



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Procuradoria-Geral da República

Nº 2.048/2014-AsJConst/SAJ/PGR

**Arguição de descumprimento de preceito fundamental 310/DF**

Relator: Ministro **Teori Zavascki**  
Requerentes: Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)  
Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA)  
Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE)  
Interessado: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB)

CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATO EMANADO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL EM RESPOSTA A CONSULTA. VEDAÇÃO DO ART. 95, PARÁGRAFO ÚNICO, V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ENTENDIMENTO DESPROVIDO DE CARÁTER IMPOSITIVO. MERA ORIENTAÇÃO. INAPTIDÃO PARA LESAR PRECEITO FUNDAMENTAL: NÃO CABIMENTO DE ADPE QUARENTENA PARA EX-JUIZES. NORMA CONSTITUCIONAL RESTRITIVA DE DIREITO FUNDAMENTAL. INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA. NÃO- CABIMENTO. DESRESPEITO À RESERVA LEGAL QUALIFICADA DO ART. 5º, XIII, DA CONSTITUIÇÃO. REDUÇÃO DE SEU NÚCLEO DE PROTEÇÃO ESSENCIAL.

I. A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) e a Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) representam apenas parte da magistratura judicial. Em consequência, não possuem legitimidade para controle concentrado de constitucionalidade quando impugnarem norma que afete todos os juizes do país.

II. Atos do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CF/OAB), conquanto oriundos de entidade não estatal (RTJ, v. 201, p. 93), qualificam-se como “atos do poder público” para fins de cabimento de arguição de descumprimento de preceito funda-

mental (art. 1º da Lei 9.882/1999), por serem praticados no exercício de atividade estatal (fiscalização do exercício profissional), por expressa delegação legislativa.

III. O entendimento do CF/OAB, na ementa 18/2013/COP, em resposta à consulta 49.0000.2012.007316-8/COP, constitui orientação desprovida de caráter impositivo, que não possui aptidão jurídica para lesar preceito fundamental. Não é a ADPF via adequada para revisar orientação disciplinar emanada daquele conselho.

IV. A vedação inscrita no art. 95, parágrafo único, V, da Constituição (restrição temporal à advocacia por parte de ex-juízes, conhecida como “quarentena”), se bem que tenha por finalidade preservar independência e imparcialidade do Poder Judiciário, constitui norma restritiva de direito fundamental (CR, art. 5º, XIII), que, por isso mesmo, somente admite interpretação estrita.

V. Ampliação da quarentena para além da pessoa do magistrado e do juízo ou tribunal do qual este se afastou, por não estar respaldada no art. 95, parágrafo único, V, da CR, constitui afronta ao modelo de reserva legal qualificada traçado pelo art. 5º, XIII, da CR, por não estar prevista em lei estrita nem limitada a qualificações profissionais.

VI. O Conselho Federal da OAB, mesmo no exercício da disciplina e da fiscalização profissional da advocacia, não pode agir imoderadamente, de modo a sujeitar terceiros a restrição maior do que a imposta pelo constituinte reformador à magistratura judicial.

VII. Atos do poder público restritivos de direitos fundamentais que não passem no teste da proporcionalidade em sua tríplice dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) são inconstitucionais, por atingirem diretamente o conteúdo essencial do direito fundamental protegido.

VIII. Parecer pelo não conhecimento da ADPF e, no mérito, pela procedência do pedido.

## I RELATÓRIO

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, proposta pela ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB), pela ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ANAMATRA) e pela ASSOCIAÇÃO

DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL (AJUFE), contra entendimento exarado pelo Órgão Especial do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na ementa 18/2013/COP, em resposta à consulta 49.0000.2012.007316-8/COP, quanto ao alcance da regra insculpida no art. 95, parágrafo único, V, da Constituição da República.

O ato impugnado recebeu a seguinte ementa:

Quarentena. Constituição de empresa. Inserção em empresa já existente, como sócio, associado ou funcionário, de advogado impedido de advogar por quarentena contamina o escritório e todos os associados com o impedimento no âmbito territorial do tribunal no qual atuou como magistrado, desembargador ou ministro. Mesmo que de forma informal. Escritório de advocacia, sócios e funcionários passam a ter o mesmo impedimento do advogado que passa a participar do escritório formal ou informalmente. Qualquer tentativa de burlar a norma constitucional, incide no art. 34, item I, do Estatuto da Advocacia e da OAB.

Sustentam ser limitadora de direito a norma do art. 95, parágrafo único, V, da Constituição da República, motivo pelo qual se deve interpretar de forma restritiva. Aduzem que a resposta à consulta ampliou o sentido e o alcance da norma constitucional, para limitar o exercício da advocacia por ex-magistrados submetidos a restrição temporal (“quarentena”) não apenas em face do juízo ou de seu tribunal de origem, mas para o “âmbito territorial” do órgão judicante, além de estender o alcance da norma “a todos os advogados brasileiros”, que ficam impedidos de contratar e de se associar a magistrados judiciais aposentados. Afirmam que a dupla ampliação da restrição constitucional viola preceitos fundamentais da liberdade de exercício profissional (Constituição da República, art. 5º, XIII),

da livre iniciativa e da valorização do trabalho (CR, art. 170, *caput* e inciso III), da razoabilidade e proporcionalidade (CR, art. 5º, LIV) e do caráter restritivo das vedações impostas a magistrados (CR, art. 95, parágrafo único).

Apontam equívoco do ato do Conselho Federal da OAB, que partiu de presunção de burla à norma do art. 95, parágrafo único, V, da Constituição da República, por parte de escritórios e advogados associados ou que venham a se associar ou ter em seus quadros ex-magistrados sujeitos à regra da quarentena. Requerem medida cautelar para suspender a eficácia do ato, em razão dos graves danos gerados pela dispensa de advogados ex-juízes e por rescisão de contratos em causas alcançadas pelo impedimento, e procedência integral do pedido de declaração de nulidade do ato.

Adotou-se o rito do art. 5º, § 2º, da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (decisão na peça 25 do processo eletrônico).

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL prestou informações, apontando não cabimento de ADPF por aplicação do princípio da subsidiariedade e pelo caráter interpretativo do ato. No mérito, assentou que a regra do art. 95, parágrafo único, V, da CR não visa a restringir direitos, mas a proteger a imagem e o próprio Poder Judiciário, com intuito de evitar tráfico de influência e exploração de prestígio. Aduz que “a interpretação tomada [...] revela-se regra de proteção da sociedade e do próprio Poder Judiciário, e atrai a aplicação do princípio constitucional da máxima proteção” (peça 29).

A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO manifestou-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da ADPF e por ilegitimidade ativa *ad causam* da AJUFE e da ANAMATRA. No mérito, pleiteou indeferimento da medida cautelar por ausência de requisitos (*fumus boni juris* e *periculum in mora*), sobretudo porque “a vedação do exercício da advocacia por magistrados no período da quarentena não configura restrição injustificada ao livre exercício da atividade profissional”, mas “imposição que visa à garantia da imparcialidade e da independência dos juízes, ao assegurar a igualdade de condições entre advogados (peça 35).

É o relatório.

## II PRELIMINARES

### II.1 ILEGITIMIDADE ATIVA DA AJUFE E DA ANAMATRA

Legitimidade ativa *ad causam* de entidade de classe de âmbito nacional para provocar controle concentrado de constitucionalidade depende de: (i) homogeneidade da categoria que represente;<sup>1</sup> (ii) representatividade da totalidade da categoria afetada pela norma;<sup>2</sup>

1 “Não se configuram [...] como entidades de classe aquelas instituições que são integradas por membros vinculados a estratos sociais, profissionais ou econômicos diversificados, cujos objetivos, individualmente considerados, revelam-se contrastantes. Falta a essas entidades, na realidade, a presença de um elemento unificador que, fundado na essencial homogeneidade, comunhão e identidade de valores, constitui o fator necessário de conexão, apto a identificar os associados que as compõem como membros efetivamente pertencentes a uma determinada classe” (STF. Plenário. ADI 108-QO/DF. Relator: Ministro CELSO DE MELLO. 13/4/1992. *Diário da Justiça*, 5 jun. 1992; *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 141, p. 3).

2 “[...] há entidade de classe quando a associação abarca uma categoria profissional ou econômica no seu todo, e não quando apenas abrange, ainda que tenha âmbito nacional, uma fração de uma dessas categorias” (STF. Plenário. ADI 1.486-MC/DF Rel.: Min. MOREIRA ALVES, 19/9/1996, DJ, 13 dez. 1996).

(iii) comprovação de caráter nacional pela presença de associados em pelo menos nove Estados da Federação;<sup>3</sup> e (iv) vinculação temática entre objetivos institucionais da postulante e norma impugnada.<sup>4</sup>

A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ANAMATRA) e a ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL (AJUFE) não têm legitimidade ativa *ad causam* para instaurar controle concentrado de constitucionalidade de ato que diga respeito a toda a magistratura judicial, uma vez que representam apenas fração da categoria judiciária (magistrados da Justiça Federal e do Trabalho) e não toda a magistratura judicial nacional.

A esse respeito, adverte o Ministro CELSO DE MELLO:

“A circunstância de uma instituição ser integrada por servidores públicos que constituem mera fração de determinada categoria funcional desqualifica-a, por isso mesmo, como entidade de classe, para efeito de instauração do controle normativo abstrato. Precedentes” (RTJ 147/401, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Em tais hipóteses, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem negado, a essas associações, a qualidade reclamada pelo texto constitucional (CF, art. 103, IX), pois agentes estatais integrantes de determinada categoria funcional não formam classe alguma.

3 “[...] o caráter nacional da entidade de classe não decorre de mera declaração formal, consubstanciada em seus estatutos ou atos constitutivos. Essa particular característica de índole espacial pressupõe, além da atuação trans-regional da instituição, a existência de associados ou membros em pelo menos nove Estados da Federação” (STF Plenário. ADI 108-QO/DF, Rel.: Min. CELSO DE MELLO, 13/4/1992, DJ, 5 jun. 1992 - RTJ, v. 141, p. 3).

4 “A associação de classe, de âmbito nacional, há de comprovar a pertinência temática, ou seja, o interesse, considerado o respectivo estatuto e a norma que se pretenda fulminada” (STF Plenário. ADI 1.873/MG. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO. 2/9/1998, DJ, 19 set. 2003).

[...] Tal circunstância descaracterizaria a entidade de classe que os congrega como instituição ativamente legitimada à instauração do processo de fiscalização normativa abstrata, como ocorre, por exemplo, com a AJUFE (que reúne somente os juízes federais) e a ANAMATRA (que compreende os magistrados de Justiça do Trabalho), que não dispõem, pelas mesmas razões (ambas representam fração da categoria judiciária), de qualidade para agir em sede de controle concentrado de constitucionalidade.<sup>5</sup>

Em decisão monocrática mais recente, a Ministra CÁRMEN LÚCIA faz amplo apanhado de decisões pertinentes a associações parciais de juízes, para igualmente negar-lhes legitimidade no controle concentrado de constitucionalidade.<sup>6</sup> Houve agravo regimental con-

---

5 STF Plenário. ADI 2.082-MC/ES. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 4/4/2000, decisão monocrática. *DJ*, 10 abr. 2000.

6 “[...] 12. Busca-se, por meio da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a sujeição direta do tema para a apreciação deste Supremo Tribunal.

13. Ocorre que a própria Arguente reconhece em sua petição inicial que “é importante esclarecer que a referida Associação (AJUFE), assim como a Autora, ambas de âmbito nacional, representam determinadas classes de Magistrados. A primeira, os Juízes Federais; a segunda, a os Juízes Estaduais de todos os Estados do Brasil” (fls. 4).

14. Cuida-se, portanto, de associação representativa de parte da categoria funcional dos magistrados, não havendo falar, portanto, em entidade de classe na acepção exigida para a impugnação de norma pela via do controle concentrado de constitucionalidade.

15. É certo que a Arguente enfatiza o processamento, neste Supremo Tribunal, de diversas ações diretas de inconstitucionalidade propostas exclusivamente por apenas uma das categorias funcionais dos magistrados. Em pesquisa feita no site deste Supremo Tribunal na internet, observei a existência de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pela ora Arguente (ANAMAGES) aguardando julgamento de mérito por este Plenário, *u.g.*: ADI’s ns. 4.344 e 4.462, de minha relatoria; ADI n. 4.232, Rel. Min. DIAS TOFFOLI; ADI’s ns. 4.372, 4.265 e 4.342, Rel. Min. AYRES BRITTO; ADI’s ns. 4.458 e 4.311, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA; ADI’s ns. 4.484 e 4.330; Rel. Min. GILMAR MENDES.

Na mesma situação estão as seguintes ações propostas pela ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL – AJUFE: ADI n. 4.466, Rel. Min. DIAS TOFFOLI; ADI n. 3.998, Rel. Min. GILMAR MENDES; ADI n. 3.126, Rel. Min. ELLEN GRACIE.

O mesmo ocorre em relação às seguintes ações direta de

tra ela, mas o Plenário dessa Corte lhe negou provimento em 6 de novembro de 2014.

Por consequência, a AJUFE e a ANAMATRA devem ser excluídas do polo ativo da arguição de descumprimento de preceito fundamental, por ilegitimidade ativa.

---

inconstitucionalidade apresentadas pela ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO – ANAMATRA, *v.g.*: ADI's ns. 3.172 e 3.962, de minha relatoria; ADI n. 4.510, Rel. Min. DIAS TOFFOLI; ADI n. 4.400, Rel. Min. AYRES BRITTO; ADI's ns. 3.961 e 3.992, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA; ADI's ns. 3.308 e 3.363, Rel. Min. GILMAR MENDES; ADI n. 3.250, Rel. Min. MARCO AURÉLIO.

16. Tal fato não passou despercebido pelo eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE ao indeferir, em decisão monocrática transitada em julgado, a petição inicial na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.321, proposta pela ora Arguente:

“Assentou o Supremo Tribunal que associação representativa de mera fração de categoria funcional – como a dos magistrados – não possui legitimação ativa ad causam para a propositura de ação de controle concentrado de constitucionalidade, ante a conseqüente descaracterização da autora como entidade de classe de âmbito nacional.

(...)

Indiferente, para tanto, o alcance da norma questionada – se aplicável a toda a classe de magistrados ou apenas a determinada fração da categoria –, como ocorreu na ADIn 2082 (DJ 10.4.00), onde o relator, Ministro Celso de Mello, afirmou a ilegitimidade da Associação dos Juizes de Paz Brasileiros (AJUPBRAS) em ação direta que impugnava norma relativa à remuneração desses integrantes da magistratura nacional.

Certo, na sessão de 17.2.05, ao apreciar a ADIn 2885, o Supremo Tribunal, acompanhando a relatora Ministra Ellen Gracie, reconheceu a legitimidade ad causam da ANAMATRA em ação direta de inconstitucionalidade contra Provimento do Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região.

Contudo, não se pode afirmar que a numerosa e remansosa jurisprudência – à qual me mantenho alinhado – fora superada apenas com esse precedente, quando nele não houve manifestação expressa a respeito. Tanto assim que o entendimento foi reafirmado por decisão singular posterior àquele julgamento (*v.g.* ADIn 3617, Peluso, em

## II.2 NÃO CABIMENTO DA ARGUIÇÃO

### II.2.1 Atos da OAB como “Atos do Poder Público”

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 3.026/DF, as-  
sentou que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) não é “au-  
tarquia especial” nem entidade genuinamente privada, mas serviço

---

1º.12.05).

As demais ações diretas de inconstitucionalidade mencionadas pela  
proponente ainda pendem de julgamento, sendo que o mero  
processamento delas não significa a legitimidade de suas autoras: a  
questão ainda pode ser suscitada pelo respectivo relator ou por outro  
Ministro em Plenário.

(...)

Assim, sendo a autora entidade que tem por finalidade defender os  
interesses apenas dos magistrados que integram a Justiça dos Estados  
(Estatuto, art. 2º, a), não há falar em entidade de classe na acepção do  
inciso IX do art. 103 da Constituição Federal” (grifos nossos, *DJ*  
12.2.2007).

17. É inegável que o processamento das várias ações direta de  
inconstitucionalidade mencionadas, algumas com medida cautelar deferida  
(*v.g.*: ADI n. 3.126-MC, Rel. Min. GILMAR MENDES, Plenário, *DJ* 6.5.2005;  
ADI n. 4.232, Rel. Min. MENEZES DIREITO, decisão monocrática, *DJ*  
18.5.2009), nutre nessas associações representativas de parte da categoria  
funcional dos magistrados a justa expectativa de alteração do  
entendimento adotado pelo eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE.

18. Contudo, em julgamentos realizados na sessão plenária de 25.5.2011,  
este Supremo Tribunal negou provimento aos Agravos Regimentais  
interpostos contra as decisões monocráticas proferidas pelo Ministro  
CEZAR PELUSO nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 3.617 e  
3.843, conforme o entendimento de Sua Excelência nos seguintes termos:

“Se o ato normativo impugnado mediante ação direta de  
inconstitucionalidade repercute sobre a esfera jurídica de toda uma  
classe, não é legítimo permitir-se que associação representativa de  
apenas uma parte dos membros dessa mesma classe impugne a norma,  
pela via abstrata da ação direta. Afinal, eventual procedência desta  
produzirá efeitos *erga omnes* (art. 102, § 2º, da CF), ou seja, atingirá  
indistintamente todos os sujeitos compreendidos no âmbito ou  
universo subjetivo de validade da norma declarada inconstitucional.

É o caso dos autos. A ANAMAGES representa tão-só – formalmente,  
pelo menos – o corpo dos magistrados estaduais, ao passo que a norma

público não estatal, categoria *sui generis* (“ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro”), ora sujeita a regime jurídico de direito público, ora a direito privado.

Poder-se-ia, nesse contexto, questionar se os atos oriundos do Conselho Federal da OAB, como órgão superior da Ordem, podem ser qualificados como “atos do poder público”, para fins de

---

aqui impugnada é aplicável a todos os membros integrantes do Poder Judiciário, independentemente da ‘Justiça’ ou ramo estrutural a que pertençam.

Não se pode, portanto, reconhecer à associação autora o requisito da ampla representatividade do conjunto de todas as pessoas às quais a norma atacada se aplica, nem, por conseguinte, sua legitimação ativa extraordinária para a demanda.

Não por outro motivo, já rejeitou este tribunal, em caso análogo, a legitimidade ativa de associação representativa dos juízes de paz para a ação direta de inconstitucionalidade. A respeito deles advertiu o Min. Relator:

‘(...) representam expressão parcial, mera fração da categoria judiciária. Tal circunstância descaracteriza a entidade de classe que os congrega como instituição ativamente legitimada à instauração do processo de fiscalização normativa abstrata, como ocorre, por exemplo, com a AJUFE (que reúne somente os juízes federais) e não dispõem, pelas mesmas razões (ambas representam fração da categoria judiciária), de qualidade para agir em sede de controle concentrado de constitucionalidade’ (ADI n. 2.082-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 10.04.2000).

No mesmo sentido, já me manifestei (cf. ADI n. 3.617, DJ de 09.12.2005)” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.843, DJe 9.4.2008).

A orientação adotada por este Supremo Tribunal afasta a possibilidade de se instaurar procedimento de controle concentrado de constitucionalidade sobre dispositivo cujo conteúdo material extrapola os objetivos institucionais da Autora.

19. O dispositivo cuja recepção pela ordem constitucional vigente é questionada não se limita, como visto, aos representados pela Arguente. Disciplina a forma de eleição dos cargos de direção dos Tribunais de todo o Poder Judiciário.

Impõe-se, portanto, o reconhecimento da ilegitimidade ativa *ad causam* da ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS ESTADUAIS na espécie.

20. Pelo exposto, nego seguimento a presente Arguição de

ADPF, pois a expressão “do poder público”, contida nos arts. 1º da Lei 9.882/1999, parece ser tomada no sentido do conjunto de órgãos e autoridades que atuam em nome do Estado (atos estatais).

A OAB exerce fiscalização profissional da advocacia por delegação da União, que, no exercício de competência legislativa privativa (CR, art. 22, XVI), editou a Lei 8.906, de 4 de julho de 1994, atribuindo-lhe disciplina e fiscalização do exercício profissional dos advogados em toda a República Federativa do Brasil (art. 44, II).

Sendo a fiscalização do exercício profissional (que abrange o poder de polícia, de tributar e de punir) típica atividade do Estado e, portanto, indelegável a particulares,<sup>7</sup> a outorga legal da fiscalização do exercício profissional da advocacia à OAB somente se justifica caso se a considere entidade genuinamente pública – autarquia corporativa –, natureza jurídica essa reforçada pelo art. 45, § 5º, de seu estatuto, o qual confere imunidade tributária total sobre seus bens, rendas e serviços, na forma do art. 150, VI, *a*, § 2º, da Constituição da República.

Soa, no entanto, contraditório afirmar que os atos da OAB podem ser considerados “do poder público” para fins de ADPF, mas

---

Descumprimento de Preceito Fundamental, ficando, por óbvio, prejudicada a medida cautelar pleiteada (art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).” STF Plenário. ADPF 154/DF Rel.: Min. CÁRMEN LÚCIA. 30/6/2011, decisão monocrática. *DJe* 146, 1º ago. 2011.

7 STF Plenário. ADI 1.717/DF Rel.: Min. SYDNEY SANCHES. 7/11/2002, *DJ*, 28 mar. 2003.

não para sujeição a controle do Tribunal de Contas da União, na forma do art. 70, parágrafo único, da Constituição.<sup>8</sup>

Se para cabimento de mandado de segurança deve considerar-se autoridade pública o agente privado que atue por delegação do poder público, nos mesmos moldes há de se tomar como ato do poder público, para fins de ADPF, aquele praticado por entidade não estatal (assim considerada a OAB pelo Supremo Tribunal Federal) no exercício de atividade típica do Estado (fiscalização da profissão), por expressa delegação legislativa.

### II.2.2 Inaptidão para Lesar Preceito Fundamental

Esta ADPF tem por objeto entendimento exarado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em consulta oriunda da Seccional de Roraima a respeito do alcance do art. 95, parágrafo único, V, da Constituição da República. A norma impõe vedação ao exercício da advocacia por magistrados, perante o juízo ou tribunal do qual hajam provindo, nos três anos após o afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração (a chamada “regra da quarentena”).

Advogados devem respeitar e observar as deliberações do Conselho Federal da OAB, sejam elas constantes de provimentos, resoluções, instruções normativas, portarias e resposta a consultas. Não há, contudo, como reputar de observância obrigatória por

---

8 STF Plenário. RMS 28.469-AgR-Segundo/DF, Rel.: Min. DIAS TOFFOLI. Redator para acórdão: Min. LUIZ FUX. 19/2/2013. DJe, 10 maio 2013.

inscritos nos quadros da ordem o conteúdo das respostas dadas pelo CFOAB a consultas formuladas em tese.

O art. 85, IV, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil atribui ao Órgão Especial do Conselho Pleno do CFOAB competência privativa para deliberar sobre consultas escritas formuladas em tese, cujo conteúdo das respostas deve ser cientificado a todos os conselhos seccionais. O art. 86 do Regulamento Geral, por sua vez, estabelece que “a decisão do Órgão Especial constitui orientação dominante da OAB sobre a matéria, quando consolidada em súmula publicada na imprensa oficial”.

Traduz o ato questionado nesta ADPF mera orientação, diretriz a ser seguida por inscritos na OAB em sua conduta ético-profissional, a fim de não incidir na pressuposta burla à norma do art. 95, parágrafo único, V, da Constituição da República. O ato impugnado, portanto, não se qualifica como objeto da ADPF, pois não possui aptidão jurídica para lesar, nem mesmo potencialmente, preceito fundamental.

O Supremo Tribunal Federal tem afirmado não cabimento de ADPF contra enunciado de súmula ou orientação jurisprudencial, tanto pela inaptidão para lesar preceitos fundamentais, em face de seu caráter não vinculante, quanto por inadequação dessa via processual para revisar entendimentos jurisprudenciais reiterados de tribunais.<sup>9</sup>

Veja-se, a esse respeito, o seguinte precedente:

<sup>9</sup> Por exemplo: STF ADPF 229/DF. Rel.: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. 14/3/2012, decisão monocrática. *DJe*, 20 mar. 2012.

AGRAVO REGIMENTAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ENUNCIADOS DE SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DA ARGUIÇÃO.

1. O enunciado da Súmula desta Corte, indicado como ato lesivo aos preceitos fundamentais, não consubstancia ato do Poder Público, porém tão somente a expressão de entendimentos reiterados seus. À arguição foi negado seguimento.

2. Os enunciados são passíveis de revisão paulatina. A arguição de descumprimento de preceito fundamental não é adequada a essa finalidade.

3. Agravo regimental não provido.<sup>10</sup>

Com muito mais razão, não é a ADPF via adequada para revisar simples orientações disciplinares emanadas do Conselho Federal da OAB. Esta arguição, portanto, não deve ser conhecida.

### III MÉRITO

#### III.1 INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ART. 95, PARÁGRAFO ÚNICO, V, DA CONSTITUIÇÃO

As garantias e vedações da magistratura, inscritas no art. 95 da Constituição da República, almejam, em última análise, o objetivo – alinhado à concepção do Estado Democrático de Direito – de assegurar independência e imparcialidade dos órgãos judiciais. Segundo lição de KRIELE, a independência do Poder Judiciário, expressada também na sua imparcialidade, “é mais importante que o catálogo de direitos fundamentais contidos na Constituição”,

---

10 STF. Plenário. ADPF 80-AgR/DF. Rel.: Min. EROS GRAU, 12/6/2006, un. DJ, 10 ago. 2006.

pois, sem independência judicial, tal catálogo “não passará de uma mera declaração de intenções”.<sup>11</sup>

A Emenda Constitucional 45, de 31 de dezembro de 2004, inovou no rol de vedações impostas a magistrados ao incluir, no parágrafo único do art. 95 da Constituição da República, proibição do exercício da advocacia no juízo ou tribunal do qual proveio o juiz, pelo período de três anos após afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração (art. 95, parágrafo único, V).

A denominada “regra da quarentena” foi introduzida no texto constitucional com o fim de dificultar o uso indevido de influência no Poder Judiciário, como reforço à independência e à imparcialidade indispensáveis ao exercício da função jurisdicional.

Sobre o tema, destaca ANDRÉ RAMOS TAVARES:

Por fim, tem-se a última novidade perpetrada pela EC 45/2004 ao menos no que tange às vedações constitucionais dirigidas ao magistrado. No novel inciso V do parágrafo único do art. 95, prevê-se a proibição ao magistrado de exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se tenha afastado, antes de decorrido o período de três anos, contados do afastamento do cargo, tenha este ocorrido por aposentadoria ou exoneração.

A finalidade de uma limitação profissional desse quilate parece ser a de preservar a imparcialidade-neutralidade dos juízes e tribunais nos quais o ex-juiz ou ex-promotor tenha atuado. É sabido que o trabalho diário cria laços de companheirismo com os colegas de profissão, por vezes até imperceptíveis, que poderiam levar a atitudes prejudiciais ao distanciamento que se exige do julgador. Este parece ser o pressuposto com o

---

11 KRIELE, Martin. *Introdução à teoria do Estado: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 149-160.

qual trabalhou o constituinte reformador para tecer a norma aqui analisada.<sup>12</sup>

Conquanto a norma do art. 95, parágrafo único, V, da CR busque, realmente, assegurar independência e imparcialidade do Judiciário, a quarentena instrumentalizou-se, no texto constitucional, por meio de vedação traduzida em limitação ao exercício de atividade profissional, dirigida unicamente a magistrados afastados do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Por se tratar de norma que impõe, em caráter personalíssimo, restrição ao livre exercício profissional (CR, art. 5º, XIII), deve ela, necessariamente, ser interpretada de forma estrita, pois, segundo regra geral de hermenêutica, normas jurídicas limitadoras de direitos – ainda que de ordem constitucional – devem interpretar-se restritivamente. Essa orientação está associada ao antigo brocardo “*Favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*”, isto é, normas desfavoráveis devem ser interpretadas restritivamente: normas favoráveis, ampliativamente.

O fato de, no campo da hermenêutica constitucional, aplicar-se, em regra,<sup>13</sup> o postulado da máxima efetividade das normas

---

12 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 956.

13 Segundo CANOTILHO, o princípio da máxima efetividade pode ser formulado da seguinte maneira: “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvida deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.224).

constitucionais – sobretudo no que se refere aos direitos fundamentais – não impede que se interpretem de forma estrita regras constitucionais que limitem direitos fundamentais positivados pela própria Constituição, uma vez que o direito restringido merece, igualmente, interpretação que lhe confira máxima efetividade.

É o que adverte INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO:

Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico-constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores da lei maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, mas sem alterar o seu conteúdo.

De igual modo, veicula um apelo aos realizadores da constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar tais direitos, cujas normas, naturalmente abertas, são predispostas a interpretações expansivas. Tendo em vista, por outro lado, que em determinadas situações a otimização de qualquer dos direitos fundamentais, em favor de determinado titular, poderá implicar a simultânea compressão, ou mesmo o sacrifício, de iguais direitos de outrem, direitos que constitucionalmente também exigem otimização – o que, tudo somado, contraria a um só tempo os princípios da unidade da constituição e da harmonização –, em face disso impõe-se harmonizar a máxima efetividade com essas outras regras de interpretação, assim como se devem conciliar, quando em estado de conflito, quaisquer bem ou valores protegidos pela constituição.<sup>14</sup>

Ainda que se busque, por interpretação teleológica, o sentido axiológico da norma para dar-lhe máxima efetividade, não lhe pode o intérprete alterar o conteúdo semântico a fim de alcançar situação por ela não contemplada, sobretudo quando se tratar de restrição a direitos fundamentais. Não fosse assim e estaria o intérprete

---

14 COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 137.

autorizado, por via hermenêutica, a criar restrições não expressamente construídas pelo legislador, possibilidade que se costuma reputar inaceitável.

Interpretação teleológica de norma constitucional – embora deva ser buscada<sup>15</sup> – não deve ser considerada de forma isolada como método bastante, pois no processo de concretização do direito as regras de hermenêutica complementam-se, reforçam-se e revelam a complexidade do trabalho exegético.<sup>16</sup>

Dessa maneira, a vedação do art. 95, parágrafo único, V, da CR, por limitar o direito fundamental ao livre exercício profissional, deve ser interpretada de forma estrita,<sup>17</sup> embora a *ratio juris* da norma repose em um dos pilares do Estado Democrático de Direito, a garantia de independência do Poder Judiciário.

O entendimento exarado pelo Conselho Federal da OAB, ao estender proibição de advogar a todos os integrantes de escritório de advocacia que acolha, mesmo informalmente, magistrados sujeitos à regra da quarentena e ao não limitar a proibição de advogar ao

---

15 Nas palavras do Ministro HANNEMANN GUIMARÃES: “A melhor interpretação da lei é, certamente, a que tem em mira o fim da lei, é a interpretação teleológica” (STF 2ª Turma. RE 9.189/SP. Rel.: Min. HANNEMANN GUIMARÃES, 3/8/1948. *Revista Forense*, v. 127, p. 397).

16 MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 68.

17 A interpretação estrita, segundo CARLOS MAXIMILIANO, “não reduz o campo da norma; determina-lhe as fronteiras exatas; não conclui mais, nem menos do que o texto exprime [...]. Rigorosamente, portanto, a exegese restritiva corresponde, na atualidade, à que outrora se denominava declarativa estrita; apenas declara o sentido verdadeiro e o alcance exato; evita a dilatação, porém não suprime coisa alguma” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 164).

juízo ou tribunal do qual proveio o magistrado, deu interpretação ampliativa à norma do art. 95, parágrafo único, V, a qual, por limitar direito fundamental (CR, art. 5º, XIII), deve ser interpretada de forma estrita, isto é, restritivamente.

Pondera AGASSIZ DE ALMEIDA FILHO acerca da vedação do art. 95, parágrafo único, V, da Constituição:

A vedação do inciso V também foi incorporada ao articulado constitucional com o fim de assegurar a imparcialidade dos magistrados. No entanto, e apesar de visar à imparcialidade do juiz no exercício da atividade jurisdicional, tem como destinatário direto o ex-magistrado. Trata-se de evitar a influência que muitas vezes um ex-membro da magistratura pode exercer sobre os demais integrantes do Poder Judiciário. [...] A reforma do Poder Judiciário cria um estatuto jurídico que incide diretamente sobre a condição de ex-magistrado, tolhendo a liberdade profissional prevista pelo inciso XIII do art. 5º da CF, em nome da necessidade de se garantir uma tutela jurisdicional constitucionalmente adequada.<sup>18</sup>

Arremata SERGIO BERMUDEZ:

A proibição de advogar limita-se ao juízo ou tribunal do qual o magistrado se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. Se o magistrado se afastou, por aposentadoria, compulsória ou voluntária, ou exoneração, do juízo que ocupava, sem haver ascendido ao tribunal, a proibição de advogar por um triênio só alcança o juízo; não o tribunal. Se, no entanto, o juiz (usado o substantivo *lato sensu*) ocupava um tribunal e dele se afastou, o impedimento refere-se apenas a esta corte, e não ao juízo do qual ascendeu a ela. A proibição de advogar é uma restrição, mas a norma a limita ao juízo de onde saiu o magistrado, criando, dessarte uma restrição à restrição. Não se pode dar interpretação ampliativa à

---

18 ALMEIDA FILHO, Agassiz. Vedação aos juízes. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 99.

norma restritiva, como ocorreria se tomasse juízo por juízos, entrância por instância, ou tribunal por quaisquer tribunais.<sup>19</sup>

O ato questionado, ao ampliar o alcance de norma constitucional restritiva de direito fundamental, viola o art. 95, parágrafo único, V, da Constituição da República.

### III.2 VIOLAÇÃO À RESERVA LEGAL QUALIFICADA DO ART. 5º, XIII, DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição de 1988 consagra no art. 5º, XIII, o direito fundamental ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e vincula-o à observância das qualificações profissionais estabelecidas em lei em sentido estrito.

Direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados.<sup>20</sup> Sua restrição, no entanto, deve, em princípio, partir da própria Constituição. Segundo ALEXY: “como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas”.<sup>21</sup>

Em matéria de restrição a direitos fundamentais, admitem-se tanto limitações diretamente constitucionais (os denominados limites iminentes) quanto indiretamente constitucionais (as remetidas constitucionalmente ao legislador ordinário), com ou sem reservas.

---

19 BERMUDEDES, Sergio. *A reforma do Poder Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*: observações aos artigos da Constituição Federal alterados pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 40-41.

20 STF, Plenário. MS 23.452/RJ. Rel.: Min. CELSO DE MELLO, 16/9/1999, un. DJ, 12 maio 2000; RTJ, v. 173, p. 805.

21 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 286.

Há, ainda, terceira forma de limitação, que se convencionou chamar de “restrição tácita diretamente constitucional” (aplicação do princípio da proporcionalidade na colisão de direitos fundamentais, para adequá-los aos princípios da unidade e da harmonização da Constituição).<sup>22</sup>

O art. 5º, XIII, da Constituição da República, por condicionar a liberdade de exercício profissional ao atendimento de qualificações profissionais previstas em lei (em sentido estrito), estabeleceu verdadeira reserva legal qualificada, porquanto o texto constitucional impõe limitação de conteúdo ao legislador ordinário. A esse respeito, assentou o Supremo Tribunal Federal:

ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (ART. 5º, XIII, DA CONSTITUIÇÃO). IDENTIFICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES E CONFORMAÇÕES LEGAIS CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDAS. RESERVA LEGAL QUALIFICADA. PROPORCIONALIDADE. A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das “condições de capacidade” como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificadamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Representação nº 930, Red. p/ o acórdão Ministro RODRIGUES ALCKMIN, DJ, 2-9-1977. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.<sup>23</sup>

22 SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 723.

23 STF. Plenário. RE 511.961/SP. Rel.: Min. GILMAR MENDES, 13/11/2009, un. DJe, 13 nov. 2009; RTJ, v. 213, p. 605.

A restrição ao direito fundamental do art. 5º, XIII, da CR deve constar expressamente do texto constitucional (como é o caso do art. 95, parágrafo único, V, da Constituição) ou estar prevista em lei em sentido estrito, nos limites do modelo de reserva qualificada atinente, apenas, às qualificações profissionais.

O entendimento exposto pelo Conselho Federal da OAB na ementa 18/2013/COP, em resposta à consulta 49.0000.2012.007316-8/COP, além de não encontrar respaldo no art. 95, parágrafo único, V, viola o modelo de reserva legal qualificada do art. 5º, XIII, seja por não resultar de lei em sentido estrito, seja por não se limitar a qualificações profissionais.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a representação 1.054/DF,<sup>24</sup> declarou inconstitucionalidade de dispositivo do antigo Estatuto da Advocacia que estabelecia quarentena de dois anos para ex-juízes (art. 86 da Lei 4.215, de 27 de abril de 1963), com o entendimento de que a restrição ao exercício da advocacia não se limitava às “condições de capacidade que a lei estabelecer”, consoante o modelo de reserva legal qualificada então vigente (Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional 1, de 17 de outubro de 1969, art. 153, § 23).<sup>25</sup> Acentuou, na oportunidade, o Ministro MOREIRA ALVES:

---

24 STF. Plenário. Rp. 1.054/DF. Rel.: Min. NÉRI DA SILVEIRA. Red. para acórdão: Min. MOREIRA ALVES. 4/4/1984. *DJ*, 29 jun. 1984; *RTJ*, v. 110, p. 937.

25 “Art. 153. [...]”

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

O interesse público, em si mesmo, não é condição de capacidade, e a Constituição da República só admite que a liberdade de profissão se restrinja por exigência do preenchimento de condições de capacidade, e condições estas, sim, que deverão ser somente as requeridas por interesse público, que não é o interesse do Estado, mas o interesse da coletividade em cujo benefício a profissão vai ser exercida (p. 57).

O art. 5º, XIII, da Constituição da República traça todos os limites a serem observados pelo legislador ordinário no campo de restrição do direito fundamental que contempla. A inobservância do meio constitucionalmente eleito (do modelo de reserva legal) gera prescrições exorbitantes por violação expressa dos limites da autorização constitucional. A propósito, esclarece SUZANA DE TOLEDO BARROS:

Quando estão em causa reservas de lei qualificada, o legislador não possui muita liberdade para efetuar restrições ao direito, porque já está previamente vinculado a meios ou a fins específicos [...]. A previsão da finalidade da restrição não exclui a liberdade de escolha de meios. É evidente, então, que o exame de constitucionalidade de uma norma não dispensa a verificação da adequabilidade dos meios escolhidos em face do fim previsto.

Mas é possível que a Constituição já trace todos os limites ao legislador na regulação de uma restrição de direito. Nessas circunstâncias, o excesso legislativo, quando verificado, vem caracterizado, normalmente, pela inobservância das condições estabelecidas pelo constituinte. O juiz, nessa hipótese, não precisa recorrer a um juízo de razoabilidade, bastando que verifique se o legislador se ateuve ao âmbito da autorização.<sup>26</sup>

O ato questionado, portanto, viola o modelo de reserva legal traçado pelo art. 5º, XIII, da Constituição da República, sobretudo

---

26 TOLEDO, Suzana Barros. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 164-165.

por não encontrar amparo na norma de direito estrito do art. 95, parágrafo único, V, da mesma Carta.

### III.3 DESPROPORCIONALIDADE DA AMPLIAÇÃO DA QUARENTENA

De acordo com o entendimento do Conselho Federal da OAB na consulta 49.0000.2012.007316-8/COP, o simples fato de uma sociedade de advogados acolher em sua composição ex-magistrado judicial no período da quarentena culmina na infração disciplinar de facilitar exercício da advocacia por quem se encontra impedido de a exercer (art. 34, I, do Estatuto da Advocacia – Lei 8.906, de 4 de julho de 1994).

O alcance que o Conselho Federal da OAB atribuiu à norma do art. 95, parágrafo único, V, da Constituição da República, ainda que busque evitar burla à regra da quarentena, partiu da premissa de que sociedades de advogados adotam a conduta odiosa e moralmente inaceitável de exploração da influência e do prestígio dos advogados egressos da magistratura a fim de alcançar resultados mais céleres e benéficos para seus clientes.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Adverte, com razão, LEONARDO A. DE ANDRADE BARBOSA: “mais importante que a previsão constitucional desse tipo de instituto [da quarentena] é a construção e fortalecimento de procedimentos que permitam a fiscalização e a apuração rigorosa das faltas éticas praticadas por advogados, magistrados e membros do Ministério Público, em especial daqueles que atentem contra uma jurisdição imparcial” (BARBOSA, Leonardo A. de Andrade. Comentário ao art. 95, parágrafo único, inciso V, da Constituição do Brasil. In: DINO, Flávio; MELO FILHO, Hugo de; DINO, Nicolao. *Reforma do Poder Judiciário: comentários à Emenda 45/2004*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 57).

Admiti-lo significa, por um lado, desprestigiar a preparação jurídica do ex-magistrado pela experiência acumulada no exercício da judicatura; e, por outro, admitir que todo o sistema judicial está comprometido e corrompido. Longe de evitar situação de suspeição do funcionamento do Poder Judiciário, o ato arrisca pôr em situação de descrédito a generalidade do sistema judicial brasileiro.

Com o alcance dado pelo Conselho Federal da OAB à vedação do art. 95, parágrafo único, V, chegar-se-ia ao absurdo de proibir o exercício da advocacia, em todo o território nacional, por todos os advogados de escritório que acolha, como sócio ou empregado, ministro aposentado de tribunal superior, enquanto não afastado da sociedade de advogados ou enquanto durar a quarentena, o que se afigura totalmente desarrazoado.

O CF/OAB, conquanto no exercício da disciplina e da fiscalização profissional da advocacia, não pode agir imoderadamente a fim de sujeitar terceiros a restrição maior do que a imposta pelo constituinte reformador aos ex-magistrados judiciais durante o período constitucional de restrição ao exercício desse ofício. Com efeito, segundo autorizado magistério de JORGE MIRANDA:

As restrições têm de ser legais, não podem ser instituídas por via regulamentária ou por acto administrativo. Todavia, não é apenas por haver lei a estabelecer restrições que elas se tornam admissíveis: é mister, sob pena de desvio de poder legislativo, estar a decisão legislativa num fundamento razoável. E não basta a alegação do interesse coletivo: é mister fazê-lo patente, tem de ser um interesse compatível com os valores constitucio-

nais e ele só pode projetar-se sobre a liberdade de profissão na medida do necessário.<sup>28</sup>

O Ministro CELSO DE MELLO destaca que o postulado da razoabilidade atua como verdadeiro limite material à atuação do poder público, que não pode agir de forma arbitrária e imoderada:

*SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW* E FUNÇÃO LEGISLATIVA: A cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário.

A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.

Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.<sup>29</sup>

Ademais, o ato questionado notadamente viola o princípio da proporcionalidade em sua dimensão de sopesamento (proporcionalidade em sentido estrito) e, como adverte VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “conteúdo essencial e proporcionalidade guardam íntima relação”, de modo que a “restrição a direito fundamental que passa

---

28 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 502-503.

29 STF, Plenário. ADI 1.063-MC/DF. Rel.: Min.: CELSO DE MELLO. 18/5/1994, DJ, 27 abr. 2001; RTJ, v. 178, p. 57.

no teste da proporcionalidade não afeta o conteúdo essencial dos direitos restringidos”.<sup>30</sup>

*A contrario sensu*, atinge o núcleo essencial do direito fundamental protegido – e, portanto, é inconstitucional – ato do poder público restritivo que não passe no exame de proporcionalidade como proibição de excesso em sua tríplice dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

O entendimento que o Conselho Federal da OAB adotou na consulta, portanto, configura atuação arbitrária e desarrazoada da ordem no exercício da fiscalização profissional da advocacia nacional, que merece censura do Supremo Tribunal Federal.

#### IV CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina o Procurador-Geral da República pelo não conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental e, no mérito, pela procedência do pedido.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2014.

**Rodrigo Janot Monteiro de Barros**

Procurador-Geral da República

RJMB/WS/PC-Par.PGR/WS/1.880/2014

---

30 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 197.