “*O Ministério Público não recebe ordens do Governo, não presta obediência aos juízes, pois age com autonomia em nome da Sociedade, da Lei e da Justiça*”.

Sua previsão constitucional inaugural remonta à Constituição de 1934 (“Dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais”, arts. 95 a 98). Foi apenas mencionado no art. 99 da Constituição de 1937, em dispositivo que tratava da nomeação do PGR. A Constituição de 1946 resgatou o perfil constitucional do MP, ao lhe dedicar Título próprio e realçar sua autonomia. A Constituição ditatorial de 1967 inseriu o MP dentro do capítulo do Poder Judiciário, ao passo que a Emenda de 1969, que marcou o recrudescimento do regime autoritário, enquadrou-o no Poder Executivo.¹⁸ Historicamente, trata-se de instituição subjugada às intenções do governo, responsável por exercer atividades executivas – como a de promoção da ação penal e a de representação judicial

¹⁶ Conferir: MILESKI, Helio Saul. *Op. Cit.*, p. 1172. Ver, a esse respeito, art. 73, §3º - CF: “*Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40*”.

¹⁷ FERNANDES, Bernardo. *Op. Cit.*, p. 1071.

¹⁸ Ver resgate histórico das previsões acerca do MP ao longo da história constitucional brasileira em: SAMPAIO, José Adércio Leite. In: CANOTILHO; J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1519.

dos interesses governistas – sempre em conformidade com a orientação do Chefe do Poder a que jazia atrelada. Com a redemocratização do País, a Constituição Cidadã de 1988 trouxe, com apoio incisivo da OAB, uma nova concepção a respeito do funcionamento do MP. Daí em diante, o MP passou a ser instituição constitucional autônoma, função essencial à Justiça, caracterizada por sua permanência e essencialidade “*à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*” (art. 127, *caput*). Antes de mais nada, passou a ser instituição guardiã da Constituição, em defluência do dever-poder de tutelar a ordem jurídica,¹⁹ o Estado federal,²⁰ o regime democrático²¹ e a justiça social.²²

A fim de ratificar o protagonismo institucional necessário para a atividade do MP, a Constituição Cidadã lhe conferiu algumas das garantias e prerrogativas típicas dos demais Poderes, consistentes em um bloqueio de vinculação. No entanto, a opção constitucional foi por manter o órgão ministerial dentro do arcabouço do Poder Executivo, pois, “*não obstante seja dotado de autonomia funcional, o MP possui ‘natureza ontologicamente executiva’, razão por que vincula-se ao Poder Executivo e é integrado por agentes políticos*” – como ensina o insigne constitucionalista José Afonso da Silva.²³ Para que seja agraciado com a qualidade de autonomia funcional e administrativa (desdobramento do art. 127, §2º - CF) – é dizer, autonomia para desempenhar sua função institucional e organizar os quadros de sua própria instituição –, um órgão tem de preencher três requisitos básicos: uma lei instituidora, uma dotação orçamentária própria e uma função específica a desempenhar. Nessa perspectiva, reconhece-se ao MP competência para “*propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e títulos*” (art. 127, §2º) e para elaborar “*sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias*” (art. 127, §3º). Quanto às garantias que se lhe franqueia, destacam-se sua estruturação

¹⁹ O Procurador-Geral da República é agente legitimado para propor ações diretas via controle concentrado de constitucionalidade, visando à defesa da Constituição contra atos normativos e leis federais (art. 103, VI).

²⁰ O Procurador-Geral da República poderá promover representação solicitando decretação de intervenção federal da União nos Estados onde houver descumprimento de preceitos constitucionais fundamentais, na hipótese do art. 34, VII (art. 36, III e art. 129, III).

²¹ O MP também exerce papel fundamental perante a Justiça Eleitoral. A Lei Complementar nº 75 de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público Federal, na seção “Das Funções Eleitorais do Ministério Público Federal, preceitua: “Art. 72. *Compete ao Ministério Público Federal exercer, no que couber, junto à Justiça Eleitoral, as funções do Ministério Público, atuando em todas as fases e instâncias do processo eleitoral. Parágrafo único. O Ministério Público Federal tem legitimação para propor, perante o juízo competente, as ações para declarar ou decretar a nulidade de negócios jurídicos ou atos da administração pública, infringentes de vedações legais destinadas a proteger a normalidade e a legitimidade das eleições, contra a influência do poder econômico ou o abuso do poder político ou administrativo*”. De acordo com a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625, de 1993), compete ao Procurador-Geral de Justiça “oficiar perante a Justiça Eleitoral de primeira instância, ou junto ao Procurador-Regional Eleitoral, quando por este solicitado” (art. 10, IX, “h”).

²² Compete ao MP “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” (art. 129, III), bem como “defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas” (art. 129, V).

²³ Logo – prossegue – “(...) não é aceitável a tese de alguns que querem ver na instituição um quarto poder do Estado”. SILVA. *Op. Cit.*, p. 598.

em carreira, sua autonomia administrativa e orçamentária, o estabelecimento de critérios para nomeação e destituição do Procurador-Geral da República pelo Chefe do Executivo (art. 128, §§1º e 4º), e o veto à nomeação de promotores *ad hoc* (art. 129, I, §2º).

Segundo a doutrina nacional majoritária, o Ministério Público classifica-se como órgão, pois não detém personalidade jurídica própria. Mas é um órgão atípico, anômalo, protegido por um bloqueio de vinculação – enfim, *sui generis* –, pois possui responsabilidade ainda que ausente o pressuposto da personalidade. À luz do Direito Administrativo, órgãos são acessórios que seguem o principal, isto é, reportam-se à pessoa jurídica de Direito Público que integram. Resta evidente que o Ministério Público não se enquadra nesse conceito clássico de órgão, visto que não se sujeita a nenhuma outra pessoa jurídica “principal”. Não pertence ao Poder Judiciário, embora seja essencial à condução da Justiça, desempenhando suas funções primordialmente no processo e perante os juízos e tribunais.²⁴ A *autonomia funcional* plasmada em sede constitucional (art. 127, §1º) põe a instituição a salvo da ingerência direta de poderes hierárquicos externos²⁵ no desenvolvimento de suas atividades, ao encetar um bloqueio de vinculação hierárquica ou de subordinação. Exceção ao bloqueio são os mecanismos de nomeação e destituição do Procurador-Geral da República e dos Procuradores-Gerais de Justiça, realizados pelo Chefe do Poder Executivo da República ou dos Estados, conforme o caso. Ao tempo que a fixação de critérios para a nomeação e a destituição do PGR poderia ser vista como garantia do MP, pois limita a discricionariedade do Presidente da República, o fato de que o Chefe do Executivo é o encarregado dessa nomeação/destituição é melhor visto como uma exceção ao bloqueio constitucional.

Por oportuno, vale registrar que, tendo em vista a apologia feita pela PGR, em seu parecer, à “coerência do sistema jurídico”, seria necessário avançar no diálogo sobre a escolha do Chefe do Ministério Público. Atualmente, essa escolha recai, na prática, apenas sobre os membros do Ministério Público Federal, e não sobre todos os segmentos da carreira. Em ação corporativista, os candidatos ao cargo são selecionados por meio de pacto político consistente na apresentação de uma lista tríplice composta de membros do MPF, ao arrepio do Direito, pois não há qualquer disposição da Constituição²⁶ que garanta tais privilégios exclusivamente aos componentes do MPF, nem que

²⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 229.

²⁵ Há de se ressaltar que o controle exercido pelos superiores do próprio MP é somente administrativo e financeiro (art. 130-A, §2º, que dispõe sobre o Conselho Nacional do Ministério Público), de modo a nunca afetar a autonomia funcional de cada membro da instituição. Inclusive, cabe ao Conselho zelar pela autonomia funcional do Ministério Público (art. 130-A, §2º, I).

²⁶ A Constituição fala claramente que a escolha deverá ser feita dentre os “*integrantes da carreira*, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução” (art. 128, §1º, grifamos). A limitação da escolha aos membros do Ministério Público Federal, e mesmo aos membros do Ministério Público da União, bem como a praxe de nomeação por lista tríplice, não encontram qualquer respaldo constitucional.

preveja a elaboração de listas tríplexes compostas pelos mesmos. Em respeito à “coerência do sistema jurídico”, os demais segmentos da instituição deveriam ser incluídos na disputa. Há vinculação administrativa e mesmo funcional entre todos os segmentos do MP e o PGR. O PGR é o Chefe administrativo de todo o Ministério Público, e o representa politicamente na condição de Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) (art. 130 – A, I – CF). Enquanto representante máximo da Instituição, oficia perante o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (art. 103-B, §6º - CF) e é o *custos legis* perante o STF (art. 103, §1º - CF). Quando quer propor ação direta de inconstitucionalidade perante o STF por motivo de afronta à Constituição Federal,²⁷ o Procurador-Geral de Justiça deve encaminhar a matéria ao PGR. É também o PGR o responsável por officiar perante o STJ nos casos de intervenção federal.²⁸ Ou seja, todos os segmentos do Ministério Público estão organicamente vinculados ao PGR, haja vista que este representa toda a Instituição em alguns momentos, sendo seu vértice hierárquico.

2.3. Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)

A Ordem dos Advogados do Brasil ostenta caráter distinto das demais entidades de fiscalização profissional, não constituindo autarquia submetida aos auspícios da Administração Pública. Em tese, tendo em vista a essência da função que exerce, vincular-se-ia ao Poder Executivo, o incumbido de fiscalizar o exercício profissional (art. 22, XVI – CF). Não obstante, foi confirmado pelo STF o art. 79, §1º, da Lei nº 8.906/1994 – EAOAB,²⁹ no julgamento da ADI nº 3.026, pelo STF, concluído em 08 de junho de 2006,³⁰ consagrando-se definitivamente o entendimento de que não é

²⁷ Cabe ao Chefe do MP estadual arguir inconstitucionalidade de lei que afronta somente a Constituição Estadual: “Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: I - propor ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face à Constituição Estadual; (...)” – Lei nº 8.625/1993, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. A mesma possibilidade é excluída quando se tratar de afronta à Constituição Federal, hipótese em que se restringe tal competência ao PGR: “Art. 46. Incumbe ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal, manifestando-se previamente em todos os processos de sua competência. Parágrafo único. O Procurador-Geral da República proporá perante o Supremo Tribunal Federal: I - a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e o respectivo pedido de medida cautelar; (...)” – Lei Complementar nº 75/1993, que dispõe sobre o Ministério Público da União.

²⁸ Ver os seguintes artigos da LC 75/93 (Lei do MPU): “Art. 37. O Ministério Público Federal exercerá as suas funções: I - nas causas de competência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Juízes Federais, e dos Tribunais e Juízes Eleitorais; (...)”. “Art. 48. Incumbe ao Procurador-Geral da República propor perante o Superior Tribunal de Justiça: I - a representação para intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal, no caso de recusa à execução de lei federal; (...)”.

²⁹ *In litteris*: “Art. 79. Aos servidores da OAB, aplica-se o regime trabalhista. § 1º Aos servidores da OAB, sujeitos ao regime da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é concedido o direito de opção pelo regime trabalhista, no prazo de noventa dias a partir da vigência desta lei, sendo assegurado aos optantes o pagamento de indenização, quando da aposentadoria, correspondente a cinco vezes o valor da última remuneração”.

³⁰ “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI N. 8.906, 2ª PARTE. “SERVIDORES” DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELESTISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

compulsória a realização de concurso público para contratação de pessoal da OAB. Para o Ministro Relator Eros Grau, a caracterização da Ordem como autarquia lhe imprimiria submissão prejudicial à sua independência – requisito indispensável para o bom desempenho de suas funções. É protegida, pois, pelo bloqueio de vinculação típico das instituições *sui generis*. O constituinte desenhou uma instituição bloqueada, incompatível com a subordinação hierárquica e com o atrelamento à Administração Pública. Tal conclusão se extrai de uma série de disposições implícitas, como, por exemplo, da função institucional reconhecida à OAB para propor ações diretas no controle concentrado de constitucionalidade em defesa da ordem jurídico-constitucional (ADI, ADC, ADO, ADPF) – legitimação ativa conferida pelo art. 103, VII, ao Conselho Federal. O Relator acrescenta que ela se distingue dos demais conselhos fiscalizadores de exercício profissional na proporção em que lhe cabe o desempenho de funções político-institucionais. Por conseguinte, o Supremo afirmou que a OAB se submete a um regime jurídico ambivalente, em parte público e em parte privado, o que justifica sua atípica posição no espectro das instituições político-administrativas nacionais.

Na referida ocasião (ADI 3.026), por via reflexa o Pretório Excelso, ao validar a constitucionalidade do §1º do art. 79 do EAOAB, reafirmou que *“a OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro”* (grifamos). Por isso, a OAB *“não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional”*, haja vista sua

DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A Lei n. 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos "servidores" da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria. 2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências". 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. 7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional. 8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente. 9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao caput do artigo 79 da Lei n. 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB. 10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB. 11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade. 12. Julgo improcedente o pedido” (ADI 3026, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2006, DJ 29-09-2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-03 PP-00478 RTJ VOL-00201-01 PP-00093).

dupla finalidade: além de finalidades corporativas, possui também finalidades institucionais. Ostenta, pois, caráter jurídico *sui generis*, sem par no ordenamento brasileiro. Portanto, foge à regra do enquadramento autárquico dos órgãos de fiscalização.

A índole *sui generis* exprimida pela OAB é defluência de sua compleição híbrida, dúplice quanto às suas finalidades. Pode-se dizer que está submetida concomitantemente ao Direito Público (no que se refere ao exercício de poder de polícia administrativa sobre a profissão) e ao Direito Privado (no que se refere às demais finalidades). São essas funções (a) político-institucionais e (b) corporativas aquelas atribuídas à Entidade pela Lei 8.906. Consoante dicção do art. 44 do referido diploma:

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

II – promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

§1º A OAB não mantém com órgão da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

§2º O uso da sigla “OAB” é privativo da Ordem dos Advogados do Brasil.

A função (a) político-institucional de origem constitucional traduz um dos mais persuasivos argumentos invocados para enquadrar a OAB na categoria dos entes de personalidade jurídica de Direito Público. Em virtude da supremacia do interesse público sobre o privado, a Ordem recebe legitimação para atuar com prerrogativas (derivadas do poder de política administrativa) em face do particular. É indubitável que o advogado exerce *múnus público* (art. 2º, §§ - EAOAB),³¹ pois presta serviço de grande relevância social, tendo em vista que, por força de princípio constitucional, “*é indispensável à administração da justiça*” (art. 133). Transparece o viés *público* da defesa realizada pela OAB: não equivale a uma intercessão estritamente autointeressada, mas à defesa de *direitos* relativos não exclusivamente ao patrimônio jurídico da advocacia, como também ao da cidadania, que depende da plena preservação das prerrogativas advocatícias para que possa valer-se da correta aplicação das normas jurídicas. Na medida em que cumpre a função social de defesa judicial do

³¹ Discuti o *múnus público* da advocacia com maiores detalhes em “*Múnus público da advocacia é respeito ao cidadão*”, publicado no sítio virtual da OAB a 18 de setembro de 2014. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/27543/artigo-munus-publico-da-advocacia-e-respeito-ao-cidadao>. Acessado em: 10/06/2016. Na ocasião, afirmei que: “*A Carta Magna consagrou ao advogado um caráter essencial na dinâmica judiciária, sendo ele o elo entre o cidadão e o efetivo acesso à justiça, com base nos fundamentos constitucionais do direito de defesa, do contraditório e do devido processo legal. Ao postular em nome do cidadão, o advogado não exerce apenas uma atividade profissional. A atuação de forma independente e desvinculada dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário tem o nobre papel de contribuir com a manutenção e fortalecimento do Estado Democrático de Direito*”.

cliente, a advocacia é agente público mesmo não sendo agente estatal, “*projeta seu ministério na dimensão comunitária, tendo sempre presente que o interesse individual que patrocine deve estar plasmado pelo interesse social*”.³² Apoiando-se na mesma orientação, o ex-ministro do Supremo, Carlos Ayres Britto, compara a função social da advocacia com a da imprensa: “*A OAB desempenha um papel de representação da sociedade civil, histórica e culturalmente, que pode se assemelhar àquele papel típico da imprensa. É bom que a Ordem dos Advogados do Brasil seja absolutamente desatrelada do Poder Público*”.³³ Em razão do bloqueio de que é revestida, a OAB não recebe subvenções do tesouro público, sendo que seu custeio é exclusivamente provido pelas anuidades pagas pelos seus inscritos. Em suma, a OAB encarrega-se de *serviço público não estatal*.

(b) A OAB é entidade *sui generis* incumbida de empreender a fiscalização, a representação, o controle e a regulamentação profissional da advocacia. Não configura, pois, associação de classe nem entidade sindical. Ao contrário destas, desempenha função pública (embora não estatal) outorgada pela Administração Pública, razão de sua personalidade jurídica de Direito Público. Logo, vincula seus membros a uma relação de sujeição, em lugar de a uma relação de filiação voluntária, como seria o caso das entidades de classe em geral.³⁴ A sujeição, embasada no princípio da supremacia do interesse público, justifica o poder de polícia administrativa consistente na faculdade de instituir cobranças, punir e aplicar sanções sobre os profissionais liberais de sua jurisdição.

Do exposto decorre que não se pode atribuir com exclusividade natureza pública ou privada à OAB. Em razão de sua compleição híbrida, não se enquadra em nenhuma das figuras típicas do Direito Administrativo, sendo, por isso, uma das instituições republicanas *sui generis*.

3. A importância da autonomia funcional das instituições *sui generis* para a salvaguarda do Estado democrático de direito

Vivemos longos e intermitentes períodos autoritários em nossa cambiante história político-institucional. Embora a República – forma de governo em que o povo é titular de todo o poder – tenha sido formalmente instaurada em 1889, somente a partir de 1988 (ou seja, passados praticamente cem anos) vimos a fruir, passo a passo, das prerrogativas republicanas substanciais. Partilhamos de uma

³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 2014, pp. 29-30.

³³ PIOVEZAN, Giovani Cássio; FREITAS, Gustavo Tuller O (org.). *Estatuto da Advocacia e da OAB Comentado*. Curitiba: OABPR, 2015, p. 356/7.

³⁴ Discuti as controvérsias a respeito da natureza jurídica do vínculo entre advogados e OAB em artigo publicado no Portal Migalhas, em 4 de julho de 2016, intitulado “Natureza do vínculo entre advogados e a OAB e o direito fundamental à liberdade de associação profissional: notas reflexivas para a futura decisão do STF no RE 647.885”. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241722,41046-Natureza+do+vinculo+entre+advogados+e+a+OAB+e+o+direito+fundamental+a>.

tradição baseada na concentração de poderes em torno da figura do Chefe de Estado, sobretudo do Presidente da República. Salvo raras exceções, até o advento do constitucionalismo democrático de 1988 a participação cidadã tanto no processo eleitoral quanto na condução das políticas de governo era inexpressiva, quando não inexistente. Como nota o historiador José Murilo de Carvalho, as principais mudanças políticas brasileiras ocorreram à revelia da vontade e da participação efetiva da cidadania, as quais foram relegadas à margem da historiografia oficial.³⁵ No pós-88, os direitos políticos se projetaram na realidade nacional acompanhados de uma correlata expansão dos mecanismos de contenção e controle do poder público. Nesse aspecto, o republicanismo cívico torna-se enriquecido com as contribuições da experiência do paradigma liberal do Estado de direito. O republicanismo vem a traduzir-se em um regime de equilíbrio.

De modo esquemático, percebemos que a história política ocidental caminhou progressivamente de regimes absolutistas em direção a regimes de equilíbrio. Não é impróprio afirmar que o destino do aprendizado histórico leva inexoravelmente – embora com alguns atropelos – à desconcentração do poder e à sua apropriação pelo povo. No século XVII, no auge das monarquias absolutistas europeias, acreditava-se que apenas um Estado unificado governado por um soberano forte, onipotente, todo-poderoso seria capaz de dar fim à guerra de todos contra todos; de apaziguar os ímpetos oriundos da inelutável busca pelo benefício próprio; de conciliar os direitos com a segurança coletiva e, em última instância, individual; de, em outras palavras, impedir que a igualdade de todos perante a lei natural tornasse a sociedade ingovernável. Apostava-se na cessão contratual, tacitamente pactuada, da liberdade individual de cada um em benefício de uma liberdade soberana que a todos se impõe, da qual era titular o monarca absoluto, símbolo e depositário da lealdade do Estado. O pensamento hobbesiano é a expressão máxima dessa visão.³⁶

Tão logo as contradições internas do absolutismo tornaram-se inviáveis, a hegemonia da filosofia hobbesiana cedeu ora às monarquias constitucionais, ora às repúblicas constitucionais, de modo que, no limite, num caso ou noutro, passou a vigorar a percepção de que o poder coercitivo do Estado deve ser circunscrito pela lei, por intermédio de instituições especialmente designadas para esse fim. O pensamento dos *Founding Fathers* dos Estados Unidos da América é o mais bem-sucedido exemplar de desenho institucional de limitação do poder estatal. Não à toa, serve de inspiração a toda república democrática que se queira implantar. Nos Escritos Federalistas, Alexander Hamilton, James Madison e John Jay oferecem insofismável apologia do princípio da separação dos Poderes, sistematizado pelo publicista francês Montesquieu a partir da observação do

³⁵ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

³⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000.

constitucionalismo inglês, único que proporcionaria “o verdadeiro tipo de liberdade política”. Ressaltam que “(...) a acumulação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, ou de uma só corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania”, pois, “(...) quando dois poderes, em toda a sua plenitude, se acham concentrados numa só mão, todos os princípios de um governo livre ficam subvertidos”.³⁷ Semelhante princípio poderia levar à apressada leitura de que haveria ou deveria haver uma rígida distinção entre os “ramos do governo”. Porém, uma rigidez desse tipo, além de ilusória, traria perdas de possibilidade de fiscalização e controle recíprocos entre um Poder e outro. Os Federalistas defendem, assim, que os Poderes não devam estar completamente separados e distintos: “(...) o axioma político que se examina não exige a separação absoluta dos três poderes; (...) sem uma tal ligação que dê a cada um deles o direito constitucional de fiscalizar os outros, o grau de separação, essencial à existência de um governo livre, não pode na prática ser eficazmente mantido”.³⁸

Mais do que portar inflexível independência, é preciso que um Poder possa influir pontual e parcialmente no outro, a fim de que exerçam freios e vetos recíprocos entre si. Para tanto, insta criar-se uma estrutura de diálogo interinstitucional, pois o diálogo deliberativo é a essência da legitimidade política da democracia.³⁹ Somente na cooperação dialógica pode basear-se o ato de violência⁴⁰ pelo qual o Estado limita a liberdade e a vontade de seus cidadãos.

O constitucionalismo democrático brasileiro adotou essa visão. Referindo-se à “liberdade de consciência para agir” devotada ao Ministério Público, José Adércio Leite Sampaio preleciona:

Pelo menos *normativamente*, a consciência para o agir não pode ser monológica ou produto de um querer extraordinariamente autossuficiente. É (deve ser) antes uma construção intersubjetiva da verdade e correção possível de acordo com os elementos de informação de que dispõem. A intersubjetividade tem compromisso com a instituição e com a cidadania, segundo as regras do discurso constitucional.⁴¹

Na contramão desse princípio republicano medular, o MP tem-se inclinado cada vez mais a uma propensão à concentração de poder e à indisposição para o debate. Tal impressão pode ser vislumbrada a partir da recente saga combativa, empreendida pelo órgão ministerial, contra direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e prerrogativas da advocacia, de que é exemplo a controvertida

³⁷ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, pp. 298-300.

³⁸ *Ibidem*, p. 305.

³⁹ Conferir: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2003.

⁴⁰ Para a discussão sobre o Estado moderno e o monopólio do uso legítimo da força em Max Weber, conferir: WEBER, Max. *A política como vocação*. Trad.: Maurício Tragtenberg. Brasília: Editora UnB, 2003.

⁴¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. Cit.*, p. 1522.

proposição das 10 medidas contra a corrupção.⁴² Órfãos da confiança em um sentido de justiça e estimulados por uma campanha midiática panfletária e antidemocrática, os cidadãos, sedentos pela punição dos agentes públicos corruptos, têm aceitado o MP e todo o conjunto de suas arbitrariedades na ilusão de que ele é um “super-herói” do combate à criminalidade. Mas o MP não detém o monopólio da verdade, como também nenhum outro órgão público ou privado igualmente o detém. A denúncia que o MP apresenta é uma mera “petição inicial”, tanto quanto qualquer petição inicial subscrita por qualquer um da advocacia, ato inaugural de um processo por meio do qual a “verdade processual” ainda será averiguada, com o trânsito em julgado da sentença. A verdade se perfaz nos autos e ao longo do processo, através da dialeticidade processual, cabendo ao Estado-juiz velar pela paridade de armas entre todas as partes processuais – entre julgadores, promotores e advogados. A sociedade não pode aceitar que o MP regreda e volte aos tempos de subordinação ao Executivo, muito menos que se transmude em uma instituição hobbesiana, isto é, exorbitante do modelo republicano na medida em que encerra a concentração de todo o poder, de toda a verdade, do controle irrestrito do Estado e da sociedade; em suma, na medida em que se mostra totalitária e antagonica ao regime democrático preconizado pela Constituição de 88.

Seguramente, não foi esse o objetivo do constituinte ao confiar – contando com o apoio decisivo da advocacia brasileira – ao MP tamanha autonomia e amplitude de funções e competências. Sua autonomia foi concebida em prol do aprimoramento, e não do solapamento da democracia. Ainda que componha o Poder Executivo, inseriu-se um bloqueio de atribuições que contribui para que o MP possa litigar até mesmo contra o interesse do Poder que compõe. A opção por conferir ao MP a categoria de instituição autônoma é uma das marcas da transição democrática: este passou de órgão subordinado ao Judiciário (Constituição de 1967) e ao Executivo (Emenda de 1969) a órgão autônomo, embora ainda mantenha vínculo institucional com o Executivo – seu chefe, o Procurador-Geral da República, é indicado pelo Presidente da República e pode ser destituído por iniciativa deste.⁴³ Além disso, ao contrário do que acontece com a OAB, o orçamento do MP tem origem exclusiva nas contas públicas, e é repassado pelo Executivo.⁴⁴ É claro que essas circunstâncias podem limitar a autonomia do órgão, reservando-lhe um resquício de subordinação ao governo. Mas o passo

⁴² As 10 Medidas Contra a Corrupção, preconizadas pelo Ministério Público Federal enquanto propostas de alteração legislativa, podem ser visualizadas em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>. Acessado em: 20/09/2016.

⁴³ “Art. 128. §1º O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução. §2º a destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal”.

⁴⁴ “Art. 127. §4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do §3º”.

de realização do bloqueio de vinculação completa ao Executivo é um dos sinais de que o constituinte pretendia fortalecer a cidadania e a sociedade civil organizada frente aos possíveis desmandos do Estado, confiando ao MP o papel de defensor da ordem jurídica. A OAB foi uma das principais entidades que se engajaram sobremaneira na defesa de um papel mais dilatado e de uma condição menos dependente para o *Parquet*.

Entretanto, denotando clara incompreensão da importância histórica do protagonismo da OAB, inclusive em prol do projeto constitucional de autonomização do Ministério Público, o PGR insinua uma modificação orgânica incompatível com a estrutura republicana de bloqueio da vinculação da OAB ao querer do Estado; chega a propor, declaradamente, que sejam legitimadas intervenções diretas do MP na OAB. O PGR sugeriu que deva ser retificada a compreensão, vigente no STJ, de que a requisição de informações do MP perante a OAB requer quebra de sigilo por autorização judicial.⁴⁵ O PGR ambiciona dar aplicabilidade irrestrita ao art. 8º, II, §2º, do Estatuto do Ministério Público da União,⁴⁶ cujo campo de abrangência se encontra – de acordo com a melhor

⁴⁵ “Corte Especial: DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ACESSO DO MPF A PROCEDIMENTOS DO TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB. O acesso do MPF às informações inseridas em procedimentos disciplinares conduzidos pela OAB depende de prévia autorização judicial. Em primeiro lugar, cabe indicar que inexistente hierarquia entre as normas do art. 72, § 2º, da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB) e do art. 8º, II, § 2º, da LC n. 75/1993 (Estatuto do Ministério Público da União). O conflito entre as citadas normas é apenas aparente, uma vez que é possível a convivência harmônica entre elas no mesmo sistema jurídico, desde que observadas as limitações de cada uma. Esclareça-se que interpretar sistematicamente as normas em aparente conflito não equivale a negar vigência a nenhuma delas, apenas se dá aplicação a cada uma conjugada com o disposto na outra (REsp 1.195.983-RS, Segunda Turma, DJE 31/3/2011). A mesma prática que se aplica aos demais tipos de sigilo protegidos por lei deve ser aplicada ao sigilo ético, fixado pela Lei n. 8.906/1994. Com efeito, nos expressos termos do § 2º do art. 72 da Lei n. 8.906/1994, “o processo disciplinar tramita em sigilo, até o seu término, só tendo acesso às suas informações as partes, seus defensores e a autoridade judiciária competente”. Assim, diante dos termos claros com que foi redigida a norma, fica evidente que a obtenção de cópia dos processos ético-disciplinares é matéria submetida à reserva de jurisdição, de modo que, excetuado o acesso pelas partes e seus procuradores, somente mediante autorização judicial é que poderá ser dado acesso a terceiros, ainda que sejam eles órgãos de persecução dotados de poderes de requisição. Com efeito, tendo a lei expressamente restringido o acesso de terceiros sem ordem judicial, a única forma de compatibilizar os dois dispositivos legais é pela compreensão de que o poder de requisição pelo órgão ministerial encontra óbice naquelas hipóteses em que o legislador expressamente reservou a quebra do sigilo à autoridade judicial. Nessa linha de entendimento, frisa-se que a jurisprudência do STJ já definiu que o art. 8º da LC n. 75/1993 não exige o Ministério Público de requerer a autorização judicial para que haja o seu acesso a documentos protegidos por sigilo legalmente estatuído (AgRg no HC 234.857-RS, Quinta Turma, DJe 8/5/2014; e HC 160.646-SP, Quinta Turma, DJe 19/9/2011). Nesse contexto, o sigilo dos procedimentos e a reserva de jurisdição para o compartilhamento de dados com terceiros em relação aos processos ético-disciplinares contra advogados decorre de expressa previsão na norma legal de regência, razão pela qual, quanto a esse aspecto, deve ser reconhecida a extensão da tutela da intimidade. Aliás, forçoso reconhecer que somente mediante a declaração da inconstitucionalidade do art. 72, § 2º, da Lei n. 8.906/1994 é que poderia ser afastada a cláusula de reserva de jurisdição para o acesso de terceiros aos processos disciplinares em trâmite no Tribunal de Ética e Disciplina da OAB. Por outro lado, cumpre notar que não se está aqui de forma alguma inviabilizando a obtenção dos documentos e dados pelo Ministério Público, uma vez que, ante a presença e a estruturação do *Parquet*, decerto não importa em ônus excessivo ao órgão ministerial a necessidade de requerer tal acesso judicialmente. Ao contrário, tal exigência, além de assegurar a plena vigência de um sistema de freios e contrapesos, próprios do regime republicano, também afasta o risco de que as informações sigilosas juntadas aos autos sejam no futuro consideradas nulas, contaminando todo o procedimento investigatório e uma eventual ação judicial, uma vez que o acesso teria sido obtido diretamente pelo Ministério Público, sem a autorização judicial, com base no art. 8º da LC n. 75/1993, em divergência com o que prescreve o STJ. Precedente citado do STF: AGR no RE 318.136 - RJ, Segunda Turma, DJ 6/10/2006. (REsp 1.217.271-PR, Rel. Min. Humberto Martins, por maioria, julgado em 18/5/2016, DJe 6/9/2016)”.

⁴⁶ Assim prevê o dispositivo legal da Lei Complementar nº 75/1993: “Art. 8º. Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: (...) II – requisitar informações, exames,

interpretação, inclusive aquela adotada pelo STJ – presentemente limitado pelo art. 72, §2º, do Estatuto da Advocacia e da OAB, que determina o sigilo nos processos disciplinares.⁴⁷

A OAB reagiu prontamente à injusta provocação. Em nota publicada pela Revista Consultor Jurídico em 22 de julho de 2016, o Presidente Nacional da OAB, Claudio Lamachia, repudiou o parecer da PGR, alegando que a autonomia confiada a alguns órgãos – tanto à OAB quanto ao MP – é imprescindível para que eles executem a tarefa de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais, distribuída pela Constituição. De forma lapidar, as palavras do Presidente da OAB ilustram o tom que se deve dar à discussão e a um só tempo sintetizam a posição da OAB, a qual é, indubitavelmente, a mais ajustada à estrutura constitucional inaugurada em 1988:

A OAB executa, com rigor, a tarefa que lhe foi atribuída pela Constituição: ser guardiã dos direitos e garantias das cidadãs e dos cidadãos. Por esse motivo, a advocacia se torna alvo frequente daqueles que gostariam de limitar sua atuação em favor da sociedade e, em especial, das pessoas que não dispõem das proteções e privilégios dados a um grupo de poderosos.

A autonomia e independência que fizeram da OAB uma instituição livre para atuar em favor da sociedade, sem qualquer temor de retaliações, foi defendida pela advocacia também em favor do Ministério Público na assembleia nacional constituinte de 1988.

Assim, é de se lamentar a manifestação do procurador-geral da República no sentido de acabar com a autonomia e independência da OAB. No momento atual do país, recomenda-se exatamente o contrário. Ou seja: o fortalecimento da sociedade civil e das instituições que a representam, cabendo ao Ministério público ocupar-se de suas verdadeiras funções.

As vantagens recebidas pelo Ministério Público, pagas pela sociedade brasileira, incluindo auxílios contrários ao arcabouço constitucional, férias de dois meses e aposentadoria garantida, certamente não são a justificativa para sua autonomia, mas sim a defesa do interesse público, sem pretender ser maior do que sua missão constitucional.⁴⁸

Diminuir as atribuições das outras instituições *sui generis* – OAB e TC – e, em decorrência, patrocinar a hipertrofia dos poderes do MP, ensejaria desarmonia no princípio da paridade de armas entre os sujeitos essenciais à Justiça (art. 6º - EAOAB),⁴⁹ afetação do direito de ampla defesa a todos assegurado (art. 5º, LV – CF)⁵⁰ e desequilíbrio nos mecanismos de freios e contrapesos, vetos e bloqueios mútuos do Estado democrático de direito (art. 2º - CF).⁵¹ Uma tamanha concentração de

perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; (...) §2º: Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido”.

⁴⁷ Transcreve-se o dispositivo da Lei nº 8.906/1994: “Art. 72. O processo disciplinar instaura-se de ofício ou mediante representação de qualquer autoridade ou pessoa interessada. (...) § 2º O processo disciplinar tramita em sigilo, até o seu término, só tendo acesso às suas informações as partes, seus defensores e a autoridade judiciária competente”.

⁴⁸ In: Consultor Jurídico. “Claudio Lamachia diz que Janot quer acabar com independência da OAB”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-22/lamachia-janot-acabar-independencia-oab>. Acessado em: 13/10/2016.

⁴⁹ “Art. 6º Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos”.

⁵⁰ “(...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁵¹ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

poderes em favor do Ministério Público o aproximaria da temida instituição medieval chefiada pelo lendário e nefasto Tomás de Torquemada, cujos meios probantes, utilizados pela mesma, eram, entre outros, o *Ordalium* – prova judiciária também conhecida como *judicium Dei* (“o juízo de Deus”). Nada mais distante dos ideais republicanos de um Estado democrático de direito. Nada mais constrangedor para uma instituição que recebeu do constituinte a nobre missão de ser um escudo da democracia.