

Inconstitucionalidade da quarentena imposta a Magistrados e membros do Ministério Público pela Emenda Constitucional nº 45/2004

Roberto Moreno de Melo*

Sumário

1. Introdução. 2. A Magistratura e o Ministério Público: arranjo institucional da CRFB/88 antes da reforma representada pela Emenda nº 45. 3. A dignidade da pessoa humana e sua face de autodeterminação do sujeito. 4. Dimensão paternalista da Emenda nº 45 em face dos membros ativos da Magistratura e do *Parquet*. 5. Restrição à liberdade fundamental ao exercício de profissão que ultrapassa os limites de conformação do constituinte derivado e do legislador ordinário. 6. Restrição à liberdade fundamental ao exercício de profissão que ofende a segurança jurídica e a proporcionalidade. 7. A jurisprudência do STF na vigência da Constituição de 1967/1969. 8. Posição atual do STF. 9. Conclusões.

Resumo

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 pretendeu promover uma ampla reforma no Poder Judiciário, introduzindo maior transparência, racionalidade e participação da sociedade, não obstante ter trazido, no bojo de elogiáveis realizações, uma medida que atenta contra valores expressivos da Carta Cidadã. Nos referimos aqui a denominada “quarentena”, imposta a membros da Magistratura e do Ministério Público. Num rápido exame, iremos expor o equívoco das premissas que nortearam essa medida em particular, seu caráter paternalista, que ultrapassou os limites impostos ao constituinte derivado e se mostrou incapaz de passar no teste da proporcionalidade. Nossos argumentos serão corroborados por vetusta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que vem, ao longo do tempo e de diferentes regimes constitucionais, enfrentando esse tema. Verificaremos a posição do STF na vigência da Constituição de 1967/69, quando, em voto da lavra do eminente Ministro Moreira Alves, foi declarada a inconstitucionalidade do artigo 86 do anterior Estatuto da OAB, que trazia “quarentena” idêntica a introduzida pela Emenda nº 45, assim como examinaremos o julgamento da ADPF 310, já na vigência da atual Carta Cidadã, que toca na forma de obter *dictum*, o tema da “quarentena”.

* Mestre em Direito Público pela UERJ. Especialista em Direito Público pela UCAM. Advogado.

Palavras-chave: Quarentena. Paternalismo. Liberdade de exercício profissional. Limites constituinte derivado. Teste da Proporcionalidade. Cláusulas Pétreas.

1. Introdução

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, entre inúmeras reformulações estabelecidas na estrutura do Poder Judiciário, introduziu uma “quarentena” de três anos para que membros do Ministério Público e da Magistratura tivessem que se manter afastados do exercício da advocacia, reeditando proibições anteriores no âmbito da legislação ordinária (Decreto nº 24.631/34, alterador do Decreto nº 22.478/33 e Lei nº 4.215/63).

A medida trouxe como justificativa a proteção da moralidade pública e a prevenção do tráfico de influência que, hipoteticamente, poderia ser praticado por membros egressos das duas carreiras de Estado, Ministério Público e Magistratura, em face de seus colegas que se mantiveram no serviço ativo dessas instituições.

Pretende-se aqui, examinar a constitucionalidade dessa “quarentena” em contraste com a liberdade de livre exercício de trabalho, ofício ou profissão, insculpida no inciso XIII, artigo 5º, da CRFB/88, tendo em vista que a mesma se acha enquadrada no rol das cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV) e admite intervenção do legislador ordinário apenas quanto aos requisitos de qualificação profissional, excetuando-se, por óbvio, àquelas estabelecidas pelo próprio constituinte originário.

Para além dos limites de conformação, que ao nosso ver foram ultrapassados, apresentaremos argumentos no sentido da violação ao princípio da dignidade da pessoa humana em sua vertente de autonomia do sujeito, por inconcebível paternalismo estatal, assim como violação à segurança jurídica daqueles que se encontravam no curso de suas carreiras, antes da reforma e desproporcionalidade da medida limitadora da fruição de liberdade fundamental.

Por fim, examinaremos a posição do STF em duas oportunidades distintas: a primeira delas, no julgamento da Rp 1.054/80, na qual se assentam relevantes fundamentos em desfavor da tese da proteção da moralidade pública, e, a segunda, no julgamento de solução de consulta efetuada por seccional da OAB ao seu Conselho Federal, que redundou na aprovação da ementa 018/2013/COP, a qual foi objeto de apreciação pelo STF, quando do julgamento da SS 4.848/DF e da ADPF 310/DF.

2. A Magistratura e o Ministério Público: arranjo institucional da CRFB/88 antes da reforma representada pela Emenda nº 45

A Carta de 1988 relevou as instituições do Ministério Público e do Poder Judiciário para a consecução do Estado Democrático de Direito.

Nesse diapasão, o constituinte originário atribuiu a ambas as instituições relevante papel no arranjo estatal, ao mesmo tempo que os aparelhou de substanciais prerrogativas. Aos seus membros, foram asseguradas garantias como a vitaliciedade,

inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (CRFB/88, art. 95, I, II e III; art. 128, §5º, I, a, b e c).

Noutro giro, o provimento dos cargos de Juiz e membro do *Parquet* se dá por concurso público de provas e títulos, exigindo-se daqueles que se submetem a esses rigorosos exames uma conduta moral ilibada (LOMAN, art. 35, VIII; LOMP, art. 43, I), além de diversas abstenções como a de não exercer qualquer outra função senão a de magistério, de não exercer a advocacia, de não participar de sociedades comerciais, de não exercer atividade político-partidária, dentre outras.

Com efeito, todas essas medidas delineadas pelo *constituente originário* se mostram compatíveis com outros países de democracia avançada e já vinham se mostrando bastantes para assegurar um Poder Judiciário independente e um Ministério Público capaz de desincumbir-se de sua nobre missão constitucional.

Importante destacar que no âmbito estrangeiro, a França, país que representa, por sua história, a vanguarda da cidadania e cujo Ministério Público, fonte de inspiração do *Parquet* brasileiro, ostenta a dignidade de uma Magistratura – *Magistrature debout* –, não registra restrição similar em desfavor de seus membros, valendo registrar a recente aposentadoria ocorrida em 2015 do Procurador-Geral frente à Corte de Cassação de Paris, François Falletti, que imediatamente foi admitido nas fileiras da advocacia francesa (*barreau*).¹

O mesmo se dá em Portugal, onde os Magistrados do Ministério Público podem advogar em causa própria, de seu cônjuge ou descendente (Estatuto do Ministério Público, art. 93).

Esse arranjo de prerrogativas e limitações já se mostravam medidas satisfatórias para garantia da independência e imparcialidade dos profissionais que se dedicam às duas carreiras, mas ainda, quando sobrevieram outras que ampliaram a transparência e responsividade dos membros da Magistratura e do *Parquet*, medidas essas trazidas pela reforma do judiciário, como se convencionou denominar as modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

3. A dignidade da pessoa humana e sua face de autodeterminação do sujeito

A dignidade da pessoa humana se apresenta como um consenso ético que fundamenta o quadro geral dos direitos da pessoa humana e se inscreve em praticamente todas as constituições do mundo ocidental no pós-guerra. No seu cerne, se encarta a ideia de que a pessoa humana é dotada de um valor intrínseco, não submetido ao jogo utilitário dos negócios e interesses da vida concreta, além de uma autonomia ou autodeterminação inalienável. Essa perspectiva, como assevera Luís Roberto Barroso, é tributária da filosofia iluminista e, em particular, do pensamento de Immanuel Kant.²

¹ Disponível em: <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/2015/10/15/01016-20151015ARTFIG00246-francois-falletti-un-procureur-a-la-barre.php>. Consultado em: 13/10/2023.

² BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução Humberto Laport de Mello.

Para Kant, o avanço civilizatório levou o ser humano à condição de sujeito moral, que alcança o estágio de maioridade, quando assume essa condição de sujeito de seu próprio destino e vive sob a responsabilidade imposta por essa condição.³

Nessa toada, observamos que a dignidade pode ser ofendida por dois vieses: a primeira das ofensas é vilipendiá-la, tratando a pessoa como um meio ou de forma utilitária para a obtenção de fins, ainda que esses fins sejam merecedores de estima da sociedade. Por outro lado, essa mesma dignidade é ofendida pelo exagero na proteção da pessoa, retirando-lhe a sua autodeterminação, com a suposição de sua menoridade moral, para nos valermos da linguagem do pensador prussiano. Esse último modo, designado aqui de *paternalista*, é que se verifica no exame ora empreendido.

4. Dimensão paternalista da Emenda nº 45 em face dos membros ativos da Magistratura e do *Parquet*

Não obstante a suficiência do arranjo de prerrogativas e restrições configuradas na Carta Originária, que representam, desde a primeira Carta Republicana, a consecução de longa marcha de nossa experiência constitucional, e que sempre asseguraram um *éthos* da maior envergadura a ambas as instituições, sobreveio a *Emenda Constitucional nº 45*, a qual trouxe em seu bojo norma restritiva da liberdade do exercício profissional aos membros da Magistratura e do Ministério Público brasileiros.

Como veremos, a restrição ao exercício profissional mencionada, também designada por "*quarentena*", não veio aperfeiçoar o arranjo institucionalizado de prerrogativas e restrições já estabelecidas pelo constituinte originário, mas desconsiderar os então membros das duas carreiras, aviltando-lhes a condição de sujeitos morais capazes de se autodeterminar, como se se encontrassem em um estágio de menoridade moral e precisassem se proteger do assédio de seus colegas de carreira.

O paternalismo de que acusamos a indigitada emenda é a regressão do estado de *maioridade* anunciado por Kant, quando falou dos efeitos da *Aufklärung*. O pensamento kantiano autoriza-nos a concluir que a aceitação de uma tutela dessa natureza, pressupondo-se uma insuficiência moral dos sujeitos tutelados, implica a assunção de uma atitude preguiçosa e covarde.

A *Emenda Constitucional nº 45* ampliou os mecanismos de transparência e responsabilidade do Sistema de Justiça e de seus membros, entre outras medidas, criando o *Conselho Nacional de Justiça* e o *Conselho Nacional do Ministério Público* como órgãos de superposição das corregedorias já existentes em todos os âmbitos

3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 68.

³ KANT, Immanuel. *Resposta à pergunta: O que é esclarecimento?* (Grandes Ideias). (p. 6). Penguin-Companhia. Edição do Kindle. Nas palavras de Kant: "Esclarecimento é a saída do ser humano da menoridade à qual ele mesmo se relegou. Menoridade é a incapacidade de se servir de seu entendimento sem a orientação de terceiros. Essa menoridade é de responsabilidade própria na medida em que suas causas residem não na falta de entendimento, mas na carência de decisão e de coragem de ele se servir sem a tutela de outrem. *Sapere aude!* Tem coragem de servir-te de teu próprio entendimento! Esta é, pois, a bandeira do Esclarecimento".

do Sistema, produzindo com tais medidas um incentivo à participação da sociedade na fiscalização das duas instituições, assim como a efetiva punição de condutas ilícitas de seus membros.

Não obstante, indo além da ampliação da transparência e dos mecanismos de controle, pecou pelo excesso ao tutelar, *de forma paternalista*,⁴ instituições e seus membros, que absolutamente não careciam desse nível excessivo de proteção, como se fossem incapazes de se conduzirem, por si sós, de modo compatível com as altas exigências de independência e imparcialidade demandadas por seus cargos públicos ou que os mecanismos de responsabilização dos membros dessas instituições não fossem já suficientes.

Como acentua Javier Perez Royo⁵ ao examinar a *constituição espanhola*, o dueto "*independência-responsabilidade*", estruturante do Sistema de Justiça, se revela bastante e *suficiente como arranjo jurídico* para garantia de uma ordem justa e de uma prestação jurisdicional com a imparcialidade exigível.

Ir além, sobretudo impondo restrição à *liberdade de exercício profissional*, como o fez a Emenda nº 45, levou o *constituente derivado* a incorrer numa espécie de *paternalismo* que nada mais é, como nos ensina Immanuel Kant desde o século XVIII, do que uma face velada da velha *tiranía*.

O pensador prussiano, quando associou o *imperium paternale* à pior forma de despotismo, asseverou, ainda, que ingerências dessa natureza sobre os governados os fazia equivaler a crianças que ainda não sabem distinguir o que lhes é verdadeiramente útil ou prejudicial e, assim, a agir em conformidade com a ideia de bem cristalizada no desiderato do governante.⁶

O paternalismo estatal é inconstitucional porque pressupõe que os destinatários das medidas "protetivas" *não são sujeitos morais capazes de se determinarem de forma adequada frente às vicissitudes da vida*. Em decorrência, malfez a autonomia/liberdade de agir, componente substancial da dignidade humana. Tais medidas correspondem, em contrapartida a uma proteção deficiente de um bem constitucionalmente protegido, a uma *proteção excessiva* deste bem, *pressupondo-se, conjecturando-se ou antecipando-se, má-fé dos seus destinatários* ou, em outra dimensão, *incapacidade de decisões morais adultas e compatíveis com a proteção dos bens jurídicos*.

Por tais razões o *paternalismo* é execrável e deve ser afastado na definição de políticas públicas ou quaisquer medidas no trato do interesse público, pois violador do princípio mais basilar no edifício dos direitos fundamentais da pessoa humana, que é a dignidade.

⁴ Norberto Bobbio transcreve relevante observação de *Alexis de Tocqueville* sobre o paternalismo: "Assemelhar-se-ia à autoridade paterna se, como esta, tivesse por fim preparar o homem para a idade viril, mas não procura senão prendê-lo irrevogavelmente à infância". (In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. 2. 13ª ed. Brasília: Editora UNB, 2008, p. 909.)

⁵ In: *Curso de Derecho Constitucional*. 12ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 712.

⁶ KANT, Immanuel. Sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática. In: Idem. *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 79-80.

Indubitavelmente, a introdução da “quarentena” se mostra irrazoável e, assim, paternalista, violando a Constituição.

5. Restrição à liberdade fundamental ao exercício de profissão que ultrapassa os limites de conformação do constituinte derivado e do legislador ordinário

No julgamento da representação de inconstitucionalidade 1.054/DF, cuja análise será empreendida mais adiante, debateu-se o limite de conformação da liberdade profissional, que na Constituição de 67/69, era veiculada no art. 153, §23 e que assim dispunha:

§23. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.

Frente a tal dispositivo, o Tribunal entendeu que o legislador ordinário ou constituinte derivado, dado a natureza de direito fundamental da norma, estaria adstrito à especificação da capacidade necessária ao desempenho da profissão. Confira-se extrato do voto do Ministro Moreira Alves:

Por outro lado, e o eminente relator bem o acentuou, da discussão de que decorreu o texto do §14 do artigo 141, acima referido, ressalta nítido que foi vencida a corrente que se batia pela limitação das condições de capacidade a capacidade técnica. Prevaleceu o entendimento de que a lei poderia estabelecer condições não apenas de capacidade técnica, mas também de capacidade de outra natureza, como a física e a moral. Este critério não era o mesmo adotado na Constituição de 1934, no nº 13 do artigo 113 (“É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público”), porém mais restrito, uma vez que, pela Constituição de 1946, as condições estabelecidas pela lei só podiam ser de capacidade qualquer que fosse a natureza desta, mas não outras condições, que de capacidade, como o permitia a Constituição de 1934, condicionando apenas que fossem ditadas pelo interesse público.

O que emerge dos debates travados naquela oportunidade, é que a liberdade de conformação do legislador ou constituinte derivado é aquela definida na própria norma da Constituição originária.

Observando o atual texto da norma assecuratória da liberdade em exame, o inciso XIII, artigo 5º, da CRFB/88, temos:

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

Extreme de dúvidas, que o legislador só poderá estabelecer qualificações necessárias ao desempenho das profissões, trabalhos ou ofícios, ou seja, os dotes, qualidades distintas daqueles que se proponham a ocupar uma dada profissão, trabalho ou ofício, mas nunca restrições ao acesso a essas posições de profissional, trabalhador ou ocupante de ofício.

Torna-se importante lembrar que estamos tratando de cláusula pétrea da Constituição originária, insuscetível de ser alterada, tanto pelo constituinte derivado como pelo legislador ordinário.

Por esse viés, a “quarentena” introduzida, limita, ainda que temporariamente, a liberdade de profissão, desbordando, a toda evidência, dos limites estabelecidos pelo constituinte originário, que só admite o estabelecimento de limitações em razão de qualificações necessárias ao exercício profissional.

Convém, desde logo, refutar-se a tese de que a “quarentena” cuida de uma qualificação de ordem moral, pois aí teríamos que considerar que os ocupantes que estão se desligando das carreiras da Magistratura ou do Ministério Público, não possuiriam tais qualificações no exercício de seus papéis institucionais, e só as adquiririam após três anos de afastamento de suas nobres funções, o que seria um absurdo de se cogitar.

Desse modo, sob esse prisma de exame, a “quarentena” se mostra contrária à Constituição, por ferir o disposto no inciso XIII, artigo 5º, da CRFB/88.

6. Restrição à liberdade fundamental ao exercício de profissão que ofende a segurança jurídica e a proporcionalidade

Não bastasse o paternalismo exacerbado da medida restritiva e a ultrapassagem do limite de conformação do constituinte derivado, a introdução na Carta de 1988, dos dispositivos representados pelo §6º, *artigo 128*,⁷ *c/c inciso V, parágrafo único, artigo 95*,⁸ atingiu e cerceou, de *forma imediata*, todos aqueles que já se encontravam nas carreiras do *Parquet* e da Magistratura, de virem a exercer a advocacia de forma plena, após seu desligamento por aposentadoria ou exoneração de uma das instituições, sem

⁷ Art. 128. O Ministério Público abrange: [...] §6º Aplica-se aos membros do Ministério Público o disposto no art. 95, parágrafo único, V.

⁸ Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: [...] Parágrafo único. Aos juízes é vedado: [...] V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

que tal limitação que a escolha da carreira viria a lhes impor estivesse no horizonte de suas perspectivas profissionais quando de seu ingresso.

Observamos que mesmo o *constituente originário*, ao estabelecer as restrições a serem impostas aos membros do *Parquet* pela nova ordem constitucional, entre as quais a vedação ao exercício da advocacia, *respeitou o direito daqueles membros que já se encontravam inscritos regularmente* para o exercício desta nobre atividade, quando da promulgação da Carta da República de 1988 (ADCT, art. 29, §3º).⁹

Se por um lado o *constituente originário de 1988*, que era por natureza *incondicionado*, procedeu com equilíbrio, respeitando as posições jurídicas daqueles membros do *Parquet* que já exerciam a advocacia no momento da entrada em vigor da nova ordem jurídico-constitucional, o *constituente derivado*, que é por natureza *condicionado* por limites substanciais e formais, foi além desses limites, infringindo-os de modo inescusavelmente arbitrário.

Essa inescusável ultrapassagem se deveu ao fato de o constituinte derivado ter feito *tábula rasa* a dois princípios *basilares do texto constituinte originário* e da própria *ideia mater* de Constituição, quais sejam, os *princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade*.

O princípio da segurança jurídica apresenta, segundo escólio de Almiro do Couto e Silva,¹⁰ um caráter duplo, distinguindo-se, assim, uma parte objetiva (*Rechtssicherheit*) e outra subjetiva (*Vertrauensschutz*). Na primeira *parte, dita objetiva*, o princípio limita a *retroatividade das ações do Estado*, estando sob o seu farol os atos legislativos, o respeito ao *ato jurídico perfeito*, ao *direito adquirido* e à *coisa julgada*. Em sua *parte subjetiva*, ele assegura o respeito à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação. Temos, assim, no aspecto subjetivo, *uma limitação ao Poder do Estado de alterar sua conduta e de modificar situações que representem alguma vantagem para os destinatários da mesma*, até mesmo quando ilegais, desde que haja produzido uma crença justa nesses beneficiários.

Com efeito, mesmo que admitamos, tal qual já decidido pelo E. STF,¹¹ a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, o reconhecimento da *dimensão*

⁹ Art. 29. Enquanto não aprovadas as leis complementares relativas ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União, o Ministério Público Federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria e os membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas continuarão a exercer suas atividades na área das respectivas atribuições. [...] §3º Poderá optar pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens, o membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da Constituição, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta.

¹⁰ In: *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 46.

¹¹ O E. STF, reiterando seu entendimento, julgou em 11.02.2009, pelo regime de repercussão geral, o RE 563.965, no qual asseverou a inexistência de direito adquirida a regime jurídico. O julgamento restou assim ementado: EMENTA: DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ESTABILIDADE FINANCEIRA. MODIFICAÇÃO DE FORMA DE CÁLCULO DA REMUNERAÇÃO. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IRREDUTIBILIDADE DA REMUNERAÇÃO: AUSÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA. LEI COMPLEMENTAR N. 203/2001 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE: CONSTITUCIONALIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal pacificou a sua jurisprudência sobre a constitucionalidade do instituto da estabilidade financeira e sobre a ausência de direito adquirido

subjéctiva do princípio da segurança jurídica impede que este entendimento se transforme num *cheque em branco* em favor do legislador de qualquer nível, para, valendo-se de sua discricionariedade, manejar guinadas nos regimes de direitos das pessoas, tal como procedeu o *constituente derivado*, na edição da *Emenda Constitucional nº 45*, ao introduzir os dispositivos acima mencionados.

Verificamos, também, que a introdução da “quarentena” malfeire o princípio da proporcionalidade, inafastável vetor de aferição da constitucionalidade, quando tratamos de medidas que restringem direitos fundamentais.

Conforme pontua Humberto Ávila,¹² o princípio da proporcionalidade é demandado sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade, referindo-se “meio” e “fim” a bens juridicamente protegidos. Nesse diapasão, a verificação da proporcionalidade demanda um triplo teste para aquilatar a *adequação do meio* para o atingimento do *fim pretendido*, a *necessidade* deste *meio* em face da possibilidade da adoção de outro menos gravoso aos direitos fundamentais afetados e, por fim, o exame da *proporcionalidade em sentido estrito*, comparando-se a importância da realização do *fim* com a intensidade da restrição ao direito fundamental relacionado com o *meio* empregado.

Com efeito, o meio utilizado consistente na introdução de uma “quarentena” de 03 (três) anos aos egressos da Magistratura e Ministério Público não passa em nenhum dos testes, em que se decompõe o exame da proporcionalidade.

Em primeiro lugar, o “meio” empregado, qual seja, o de afastar o Magistrado ou membro do *Parquet* dos processos que correm nos Juízos ou Tribunais, dos quais se afastaram, é inócua para alcançar o fim pretendido, qual seja, o de assegurar a moralidade pública evitando o tráfico de influência.

Tal medida, como já visto, pressupõe uma irrazoável suposição de vulnerabilidade moral de membros atuantes do Ministério Público e da Magistratura.

Além disso, se existisse essa vulnerabilidade, de nada adiantaria a proibição, pois os membros afastados poderão contactar os colegas exercentes, mesmo sem ostentarem a condição de advogados, influenciando nas causas em favor de advogados ou sociedades com os quais se associarão após os três anos da “quarentena”.

Quanto ao uso de informações privilegiadas, melhor sorte não socorre o argumento, pois essas nem deveriam existir num regime verdadeiramente democrático e, existindo, seriam compartilhadas mesmo que o membro observasse a “quarentena”, desde que se considerasse o baixo nível moral que pressupõe a medida.

a regime jurídico. 2. Nesta linha, a Lei Complementar nº 203/2001, do Estado do Rio Grande do Norte, no ponto que alterou a forma de cálculo de gratificações e, conseqüentemente, a composição da remuneração de servidores públicos, não ofende a Constituição da República de 1988, por dar cumprimento ao princípio da irredutibilidade da remuneração. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.

¹² In: *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15ª ed. Ver. atual. e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 206.

No que concerne à necessidade, temos que menos sorte possui a medida. Como visto, o arranjo constitucional preexistente, com as garantias da inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade assegurando a independência e com as exigências do concurso público, idoneidade moral e outros arranjos relativos à *responsabilização* dos membros das duas instituições, incluindo-se as adotadas pela própria Emenda Constitucional nº 45 (CNMP e CNJ), já seriam mais que suficientes para o fim almejado, como demonstra o fato de inexistir esta restrição em longos períodos de nossa história republicana (de 1891 a 1934; de 1945 a 1963; de 1984 a 2004).

Por seu turno, a proporcionalidade em sentido estrito também não é respeitada, porque a gravidade da restrição – que como vimos, atinge a liberdade de exercício profissional e a dignidade da pessoa humana – não é justificada, uma vez que o fim, como também demonstrado, já é alcançado com o arranjo de garantias e responsabilidades impostos aos membros da Magistratura e do Ministério Público.

Assim, extreme de dúvidas, esses membros viram-se atingidos por uma medida de paternalismo injustificável, que viola os princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica, contrariando suas justas expectativas forjadas quando de seu ingresso na carreira e que influenciaram sua escolha. A presente restrição, introduzida posteriormente, constitui-se em um *minus*, introduzido politicamente em carreiras nas quais o *constituente originário* cuidou de proteger com irredutibilidade de ganhos e outras garantias contra investidas políticas em sua independência.

Acreditamos que a manutenção das garantias e o não agravamento das restrições impostas às carreiras da Magistratura e do Ministério Público constituem condições *sine qua non* à independência dessas instituições essenciais à Justiça e, como tal, consistentes na dimensão objetiva dos direitos fundamentais do cidadão à uma ordem jurídica justa.

Assim, no mínimo, a validade constitucional de tais medidas estaria submetida a um diferimento ou restrição de sua eficácia para aqueles membros que ingressassem nas carreiras da Magistratura e do *Parquet* após sua edição.

Nesta toada, mesmo que superado o entendimento pela sua inconstitucionalidade, a preservação da “quarentena” no ordenamento vigente e sua compatibilidade com a Constituição exigiriam a restrição de seu alcance por meio da “interpretação conforme”, de modo a que fossem alcançados pela proibição apenas os integrantes das carreiras da Magistratura e do Ministério Público que ingressaram após a vigência da *Emenda Constitucional nº 45*.

7. A jurisprudência do STF na vigência da Constituição de 1967/1969

O tema da incompatibilidade da “quarentena” com a Constituição não é novo e foi enfrentado pelo STF na vigência da Constituição de 1967/1969. Tratou-se do julgamento da *representação de inconstitucionalidade 1.054 de 25 de agosto de 1980*, proposta pela ANAMATRA ao Procurador-Geral da República. Na oportunidade, discutiu-se a compatibilidade do artigo 86 da Lei nº 4.215/63 (antigo estatuto da OAB)

com a Emenda nº 1 à CF/67 (artigo 153, §23), que assegurava a liberdade de profissão. O referido artigo 86 estabelecia uma “quarentena” de dois anos, entre outros, aos membros da Magistratura e do Ministério Público nos seguintes termos:

Art. 86. Os magistrados, membros do Ministério Público, servidores públicos, inclusive de autarquias e entidades paraestatais, e os funcionários de sociedade de economia mista, definitivamente aposentados ou em disponibilidade, bem como os militares transferidos para a reserva remunerada ou reformados, não terão qualquer incompatibilidade ou impedimento para o exercício da advocacia, decorridos 2 (dois) anos do ato que os afastou da função.

O voto do relator, Ministro Neri da Silveira, julga improcedente a representação por considerar a medida empreendida pelo legislador ordinário digna de deferência da corte, uma vez que compreendida nos limites válidos de configuração da liberdade de profissão, garantida pela Constituição, mas suscetível desta configuração pelo legislador. Aduz, ainda, que o legislador atuou em prol da moralidade pública, tendo em vista que:

É de inteiro admissível que cause perplexidade ao homem comum, não afeiçoado à vida quotidiana do foro e tribunais, ver um membro de tribunal, inclusive desta Corte, ou um juiz, afastar-se das suas funções, por aposentadoria ou disponibilidade remunerada, e logo passar a advogar, perante seus mesmos pares ou juízes de instância inferior. O mesmo se há de verificar, quanto aos agentes do Ministério Público.

O voto-vista, que obteve o apoio da maioria, foi dado pelo Ministro Moreira Alves. Nele assentou-se importantes aportes ao tema.

O Ministro Moreira Alves faz um retrospecto da interdição temporal e observa que no período compreendido entre 1945 e 1963, a “quarentena” em questão, tida pelo voto que seria vencido como essencial à moralidade das duas instituições, não vigorou e, mesmo assim, não há qualquer elemento que aponte que o Judiciário ou Ministério Público, além de outras instituições que na época eram alcançadas pela limitação temporal, pudessem ser consideradas ímprobas. Nas palavras do Ministro Moreira Alves transcritas de seu voto:

[...] como se viu, o elenco de justificações da constitucionalidade desse artigo 86 se alude à tradição de nosso direito desde a década de 1930, e se dá particular ênfase ao bom nome da Magistratura pela ligação

dos magistrados, membros do Ministério Público e serventuários da Justiça com relação aos que continuam em atividade.

[...]

Aliás, se o interesse público, em virtude da moralidade e da preservação do bom nome do Judiciário, clamasse pela restrição imposta pelo artigo 86 do Estatuto da OAB, ter-se-ia que a Legislação brasileira, de 1933 a 1945, fora parcialmente imoral, pois só previa – e exclusivamente com relação a magistrado – impedimento temporário, a princípio, para advogar perante o próprio Tribunal de que participara e, de 1942 a 1945, no território sujeito à jurisdição do juízo ou tribunal, em que houvesse funcionado, e não incompatibilidade para advogar em todo o território nacional; e, de 1945 a 1963, fora totalmente imoral, por haver acabado até com essa restrição. E a sua reintrodução no sistema jurídico nacional não resultou do clamor público, nem do desprestígio do Poder Judiciário, tanto assim que – como já salientei – as informações do Exmo. Sr. Presidente do Congresso Nacional enfatizaram que o Projeto de Lei nº 4.215/63 foi encaminhado à Câmara dos Deputados pelo Exmo. Sr. Presidente da República, que se limitou a remetê-lo tal e qual lhe fora enviado, como anteprojeto, pela OAB, que não se adstringiu a restabelecer o que dispunha a legislação anterior, mas lhe deu extensão jamais imaginada nos períodos de exceção que se seguiram à revolução de 1930 e à implantação do Estado Novo.

Que a Constituição e as leis do Brasil partem, como não seria possível deixar de partir, do pressuposto de que juízes e advogados são íntegros e sabem distinguir laços de amizade da observância dos deveres de suas profissões demonstram-no, à evidência, os dois preceitos que se citam em seguida a título meramente exemplificativo. É a própria Constituição da República que, para a composição do quinto constitucional em diversos Tribunais, exige, como requisito para a nomeação, que o advogado esteja em efetivo exercício da advocacia. Que eu saiba nunca houve quem pretendesse que seria contrário aos princípios da moral, ou que abalaria o prestígio do Poder Judiciário diante do homem comum, o admitirem-se, nesses Tribunais, advogados que, como Juízes, julgassem, de imediato, as causas patrocinadas pelos seus colegas de véspera, ainda que amigos fraternos. E o Código de Processo Civil, em seu artigo 135, não considera sequer como causa de suspeição de parcialidade a amizade íntima ou inimizade capital do juiz com os advogados das partes.

Indiscutível a posição do Ministro Moreira Alves, sobretudo seu último argumento que lança uma pá de cal sobre a tese da moralidade pública envolvida na “quarentena”.

Discutiu-se, ainda, que a liberdade de conformação do legislador, no âmbito da liberdade profissional seria exclusivamente em relação a definição da capacidade para o exercício profissional. Assim, no voto-condutor, destacamos:

Aliás, se a Constituição só admite restrições em virtude de condições de capacidade (que são pressupostos objetivos), a capacidade moral de quem vai exercer a advocacia só pode ser negada por inidoneidade moral anterior do próprio profissional, e não por presunção – que, no caso, *iuris et de iure* – de possibilidade de vir ele a ser inidôneo ou poder propiciar a terceiro a prática de atos de prevaricação.

Com efeito, o precedente nos traz preciosas lições aplicáveis ao momento presente.

8. Posição atual do STF

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4451, pelo Relator Ministro Alexandre de Moraes, tratando do paternalismo inconstitucional frente ao direito do cidadão à livre expressão do seu pensamento, assim pontuou:

Não há permissivo constitucional para limitar preventivamente o conteúdo do debate público, em razão de uma conjectura sobre os efeitos que certos conteúdos possam vir a ter junto ao público. Aqui não só é um exercício de futurologia, como é também, talvez mais grave, um excesso de paternalismo, de querer, o Poder Público, por essa ilegítima intervenção, escolher o que o eleitor pode ouvir, ver, o que pode ou não ter acesso.¹³

Por seu turno, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, ao decidir o pedido de suspensão de segurança nº 4.848 requerido pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) em face do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que manteve liminar da sua 22ª Vara Federal, a qual suspendia liminarmente a decisão do referido Conselho Federal da OAB que estendia a quarentena de magistrados a todos os membros da sociedade de advogados que viessem porventura integrar.

¹³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382032>.

Em suas ponderações, após reconhecer o poder-dever da OAB de fiscalizar o adequado exercício da profissão de advogado, o Exmo. Ministro Dias Toffoli corrobora os argumentos aqui esgrimidos, sustentando que a norma veiculada pela Emenda Constitucional nº 45, no que tange à “quarentena”, presume má-fé e configura paternalismo desnecessário e inconstitucional. Transcrevemos a seguir os argumentos de Sua Excelência:

Tampouco se negligencia a importante função desempenhada pela OAB, por expressa previsão legal, de fiscalizar o adequado exercício da profissão de advogado, mas isso não pode ser feito com base em suposições de má conduta, tal como exposto na exordial desta ação, até porque, como se sabe, má-fé não se presume. Ademais, a existência de fortes mecanismos de controle, quer de âmbito jurisdicional, quer de ordem administrativa, existentes no sistema jurídico brasileiro, fornecem respostas adequadas a todos quantos queiram prevenir o nefasto tráfico de influência que o requerente diz pretender combater, com a tomada das medidas, cujas suspensões fez com que se socorresse da presente demanda.

O tema da “quarentena” também foi enfrentado pelo STF no bojo da ADPF 310, que tinha como alvo o mesmo ato normativo do CFOAB, que havia sido objeto da suspensão de segurança nº 4.848 acima comentada.

Na oportunidade do julgamento da referida ADPF, relatada pelo Ministro Alexandre de Moraes, acolheu-se, por unanimidade, a tese da inconstitucionalidade da ementa 018/2013/COP, exarada pelo CFOAB com os argumentos da *violação à reserva de lei formal e da extrapolação de medida restritiva a terceiros que não eram atingidos pela norma contida no inciso V, parágrafo único, artigo 95 da CRFB/88*.

Confira-se excerto do v. acórdão:

[...]

Tal como no precedente que se vem de referir, a medida examinada no caso concreto se revela igualmente atentatória ao princípio da reserva legal em sentido formal. Conforme consolidado pela jurisprudência desta SUPREMA CORTE (RE 603.583, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 25/5/2012; e RE 511.961, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 13/11/2009), a cláusula constitucional hospedada no art. 5º, XIII, da Constituição Federal é asseguradora de direito fundamental – o exercício de profissões e ofícios – cuja restrição está submetida à reserva legal qualificada, não podendo ser formalizada por fonte jurídica diversa da legislativa.

[...]

Por incidir severamente sobre a liberdade profissional, a vedação prescrita pelo art. 95, parágrafo único, V, da CF jamais poderia ser utilizada como fundamento normativo para a aplicação de sanções éticas em face de terceiros, que nunca tiveram vínculo algum com a magistratura, sob pena de se atentar contra o princípio – medular em nosso ordenamento – da intranscendência das sanções ou das medidas restritivas de direitos.

[...]

Lado outro, na apreciação da questão propriamente ligada ao tema que ora examinamos, o relator deixou entrever, *obiter dictum*, seu posicionamento em favor da restrição temporal imposta aos magistrados, confira-se:

[...]

A norma inscrita no art. 95, parágrafo único, V, da CF visa a aperfeiçoar o padrão de moralidade pública, para evitar episódios de tráfico de influência e de exploração de prestígio que possam ameaçar a credibilidade do Poder Judiciário.

[...]

Desse modo, verificamos que o STF apresenta posicionamento diferente do julgamento empreendido quando do antigo Estatuto da OAB, realçando, ainda que *obiter dictum*, a relevância da medida trazida pela reforma do judiciário em prol da moralidade pública.

9. Conclusões

Por todos os argumentos aqui desenvolvidos, podemos concluir que a introdução da “quarentena”, no bojo da Reforma do Judiciário empreendida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, é inconstitucional, em que pesem argumentos em seu favor, *obiter dictum*, no julgamento da ADPF 310/DF, que ao nosso ver, não sobrepuseram àqueles desenvolvidos no julgamento da Rp 1.054/DF, em particular no assertivo voto condutor do Ministro Moreira Alves, não obstante estar em vigor a Constituição anterior de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969.

Por certo, estamos diante de uma medida paternalista, que alcança e limita a autonomia daqueles por ela atingidos. Autonomia que é dimensão essencial da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento de sua personalidade, constituindo-se, portanto, em medida ineludivelmente inconstitucional.

A medida também ultrapassa os limites que o constituinte originário definiu para a conformação da liberdade de exercício profissional, introduzindo restrição (“quarentena”) que não condiz com a amplitude semântica do termo “qualificação”, que atua como determinante dos limites dados.

A medida viola outro pilar de nosso regime constitucional, que é o da segurança jurídica, uma vez que introduz em duas carreiras que o constituinte originário quis salvaguardar de ingerências políticas, restrições não divisadas por seus membros quando ingressaram nos seus cargos. Nesse ponto, se não considerada inteiramente inconstitucional, mereceria uma interpretação conforme, de modo a salvaguardar aqueles que ingressaram na carreira anteriormente a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004.

A “quarentena” também não passa no teste da proporcionalidade, que exige uma adequação entre meios e fins, sempre que tratamos de restrições a direitos ou liberdades fundamentais, *in casu*, a liberdade de exercício profissional, o que a torna inconstitucional.

Não obstante as considerações, *obiter dictum*, no julgamento da ADPF 310/DF, que favorecem a ideia de moralidade, as razões do voto do eminente Ministro Moreira Alves, que fazem eco ao exame aqui desenvolvido, ressoam de forma retumbante em favor da tese da inconstitucionalidade da “quarentena” introduzida pela Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº 45).