

UMA RESTRIÇÃO INCONSTITUCIONAL AO DIREITO DE ADVOGAR

ADAUTO SUANNES

Desembargador aposentado, Advogado, Membro da Associação "Juizes para a Democracia"
e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Ilustre Magistrado, recém-aposentado, consulta-nos sobre o seguinte: havendo requerido sua reinscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e surpreendido pela demora no deferimento do seu pedido, adequadamente instruído, foi informado de que o processo em questão se encontra em diligências, para ser ouvida a d. Comissão de Prerrogativas daquela Ordem, uma vez que, quando no exercício do cargo de que ora se desliga, recebera a OAB, por mais de uma vez, representação de Advogados contra o ora consulente, desgostosos com sua atuação em processos onde atuavam aqueles profissionais e que implicariam em menoscabo às prerrogativas dos ditos representantes. Assim, em face de orientação traçada pelo Conselho da OAB, cabe àquela d. Comissão opinar se a conduta do Magistrado, que ensejara tais representações, o incapacita para o exercício agora da Advocacia. Tem tal decisivo parecer fundamento legal?

RESPONDO:

Para não irmos muito longe, recordemos, com o emérito Pontes de Miranda que, fiéis às hoje ultrapassadas idéias de Auguste Comte, os legisladores do fim do século passado tentaram introduzir em nossa *Magna Charta* o princípio da liberdade absoluta do exercício de qualquer atividade profissional: "a República não admite privilégios filosóficos,

científicos, artísticos, clínicos ou técnicos, sendo livre no Brasil o exercício de todas as profissões, independentemente de qualquer título escolástico, acadêmico ou outro, seja de que natureza for", propunha-se então.¹

Trata-se, a toda evidência, de uma proposta anárquica, até porque deixaria valores fundamentais do ser humano, como saúde e liberdade, entregues nas mãos de pessoas que não teriam de comprovar previamente haverem adquirido conhecimentos necessários a lidar com eles. Não será preciso grande esforço de imaginação para verificar aonde levaria tal proposta, segundo a qual o aprendizado humano se adquire por tentativa, erro e correção. Assim, em nome de uma premissa correta (a eliminação de privilégios) e considerando um fato inquestionável (o progresso das ciências necessariamente se assenta no binômio tentativa/erro) chegava-se a uma conclusão perigosíssima: a lei não pode impedir ninguém de exercer qualquer profissão.

Prevaleceu, felizmente, o bom-senso e hoje, como ontem, o princípio vigente é aquele magistralmente sintetizado pelo ilustre jurista: "sempre que a profissão liberal, para que o público seja bem servido e o interesse coletivo satisfeito, requeira habilitação, não constitui violação (à norma de liberdade profissional prevista na Lei Maior) a legislação

1. Cf. *Comentários à Constituição de 1967*, ref. ao art. 150, § 23, nota 3.

estabelecer o mínimo de conhecimentos necessários" para seu exercício".²

Manoel Gonçalves Ferreira Filho também reputa adequado que, mesmo prevendo a liberdade de profissão e trabalho, permita a Constituição que a lei ordinária "imponha qualificações profissionais", considerando-as "indispensáveis para a salva-guarda do interesse público".³

Qualquer outro constitucionalista moderno que se consulte não discrepará de tais entendimentos, como parece tranqüilo. Todos, entretanto, repetindo o mestre, afiançam: cabe ao Poder Legislativo estabelecer quais as exigências para o exercício desta ou daquela profissão, não se podendo aceitar que os membros desta ou daquela atividade profissional se encastem em corporações de ofício, para vedar o ingresso de novos interessados. Ou, repetindo o exemplo do sempre festejado jurista: "a transformação da Ordem dos Advogados em corporação de ofício, medievalmente concebida, seria inconstitucional, e.g., com a limitação do número de profissionais, a cooptação, a inscrição no quadro por eleição de conselho".⁴

O Min. José Celso de Mello Filho, reportando-se a decisões de nossos Tribunais, depois de observar que "a liberdade de atividade profissional não é absoluta, já que a própria Constituição torna possível ao legislador ordinário fixar condições para o exercício de determinados trabalhos, ofícios ou profissões", pondera que "essas condições devem, como regra geral, restringir-se aos requisitos de ordem técnica, embora outros possam ser estipulados segundo critérios racionais (RT 283/472, 338/255), impostos por uma razão de interesse público".⁵

2. Ob. e loc. citis.

3. Cf. *Curso de Direito Constitucional*, 18.^a ed., p. 260.

4. Ob. cit., n. 4.

5. *Constituição Federal Anotada*, Saraiva, 1984, p. 358.

Posto isso (e mais não precisa ser dito, tão enfática é a lição trazida, contra a qual não conhecemos opinião alguma), leiamos o art. 5.^o da Constituição Federal atual: "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer" (inc. XIII).

Tal dispositivo casa-se à maravilha com aqueloutro, de ordem geral, que se contém no inc. II, dito princípio da legalidade: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Veja-se esse mesmo princípio, agora trazido com mais ênfase ainda, ao cogitar a mesma Lei da restrição da liberdade humana: "não há crime sem lei anterior que o defina..." (inc. XXXIX).

Que temos em todos esses casos? Um princípio geral: a liberdade, qualquer que seja sua expressão prática, somente pode ser restringida em virtude de lei, isto é, norma emanada do Poder Legislativo, valendo notar que compete à União legislar sobre "condições para o exercício de profissões".⁶

Logo, a menos que descanse em lei federal, que, de modo taxativo, ali a contemple, nenhuma restrição poderá ser imposta a quem deseje exercer profissão liberal no Brasil.

Por que as restrições devem ser interpretadas restritivamente? Simplesmente porque, sendo a regra o pleno exercício por qualquer pessoa de qualquer profissão, ou bem a lei diz taxativamente quais são as restrições a tal direito, ou o princípio constitucional quedará violado, por isso que, se prevista fosse a restrição em uma norma exemplificativa, caberia a alguma autoridade outra dizer aquilo que privativamente deveria ter sido dito pela União, mercê de sua competência exclusiva para fazê-lo, em lei.

Trata-se de coisa tão óbvia que dispensaria maiores considerações. Entre-

6. Cf. CF, art. 22, XVI.

tanto, vem a pêlo recordar aquilo que se passa no campo do Direito Penal: sabe-se que “a ação ordenada ou proibida exprime-se na norma penal por uma definição precisa das suas circunstâncias elementares, que é o que se chama tipo penal, à qual tem de corresponder necessariamente o fato para vir a constituir crime”. É a conhecida lição de Aníbal Bruno.⁷ Cuidando dos chamados tipos incompletos, ensina-nos que em tais casos “a descrição das circunstâncias elementares do fato tem de ser completada por outra disposição legal, já existente ou futura”, incluindo-se aí não somente as leis propriamente ditas, mas até mesmo “regulamentos originários de outros poderes”.⁸

Cuidando desse assunto, Heleno Fragoso reconhece que “atinge o princípio da legalidade a incriminação vaga e indeterminada de certos fatos, deixando incerta a esfera da licitude e comprometendo, desta forma, a segurança jurídica”.⁹ É que “a incriminação vaga e indeterminada faz com que, em realidade, não haja lei definindo como delituosa certa conduta, pois entrega, em última análise, a identificação do fato punível ao arbítrio do julgador”, destacando ser isso comum nos regimes não-democráticos.¹⁰ Contrariado embora, admite ele, porém, que, em certos casos, não há como fugir aos chamados elementos normativos do tipo, que, porém, “enfraquecem, sem dúvida, a função garantidora da lei penal”.¹¹

De tal opinião não discrepam os demais doutrinadores, anotando o mesmo Aníbal Bruno que “a principal consequência da admissão de elementos normativos no tipo é o reflexo que

podem ter sobre o princípio da garantia. Já se tem afirmado que o alargamento do emprego desses elementos é incompatível com aquele princípio. De fato, quanto mais limitado e preciso é o tipo, quanto menos carente de interpretação, mais segurança e firmeza confere ao Direito”.¹²

Tudo o que se leu acima leva-nos à conclusão de que o chamado tipo indeterminado, isto é, a descrição do tipo penal sem contornos nítidos, contraria o contido na Constituição Federal, pois o princípio da legalidade passaria a ser observado apenas formalmente, sem um lastro suficiente de seriedade, donde ferir-se de morte a garantia enunciada na Lei Maior.

Justamente por isso, a doutrina mais atual alude aos chamados “exemplos-padrão”, mercê dos quais o legislador, ao arrolar exemplos de conduta, limita a atividade do intérprete, que não poderá fugir da *mens legis* e buscar situação que teria sido esquecida pelo elaborador da norma. Ilustra isso a referência contida no art. 121, § 2.º, do Código Penal, onde se alude ao emprego de traição, emboscada, dissimulação “ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido”. Cogitar-se de algo que não seja traição, emboscada ou dissimulação somente será possível se: a) for algum recurso; b) torne impossível ou dificulte a defesa do ofendido. Assim, a superioridade de forças não pode ser aí incluída, pois não se casa com os exemplos padrões contidos na norma. É que, “quando um dispositivo legal contém uma fórmula exemplificativa e, a seguir, uma cláusula genérica, deve entender-se que esta, segundo elemento princípio de hermenêutica, somente compreende os casos análogos

7. Cf. “Direito Penal”, v. I, t. I, p. 190.

8. Ob. e loc. cit.

9. Cf. *Lições de Direito Penal*, Parte Geral, 5.ª ed., p. 97.

10. Ob. e loc. cit.

11. Ob. cit., p. 98.

12. Cf. “Sobre o Tipo no Direito Penal”, in *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*, Forense, p. 50.

aos destacados por aquela. De outro modo, seria inteiramente ociosa a exemplificação, além de que o dispositivo redundaria no absurdo de equiparar, grosso modo, coisas desiguais. Assim, outro recurso, a que se refere o texto legal, só pode ser aquele que, como a traição, a emboscada ou a dissimulação, tenha caráter insidioso, aleivoso, subreptício", escreveu ninguém menos do que Nélson Hungria.¹³

Posto isso, recordemos o que diz o art. 8.º da Lei 8.906/94 (dito Estatuto da Advocacia):

"Para inscrição como advogado é necessário:

I — capacidade civil;

II — diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada;

III — título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro;

IV — aprovação em exame de ordem;

V — não exercer atividade incompatível com a advocacia;

VI — idoneidade moral;

VII — prestar compromisso perante o Conselho".

Como os demais incisos não dizem com o presente trabalho, fiquemos com o de número IV: o § 4.º do artigo acima transcrito ilustra o que se deve entender por idoneidade moral: "não atende ao requisito de idoneidade moral aquele que tiver sido condenado por crime infamante, salvo reabilitação judicial". Eis um exemplo-padrão.

Uma vez inscrito o Advogado, poderá vir a ser punido e até desligado, desde que sua conduta se enquadre no contido no art. 34, valendo para nossas considerações o contido no inc. XXV, que considera infração disciplinar manter (o advogado inscrito) "conduta incompatível com a advocacia" e o estatuído no

inc. XXVII que assim qualifica o fato de "tornar-se (o advogado inscrito) moralmente inidôneo para o exercício da advocacia".

Antes de entrarmos em uma análise mais aprofundada desses dois dispositivos, note-se que a infração do contido no inc. XXV ("manter conduta incompatível") dá ensejo à pena de suspensão,¹⁴ ao passo que o previsto no inc. XXVII ("tornar-se moralmente inidôneo") enseja a exclusão.¹⁵

Ao procurar exemplificar o que seja conduta incompatível, o Estatuto autolimita-se, estatuinto que assim é de considerar-se a prática reiterada de jogo de azar não autorizado por lei, incontinência pública e escandalosa e embriaguez ou toxicomania habituais.¹⁶

É de todo óbvio que sendo a toxicomania, tanto quanto alcoolismo, manifestações patológicas, punir alguém porque está doente é de manifesta inconstitucionalidade, até porque o doente deve trabalhar para pagar seu tratamento. Ou amanhã poderá determinar-se também que os portadores de AIDS sejam considerados pessoas de conduta incompatível com a Advocacia, tal como se continha em pungente película cinematográfica há pouco exibida. Repetiu o legislador, sem maior reflexão, a inadequada exemplificação contida no estatuto anterior. De outra parte, o moralismo que manda punir o advogado que se dedica a jogo (imagina-se um profissional dessa área freqüentando um cassino no Exterior, como tantos de nós fazemos, para ter-se o evidente descaimento do dispositivo, até porque prática reiterada é expressão que não consegue fugir do subjetivismo). Por fim, a palavra "incontinência", além de aplicar-se a determinadas manifestações físicas, de que cuida a Medicina, é assim

14. Cf. art. 37.

15. Cf. art. 38.

16. Cf. art. 34, parágrafo único.

13. Cf. *Comentários ao Código Penal*, v. V, ref. ao art. 121, n. 29, nota de rodapé 113A.

definida pelos dicionários: falta de moderação no falar; incontinência de linguagem. Seria a isso que o art. 7.º, § 2.º, queria referir-se quando aludia a “excessos” na manifestação que faça o advogado no exercício de sua atividade? Fique a pergunta, mesmo porque a resposta não nos interessa aqui.

Vejam, pois, esses dois conceitos que o Estatuto distingue — conduta incompatível com a Advocacia e inidoneidade moral — e façamos a pergunta: O fato de alguém fazer restrições à conduta de advogados ou defender teses que contrariem os interesses ou as prerrogativas dos inscritos na OAB são atitudes que podem ser consideradas expressão de “inidoneidade moral”?

Aceita-se, por exemplo, que seja considerado inidôneo para o exercício da Advocacia aquele bacharel em Direito que fora demitido a bem do serviço público,¹⁷ por isso que temerário seria entregarem-se os interesses de clientes a alguém que se portou de tal sorte que não mais teve condições de pertencer ao serviço público. A retidão moral foi negada por uma decisão que, enquanto não for alterada pelo Poder Judiciário, traz a presunção de inidoneidade.

No que diz com a divergência no campo das idéias, porém, ou mesmo alguma contundência em críticas feitas a quem exerce a Advocacia, certamente a resposta negativa se impõe, até porque o exemplo-padrão trazido pelo Estatuto alude a uma situação extremamente mais grave que isso: o cometimento e condenação pela prática de crime infamante (o que quer que signifique isso), a que, forçando a mão, se poderia equiparar a situação real acima trazida como ilustração.

Impondo-se resposta negativa à pergunta anterior, como nos parece a única possível, outra pergunta merece ser feita: aquelas críticas constituiriam, então,

“conduta incompatível” com o exercício da Advocacia?

Quem nos responde é o art. 5.º, IV, da Constituição Federal: “é livre a manifestação do pensamento...”.

Em sendo assim, ou alguém exorbitou do *jus convinciendi* e nesse caso estará sujeito a processo criminal por crime contra a honra, ou bem ele exercitou uma pretensão que descansa em princípio constitucional. Logo, se quem exerce um direito (ainda mais com a qualificação desse) não pode ser punido por isso, toda e qualquer restrição que se imponha a alguém pelo fato de haver tecido considerações contrárias a advogados, à Advocacia ou mesmo à própria existência da Ordem dos Advogados não pode ser considerada “conduta incompatível”, até porque uma sociedade pluralista como a nossa vive das contradições, das teses/antíteses que desembocam nas sínteses.

Aceita-se que os excessos verbais cometidos pelo advogado já inscrito, se não constituírem crime, poderão constituir infração de natureza administrativa, ensejando sua punição pela própria OAB. Ocorre, entretanto, que a chamada “conduta incompatível” não enseja a exclusão do advogado inscrito nem está prevista no art. 8.º do Estatuto da Advocacia, que, como visto, somente alude à inidoneidade moral ao cogitar dos requisitos para a inscrição do candidato.

Ora, se o fato de o processo a ser submetido, em diligência, à Comissão de Prerrogativas da Ordem dos Advogados, não contém fato que diga com o contido no art. 8.º, VI, da Lei 8.906/94, mas com situação que somente se aplica a bacharéis já inscritos (a tal conduta incompatível), segue-se, pelo princípio da legalidade, que não será possível vedar a inscrição e alguém por aplicação analógica do contido no art. 38 do mesmo Estatuto. Aqui, como no Direito Penal, o fato análogo é permitido. Não se justifica, pois, aquela remessa, *data venia*, sendo,

17. Cf. *Ementário do Conselho Federal da OAB*, ano de 1989, p. 62.

pois, descabida a demora em apreciar-se o pedido feito.

Resta considerar, por fim, que prevendo a lei, *a contrario sensu*, quais os requisitos que podem justificar o indeferimento do pedido de inscrição, segue-se que, estando-se diante de ato administrativo a ser praticado pela OAB, tal ato não se pode guiar pelos critérios de oportunidade e conveniência, pois seu deferimento está vinculado: tão logo comprove o candidato preencher os requisitos legais, sua pretensão deve ser acolhida.

Antes de reportar-se à conhecida lição de Fleiner, segundo quem a discricionariedade da Administração Pública “está em permitir o legislador que a autoridade administrativa escolha, entre as várias possibilidades de solução, aquela que melhor corresponda, no caso concreto, ao desejo da lei”, ensinava o emérito Lopes Meirelles que “atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização”.¹⁸ Tal é, evidentemente, o caso aqui enfocado, pois é de todo inconcebível que, diante do princípio constitucional que assegura a todos o direito ao trabalho, possa o exercício desse direito ficar a critério da discricionariedade da Administração Pública, quando necessária sua autorização para o exercício de tal direito, como se da *in casu*.

No mesmo sentido a lição de Seabra Fagundes: “para a prática de alguns atos, a competência da Administração é estritamente determinada na lei, quanto aos motivos e modo de agir. A lei lhe determina que, existentes determinadas circunstâncias, proceda dentro de certo prazo e certo modo. É essa a competência *vincolata* dos italianos ou *liée* dos franceses. A Administração Pública não é livre para resolver sobre a conveniência do ato, nem sobre o seu conteúdo. Só lhe cabe constatar a ocorrência dos motivos e, com base neles, praticar o ato. Escusando-se a praticá-lo no tempo

e com o objetivo determinado, viola a lei”.¹⁹ Violada a lei, abre-se, obviamente, oportunidade ao exercício do Mandado de Segurança, por isso que líquido e certo o direito do interessado ao exercício da atividade profissional.

Respondendo, pois, à pergunta formulada pelo consulente, concluo: a) os fatos que podem ensejar o indeferimento de pedido de inscrição de bacharel em Direito na Ordem dos Advogados somente podem ser aqueles de que cogita o art. 8.º da Lei 8.906/94, sendo que a expressão “inidoneidade moral” deve compreender fato sumamente grave tal como o exemplo-padrão trazido pelo Estatuto no § 4.º do mesmo artigo; b) não pode ser considerado portador de inidoneidade moral alguém que tenha feito críticas (justas ou injustas) a advogados, à Advocacia ou a Ordem dos Advogados, seja por não estar isso em conformidade com o exemplo-padrão trazido na lei, seja porque os crimes contra a honra jamais foram considerados pela doutrina como pertencentes à categoria de crimes infamantes; c) o fato de o candidato a Advogado apresentar conduta incompatível (qualquer que seja o sentido que se dê a essa expressão) não pode impedir sua inscrição na Ordem, até porque o inc. V do art. 8.º fala em “atividade incompatível”, o que constitui coisa mui diversa, como é cediço; d) o fato de ter havido inúmeras representações feitas por advogados contra o consulente, quando era ele Juiz, qualquer que seja o seu conteúdo e sua eventual procedência, não constitui fundamento legal para que sua inscrição na OAB seja indeferida, pois, tratando-se de ato administrativo vinculado, não pode a Administração Pública criar requisitos não contidos na lei; e) retardado o ato ou denegada a pretensão, com base na tal conduta incompatível, cabível será a impetração de Mandado de Segurança.

É como pensamos.

18. Cf. *Direito Administrativo Brasileiro*, 11.ª ed., p. 125.

19. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 4.ª ed., n. 4.