

VOTO :

O Senhor Ministro Luís Roberto Barroso (Relator) :

I – Preliminarmente: Legitimidade ativa da ANAFE e da ABI

1. A Advocacia-Geral da União e o Senado Federal suscitaram questão preliminar de não conhecimento da presente ação. Afirmam a ilegitimidade ativa da União Nacional dos Advogados Públicos Federais - UNAFE, sob o argumento de que a requerente representaria, em si, carreiras distintas, como Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal e de Procurador do Banco Central do Brasil.

2. A preliminar, todavia, não merece ser acolhida. Apesar de organizados em carreiras distintas, os integrantes representam, no seu conjunto, uma classe profissional de advogados públicos federais, todos vinculados, em última análise, à Advocacia-Geral da União. Ademais, o tema controvertido nestes autos impacta como um todo os membros efetivos do órgão, o que demonstra, mesmo, a conveniência de admitir sua legitimidade ativa em vez de determinar a necessidade de ajuizamento por cada associação que represente respectivo ramo da AGU.

3. Vale realçar que o STF já decidiu pela legitimidade ativa da UNAFE e, posteriormente, da Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais – ANAFE, em temas afetos à advocacia pública federal. A esse respeito:

No presente caso, todavia, não há como deixar de reconhecer que os integrantes da advocacia pública federal representam uma classe bem definida de profissionais, não obstante a divisão em carreiras existentes, todas elas vinculadas a uma única instituição: a Advocacia-Geral da União. Não se trata, ademais, de um segmento heterogêneo de servidores públicos, mas de um conjunto destacado de agentes cuja missão constitucional comum – o exercício da Advocacia Pública – foi elevada à qualidade de essencial à Justiça, conforme disposto no Título IV, Capítulo IV, Seção II, da Carta Magna.”

(ADI 3.787-AgRg, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão monocrática publicada em 06.10.2008)

4. Com relação à legitimidade da Associação Brasileira de Imprensa – ABI, depreende-se do estatuto acostado aos autos que seu quadro de associados é formado por pessoas afetas à atividade jornalística. Ademais, conta com associados em 15 (quinze) unidades da Federação e, no presente feito, requer provimento judicial identificado com os interesses da categoria profissional que congrega. Diante de tais ponderações, o STF reconheceu a pertinência subjetiva da ABI para propor ação direta de inconstitucionalidade. Veja-se:

EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. (..)1. Os associados da Associação Brasileira de Imprensa (ABI) têm em comum a vinculação com a atividade de imprensa e jornalística. A entidade, fundada em 1908, registra histórica atuação no cenário jurídico e político em defesa dos interesses dos profissionais de imprensa e da liberdade de expressão, a evidenciar a relevância de sua atuação no contexto do debate em tela. Assim sendo, está configurada a legitimidade ativa da autora. (...)

(ADI 5.418, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 11.03.2021)

5. Desse modo, rejeito as questões preliminares suscitadas, conhecendo da ação direta.

II. Mérito

6. A questão debatida na presente ADI diz respeito à aferição da constitucionalidade dos arts. 28, III, da LC nº 73/1993 e 38, § 1º, III, da MP nº. 2.229-43/2001. Referidos dispositivos trazem proibição a advogados públicos federais de se manifestarem sobre assuntos pertinentes às suas funções, salvo ordem ou autorização expressa do Advogado-Geral da União.

7. A impugnação aos preceitos supracitados dá-se no sentido de que, ao proibirem a manifestação de advogados públicos federais, sem prévia ordem ou autorização do Advogado-Geral da União, os dispositivos violariam a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e os princípios administrativos da publicidade e da moralidade (arts. 5º, IV e IX; 37, *caput*; e 220, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal). Por outro lado, em defesa dos artigos questionados, reside o argumento de que a limitação à possibilidade

de manifestação dos advogados públicos objetiva garantir o próprio exercício da advocacia pública, bem como salvaguardar o interesse público e o dever de sigilo profissional.

8. O direito fundamental à liberdade de expressão, com previsão expressa no art. 5º, IV, da CF, constitui pressuposto indispensável ao funcionamento da democracia e se legitima como expressão da dignidade da humana. Todavia, certo é que a liberdade de expressão não constitui direito absoluto, podendo sofrer limitações, desde que razoáveis, proporcionais e que se deem em razão da proteção de interesses constitucionais igualmente relevantes. Vale dizer, no Estado Democrático de Direito, a liberdade de expressão é a regra, admitida a sua restrição somente em situações excepcionais que se encontrem em conformidade com a Constituição Federal.

9. Na ADPF 496, sob minha relatoria, este Supremo Tribunal Federal, assim como já fizera em outras oportunidades, decidiu sobre a possibilidade excepcional de restrição à liberdade de expressão, ao reconhecer como recepcionada pela Constituição a norma do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato. O acórdão restou assim ementado:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CRIME DE DESACATO, ART. 331 DO CP. CONFORMIDADE COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

1. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental em que se questiona a conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como a recepção pela Constituição de 1988, do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato.

2. De acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e, em casos de grave abuso, faz-se legítima a utilização do direito penal para a proteção de outros interesses e direitos relevantes.

3. A diversidade de regime jurídico – inclusive penal – existente entre agentes públicos e particulares é uma via de mão dupla: as

consequências previstas para as condutas típicas são diversas não somente quando os agentes públicos são autores dos delitos, mas, de igual modo, quando deles são vítimas.

4. A criminalização do desacato não configura tratamento privilegiado ao agente estatal, mas proteção da função pública por ele exercida.

5. Dado que os agentes públicos em geral estão mais expostos ao escrutínio e à crítica dos cidadãos, deles se exige maior tolerância à reprovação e à insatisfação, limitando-se o crime de desacato a casos graves e evidentes de menosprezo à função pública.

6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. Fixação da seguinte tese: 'Foi recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato'''. (ADPF 496, sob minha relatoria)

10. No caso ora em julgamento, a restrição não se situa no campo penal, mas nos deveres funcionais do advogado público federal, o que parece justificável à luz da função por ele exercida. Inegavelmente, os membros integrantes das carreiras ligadas à Advocacia-Geral da União, ao defender e promover os interesses públicos da União, desempenham atribuição fundamental para a consolidação da justiça e do próprio Estado de Direito, sendo certo que a própria Constituição elencou a advocacia pública dentro das funções essenciais à justiça (CF/1988, arts. 131 e 132).

11. Consoante disposições da LC nº 73/93, a Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, nomeado pelo Presidente da República e responsável pelo principal assessoramento jurídico do Poder Executivo. Entre suas atribuições, destacam-se a direção, a superintendência, a coordenação e a orientação das atividades da AGU (art. 4º, I, LC nº 73/93). Por sua vez, os membros efetivos da advocacia pública federal, não obstante o elevado *munus* público a eles atribuído pela Lei e pela Constituição, devem observar os pareceres normativos, súmulas e orientações técnicas adotadas pelo Advogado-Geral da União (art. 28, II, da LC nº 73/93).

12. Parece-me intuitivo extrair que o objetivo da norma questionada – ao proibir a advogados públicos federais de se manifestarem sobre assunto pertinente às suas funções, salvo ordem, ou autorização expressa, do Advogado-Geral da União – é o de resguardar o sigilo necessário ao desempenho da advocacia e, conseqüentemente, amparar o interesse público.

13. É certo que, em determinada medida, o agente público possui relativa redução no espectro de alguns de seus direitos, em razão da própria função pública que exerce. Neste ponto, vale relembrar a mitigação da intimidade do servidor decorrente da divulgação pela Administração Pública dos nomes e remunerações dos agentes que compõem seu quadro, reconhecida como válida por este Supremo Tribunal, no ARE 652.777-RG (Tema 483), Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 23.04.2015.

14. Ao optar livremente pelo ingresso no serviço público, os servidores – no caso, os advogados públicos federais – possuem, antecipadamente, pleno conhecimento das regras e limitações que lhes serão aplicadas. Isto é, por ato de vontade própria, decidem exercer as atribuições do cargo, submetendo-se aos respectivos estatutos, mesmo cientes de seus direitos, deveres e impedimentos.

15. Como bem lembrou o Ministério Público Federal no parecer acostado aos autos (doc. 25), outras categorias de servidores possuem restrição semelhante à ora questionada. Os servidores do Serviço Exterior Brasileiro, por exemplo, não podem se manifestar sobre assunto relacionado à política exterior do Brasil sem anuência da autoridade competente (arts. 27, V e 29, I, da Lei nº 11.440/2006).

16. Do mesmo modo, em carreiras que exercem funções de representação dos entes públicos, como no plano da advocacia pública estadual, proibição afim é encontrada em diversas leis orgânicas. Por exemplo:

“Art. 89 - Além das proibições decorrentes do exercício do cargo público, aos Procuradores do Estado é vedado especialmente:

(...)

V - manifestar-se, por qualquer meio de divulgação, sobre assunto pertinente às suas funções, salvo quando autorizado pelo Procurador-Geral”.

(Lei Complementar nº 15/1980, do Estado do Rio de Janeiro)

“Art. 55 - Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, ao Procurador do Estado é vedado:

(...)

IV - manifestar-se, por qualquer meio de divulgação, sobre assuntos submetidos a seu estudo e parecer, salvo se autorizado pelo

Procurador Geral do Estado ou, quando for o caso, no livre exercício do direito de resposta”.

(Lei Complementar nº 34/2009, do Estado da Bahia)

“Art. 31. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos Procuradores do Estado é vedado:

(...)

III - manifestar-se, por qualquer meio de divulgação, sobre assunto pertinente às suas funções, salvo quando autorizado;”.

(Lei Complementar nº 2/1990, do Estado de Pernambuco)

“Art. 58 - Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos integrantes da carreira de Procurador do Estado é vedado:

(...)

II - Manifestar-se, por qualquer meio de divulgação, sobre assunto pertinente às suas funções, salvo em trabalho de natureza doutrinária ou sob expressa autorização do Procurador Geral do Estado;”.

(Lei Complementar nº 88/1996, do Estado do Espírito Santo)

17. Vale ressaltar que o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, aplicável à advocacia pública (Lei 8.906/1994, art. 3º, §1º), igualmente realça a importância do sigilo na profissão:

Código de Ética e Disciplina da OAB

Art. 8º As disposições deste Código obrigam igualmente os órgãos de advocacia pública, e advogados públicos, incluindo aqueles que ocupem posição de chefia e direção jurídica.

Art. 35. O advogado tem o dever de guardar sigilo dos fatos de que tome conhecimento no exercício da profissão. (...)

Art. 36. O sigilo profissional é de ordem pública, independentemente de solicitação de reserva que lhe seja feita pelo cliente.

§ 1º Presumem-se confidenciais as comunicações de qualquer natureza entre advogado e cliente. (...)

18. Embora se refira a carreira jurídica distinta, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC nº 35/1979, art. 36, III) possui previsão semelhante à da norma impugnada, no sentido de limitar a possibilidade de manifestação pelos magistrados quando puder haver o comprometimento do exercício da atividade jurisdicional. Confirma-se a redação do dispositivo pertinente:

“Art. 36 - É vedado ao magistrado:

[...]

III - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério”.

19. Desse modo, não compreendo que a limitação à possibilidade de manifestação pelo servidor público seja incompatível com a liberdade de expressão.

20. Prosseguindo-se na análise da pretensão, tem-se que os autores não lograram êxito em demonstrar como os dispositivos impugnados vulnerariam a liberdade de imprensa, a publicidade e moralidade. De pronto, vê-se que, obviamente, o acesso a informações públicas prescinde da necessidade de servidores se manifestarem sobre assuntos que possam comprometer o exercício de suas funções e o interesse público.

21. Não houve, diversamente do afirmado, uma subversão da regra de publicidade na Administração. Os atos praticados pelos advogados públicos em processos judiciais ou administrativos seguem disciplina própria, sendo, comumente, públicos e sua consulta não é, de forma alguma, embaraçada pelas normas impugnadas na presente ação.

22. Existem diversos outros meios de acesso à informação eficazes e devidamente regulamentados, que podem e devem ser buscados pelos interessados, devendo eventuais recusas injustificadas serem resolvidas pelas vias próprias.

23. Por fim, a norma impugnada não traz proibição alguma direcionada aos órgãos de imprensa, mas somente aos agentes públicos, não havendo, então, de se falar em qualquer espécie de “censura institucionalizada”, ou qualquer restrição que seja, à atividade jornalística ou à liberdade de imprensa.

24. Todavia, tenho que a abertura redacional dos dispositivos impugnados, ao exigirem, de forma ampla e geral, ordem ou autorização expressa do Advogado-Geral da União para a manifestação dos advogados públicos sobre “assunto pertinente às suas funções” (art. 28, III, a LC nº 73

/93) e “assuntos conexos às suas atribuições” (art. 38, § 1º, III, da MP 2.229-43/01), demanda interpretação conforme a Constituição, a fim de evitar arbitrariedades.

25. A finalidade clara e legítima dos preceitos questionados é a de resguardar o funcionamento da advocacia pública, bem como os interesses da União. Ou seja, a limitação normativa refere-se a informações que possam, de fato, comprometer a atuação institucional, como, por exemplo, a manifestação de membros sobre processos judiciais ou administrativos em curso, estratégias processuais, linhas de atuação, temas delicados, os quais, por sua natureza, exigem acompanhamento e supervisão pelo chefe da AGU.

26. Portanto, mostra-se necessário se proceder a uma leitura constitucional dos dispositivos impugnados, a fim de que a restrição normativa não iniba a possibilidade de manifestação pelo advogado público na seara acadêmica (liberdade de cátedra) ou para representar às autoridades competentes sobre ilegalidades de que tenha conhecimento em razão do cargo ocupado (dever funcional do servidor).

Conclusão

27. Por todo o exposto, conheço da ação direta de inconstitucionalidade e julgo parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 28, III, da LC nº 73/93 e 38, § 1º, III, da MP 2.229-43/01, de modo a afastar do seu âmbito de incidência a possibilidade de manifestação pelo advogado público na seara acadêmica (*liberdade de cátedra*) ou para representar sobre ilegalidades de que tenha conhecimento (*dever funcional do servidor*). Proponho a fixação da seguinte tese de julgamento: “ *Considerando-se a natureza do cargo, é constitucional a necessidade de ordem ou autorização expressa do Advogado-Geral da União para manifestação do advogado público sobre assunto pertinente às suas funções, ressalvadas a liberdade de cátedra e a comunicação às autoridade competentes acerca de ilegalidades constatadas* ”.

28. É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/02/2023 00:00