



A EXPRESSÃO “ATIVIDADE JURÍDICA” NA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45/2004

Renato Franco de Almeida *

RESUMO

Propõe-se um significado para a expressão *atividade jurídica* baseado em duas concepções, adotando-se atividade interpretativa do direito como integridade.

Palavras-chave: Atividade jurídica. Concepções. Significado.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Emenda Constitucional n.º 45, publicada no D.O.U. de 31 de dezembro de 2004, sentiu-se (como ainda se pode sentir) a perplexidade da comunidade jurídica quanto a algumas novidades trazidas pela norma jurídica em referência, como sói acontecer quando surge um novo diploma normativo no ordenamento jurídico.

Assim, a chamada “Reforma do Judiciário” – que, não obstante o nome de “batismo”, atinge todas as funções essenciais à Justiça (Cap. IV, Tit. IV, da CR/88) – trouxe diversas modificações que, em princípio, servirão para agilizar a função jurisdicional do Estado, e não, como se pode vislumbrar *prima facie*, o Poder Judiciário, coisas radicalmente diversas, bem como dotar os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário de qualidades técnicas, intelectuais e pessoais, ao exigir frequência a curso oficial ou reconhecido como condição para o vitaliciamento na carreira e três anos de atividade jurídica para o respectivo ingresso.

Partindo-se, portanto, dessa premissa, o presente estudo se restringe a conceber algumas concepções (DWORKIN, 1999: 112 *et seq.*) – sem pretensões de exaurir o tema – para a expressão *atividade jurídica*, cujo exercício, em período mínimo, traduz-se em uma das condições constitucionais para ingresso nas carreiras do Ministério Público e da magistratura.

As concepções, que se tentará trazer à lume, partem do pressuposto de que os respectivos editais de concurso para ingresso nas mencionadas carreiras não poderão tratar o assunto casuisticamente, seja em razão da quase impossibilidade de que sejam previstas todas as hipóteses naquele instrumento seja no grande risco de se fazer injustiça com candidatos que, pegos de surpresa, terão seu desejo de ingressar nessas carreiras ceifados.

2 CONCEPÇÕES DE ATIVIDADE JURÍDICA

A expressão *atividade jurídica* vem assim redigida no art. 93, I, com a redação ofertada pela EC/45:

Art. 93 *omissis*

I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (g. n.)

* Assessor Especial em Direito Constitucional e Administrativo do Procurador-Geral de Justiça, Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor em Belo Horizonte, Especialista em Direito Público, Mestrando em Direito Político, Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Universidad del Museo Social Argentino*, Professor de Pós-Graduação *lato sensu*, Professor Conferencista em Direito do Consumidor e Econômico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, refranco@uai.com.br / renatofranco@mp.mg.gov.br

Da leitura do dispositivo, infere-se que duas são as condições para o ingresso nas carreiras que especifica (no que se refere ao Ministério Público, tais condições são obrigatórias por força do artigo 129, § 4º da CR/88, com redação da EC/45): ser bacharel em direito, primeiramente e, posteriormente, ter três anos de atividade jurídica. Ausente quaisquer delas, o candidato não poderá ser nomeado para os cargos em referência, pois que são aglutinativas.

De grande controvérsia, supomos, é o preenchimento do significado da expressão *atividade jurídica*, sendo que aí radica o *punctum dolens*.

Forçoso reconhecer, de início, que a expressão agora consagrada constitucionalmente permite uma abrangência maior de significado do que a mera *prática forense*, sendo certo que esta se inclui naquela. Lado outro, não é possível, a nosso ver, reduzir a expressão sob comento ao significado de *atividade judiciária*, eis que aquela, da mesma forma, contém esta, não sendo lícito confundi-las por semelhança.

Desenganadamente, quis o legislador constituinte, ao utilizar expressão com tal largueza, abarcar atividades que não estão inseridas no conceito de advocacia, pois se assim não fosse, bastaria a expressão *prática forense* ou outra similar que, pelo uso comum, estaria preenchida de significado.

Sem embargo, mister deixar fixado, desde o início, o raciocínio que inspirará todos os desdobramentos sobre o significado da expressão sob comento.

Com efeito, pensamos que o exercício de *atividade jurídica* é privativo daquele que tenha habilitação profissional para tanto, ou seja, daquele que tenha concluído o bacharelado em Direito. Este é *conditio sine qua non* para o exercício de *atividade jurídica*. Isto porquanto o exercício da atividade necessita de pessoas que tenham conhecimento técnico específico, por se tratar de profissão e, não, de ofício.

Entretanto, tal regra possui uma exceção que radica no estágio em Direito, onde o estudante exerce, às escâncaras, atividade jurídica.

Tendo em vista tal premissa, necessário admitir que o período mínimo constitucionalmente exigido de atividade jurídica terá seu *dies a quo* no estágio em Direito realizado pelo respectivo estudante ou na impossibilidade jurídica de exercê-lo.

Dentro nessa linha de raciocínio, teremos a primeira *concepção* (positiva) do termo *atividade jurídica*: a prática forense daqueles candidatos que exercem a advocacia, sendo lícito considerar o período de estágio para perfazer o período constitucional mínimo.

Entretanto, vislumbra-se que tal concepção não é suficiente, uma vez que a expressão constitucional possui, como já afirmado, maior largueza.

De efeito, segue a segunda concepção (negativa) da expressão: incompatibilidade de advogar em razão do exercício de cargo ou função públicos em virtude de norma jurídica proibitiva.

Parece-nos, portanto, que as concepções ofertadas abarcam as hipóteses que poderão surgir no cotidiano dos concursos e satisfazem o intuito semântico do dispositivo. Isto porque, se o candidato exerce a advocacia, deverá provar no momento da posse, mediante certidões expedidas pelos respectivos cartórios judiciais ou outro meio exigido no edital do concurso, a *prática forense* por três anos, com o exercício anual em um número mínimo de processos que poderá ser previsto (o número mínimo) também no edital do concurso (concepção positiva de atividade jurídica).

Lado outro, ainda no momento da posse no cargo de Promotor de Justiça ou Juiz, o candidato deverá juntar cópia do termo de posse e exercício para o cargo ou função públicos que o incompatibilize com a advocacia, quando então a Comissão de Concurso para ingresso no Ministério Público ou magistratura avaliará a presença dos três anos de incompatibilidade

com aquela atividade (concepção negativa de atividade jurídica), sendo que o respectivo *dies a quo*, como afirmado, dar-se-á com o início do estágio em Direito ou com a impossibilidade de realizá-lo, em razão exatamente do exercício do cargo ou função públicos.

Isto porquanto a incompatibilidade, *v. g.*, com o exercício da advocacia, somente surgirá para aqueles servidores públicos que sejam bacharéis em Direito, pois, do contrário, não existirá tal impedimento, pelo simples fato de não ser permitida atividade advocatícia àquele que não tenha o bacharelado em Direito.

A outro giro, insta, ainda, anotar que a concepção negativa concebida somente existirá em razão do exercício de cargo ou função públicos que incompatibilize o candidato de exercer; concomitantemente, a advocacia. Dizemos isso em virtude de poder existir (e não raro existe) a hipótese na qual o candidato é bacharel, mas, pelo motivo de não ter prestado (ou não ter passado) o Exame da Ordem e, portanto, não ser advogado, ficou durante três anos sem exercer o *munus* advocatício. Tal impedimento não se deve a incompatibilidade existente entre exercício de cargo ou função públicos e a advocacia, mas à desídia do próprio candidato. Ademais, só o fato de ser bacharel em Direito não faz presumir *atividade* jurídica, como exige a Constituição, ao revés, presume-se uma flagrante *inatividade* em qualquer área por parte do candidato.

Trazemos à colação alguns exemplos que poderão justificar as concepções ofertadas.

De efeito, temos o primeiro caso de candidato que exerce a advocacia. Nenhum problema existirá para ele, desde que comprove o mínimo de três anos daquele exercício – podendo ser contados os respectivos anos de estágio em Direito –, segundo as formas previstas no edital do respectivo concurso, número de processos, certidões cartorárias, etc.

Outro caso: servidor administrativo de grau médio (somente é exigido escolaridade de 2º grau completo para a investidura no cargo), bacharel em Direito, que está impedido de advogar. Duas hipóteses se impõem: a primeira, é o caso de o servidor, no momento de sua investidura no cargo ou função, já ser bacharel em Direito. Nesta hipótese, os três anos de atividade jurídica serão contados da data do início de seu estágio em Direito, e, após a formatura, pelo exercício da advocacia até o momento da investidura no cargo. Registre-se que não há a exigência constitucional de que esse período de atividade jurídica seja ininterrupto, sendo possível, portanto, sua interrupção.

Se, no entanto, o servidor bacharelou-se já no exercício do cargo público, o período constitucional terá seu *dies a quo* no início do respectivo estágio ou da impossibilidade de exercê-lo em razão do cargo, independentemente dos anos de serviço público que possa ter anteriores ao bacharelado, pois que estes não poderão ser contados, uma vez que, segundo nossa concepção, repetimos, somente poderá exercer atividade jurídica a pessoa que tenha o bacharelado em Direito, exceção feita ao respectivo estágio, que será contado para os fins do período constitucional mínimo exigido.

Outro caso: servidor administrativo de grau médio, bacharel em Direito, cujo exercício não é incompatível com a advocacia. Deverá comprovar o interstício de três anos de prática forense (exercício de advocacia), na qual poderá ser acrescido o tempo do respectivo estágio, independentemente do exercício do cargo público, uma vez que, a princípio, não está incompatibilizado de exercê-la.

Mais um caso: acadêmico que ministra aulas, porém, não obstante ser advogado, não exerce a advocacia. Neste caso, entendemos que não poderá ingressar nas carreiras *sub examine*, pois que ausente uma das condições. Isto porque pensamos que o magistério superior não está abarcado pela expressão constitucional *atividade jurídica*, sendo, na realidade, *atividade acadêmica*. Suponhamos, para confirmar a tese, que uma pessoa seja

advogada (presume-se que tenha logrado êxito no Exame da Ordem) não militante e economista, lecionando, em curso de nível superior; qualquer disciplina desta ciência, qual seja, a Economia. Estará ela apta a ingressar no Ministério Público ou na magistratura por ser bacharelada em Direito e possuir três anos de magistério? Pensamos que não. A atividade de magistério aí considerada – como de resto qualquer outra, inclusive magistério em Direito – não é legalmente incompatível com o exercício da advocacia, podendo ser a pessoa considerada, concomitantemente, professora no curso de Economia e advogada militante. Portanto, em virtude exatamente de não possuir atividade jurídica, no mínimo exigido constitucionalmente, não poderá ingressar naquelas carreiras jurídicas.

Percebe-se que, compreendendo o âmbito de incidência da expressão *atividade jurídica*, quis ela acolher tão-somente as hipóteses em que determinado servidor público, justamente pelo exercício do cargo ou função públicos, fica impedido de exercer a advocacia em razão de lei proibitiva, uma vez que, como já mencionado, a expressão constitucional sob comento não se reduz ao exercício da advocacia.

3 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, lícito se mostra afirmar que devemos dar maior largueza possível à expressão *atividade jurídica*, prevista agora na Constituição, para abarcar toda pessoa que seja bacharel em Direito e tenha atividade cujo exercício seja incompatível com a advocacia, sob pena de ferirmos princípio constante na Constituição, qual seja, o do acesso ao serviço público (art. 37, I CR/88).

Março/2005

RESUMEN

Propone una significado para la expresión actividad jurídica basado en dos concepciones, adoptando-se actividad de interpretación del derecho como integridad. Palabras-clave: Actividad jurídica. Concepciones. Significado.

REFERÊNCIA:

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513p.