

## Julio Faro: Os parâmetros para a comprovação da atividade jurídica

De acordo com artigo 93, I, da Constituição Federal, alterada pela Emenda Constitucional 45/04, o ingresso na carreira de juiz deverá ocorrer, inicialmente, no cargo de juiz substituto, por concurso público de provas e títulos, exigindo-se do bacharel em Direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica.

A Constituição não estabelece os parâmetros para identificar o que vem a ser atividade jurídica, de maneira que há que se pesquisar em outras fontes. A Lei Complementar 35/79, que dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman), a que se poderia recorrer para resolver essa questão, também não ajuda, de maneira que seus artigos 78[1] e 79[2], diretamente relacionados com o ingresso na carreira, sequer mencionam a expressão “atividade jurídica”; aliás, a própria Loman não traz em momento algum a referida expressão.

Diante disso, deve-se pesquisar em outras fontes. Dentre elas recorre-se a duas Resoluções produzidas pelo Conselho Nacional de Justiça. A primeira que se pode destacar é Resolução 75, de 12 de maio de 2009, que regulamenta sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura nacional. O seu artigo 58, §1º, b, determina que o pedido de inscrição seja instruído com, dentre outras coisas, certidão ou declaração idônea que comprove que o candidato tenha à data da inscrição definitiva, três anos completos de atividade jurídica, efetivo exercício da advocacia, ou de cargo, emprego ou função, exercida após a obtenção do grau de bacharel em Direito.

A segunda é a Resolução 11, de 31 de janeiro de 2006, que regulamenta o critério de atividade jurídica para a inscrição em concurso público de ingresso na carreira da magistratura federal. De acordo com seu artigo 2º, tem-se que atividade jurídica é “aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito, bem como o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico”, não se computando, como determina também o artigo 1º, o período de estágio acadêmico ou qualquer outra atividade anterior à colação de grau.

Apesar da previsão contida nas Resoluções do CNJ, o Supremo Tribunal Federal, entendeu, ao julgar a questão quanto ao termo inicial de contagem de atividade jurídica para o ingresso na carreira do Ministério Público Federal, que se deve considerar a data em que o curso foi concluído, não a data em que se colou grau[3], contando-se, então, o triênio a partir da data de conclusão do curso de graduação em Direito até a data da inscrição definitiva no concurso[4]. Embora o entendimento tenha sido firmado em relação a uma carreira distinta da de magistratura, uma vez que as previsões constitucionais contidas nos artigos 93, I, e 129, §3º, são praticamente iguais, entende-se pela aplicação por analogia do posicionamento firmado pelo STF ao caso da carreira de magistratura.

Prosseguindo, o artigo 59, da Resolução 75 do CNJ, determina, alternativamente, embora permita o cômputo cumulativo, o que se enquadra no perfil de uma atividade jurídica: (a) atividade exercida com exclusividade por bacharel em Direito; (b) efetivo exercício da advocacia, inclusive voluntária, mediante a participação anual mínima em cinco atos privativos de advogado, em causas ou questões distintas; (c)

exercício de cargos, funções ou empregos, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico; (d) exercício da função de conciliador junto a tribunais judiciais, juizados especiais, varas especiais, anexos de juizados especiais ou de varas judiciais, por, no mínimo, 16 horas mensais e durante um ano; (e) exercício de atividade de mediação ou de arbitragem na composição de litígios.

Além dessas cinco possibilidades, o artigo 3º da Resolução 11 do CNJ traz mais duas hipóteses: (f) cursos de pós-graduação na área jurídica reconhecidos pelas Escolas Nacionais de Aperfeiçoamento e Formação de Magistrados (artigo 105, parágrafo único, I, e art. 111-A, §2º, I, ambos da Constituição de 1988), desde que integralmente concluídos com aprovação; (g) cursos de pós-graduação reconhecidos pelo Ministério da Educação e Cultura (MEC), desde que integralmente concluídos com aprovação.

Em relação a essas duas últimas possibilidades, cumpre observar que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou, em março de 2009, a ADI 4.219, em que requer que o STF julgue a inconstitucionalidade de uma regra estabelecida tanto pelo CNJ quanto pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) que permite a contagem do tempo de cursos de pós-graduação como tempo de atividade jurídica, o que violaria os artigos 93, I, e 129, §5º, da Constituição, já que a frequência a tais cursos consiste em atividade de ensino e aprendizado, não configurando, então, tempo de experiência em atividade jurídica[5]. Essa ação ainda está em fase de julgamento, de maneira que o STF não se pronunciou sobre o pleito, estando, até então, em vigor esses tipos de atividade jurídica.

Nota-se que não fica muito claro o que seja a atividade jurídica. Entretanto, as Resoluções do CNJ acima referidas já permitem distinguir que nem toda atividade exercida com exclusividade por bacharel em Direito se confunde com o efetivo exercício da advocacia, isto é, atividade jurídica e efetivo exercício da advocacia são casos diferentes. Nesse sentido, o STF já decidiu que a exigência de atividades jurídicas para a inscrição no concurso para a carreira ministerial não são necessariamente aquelas privativas da advocacia[6], no que se aplica, por analogia, ao caso da carreira da magistratura. O STJ tem o mesmo entendimento: “para provimento de cargos públicos mediante concurso, o conceito de ‘prática forense’ deve ser compreendido em um sentido mais amplo, não comportando apenas as atividades privativas de bacharel em direito, mas todas aquelas de natureza eminentemente jurídica[7]”. Aí talvez resida o equívoco da OAB na ADI 4.219, uma vez que há determinados cursos de pós-graduação, profissionalizantes ou não, em Direito, e que são reconhecidos pelos órgãos governamentais responsáveis, nos quais se requer, como pré-requisito, que o candidato seja bacharel em Direito.

Com base nisso, a resposta para a pergunta formulada no início desta nota vem, então, com a previsão contida na Lei 8.906, de 04/07/1994, que é o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. De acordo com seu artigo 1º, II, são atividades privativas de advocacia, ou seja, do bacharel em Direito inscrito na OAB, e, portanto, portador de habilitação, dentre outras: as atividades de consultoria, de assessoria e de direção jurídicas.

Disso se extrai que não é necessário, para o atendimento do artigos 93, I, da CF, o efetivo exercício da advocacia, como se poderia, porventura, entender. Ou seja, conforme o próprio CNJ, para a comprovação do triênio mínimo exigido constitucionalmente, não é apenas a participação anual mínima em cinco atos privativos de advogado, em causas ou em questões distintas, que garantirá o preenchimento do requisito constitucional. Atividade de advocacia, que é bem delimitada na legislação



vigente pertinente, é diferente de atividade jurídica, cujo conceito, intuitivamente, é mais amplo, envolvendo, então, a prática de atos que não são privativos ou exclusivos de advogado.

Daí que as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas também possam contribuir para o triênio constitucionalmente exigido. No entanto, não se encontra, nem com nem sem clareza, o que sejam essas três atividades. O máximo que se encontra é o disposto no artigo 7º do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia, que estabelece serem privativas de advogado, de maneira que não podem ser exercidas por quem não se encontre inscrito regularmente na OAB, as funções de diretoria e de gerência jurídicas em qualquer empresa pública, privada ou paraestatal, inclusive em instituições financeiras. Se o Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia não traz conceitos para as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas, ao menos deixa claro que a função de administrar, e, assim, dirigir, um escritório de advocacia, um departamento jurídico ou um pool de advogados, é ato privativo de advogado inscrito na OAB, ou seja, é uma atividade jurídica.

E, por isso, quem foi sócio-administrador de uma sociedade de advogados por três anos, ou presidiu a direção de um departamento jurídico ou mesmo geriu um pool de advogados, enquadra-se na exigência constitucional, sendo desnecessário demonstrar em quantos atos interveio, bastando apenas prova obtida junto à seccional da OAB do contrato societário em que figure como administrador da sociedade de advogados, ou, ainda, como diretor jurídico de algum departamento, ou de uma determinada empresa, associação ou fundação.

No que diz respeito às atividades de consultoria e de assessoria jurídicas, outras fontes devem ser buscadas. O Provimento da OAB 116/2007 traz, nesse caso, uma importante contribuição, deixando claro que são atividades voltadas para a orientação, o aconselhamento e o auxílio jurídicos, promovendo estudos e elaborando propostas jurídicas. Nesse sentido, tanto a consultoria quanto a assessoria jurídicas são atividades jurídicas auxiliares, acessórias a uma atividade jurídica principal, estabelecidas mediante contrato de prestação de serviços específicos (serviços de assessoria ou serviços de consultoria).

Surge, então, uma possível analogia a partir do Provimento da OAB 139/2010, artigo 6º, b, que estabelece requisitos a serem preenchidos pelo advogado que queira se inscrever nas listas sêxtuplas para integrar os Tribunais judiciais e administrativos, sendo um desses requisitos o de que a prova do exercício dependerá da apresentação de fotocópia de contrato de trabalho onde conste tal função, de ato de designação para direção jurídica ou de contrato de prestação de serviços de assessoria ou de consultoria, com a comprovação de que o candidato, em cada um dos 10 anos de exercício profissional (artigo 5º), promoveu, no mínimo, cinco atos de consultoria ou similares, ou elaborou, no mínimo, cinco pareceres ou respostas a consultas, com fundamentação jurídica.

A analogia aí é possivelmente viável para os casos de consultoria e assessoria jurídicas, mas não para a hipótese de direção jurídica, de maneira que: para os dois primeiros casos seria possível falar na exigência de um número proporcional de atos de consultoria ou similares, dentro do triênio constitucional; para a hipótese de direção jurídica não seria possível uma exigência desse tipo em virtude da própria previsão contida no Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia.

Por fim, o artigo 4º da Resolução 11 do CNJ e o artigo 59, §2º, da Resolução 75 especificam que a comprovação do tempo de atividade jurídica relativamente a cargos, empregos ou funções não privativos



de bacharel em Direito se dê mediante certidão circunstanciada, expedida pelo órgão competente, indicando as respectivas atribuições exercidas e a prática reiterada de atos que exijam a preponderante utilização de conhecimento jurídico, devendo ser apresentada no ato da inscrição definitiva no concurso de ingresso na carreira, cabendo à Comissão do Concurso, em decisão fundamentada, analisar a validade do documento.

No entanto, embora o CNJ, por meio de suas Resoluções, estabeleça que a comprovação da atividade jurídica deva ocorrer na data da inscrição definitiva, prevalece o enunciado 266, publicado em 22 de maio de 2002, da Súmula de jurisprudência do STJ, que assim determina: “o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público”. Portanto, a comprovação da atividade jurídica, segundo entendimento do STJ, deve ocorrer na data da posse, cabendo, no caso, a impetração de mandado de segurança, caso o Edital ou a Comissão do Concurso exijam a comprovação na data da inscrição definitiva, uma vez que a legislação infralegal não pode criar obrigações, apenas regulamentar as já existentes, criadas por lei.

[1] Art. 78. O ingresso na Magistratura de carreira dar-se-á mediante nomeação, após concurso público de provas e títulos, organizado e realizado com a participação do Conselho Secional da Ordem dos Advogados do Brasil. §1º. A lei pode exigir dos candidatos, para a inscrição no concurso, título de habilitação em curso oficial de preparação para a Magistratura. §2º. Os candidatos serão submetidos a investigação relativa aos aspectos moral e social, e a exame de sanidade física e mental, conforme dispuser a lei. §3º. Serão indicados para nomeação, pela ordem de classificação, candidatos em número correspondente às vagas, mais dois, para cada vaga, sempre que possível.

[2] Art. 79. O Juiz, no ato da posse, deverá apresentar a declaração pública de seus bens, e prestará o compromisso de desempenhar com retidão as funções do cargo, cumprindo a Constituição e as leis.

[3] MS 26.682-1/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, julgamento em 15/05/2008, DJe 27/06/2008.

[4] ADI 3.460-0/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Pleno, julgamento em 31/08/2006, DJ 15/06/2007.

[5] ADI 4.219/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia (em fase de julgamento).

[6] MS 26.682-1/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, julgamento em 15/05/2008, DJe 27/06/2008.

[7] REsp 547.270/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, julgamento em 17/10/2006, DJ 06/11/2006.