

A prática de “atividade jurídica” nos concursos

Hugo Nigro Mazzilli

Advogado, consultor jurídico,

Professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus,

Professor da Escola Superior do Ministério Público de S. Paulo

ex-membro do Ministério Público do Estado de São Paulo

Ao cuidar do concurso de ingresso à Magistratura e ao Ministério Público, a Reforma do Judiciário passa a exigir “do bacharel em Direito, no mínimo, 3 anos de atividade jurídica” (arts. 93, I, e 129, § 3º, com a redação da EC n. 45, promulgada em 8-12-2004).

Quiseram os parlamentares instituir um lapso mínimo, antes que o novo juiz ou o novo promotor assumira seus difíceis encargos, que supõem maturidade e experiência.

A nova exigência deverá causar grande repercussão nos concursos públicos, pois muitos candidatos, hoje, saem das faculdades de Direito em busca de ingresso direto na Magistratura ou no Ministério Público. Se mal aplicada a regra, poderemos ver afastados muitos bons candidatos, pois que, depois de 3 anos de atividade jurídica, “no mínimo”, o possível candidato poderá ter deixado os estudos preparatórios há algum tempo, poderá ter feito progressos na advocacia, esta poderá parecer-lhe mais promissora, e ele poderá abandonar a idéia de concurso, relegando-o não raro para profissionais malsucedidos na advocacia...

A nova exigência tem ainda ensejado bastantes controvérsias técnico-jurídicas. Esses 3 anos, no mínimo, de atividade jurídica, só podem ser contados a partir do momento em que o candidato já tenha obtido o bacharelado? E, por outro lado, em que consiste exatamente essa experiência jurídica? Esta última questão se justifica, porque a lei não define o que seja “exercício de atividade jurídica” (diversamente do que ocorre com o “exercício da advocacia”, já definido no Estatuto da OAB e na legislação regulamentar)...

Começemos por procurar responder à questão sobre se podem ser computados, como de experiência jurídica, períodos de tempo anteriores à conclusão do curso jurídico, como o de estágio profissional.

Quando a emenda passa a exigir “do bacharel em Direito”, os 3 anos de atividade jurídica, não está dizendo que ele há de ter *3 anos de atividade jurídica enquanto bacharel em Direito*, e sim que ele tem de ser um bacharel em Direito, com três anos de experiência jurídica.

Assim, poderia essa experiência jurídica começar a contar a partir dos bancos acadêmicos? O curso acadêmico em si mesmo não pode contar como de exercício de atividade jurídica para os fins dessa exigência; se contasse, a norma constitucional seria inútil e ociosa, pois qualquer bacharel em Direito, pela só obtenção do título, já teria 4 ou 5 anos de curso jurídico. O que interessa discutir é se alguma experiência jurídica anterior à obtenção do bacharelado poderia ser computada em favor do candidato. Durante o curso jurídico, muitas vezes o acadêmico já se inscreve profissionalmente na OAB e faz o estágio profissional, em razão do qual pratica lícitamente atos limitados de advocacia, nos termos do Estatuto da OAB. Sem dúvida alguma, isso será exercício de atividade jurídica de caráter profissional. Da mesma forma, entendemos que o estagiário do Ministério Público ou o estagiário da Magistratura deverá poder contar esse tempo de experiência profissional jurídica, que não se confunde com a mera formação cultural acadêmica dos bancos escolares.

Está claro que a nova norma não dispensará a devida regulamentação que enfrente o âmago da questão: com efeito, o que significa, exatamente, exercício de “atividade jurídica”?

Além dos casos óbvios dos advogados militantes, dos promotores e juízes em exercício, que, sem dúvida, exercem “atividade jurídica”, ainda há outras hipóteses, menos óbvias, porém. O estagiário profissional, assim reconhecido pela OAB, exerce atividade jurídica? Segundo cremos, e já o antecipamos, a resposta só pode ser positiva. E o estagiário acadêmico ou do Ministério Público? Por que não também? E o delegado de Polícia? Estamos certo de que sim: ao presidir a investigação policial, ao praticar atos de polícia judiciária, ele está exercendo atividade jurídica. E o escrivão de Polícia? E o escrevente judiciário ou o oficial de Promotoria do Ministério Público, por que não também? E, mesmo para o advogado militante, quantas peças profissionais por ano se consideram efetiva prática de atividade jurídica, para fins de comprovação da novel exigência constitucional? Só uma boa e sensata regulamentação poderá responder a tudo isso...

Há ainda o problema dos bacharéis que exercem cargos ou funções em que é incompatível o exercício da advocacia. Nesse caso, estariam para sempre impedidos de prestar concurso para o Ministério Público ou a Magistratura, sem antes deixarem seus cargos ou funções por três anos para advogar, nem garantia alguma de que terão sucesso no concurso?

A nosso ver, seria absurdo e iníquo entender assim. Deve-se esperar que a lei que venha a regulamentar essa importante matéria leve, pois, em conta situações em que é incompatível o exercício da advocacia, prevendo, nesses casos, que cursos especiais ou profissionalizantes possam conferir a experiência prática na atividade jurídica, como desejado pela Emenda Constitucional, sob pena de inadmissivelmente inviabilizar-se o ingresso na Magistratura e no Ministério Público de diversos candidatos que estejam legalmente impedidos de exercer a advocacia.

Todas essas são questões que supõem regulamentação de nível federal, para evitar discrepâncias regionais que fariam com que uma exigência nacional viesse a ser interpretada de maneira diferente em cada Estado-membro, ou, ainda, fosse interpretada de maneira diferente em cada instituição, quebrando-se inadmissivelmente a unidade do Direito federal.

Nesse ínterim, parece-nos interessante noticiar que o Superior Tribunal de Justiça já vinha enfrentando esse tipo de problema, mantendo interpretação mais equitativa sobre o alcance da expressão parelha “prática forense”, e, a nosso ver, sua posição vinha sendo bem adequada.

O STJ vinha considerando legítima a exigência de *prática forense* para o ingresso nas carreiras jurídicas, mas o seu conceito devia ser interpretado de forma ampla, de modo a compreender não apenas o exercício da advocacia e de cargo no Ministério Público, Magistratura ou outro qualquer privativo de bacharel em Direito, como também as assessorias jurídicas, as atividades desenvolvidas perante os Tribunais, os Juízos de primeira instância, como as dos funcionários, e até as atividades de estágio nas faculdades de Direito, doadoras de experiência jurídica (RMS 450.936-RS, RESP 399.345-RS; AREDMS 6620-DF; MS 6867-DF; MS 6624-DF; MS 6559-DF; MS 6815-DF; MS 6579-DF; RESP 241659-CE; MS 6200-DF; MS 6216-DF). Até mesmo no conceito de exercício de atividade jurídica, tinha-se entendido estar compreendido o trabalho de quem fazia pesquisas jurídicas em bibliotecas, revistas e computador etc. (MS 4628-DF; MS 5148-DF).

Outrossim, o requisito deve ser exigido quando da posse e não quando da inscrição no concurso (ROMS 15.221-RR). Segundo o entendimento pretoriano dominante, a prática forense, traduzida no efetivo exercício da advocacia por alguns anos, ou a prática de cargo para o qual se exija diploma de bacharel em Direito, era exigência legítima para ingresso na Magistratura, cuja comprovação devia ser aferida no ato da posse e não por ocasião das inscrições (nesse sentido a Súmula 266 do STJ; *idem* ROMS 15.221-RR; RMS 14.434-MG).

De qualquer forma, desde já é importante recomendar a todos aqueles que um dia pensem em prestar concurso para o Ministério Público ou para a Magistratura, que, se possível, façam desde já sua inscrição na OAB e comecem a praticar alguns atos profissionais de advocacia, guardando cópia de tudo, porque, conforme venha a ser feita a regulamentação da matéria, ele pode precisar comprovar a prática desses atos.

Em suma, será indispensável o advento de lei que regulamente essa importante questão trazida pela Reforma do Judiciário, da mesma forma que outros pontos da mesma Reforma também deverão ser regulamentados para que se alcance a eficácia desejada pelo legislador (art. 7º da EC n. 45/04).

Sem regulamentação, cremos que o requisito de prévio exercício de atividade jurídica não é auto-aplicável, de maneira que, se vier a ser exigido em editais de concurso, sem anterior regulamentação, poderá ser questionado por meio de mandado de segurança.

• **Hugo Nigro Mazzilli** é Procurador de Justiça aposentado, ex-Presidente da Associação Paulista do Ministério Público

[Obs. — artigo elaborado em fev. 2005, antes da edição da Resolução n. 11/06, do Conselho Nacional de Justiça, segundo a qual a exigência constitucional de três anos de atividade jurídica para ingresso na carreira da Magistratura deve ser contada a partir da colação de grau de bacharel para os profissionais de Direito, e comprovada quando da inscrição no respectivo concurso]