



Ingo Sarlet
Juiz e professor

a e liberdade de profissão segundo corte alemã

1 – Do caso concreto e suas circunstâncias

A autora da reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), julgada em outubro de 2017, durante o seu período de referendariado (*Referendariats*) — período de cerca de dois anos durante o qual os aspirantes às carreiras jurídicas na Alemanha, uma vez concluída a primeira parte dos estudos de Direito (normalmente oito semestres) devem exercer funções (espécie de estágio) junto a um escritório de advocacia, no Poder Judiciário e no serviço público — teve vários atritos com o agente do Ministério Público (*Staatsanwalt*^[1]) responsável por sua formação. Ao final do período de estágio, a reclamante obteve o conceito satisfatório o que considerou injusto, acabando por enviar um e-mail ao responsável por sua formação, contendo várias afirmações de caráter ofensivo.

Por ocasião do procedimento investigatório movido contra a reclamante pela promotoria pública, a reclamante, mediante mensagem por correio eletrônico, acabou expressando dúvidas em relação à lealdade e mesmo capacidade intelectual da procuradora-chefe encarregada do caso. Na sequência, a reclamante foi condenada mediante sentença transitada em julgado por injúrias proferidas contra o procurador responsável pela sua avaliação, tendo, depois disso, requerido sua admissão à carreira advocatícia. O seu pleito, contudo, foi desacolhido pela Câmara dos Advogados (*Anwaltskammer*^[2]), mediante o argumento de que a reclamante obrou de modo indigno tendo em conta os requisitos da profissão de advogado. A reclamante então, impugnando a decisão do seu órgão de classe, percorreu (sempre vencida) as etapas indispensáveis no âmbito da jurisdição ordinária, chegando ao Tribunal Constitucional invocando violação de seus direitos fundamentais, em especial da liberdade de profissão (artigo 12, 1, 1, da Lei Fundamental).

2 – Argumentos veiculados pelo tribunal

Por ocasião do julgamento, o Tribunal Constitucional Federal acabou dando ganho de causa para a reclamante, reconhecendo a violação da liberdade profissional invocada. Entendeu o tribunal que a recusa em admitir a reclamante para o exercício da advocacia consiste em grave intervenção (restrição) no direito fundamental da liberdade de profissão. Na condição de proibição de exercício de profissão em caráter temporário, sendo que apenas se revela possível quando prevista em lei e para a proteção de

particularmente relevante valor constitucional geral.

Ainda segundo o tribunal, o fundamento da indignidade, para o efeito de não admitir o acesso à advocacia, deve ser, à luz da liberdade profissional, interpretado de modo restritivo.

Segundo a corte, um candidato à carreira da advocacia não pode ser tido como indigno apenas pelo fato de que sua atuação esbarra numa reação e desgosto de terceiros, sendo imperioso que, no caso concreto, o seu comportamento — tido como equivocado — seja de fato capaz de afetar a confiança na integridade de sua atuação profissional no interesse de uma proteção jurídica funcional e que tal afetação tenha um peso maior do que o direito à liberdade profissional do respectivo candidato.

Ainda no entendimento do tribunal, as decisões das instâncias ordinárias, impugnadas pela reclamante, não levaram suficientemente em conta tais premissas. Tais decisões não teriam observado os requisitos de uma ponderação adequada entre o direito fundamental da reclamante em relação aos eventualmente conflitantes interesses sociais e comunitários. Em especial, a valoração da personalidade da reclamante não justifica a conclusão das instâncias ordinárias no sentido de que ela não teria as condições pessoais para exercer a advocacia. A própria decisão da Câmara dos Advogados não logrou evidenciar que a reclamante, na sua atuação como advogada, caso esta fosse deferida, poderia vir a afetar a confiança na integridade da advocacia, ou que os seus eventuais constituintes poderia ter confiança na sua atuação na representação de seus interesses.

3 – Algumas notas comparativas, em especial sobre a interpretação restritiva das restrições a direitos fundamentais

Da decisão aqui sumariamente colacionada e descrita, extraem-se algumas notas que podem interessar também ao público brasileiro. A primeira delas diz com a diretriz, que deveria presidir todos os casos envolvendo conflitos entre direitos e a necessidade de lhes dar uma solução, no sentido de que uma medida restritiva de direitos fundamentais deve ser interpretada de modo restritivo, ademais de guardar uma relação de pertinência e congruência em relação aos fins almejados.

No caso brasileiro, onde a advocacia privada e pública ocuparam a posição de função essencial à Justiça, assumindo mesmo a condição de autêntica garantia institucional (o mesmo vale dizer para o Ministério Público), tal premissa deveria ser ainda mais fortalecida, promovendo-se, em caso de dúvida, uma interpretação da medida restritiva conforme os direitos fundamentais.

O mesmo pode ser apontado no que diz com a imunidade do advogado quando na atuação profissional igualmente assegurada pela Constituição Federal. Se por um lado manifestações de natureza caluniosa, injuriosa e difamante não se podem considerar, quando reduzidas a tal objeto, como cobertas pela imunidade profissional dos advogados, como se injuriar fosse indispensável para o bom exercício da função, também é verdade que há de se avaliar tais ações como em princípio consistentes com as prerrogativas da função e portanto conformes aos direitos fundamentais dos advogados mas também dos demais afetados, posto que se cuida, antes de mais nada, de um problema de acesso em condições de mínima isonomia, ao processo judicial, nesse sentido (Mitidiero) de um processo justo. A presunção que deve pautar tais discussões em concreto, é, portanto, a da ilegitimidade constitucional da intervenção restritiva, submetendo-a, por tal razão, a rigoroso controle de constitucionalidade.

**Especialmente as duas primeiras partes da coluna limitam-se a uma tradução não literal e em termos de extensão não exatamente idêntica ao original de informativo (resumo) de decisão do tribunal.*

[1] Note-se que as funções do Staatsanwalt (tradução literal Advogado do Estado) não são idênticas às do Ministério Público no Brasil, mas envolvem a persecução penal.

[2] Órgão que faz as vezes da OAB no Brasil.

Date Created

24/11/2017