O CONCEITO DE ATIVIDADE JURÍDICA E A RESOLUÇÃO N.º 11/2006 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Marcos Antonio Garapa de Carvalho é Auditor de Tributos do Estado de Sergipe, e bacharel em Direito pela Universidade Federal daquele Estado.

RESUMO: O presente artigo enfrenta os limites do conceito de "atividade jurídica", termo inserido na Constituição Federal brasileira de 1988 pela Emenda n.º 45/2004. Estabelece o grau de eficácia da norma que o veicula e a competência legislativa para discipliná-lo, além de questionar a legitimidade da edição de resolução administrativa por parte do Conselho Nacional de Justiça para regular a matéria, concluindo pela inconstitucionalidade da medida, bem como indicando o instrumento processual hábil a contorná-la.

PALAVRAS-CHAVE: Atividade jurídica. Eficácia das normas constitucionais. Competências legislativas no Estado federal. Conselho Nacional de Justiça. Competências em matéria administrativa. Princípio da proporcionalidade. Concurso público. Limitação de acesso a cargos públicos: limites e legitimidade.

ABSTRACT: This work presents the boundary of the concept "legal activity", expression that was inserted in the Federal Constitution of Brazil of 1988 by the emend n.º 45/2004. It establishes the degree of the norm effectiveness which corresponds to it, and the legislative ability to control it, besides questioning the legitimacy of the edition of administrative resolution by the National Council of Justice to regulate the subject, concluding by the measure unconstitutionality, as well as indicating the competent procedural instrument to bypass it.

KEY WORDS: Legal activity. Effectiveness of the constitutional rules. Legislative abilities in the Federal State. National Justice of Council. Administrative subjects. Proportionality principle. Public competition. Access limit to the public offices: limits and legitimacy.

SUMÁRIO: I. Introdução; II. Atividade jurídica: algo ainda por conceituar; III. Atividade jurídica: eficácia constitucional do termo e competência para fixação do seu conceito; IV. Atividade jurídica: omissões da Resolução do CNJ e ofensa ao princípio da proporcionalidade; V. Atividade jurídica: amplitude do conceito; VI. Conclusões; VII. Bibliografia consultada.

I. INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ ingressou como componente da estrutura do Poder Judiciário brasileiro por obra da Emenda Constitucional - EC n.º 45/2004, a pretexto de concretizar o antes muito propalado e discutido, quer no meio acadêmico quer no meio profissional, "controle externo do Judiciário".

Eis que o controle veio, mas não tão "externo" assim, pois apenas dois quintos dos membros daquele órgão são selecionados entre não-integrantes da Magistratura Nacional. E, mesmo assim, apenas quatro dos quinze membros não integram algumas das magistraturas[1] previstas constitucionalmente.

Apesar dos debates e da franca oposição de diversos setores da sociedade, notadamente as Associações de Magistrados, a composição *heterogênea* do CNJ foi considerada adequada ao sistema de controle recíproco entre os Poderes Estatais estabelecido pela Constituição Federal de 1988 – CF/88[2] - próprio do constitucionalismo moderno -, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal- STF.

Estabelecida a legitimidade constitucional do novo órgão, nem bem passado um ano do último debate, novamente o STF viu-se às voltas com novo questionamento, desta feita acerca da detenção ou não, por aquele órgão, de poder normativo capaz de impor aos demais Tribunais do país disciplina de conduta administrativa, especialmente a

---

[1] O termo aqui foi empregado em seu sentido mais *lato,* de modo idêntico ao uso que dele faziam os romanos, que denominavam magistrado todo aquele que exercia um alto cargo em Roma, não somente os juízes (*pretores*, *questores*, *censores* etc. eram todos "magistrados"). Tanto que, por exemplo, o Ministério Público é também conhecido como "Magistratura em pé".

[2] Cf. o voto do Min. Cezar Peluso na ADI n.º 3.367-DF, disponível em www.stf.gov.br e no Informativo n.º 383 daquela Corte.

determinação de exoneração de parentes de magistrados que ocupassem cargos em comissão a estes últimos subordinados. O alvo então foi a Resolução n.º 07/2005, a "norma antinepotismo".

Na linha daquilo que já era esperado, o pleno da Corte Suprema brasileira foi coerente com o julgamento proferido na ADI n.º 3.367-DF e declarou a constitucionalidade do ato administrativo disputado[3], reconhecendo o poder normativo atribuído pela CF/88 ao CNJ, mormente como meio de concretizar os princípios constitucionais estabelecidos em seu art. 37, *caput*.

Pois bem. A esta altura o leitor deve estar se perguntando qual a relação entre esses dois tópicos anteriores e o título do artigo. Mas há.

Fixadas a constitucionalidade da criação do CNJ e a legitimidade do seu poder normativo em temas administrativos, financeiros e orçamentários no âmbito do Poder Judiciário, calha agora questionarmos se esta competência normativa é tão ampla que autorize aquele órgão a regulamentar qualquer matéria, especialmente uma tão nova quanto ele, a saber o que vem a ser "atividade jurídica".

II. ATIVIDADE JURÍDICA: ALGO AINDA POR CONCEITUAR

De enxertia advinda da mesma fonte, a expressão foi inserida na parte final do art. 93, inciso I, da Carta da República de 1988, como mais um requisito para o exercício de cargos da Magistratura Nacional, e passou *incontinenti* a ser objeto de previsão nos editais de concursos públicos para provimento de cargos de juiz dos Tribunais e, até mesmo, de outras carreiras, a exemplo de Defensor Público do Estado da Bahia, cujo edital publicado em 2006 previa a referida exigência e fazia menção especificamente à Resolução do CNJ, ainda que a norma constitucional de princípio institutivo daquele órgão não reclame tal instituto[4].

Não se nega que o novo requisito é, em si, razoável, pois efetivamente o nível das responsabilidades inerentes ao cargo de juiz

---

[3] Cf. o voto do Min. Carlos Britto na ADC n.º 12-DF, disponível em www.stf.gov.br e no Informativo n.º 416 daquela Corte.

[4] Cf. o art. 134 da Constituição Federal de 1988.

exige, de quem vai exercê-lo, maturidade e preparo profissional suficientes, somente alcançáveis pelo decurso do tempo conjugado com a prática diária[5].

Além do mais, mesmo antes do advento da EC n.º 45/2004, em grande medida já havia a exigência de algo semelhante por parte dos diversos tribunais do país - a antiga exigência da comprovação de dois anos de "prática forense" estabelecida em diversas leis de organização judiciária – o que torna a discussão não tão tormentosa.

A diferença entre a antiga "prática forense" e a nova "atividade jurídica" é, no entanto, relevante, pois, em primeiro lugar, o regramento daquela era feito por lei, enquanto que o da última foi elevado ao patamar constitucional. E, em segundo lugar, devido ao fato do conceito de prática forense já ter sido suficientemente desenvolvido e fixado, o que propiciava maior segurança jurídica por parte daqueles que se viam na contingência de prová-la[6], ao passo que "atividade jurídica" ainda é algo por determinar.

E aqui é que se dá a imbricação entre os *topoi* alinhados na introdução – constitucionalidade do CNJ e limites do seu poder normativo – e a fixação do conceito de "atividade jurídica" por meio da Resolução n.º 11/2006.

A pergunta que nos propusemos foi a seguinte: poderia o CNJ editar ato administrativo normativo para conceituar o instituto? E é nosso objetivo chegar a uma resposta, ainda que em breves linhas.

III. ATIVIDADE JURÍDICA: EFICÁCIA CONSTITUCIONAL DO TERMO E COMPETÊNCIA PARA FIXAÇÃO DO SEU CONCEITO

Não se pode iniciar o enfrentamento da questão sem antes analisar e fixar duas premissas básicas: o grau de eficácia da norma constitucional que institui o requisito e a competência para o regramento da matéria.

---

[5] Não era por outro motivo que a solução das controvérsias nas comunidades tribais primitivas era atribuída aos anciãos, pois devido à larga experiência de vida, tinham a habilidade e o conhecimento necessários para solvê-las. Mesmo hoje, a própria Constituição Federal prevê a exigência de idade mínina para a assunção de determinados cargos públicos, como são exemplos os de Presidente da República e Senador.

[6] Acerca do entendimento jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, confira, p. ex., os acórdãos proferidos no RMS n.º 17757-BA e no MS n.º 5841-DF, disponíveis no *site* www.stj.gov.br .

Em brevíssima síntese e mesmo porque a temática já é de amplo domínio dos cultores do Direito, segundo José Afonso da Silva, as normas constitucionais dividem-se, quanto a sua eficácia, em normas de eficácia plena, contida e limitada.

As primeiras seriam aquelas que o constituinte dotou de todos os elementos indispensáveis para que pudessem produzir desde logo os seus efeitos, dando ensejo à criação de direito subjetivo, oponível ao Estado e a terceiros, exigível pela via judicial.

As segundas seriam aquelas que o constituinte também proveu de todos os elementos indispensáveis à produção dos seus efeitos, porém permitiu, através de cláusula que se lhe agrega (p. ex., "nos termos da lei", "conforme a lei", "conforme disposto em lei"), que o legislador ordinário restringisse o alcance dos direitos concedidos, de modo a condicionar-lhes o exercício.

A derradeira é aquela que, a par do constituinte ter enunciado formalmente o seu conteúdo, este, para poder se tornar efetivo, carece da edição obrigatória de lei que lhe complete o sentido. Ou seja, o comando contido na norma em questão somente poderá operar no mundo dos fatos após a publicação de norma infraconstitucional que venha a suprir a carência de conteúdo pleno do enunciado normativo maior.

Analisando a disposição contida no *caput* do art. 93 e do enunciado do seu inciso I, vê-se claramente que a norma deve ser classificada como de *eficácia limitada*, pois, além do constituinte ter expressamente determinado que "a lei complementar" deverá disciplinar o Estatuto da Magistratura, o disposto no inciso I não fornece ao aplicador do Direito, só por si, todos os elementos indispensáveis à sua concreção no mundo dos fatos, uma vez que não há nele a normatividade mínima do que vem a ser "atividade jurídica"[7].

Tal entendimento foi ainda implicitamente adotado pelo CNJ na própria Resolução n.º 11/2006, ao declarar num dos seus

---

[7] Deve-se ter em mente, ainda, que embora as palavras empregadas na Constituição devam ser interpretadas conforme seu sentido vulgar, visto que a Carta é feita pelo povo e para o povo, não se pode simplesmente tratar os conceitos de "prática forense" e "atividade jurídica" como sinônimos, pois se o constituinte reformador já tinha ciência do primeiro e não o usou, é porque o segundo é coisa diversa (Cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, 79-82)

"considerandos" a necessidade de "estabelecer regras e critérios gerais e uniformes, enquanto não for editado o Estatuto da Magistratura (...)"que permitissem aos tribunais aplicar o instituto.

Fixado o grau de eficácia da norma que criou o requisito, resta saber de quem é a competência para legislar sobre a matéria.

Ainda aqui devemos buscar o apoio nos estudos de Direito Constitucional geral, especialmente nos tópicos relacionados com a estruturação dos Estados federais e a repartição de competências dentro deles. E, como a amplitude do estudo não comporta maiores aprofundamentos[8], ficamos com o princípio reitor da partição de competências no âmbito de uma federação, como o é o Brasil: a *predominância do interesse*.

Ali onde haja um *interesse geral* ou *nacional*, a competência - seja ela material ou legislativa – será atribuída à União; sempre que o *interesse* for restrito a determinado *âmbito regional*, aos Estados caberá a respectiva competência; e sempre que o *interesse* em questão for limitado à zona de atividade *local*, competente será o Município.

No Brasil ainda há uma conjugação dos métodos de repartição de competências conhecidos[9], pois há matérias que embora demandem solução apenas local, encontram regramento geral uniforme, a fim de possibilitar uma salutar harmonização entre as legislações dos vários Estados. Tal é, por exemplo, o caso das competências concorrentes da União e dos Estados-membros, em que a primeira estabelece regras gerais e os segundos suplementam essas regras.

Mas, somente o domínio da técnica de repartição de competências não resolve nosso problema, pois é preciso determinar a qual modalidade da competência liga-se aquela estabelecida no art. 93, inciso I, da CF/88. Ou seja, disciplinar a estrutura do Poder Judiciário e o estatuto dos juízes é matéria afeta aos interesses da nação como um todo, ou pode ser relegado ao plano regional? Em se optando pela

---

[8] Para uma maior e mais completa abordagem da matéria, confira: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 477-483; TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, pp. 971-980; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. São Paulo; Editora Atlas, 1991.

[9] Cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. São Paulo; Editora Atlas, 1991, pp. 37-63.

primeira hipótese, haverá algum espaço normativo a ser preenchido pelos Estados ou o tema será esgotado pela legislação nacional?

O fato é que o Poder Judiciário é uno, como uno também o é o Ministério Público, pois sua estrutura está contemplada a mancheias no Texto Constitucional e, para salvaguarda dos direitos fundamentais, no primeiro caso, e defesa dos direitos indisponíveis no segundo, é imperioso que tais instituições fiquem a salvo de injunções regionais.

Opinando na mesma linha do *caráter nacional* do Poder Judiciário é a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto[10], André Ramos Tavares[11] e mesmo o que já decidiu o Supremo Tribunal Federal- STF, pela mão do Ministro Cezar Peluso[12].

Pois bem. Se o *interesse* concernente à estruturação do Poder Judiciário e da carreira dos seus componentes é eminentemente nacional, a competência para legislar sobre a matéria é da União. E como tal normatização não tolera soluções regionais, pois a missão da Justiça brasileira não se coaduna com regramentos estaduais específicos, seja para a preservação dos direitos fundamentais, seja para as necessárias e indispensáveis garantias da Magistratura, tal competência seria do tipo *privativa*, a não exigir – nem tolerar – suplementações estaduais, sequer admitindo a delegação prevista no parágrafo único, do art. 22, da CF/88, por se tratar de regramento da composição de um dos

---

[10] "Embora existindo numa federação, na prática o Poder Judiciário brasileiro é uma *instituição nacional*, unificada por abundantes princípios e preceitos constitucionais, uma lei orgânica nacional e um sistema recursal centralizado. Aparentemente (...) nenhum impedimento haveria, nem mesmo desvio do princípio federativo, para que a Justiça viesse a ser integralmente nacional (...)". (*O sistema judiciário brasileiro e a reforma do estado*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 65 e os grifos são do original).

[11] Curso de direito constitucional. 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 951. Convém destacar que, apesar de reconhecer tal unidade, o referido autor posiciona-se em sentido contrário, destacando a impossibilidade de evocar-se a unicidade do Poder Judiciário como justificativa para a implantação de um órgão de controle nacional, em razão da ofensa ao pacto federativo (idem, p. 1.020).

[12] "**3. PODER JUDICIÁRIO. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional.** Os Estados membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça". (excerto da ementa do acórdão proferido pelo STF na ADI n.º 3.367-DF, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 17/03/2006, Informativo n.º 419).

Poderes da República, que não pode ficar afeto aos particularismos de cada um dos Estados da federação, sob pena de sua "ruptura", ainda que indireta.

Delineadas as premissas indispensáveis, podemos agora enfrentar a pergunta a que nos propusemos no início e provê-la da resposta adequada.

Não. Não poderia o CNJ editar a Resolução n.º 11/2006 para regrar a aplicação pelos tribunais do requisito da "atividade jurídica" em razão de que:

a) a norma constitucional veiculadora da expressão é dotada de eficácia limitada e, por isso, reclama edição de lei - em sentido estrito - para completar o seu sentido e que venha a estabelecer o seu conceito;

b) a edição da norma que irá estabelecer tal conceituação é da competência exclusiva da União, por meio do Congresso Nacional, o que impede o CNJ de normatizar administrativamente o assunto sem que a nova LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional seja editada;

c) as normas limitadoras dos direitos fundamentais – direito de exercício de profissão (art. 5º, inciso XIII, da CF/88) – e aquelas que veiculem impedimentos ao livre acesso aos cargos públicos por brasileiros (art. 37, inciso II, da CF/88) somente podem ser veiculadas por lei em sentido estrito e, mesmo assim, desde que observem o princípio da proporcionalidade.

IV. ATIVIDADE JURÍDICA: OMISSÕES DA RESOLUÇÃO DO CNJ E OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Além do mais, a referida Resolução, além de invadir área reservada à competência legislativa privativa da União, usurpando prerrogativa do Congresso Nacional, pecou por não prever aquelas situações em que o indivíduo que, apesar de bacharel em Direito, exerce atividade classificada como *incompatível* com o exercício da advocacia, nos termos do art. 28 da Lei n.º 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.

Tais são, por exemplo: i) o caso de um Auditor de Tributos, cujas atribuições do cargo amoldam-se ao disposto no art. 28, inciso VII, do referido Estatuto; ii) o caso de um militar das Forças Armadas, graduado em Direito (art. 28, VI); iii) policiais (art. 28, V), dentre outros.

Ora, pretendendo submeter-se a um concurso para a Magistratura Nacional, as pessoas que ocupem tais cargos, e mesmo outros dos arrolados no referido dispositivo, ficarão na dependência da interpretação do art. 4º da Resolução n.º 11/2006, pois o mencionado dispositivo diz da necessidade de comprovação das atividades desempenhadas através de certidão que as especifique.

E pode ser que a Banca Examinadora entenda que as atividades desempenhadas pelo candidato não se amoldem ao conceito de atividade jurídica, apesar delas *serem* atividades estritamente jurídicas (lançamento de tributos, atuação em processos administrativos fiscais, elaboração de pareceres etc.)[13].

É que algumas daquelas situações de incompatibilidade não ensejam o exercício de atribuições estritamente jurídicas, se entendido o conceito de modo restrito: pense-se no Oficial das Forças Armadas que é bacharel em Direito desde 2001 (antes da publicação da EC n.º 45/2004) e que não trabalha no setor jurídico de sua corporação militar. Ficará ele impedido de submeter-se a um concurso público para cargos da Magistratura? Sua *experiência* (*rectius,* maturidade pessoal e profissional) como militar não será levada em conta, juntamente com o fato de submeter-se a um concurso dos mais difíceis e, mesmo assim, obter aprovação?

O mesmo se pode falar de um Agente da Polícia Federal, por exemplo. Como o cargo não é privativo de bacharel em Direito, mesmo que o indivíduo que o ocupe o seja, a se emprestar ao termo um conteúdo estreito, ele nunca terá cumprido a exigência, salvo se lograr provar que atuou, por exemplo, como escrivão *ad hoc*, durante três anos, pois as atribuições de investigação criminal e captura de indiciados e condenados não é, ao que parece, "atividade jurídica", em sentido estrito.

O que se tem, nas hipóteses de exercício de cargos incompatíveis com a advocacia, é uma flagrante desproporcionalidade e incongruência

---

[13] Como já ocorreu com o articulista no *XI Concurso para Provimento de Cargos de Juiz Federal Substituto da 1ª Região*, no ano de 2005, que, aprovado nas provas escritas, teve seu pedido de inscrição definitiva negado, segundo a Secretaria do concurso, em razão da natureza das atribuições do cargo não serem compatíveis com o exercício de "atividade jurídica", o que o forçou a manejar o mandado de segurança de Processo n.º 2005.01.00.069333-3, no qual, liminarmente lhe foi deferida a mencionada inscrição.

do próprio ordenamento jurídico: de um lado, ele impede que uma pessoa *habilitada tecnicamente* a exercer as funções de advogado – como o caso de quem foi aprovado no Exame de Ordem, mas não pode sequer requerer inscrição em seus quadros em razão da vedação legal – possa obter a necessária prática forense através do exercício regular dos ofícios advocatícios; do outro lado, a norma pretende exigir a comprovação de tal prática para que o mesmo indivíduo possa submeter-se a um concurso público de acesso a cargos da Magistratura Nacional.

Ou seja, a interpretação estrita da norma que criou a exigência da "atividade jurídica", sem que se leve em conta os casos de incompatibilidades previstas no próprio Estatuto da OAB, ensejará o absurdo de exigir de alguém ou o cumprimento de obrigação legalmente impossível, ou o afastamento do cargo que exerce, durante três anos, para poder assim exercer a advocacia e, desta forma, contar com o triênio mínimo.

Em outras palavras: aceitando-se a interpretação restritiva, haveria uma desproporcional limitação ao princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos, uma vez que a restrição não seria apropriada a atingir os fins pretendidos pela norma[14], sendo de se esclarecer, ademais, que os ocupantes de cargos públicos não privativos de Bacharel em Direito, mesmo aqueles que exercem funções jurídicas de alta complexidade (Auditores, Policiais etc.), jamais poderiam tornar-se juízes, exceto se pedissem exoneração do cargo, o que configura, sob qualquer ótica, um enorme absurdo.

Por certo que o Supremo Tribunal Federal já tem jurisprudência pacífica sobre a inexistência de direito adquirido a regime jurídico. No entanto, aqui não é disso que se trata.

O que se questiona é se é proporcional e legítimo o ordenamento jurídico (a Lei n.º 8.906/94) impedir alguém que possui formação acadêmica para tanto, e foi aprovado no Exame de Ordem, de exercer a advocacia – a exceção dos cargos, empregos e funções públicos privativos de bacharel em Direito, única função que, não resta dúvida, satisfaz ao exigido pelo art. 93, inciso I, da CF/88, - e, ao mesmo tempo, exigir desta mesma pessoa que comprove tal exercício, negando-

[14] Selecionar as pessoas mais aptas ao exercício do ofício judicante.

lhe os meios de fazê-lo, sem que haja prejuízo para a própria manutenção de sua vida.

V. ATIVIDADE JURÍDICA: AMPLITUDE DO CONCEITO

Convém destacar, nesta quadra, que o conceito de "atividade jurídica" deve ser o mais amplo, pois se o constituinte quisesse restringi-lo às hipóteses de exercícios de cargos somente acessíveis a bacharéis em Direito, teria dito de maneira direta, posto que tal conceito (cargo privativo de bacharel em Direito) era – e é – de precisa definição e acessível ao constituinte reformador quando da publicação da EC n.º 45/2004.

No entanto, o constituinte preferiu ampliar a possibilidade de participação de indivíduos nos concursos para a Magistratura, exigindo deles não somente o grau de bacharel, indispensável de qualquer modo, mas inserindo um elemento novo: a experiência no trato com o Direito, que não é restrita só àqueles que ocupam cargos privativos de bacharéis, mas a todos aqueles que militam, de alguma forma, com as áreas jurídicas.

Apenas para reforçar essa tese, importa informar que na Proposta de Emenda à Constituição n.° 96-A, de 1992, que tratava da Reforma do Judiciário, a redação original que seria dada ao art. 93, I, da Constituição, no parecer da Deputada Zulaiê Cobra, exigia, por parte do Bacharel em Direito que pretendesse ingressar na carreira de magistrado, a comprovação do "exercício efetivo de, no mínimo, três anos de atividade privativa de bacharel em direito".

Porém, em sua redação final, o texto que resultou na Emenda Constitucional n.º 45/2004 passou a exigir "no mínimo, três anos de atividade jurídica", o que leva à obrigação de interpretar a norma posta de modo mais amplo possível[15], de modo a não violar um dos

[15] Opinando também pela conceituação de modo amplo do instituto, confira BERMUDES, Sérgio. *A reforma do judiciário pela emenda constitucional n.º 45*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, pp. 26-27; TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88. (Des) estruturando a Justiça. Comentários completos à emenda constitucional n.º 45/2004*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, pp. 67-69.

fundamentos da República: a acessibilidade dos cargos públicos aos seus nacionais, pelos critérios estabelecidos na Carta da República, sem limitações fundadas em critérios desigualadores ofensivos à isonomia e à proporcionalidade.

Poder-se-ia dizer que a escolha por uma ou outra carreira é livre ao indivíduo e, assim, aquele que ingressou em cargo incompatível com a advocacia tinha a opção de nele não ingressar, optando por outro compatível, se pretendia, no futuro, prestar concurso para a Magistratura.

Tal afirmativa pode ser verdadeira para aqueles que ingressaram num determinado cargo depois da publicação da EC n.º 45/2004, pois aí sim já sabiam, de antemão, quais as "regras do jogo" e das limitações criadas a partir dela. Não, porém, nos casos daquelas pessoas que já exerciam cargos incompatíveis com advocacia antes da publicação da referida Emenda, pois estes não tiveram escolha, visto que não poderiam simplesmente imaginar que, de uma hora para outra, além do impedimento legal a que estavam - e estão - sujeitos, o ordenamento jurídico passaria a rechaçar justamente as situações de impedimento por ele mesmo criadas, elegendo-a a conta de requisito para inscrição em concurso público.

VI. CONCLUSÕES

Assim, tem-se que a conduta do CNJ, conquanto explicável em razão da disparidade com que o assunto vinha sendo tratado pelos tribunais, cada um estabelecendo, apenas via edital, o que entendia ser "atividade jurídica", afrontou a Constituição, especialmente a separação dos poderes - por usurpar competência exclusiva do Congresso Nacional - e as regras de competência legislativa - por pretender regrar via ato administrativo aquilo que somente a lei em sentido estrito poderia fazê-lo.

Além do mais, ao não prever as hipóteses daquelas pessoas que se vêm na contingência de serem bacharéis em Direito, mas não poderem, em razão do cargo que ocupam, exercerem a advocacia, descumpriu a regra de proporcionalidade implícita na ordem jurídica constitucional brasileira.

Arrematando o que dissemos, tem-se que somente com o advento da nova LOMAN teremos o regramento correto e seguro – esperasse

– do novo instituto, de modo a espancar as dúvidas e incertezas na sua aplicação, além de promover o respeito à supremacia e à força normativa[16] da Constituição Federal, vulnerada pela Resolução n.º 11/2006 do CNJ.

Além do que, esperasse ainda que a nova LOMAN contemple a questão das pessoas que exercem atividades incompatíveis com a advocacia e não ocupam cargos privativos de bacharéis em Direito, como meio de concretizar o princípio da igualdade dispensando-os da comprovação de tal requisito ou admitindo que o tempo de exercício de cargo incompatível seja computado como "atividade jurídica"[17].

Como os tribunais do país, por certo, aplicarão a referida resolução, mesmo diante de sua patente inconstitucionalidade, àqueles que se virem impedidos de participar de concursos públicos para provimento de cargos da Magistratura Nacional com base na Resolução do CNJ só restará um remédio: ajuizar demanda de mandado de segurança contra quem de direito – normalmente o presidente da banca examinadora, que, regra geral, vem a ser um desembargador do tribunal promotor do certame – a fim de buscar a declaração *incidental* da inconstitucionalidade da previsão editalícia fundada naquele ato administrativo, pedir o afastamento do óbice e a efetivação da inscrição no concurso.

Oxalá venha logo a nova LOMAN.

---

[16] Sobre a força normativa da Constituição, confira HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. E, para um melhor entendimento dos argumentos do autor, confira também LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. . 6.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, uma vez que a primeira é explicitamente crítica da segunda.

[17] Tal permissão não é esdrúxula, embora possa parecer, pois ela ocorre, por exemplo, com os juízes em relação aos quais, por não poderem se filiar a partido político enquanto não afastados do cargo em caráter definitivo, a legislação eleitoral dispensa a prova de filiação partidária há pelo menos um ano antes do pleito como condição de elegibilidade (Cf. Resolução n.º 19.988, do Tribunal Superior Eleitoral, proferida em 07/10/1997, em resposta à Consulta n.º 354), disponível no *site* www.tse.gov.br).

VII. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GOMES MOREIRA, João Batista. *Direito administrativo. Da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

MAUÉS, Antonio G. Moreira (organizador). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O sistema judiciário brasileiro e a reforma do estado*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (coordenadores). *Reforma do judiciário analisada e comentada. Emenda constitucional 45/2004*. São Paulo: Método, 2005.