

Parecer nº 01/2005

UNAFISCO. Emenda Constitucional nº 45/2004. Exigência de comprovação de “atividade jurídica” para fins de ingresso nas carreiras da Magistratura e do Ministério Público. Iminência da regulamentação da matéria pelo Conselho Nacional de Justiça. Possibilidade do exercício do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil ser considerado com tal finalidade. Considerações.

Trata-se de consulta formulada pela Diretoria da **DELEGACIA SINDICAL DO RIO DE JANEIRO DO SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL – UNAFISCO SINDICAL**, acerca das alterações introduzidas no texto da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

Manifestando preocupação com o fato da matéria, no que diz respeito às carreiras da Magistratura, estar em vias de ser regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça, questiona, mais especificamente, sobre a possibilidade de se considerar como “atividade jurídica” as atribuições exercidas pelos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, para fins de ingresso em carreiras para as quais a comprovação constitua requisito.

I - DA LEGISLAÇÃO PERTINENTE À MATÉRIA

Para que se responda à questão proposta, faz-se necessária a análise das disposições constitucionais e legais referentes à exigência de comprovação de exercício de “atividade jurídica” para fins de ingresso em determinadas carreiras.

Sobre o ingresso nas carreiras da Magistratura, a

Constituição Federal de 1988, em seu art. 93, dispunha:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, através de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

Recentemente, a redação do inciso I do art. 93 da Constituição Federal foi alterada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, passando a dispor:

Art. 93 (...)

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, **exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica** e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (sem grifos no original)

Alteração semelhante foi promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 também no que pertine ao ingresso nas carreiras do Ministério Público, sendo que, em sua redação original, o art. 129, § 3º, da CF estabelecia:

Art. 129 (...)

§ 3º - O ingresso na carreira far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, e observada, nas nomeações, a ordem de classificação.

Em sua redação atual, estabelece o dispositivo citado:

Art. 129 (...)

§ 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos,

assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, **exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica** e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação. (sem grifos no original)

De observar que a exigência constitucional de comprovação de “atividade jurídica” não foi estendida aos integrantes das carreiras da Advocacia-Geral da União nem aos membros das carreiras da Defensoria Pública. Portanto, qualquer exigência nesse sentido será decorrência da lei específica que trata da carreira, mas não de obrigação constitucional.

Note-se que, embora não constasse do texto constitucional, o ingresso na carreira do Ministério Público já estava condicionado, pela Lei Complementar nº 75/93, ao requisito temporal de 2 (dois) anos de bacharelado em Direito, como se vê da redação do art. 187 do diploma legal aludido:

Art. 187. Poderão inscrever-se no concurso bacharéis em Direito há pelo menos dois anos, de comprovada idoneidade moral.

O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de se manifestar sobre a exigência supra quando do julgamento da ADIn nº 1040, proposta em face do dispositivo citado, entendendo pela razoabilidade do requisito, conforme ementa abaixo colacionada:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
ART. 187 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 75/93.
EXIGÊNCIA DE UM BIÊNIO NA CONDIÇÃO DE BACHAREL EM DIREITO COMO REQUISITO PARA INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NAS CARREIRAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, I, XIII E 37, I DA CF.

1. **A exigência temporal de dois anos de bacharelado em Direito como requisito para inscrição em concurso público para ingresso nas carreiras do Ministério Público da União, prevista no art. 187 da Lei complementar nº 75/93, não representa ofensa ao princípio da razoabilidade, pois, ao contrário de se afastar dos parâmetros da maturidade pessoal e profissional a que objetivam a norma, adota critério objetivo que a ambos atende.**

2. Ação direta de inconstitucionalidade que se julga improcedente. (sem grifos no original)

(STF – ADIn nº 1040/DF – rel. Ministra Ellen Gracie – DJ: 01/04/2005).

Destaque-se que, ao contrário da normatização regente das carreiras do Ministério Público, não há qualquer dispositivo referente à “atividade jurídica” ou ao tempo mínimo de bacharelado na Lei Complementar nº 35/79 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

II - DO QUADRO DELINEADO A PARTIR DA EDIÇÃO DA EC Nº 45/2004

Não obstante a exigência inserida no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/2004 no que pertine ao ingresso nas carreiras da Magistratura e do Ministério Público, não há, até o momento, definição do que se deva considerar “atividade jurídica” para esse fim.

Ressalte-se que as definições contidas na Lei nº 8.906/94, que trata do Estatuto da OAB, definem apenas o que seja “exercício da advocacia”, e não o que seja “atividade jurídica”.

A questão gerou polêmica na comunidade jurídica, como se vê no trecho abaixo, extraído do texto *A prática de atividade jurídica nos concursos*, escrito pelo Professor HUGO NIGRO MANZZILLI:

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 deve ser positiva. E o estagiário acadêmico ou do Ministério Público? Por que não também? E o Delegado de Polícia? Estamos certo de que sim. E o Escrivão de Polícia? E o escrevente judiciário ou o Oficial de Promotoria do Ministério Público, por que não? E, mesmo para o advogado militante, quantas peças profissionais por ano consideram-se efetiva prática de atividade jurídica? Só uma boa e sensata regulamentação poderá responder a tudo isso...¹

Diante da controvérsia gerada, bem como da ausência de regulamentação em nível federal, alguns órgãos buscaram disciplinar a matéria através de atos normativos, como é o caso do **Tribunal**

¹ Disponível em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6174>>, consultado em 15/09/05.

Superior do Trabalho, que editou a Resolução Administrativa nº 1046/2005, alterando a redação do art. 35 (dentre outros), da Resolução Administrativa nº 920/2002, dando-lhe a redação abaixo:

Art. 35 (...)

§ 5º Considera-se atividade jurídica o efetivo exercício, por prazo não inferior a 3 (três) anos, ainda que não consecutivos:

a) da advocacia, sob inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil;

b) de cargo, emprego ou função pública, ou magistério jurídico, privativos de bacharel em Direito, sejam efetivos, permanentes ou de confiança; e

c) na condição de bacharel em Direito, de cargo, emprego ou função pública de nível superior, com atividades eminentemente jurídicas.

§ 6º A atividade jurídica, como advogado, sem contar estágio, será comprovada mediante certidão expedida por cartórios ou secretarias judiciais relativamente aos processos em que haja funcionado o candidato, ou por cópia autenticada de atos privativos, e, em qualquer caso, acompanhada de certidão de inscrição na OAB, relativa a todo o período.

§ 7º Considera-se efetivo exercício da atividade de advocacia a participação anual mínima em cinco atos privativos de advogado (Lei nº 8.906, de 04.07.1994, art. 1º), em causas distintas.

§ 8º A comprovação de exercício de atividade jurídica, nos demais casos, dar-se-á mediante apresentação de cópia do respectivo ato de nomeação, contratação ou designação acompanhada da norma legal ou ato normativo outro que discipline os requisitos do cargo, emprego ou função, ou mediante certidão ou declaração fornecida pelo órgão ou entidade competente, sob as penas da lei.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no Regulamento para o XII Concurso Público para Provimento do Cargo de Juiz Federal Substituto, que atualmente aguarda o resultado das provas dissertativas, estipulou:

Art. 27 (...)

§ 1º - O candidato deverá:

I) relacionar, em ordem cronológica, os períodos de atuação como Juiz, membro do Ministério Público, Advogado ou titular de função técnico-jurídica, pública ou privada, precisando o local e a época de cada um deles e nomeando as principais autoridades com as quais serviu ou esteve em contato;

II) instruir o requerimento com:

a - certidão que comprove prática de atividade jurídica por três anos, não sendo computados períodos anteriores à colação de grau. Considera-se como tempo de atividade jurídica aquele prestado na militância da advocacia, inclusive a pública, bem como o prestado em cargo público cujo exercício impeça a atividade como advogado, cujas atribuições exijam conhecimento e aplicação do Direito, comprovados documentalmente;

O **Ministério Público Federal** disciplinou a matéria através da Resolução nº 80, de 24 de maio de 2005, referente ao concurso de Procurador da República, atualmente em andamento:

Art. 44 (...)

§ 2º - A comprovação do exercício de atividade jurídica será feita por intermédio dos seguintes documentos:

I – certidões de cartórios e secretarias, publicações, petições protocolizadas ou outro meio igualmente idôneo para a comprovação da prática de atos privativos de advogado, não bastando a mera inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil;

II – certidão de exercício de cargo, emprego ou função pública, todos privativos de bacharel em direito.

Neste caso, inclusive, a exigência foi de que o candidato já preenchesse o requisito referente aos 3 (três) anos de prática jurídica no momento da inscrição preliminar (art. 23, § 1º e art. 44, § 2º, II, ambos da Resolução nº 80/2005).

Entretanto, a necessidade foi afastada pelo Juiz Federal Substituto da 1ª Vara Federal de Brasília através do deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela na Ação Civil Pública nº 2005.34.00.025609-2.

O **Ministério Público do Distrito Federal**, por sua vez, editou a Resolução nº 55/2004-PGJ/CGMP, que alterou o art. 7º da Resolução nº 35/2005, estabelecendo:

Art. 7º. Poderão inscrever-se, no concurso público, bacharéis em Direito com, no mínimo, três anos de atividade jurídica (art. 129, § 3º da CF) e comprovada idoneidade moral.

Parágrafo único. A atividade jurídica, verificada no momento da inscrição definitiva, deverá ser demonstrada, juntamente com os demais documentos indicados no art. 11, por:

a) certidão da OAB, comprovando a atividade jurídica, na forma da Lei nº 8.906, de 1994, a abranger a postulação perante qualquer órgão do Poder Judiciário, bem como atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas, sob inscrição da Ordem dos Advogados do Brasil;

b) certidão de exercício de cargo, emprego ou função pública, privativos de bacharel em Direito, sejam efetivos, permanentes ou de confiança.

Em face do ato normativo transcrito supra foi ajuizada **Ação Direta de Inconstitucionalidade, sob o nº 3460/DF**, não tendo sido apreciado, até o momento, o pedido de liminar. A ação está fundamentada, em síntese, na violação ao princípio do livre acesso aos cargos públicos e ao princípio da isonomia.

Cumprе destacar a importância da ADIn nº 3460/DF pois, até o momento, o Supremo Tribunal Federal apenas se pronunciou em liminares, contudo sem adentrar no conteúdo material do conceito “atividade jurídica” trazido pela Emenda Constitucional nº 45/2004. É no julgamento deste processo que a questão será enfrentada, certamente tendo repercussão sobre todos os demais regulamentos de concursos públicos para a Magistratura e para o Ministério Público.

Resta evidente, pois, a discrepância dos parâmetros utilizados pelos diversos órgãos mencionados no intuito de decifrar o conceito “atividade jurídica”. A polêmica assim instaurada incitou os órgãos de classe

dos juízes federais e membros do Ministério Público a se manifestarem sobre o assunto.

Com efeito, a própria **Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP)** é a requerente na ADIn nº 3460, antes referida, onde questiona a Resolução nº 55/2004-PGJ/CGMP do Ministério Público do Distrito Federal, que alterou o art. 7º da Resolução nº 35/2005, transcrito acima.

Dita entidade representativa defende uma interpretação ampliativa do conceito, atestando que qualquer interpretação contrária atingiria o princípio da igualdade, fazendo com que bacharéis em Direito que desempenham, por exemplo, atividade cartorária e atividade policial estivessem excluídos do certame, apesar de exercerem atividade jurídica.²

Nesse contexto, a polêmica da “atividade jurídica” chegou ao **Conselho Nacional de Justiça**, também criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, através do Pedido de Providências nº 50/2005, tendo sido designado Relator o Conselheiro Marcus Antônio de Souza Faver.

Incluído o tema na Pauta da 5ª Sessão Ordinária, realizada em 13 de setembro de 2005, o Conselho Nacional de Justiça deliberou por converter o feito em diligência, a fim de se elaborar estudo mais abrangente, a partir de dados coletados junto ao Poder Judiciário e à sociedade, ficando recomendado, também, que os Conselheiros encaminhassem ao Relator propostas e sugestões sobre a matéria.

Tendo em vista tal procedimento a **Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE)** enviou o Ofício nº 342/05, datado de 03 de outubro de 2005, para o Conselheiro Marcus Antônio de Souza Faver, do Conselho Nacional de Justiça, contendo as considerações que entendeu pertinentes quanto ao assunto.

A proposta da AJUFE de regulamentação da “atividade jurídica” abordou os seguintes pontos, *in verbis*:

Entendo que a exigência de três anos de atividade jurídica para o ingresso na magistratura poderá ser aplicada independentemente da elaboração da LOMAN, desde que venha a ser regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça, no exercício da competência prevista no art. 103-B, I, CF. Sugiro que a regulamentação contemple os seguintes aspectos:

a) O tempo de atividade jurídica somente deverá ser computado a partir da conclusão do curso de Direito,

² Informação disponível no endereço www.conamp.org.br. Acessado em 02/11/2005.

não sendo consideradas atividades desenvolvidas enquanto estudante da graduação.

b) Deverão ser consideradas atividades jurídicas aquelas que correspondam a funções ou cargos privativos de bacharel em Direito, o exercício do magistério de disciplinas jurídicas, o exercício da advocacia com a fixação de um número mínimo de atuações em cada ano, o desempenho da função de julgador em tribunais administrativos que decidam matérias jurídicas (por exemplo, Conselho de Contribuinte). **Defendo também que seja considerada como de natureza jurídica a atividade de fiscalização tributária. Entendo que a inclusão da referida atividade é importante para a Justiça Federal, pois a experiência tem demonstrado que o número expressivo de bons magistrados federais tem sido oriundo das carreiras fiscais.**

c) Parece conveniente que a exigência do requisito em causa seja apurada no ato da posse, conforme consagrada corrente jurisprudencial relativa ao momento de verificação dos requisitos para provimento dos cargos públicos.

d) Outrossim, deve ser observado um problema no tocante à atividade jurídica: que se tente evitar a elitização dos candidatos aos cargos de magistrado. Acontece que se considerados apenas os que exercem cargos compatíveis com as funções ou cargos privativos de bacharel em direito, ficariam excluídos do concurso um grande número de servidores do próprio judiciário e do serviço público, bem como do serviço privado, que por questões de sobrevivência não podem afastar-se de seus empregos ou funções, para dedicar-se à atividade jurídica “strictu sensu”. Dessa forma, deve ser observada essa questão, considerando a realidade do nosso país, para não excluir do concurso profissionais que, embora formados em direito, não possam afastar-se de suas atividades. A solução deve ser possibilitar trabalhos voluntários vinculados à área do direito, a ser efetivada pelos bacharéis, e que tal trabalho supra a necessidade de exercício de cargos reservados a essa área. (sem grifos no original)

Observa-se que a AJUFE, embora priorizando os cargos e funções privativos de bacharel em Direito, **defende que seja considerada como “atividade jurídica” aquela exercida na fiscalização tributária, ou seja, aquela realizada pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil.**

Todavia, convém observar a possível provisoriedade de uma regulamentação pelo Conselho Nacional de Justiça no que pertine à carreira da Magistratura, tendo em vista as discussões acerca do encaminhamento de um projeto de nova Lei Orgânica dessa carreira.

Assim, ao menos no momento, as propostas encaminhadas ao Conselho Nacional de Justiça pelas entidades representativas, bem como a regulamentação que se espera seja editada por este Conselho, têm melhores condições de demonstrar o que futuramente poderá ser preceituado em uma nova LOMAN como sendo “atividade jurídica”.

Ao que parece, a questão também está sendo discutida no âmbito do Ministério Público, através do **Conselho Nacional do Ministério Público**, igualmente criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a fim de que seja editada uma regulamentação apta a abranger toda a instituição.

Este o panorama criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e pela inclusão por ela feita do conceito indeterminado “atividade jurídica”. Como exposto, a expressão tem dado margem para interpretações diversas em âmbito administrativo, reclamando uma regulamentação em nível nacional pelos respectivos conselhos ou por lei em sentido estrito.

III - DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL
--

Embora a “atividade jurídica” tenha sido consagrada na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/2004, sendo requisito para o ingresso nas carreiras da Magistratura e do Ministério Público, anteriormente a “prática forense” já era exigida eventualmente em alguns concursos.

Desse modo, os tribunais já foram obrigados a pronunciar-se sobre aquela expressão. Nesse sentido, cumpre salientar a posição pacífica do **Superior Tribunal de Justiça** quanto à interpretação ampla do conceito, do que são exemplos as ementas que seguem:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO.
CONCURSO PÚBLICO. **PRÁTICA FORENSE.**
ELASTICIDADE DA CONCEITUAÇÃO. TÉCNICO
DO TESOUREIRO. INCOMPATIBILIDADE DA FUNÇÃO

COM O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA.
PRECEDENTES.

É firme o posicionamento jurisprudencial desta Corte no sentido de que o conceito de prática forense é mais amplo, não abrangendo somente o exercício da advocacia, mas estágios profissionais, atuações em Tribunais, juízos de primeira instância, entre outros. O caso se amolda à jurisprudência deste Tribunal. Violação não caracterizada.

Recurso desprovido. (sem grifos no original)

(STJ - RESP - RECURSO ESPECIAL – 487844 -
Processo: 200201735099/RJ – 5ª Turma – rel.
Ministro José Arnaldo da Fonseca – DJ: 31/05/2004)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE
SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO.
CONCURSO PÚBLICO. PROVIMENTO DE CARGO.
EXIGÊNCIAS. HABILITAÇÃO LEGAL. MOMENTO.
INSCRIÇÃO. ILEGALIDADE. PRÁTICA FORENSE.
CONCEITO. RESTRIÇÃO. ILEGALIDADE.

É ilícito o ato administrativo que, em concurso público, exige a habilitação legal para o exercício do cargo antes da posse. Precedentes. Súmula 266 do STJ.

A prática forense exigida para provimento de cargo público dispensa que a atividade seja privativa de bacharel em direito, relevando para a sua caracterização a natureza experimental de práticas desempenhadas na vida forense, possibilitando ao agente o desenvolvimento na área específica do Direito.

Recurso provido, segurança concedida. (sem grifos no original)

(STJ - ROMS - RECURSO ORDINARIO EM
MANDADO DE SEGURANÇA – 14434 - Processo:
200200166539/MG – 6ª Turma – rel. Ministro Fontes
de Alencar – DJ: 16/08/2004)

Deste último acórdão destacam-se alguns excertos dos votos proferidos pelos insignes Ministros, transcritos a seguir:

Ministro PAULO MEDINA:

Releva para o significado de prática forense a natureza das atividades desenvolvidas, pouco importando serem ou não privativas de bacharéis em direito, "fazendo abranger todas as atividades

ligadas a noções experimentais de práticas desempenhadas na vida forense, trazendo ao indivíduo informações que possibilitem o seu desenvolvimento na área específica do Direito" (MS 6867/DF - DJ: 18/09/2000 - p. 89 - Relator Min. EDSON VIDIGAL). (sem grifos no original)

Ministro PAULO GALLOTTI:

No que toca à exigência de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, a recorrente, em razão de exercer o cargo de técnico judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (fl. 21), está impedida de obter seu registro por força do disposto no arts. 27 e 28, IV, da Lei nº 8.906/94.

Ora, se é certo que a impetrante, bacharela em Direito, aprovada no chamado Exame da Ordem, fl. 20, está legalmente impedida de se inscrever na OAB, não parece razoável impedi-la de participar do certame, isto sem ofender o disposto no respectivo edital.

Não fosse assim, todos os bacharéis em Direito ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário estariam impossibilitados de concorrer em certames dessa natureza.

(...)

A descrição genérica de suas atribuições no Tribunal Eleitoral autoriza concluir que **a recorrente possui a necessária prática forense, conceito que desborda da atuação direta em feitos judiciais como magistrado, membro do Ministério Público e advogado, para abranger também as atividades indiretamente a eles relacionadas**. (sem grifos no original)

O Supremo Tribunal Federal, ao seu turno, até o momento apenas se manifestou em decisões monocráticas que deferiram liminares para que os candidatos fizessem a comprovação dos 3 (três) anos de "atividade jurídica" quando da posse e não da inscrição.

Porém, ainda não há nenhuma decisão que enfrente o âmago da questão. Em outras palavras, o STF ainda não aferiu o conteúdo da expressão "atividade jurídica", bem como o que poderá ser computado para tal fim, o que deve ocorrer por ocasião do julgamento da ADIn nº 3460/DF, já referida.

IV - PRÁTICA FORENSE E ATIVIDADE JURÍDICA
--

Não obstante as considerações acerca da orientação jurisprudencial, deve ser observado o fato de que a Emenda Constitucional nº 45/2004 utilizou, no texto do art. 93, a expressão “atividade jurídica” e não “prática forense”, conforme já vinha sendo exigida em alguns concursos da Magistratura e do Ministério Público.

Isso corrobora o fato de que a intenção do legislador foi a de ampliar o conjunto das atividades consideradas como experiência jurídica, já que o vocábulo “atividade” – diligência, conjunto de atos – é mais amplo que o de “prática” – maneira habitual de proceder, costume, aplicação da teoria.

A expressão “prática forense” é, em si, mais restritiva porque se refere à prática do foro, dos tribunais, ao passo que a expressão “atividade jurídica” é essencialmente ampla, uma vez que reputa a toda e qualquer ação vinculada ao Direito, ao jurídico. Assim, por exemplo, a elaboração de pareceres jurídicos a serem utilizados nas esferas particular ou administrativa não se enquadraria no conceito de “prática forense”, mas certamente se enquadraria no de “atividade jurídica”.

Se o legislador constituinte achou por bem mudar o vocábulo utilizado, significa que quis conferir ao conceito jurídico, impresso na Emenda Constitucional nº 45/2004, um conteúdo mais democrático e pluralista.

Como acima demonstrado, se o termo “prática forense”, que é mais específico, foi interpretado pelos tribunais, especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça, de maneira dilatada, considerando como tal até mesmo as atividades desenvolvidas em estágio acadêmico, por acuidade deve a nova exigência constitucional ter interpretação extensiva ainda maior.

Assim bem salientou o eminente professor LUIZ FLÁVIO GOMES:

(...) cabe prontamente observar que **o novo texto constitucional não fala em prática forense, sim, em atividade jurídica, que é conceito muito mais amplo que o primeiro**. Desde logo, portanto, não é preciso ser advogado ou estagiário da OAB para se tornar juiz ou promotor. Não é necessário ter atuado efetivamente em processos judiciais. O funcionário público impedido de advogar não está impossibilitado de se inscrever para tais funções, desde que exerça

atividade jurídica.³ (sem grifos no original)

Portanto, pode-se concluir que “atividade jurídica” é gênero, e “prática forense”, espécie. Isso gera o entendimento lógico de que aquela contém a “prática forense”, abrangendo, ainda, qualquer atividade que possa ser qualificada por jurídica.

Dessa maneira, salta aos olhos a incoerência em referir-se que a mesma é própria somente da advocacia ou das atribuições acometidas aos cargos privativos de bacharel em Direito.

Por tudo isso, o que deve ser levado em consideração é a natureza da atividade desenvolvida. É ela que deverá ditar a existência ou não de “atividade jurídica” no caso concreto.

Destarte, uma vez analisado o conceito de “atividade jurídica” tal como tem sido entendido pelos atos administrativos dos diversos órgãos da Magistratura e do Ministério Público, bem como pela jurisprudência uníssona, cumpre agora perquirir sobre a natureza das atribuições específicas dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil.

V - DAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO DE AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL
--

As atribuições do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal encontram-se previstas na Lei nº 10.593/2002, nos termos abaixo:

Art. 6º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, relativamente aos tributos e às contribuições por ela administrados:

I - em caráter privativo:

- a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário;
- b) elaborar e proferir decisões em processo administrativo-fiscal, ou delas participar, bem como em relação a processos de restituição de tributos e de reconhecimento de benefícios fiscais;

³ GOMES, Luiz Flávio. *Ingresso na Magistratura e no MP: 3 anos de atividade jurídica garantem profissionais experientes?* Última Instância, São Paulo/SP, 2005. Disponível em: <http://ultimainstancia.ig.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=9150>. Acesso em 28 de abril de 2005.

c) executar procedimentos de fiscalização, inclusive os relativos ao controle aduaneiro, objetivando verificar o cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo, praticando todos os atos definidos na legislação específica, inclusive os relativos à apreensão de mercadorias, livros, documentos e assemelhados;

d) proceder à orientação do sujeito passivo no tocante à aplicação da legislação tributária, por intermédio de atos normativos e solução de consultas; e

e) supervisionar as atividades de orientação do sujeito passivo efetuadas por intermédio de mídia eletrônica, telefone e plantão fiscal; e

II - em caráter geral, as demais atividades inerentes à competência da Secretaria da Receita Federal.

§ 1º O Poder Executivo poderá, dentre as atividades de que trata o inciso II, cometer seu exercício, em caráter privativo, ao Auditor-Fiscal da Receita Federal.

§ 2º Incumbe ao Técnico da Receita Federal auxiliar o Auditor-Fiscal da Receita Federal no exercício de suas atribuições.

§ 3º O Poder Executivo, observado o disposto neste artigo, disporá sobre as atribuições dos cargos de Auditor-Fiscal da Receita Federal e de Técnico da Receita Federal.

Mais recentemente, foi editada a Medida Provisória nº 258, de 21 de julho de 2005, que transformou a Secretaria da Receita Federal na Receita Federal do Brasil, criando a Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil, composta pelos cargos de nível superior de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Técnico da Receita Federal do Brasil.

Não obstante não tenha sido convertida em lei, a Medida Provisória aludida teve sua vigência prorrogada por 60 (sessenta) dias, a contar de 20 de setembro de 2005, estando ainda em tramitação.

A Medida Provisória nº 258/2005 dispõe sobre as

atribuições do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil⁴ da seguinte forma:

Art. 10. São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, no exercício da competência da Receita Federal do Brasil, relativamente aos tributos e às contribuições por ela administrados:

I - em caráter privativo:

a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário dos tributos e contribuições;

b) elaborar e proferir decisões em processo administrativo-fiscal, ou delas participar, bem como em processos de consulta, restituição ou compensação de tributos e contribuições e de reconhecimento de benefícios fiscais;

c) executar procedimentos de fiscalização, inclusive os relativos ao controle aduaneiro, para verificar o cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo, praticando todos os atos definidos na legislação específica, inclusive os relativos à apreensão e guarda de mercadorias, livros, documentos, materiais, equipamentos e assemelhados;

d) examinar a contabilidade de sociedades empresarias, empresários, órgãos, entidades, fundos e de contribuintes em geral, não se lhes aplicando as restrições previstas nos arts. 1.190 a 1.192 e observado o disposto no art. 1.193, todos do Código Civil;

e) auditar a rede arrecadadora quanto ao recebimento e repasse dos tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil; e

f) supervisionar as atividades de orientação ao contribuinte;

II - em caráter geral, as demais atividades inerentes à competência da Receita Federal do Brasil.

⁴ Os cargos de Auditor-Fiscal da Receita Federal e de Auditor-Fiscal da Previdência Social são transformados pelo art. 8º, da MP 258/2005, em cargos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil.

§ 1º O Poder Executivo poderá, dentre as atividades de que trata o inciso II, cometer seu exercício, em caráter privativo, ao Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil.

§ 2º Incumbe ao Técnico da Receita Federal do Brasil auxiliar o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil no exercício de suas atribuições.

§ 3º O Poder Executivo, observado o disposto neste artigo, disporá sobre as atribuições dos cargos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Técnico da Receita Federal do Brasil

Ressalte-se que os então Auditores-Fiscais da Receita Federal continuaram com as antigas atribuições, tendo, ainda, o acréscimo de outras tantas.

Não obstante, a natureza das suas atribuições não sofreu qualquer modificação, exigindo profundo conhecimento sobre as espécies tributárias, lançamento, crédito, compensação, restituição, benefícios fiscais, procedimentos, além de noções básicas de Direito Constitucional e Administrativo, dentre outros. **Não é razoável deixar de reconhecer que a maior parte das atividades dos mesmos implica em estudo, interpretação e aplicação dos dispositivos legais relativos à questão fiscal, o que se constitui, evidentemente, em típica “atividade jurídica”.**

Resta, pois, evidente que os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil desempenham atividades relacionadas diretamente à temática jurídica, capazes de significar aprendizado e experiência pessoal e profissional nas lides forenses e jurídicas.

Como ficou salientado acima, a Medida Provisória nº 258/2005 não trouxe alteração quanto à natureza das atribuições dos Auditores-Fiscais da Receita Federal. Desse modo, ainda que a referida Medida Provisória não seja convertida em lei, as competências dos mesmos continuarão representando típica “atividade jurídica”.

Não se pode deixar de notar, aliás, que **as provas para ingresso na carreira de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil exigem conhecimentos especializados de Direito Tributário, Constitucional, Administrativo e Internacional, dentre outros.**

É o que se constata do Edital ESAF nº 70, de 21 de outubro de 2005, destinado ao provimento de cargos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, do qual se extrai:

7 - DAS PROVAS DA PRIMEIRA ETAPA

7.1- Serão aplicadas três provas objetivas, eliminatórias e classificatórias, de Conhecimentos Gerais, Específicos e Especializados, relativas às disciplinas constantes dos quadros abaixo, cujos programas constam deste Edital (Anexo II):

I - ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO: TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA

1) Conhecimentos Gerais: Peso 1

D1-Língua Portuguesa

D2-Inglês ou Francês ou Espanhol

D3-Matemática Financeira e Estatística Básica

D4- Informática

2) Conhecimentos Específicos: Peso 2

D5-Direito Constitucional

D6-Direito Administrativo

D7-Contabilidade Geral

3) Conhecimentos Especializados: Peso 2

D8-Direito Tributário

D9-Direito Previdenciário

D10-Direito Internacional Público e Comércio Internacional

D11- Economia e Finanças Públicas

II - ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO: TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

1) Conhecimentos Gerais: Peso 1

D1-Língua Portuguesa

D2-Inglês ou Francês ou Espanhol

D3-Matemática Financeira e Estatística Básica

D4- Economia e Finanças Públicas

2) Conhecimentos Específicos: Peso 2

D5-Direito Tributário

D6-Direito Constitucional

D7-Direito Administrativo

D8-Direito Previdenciário

3) Conhecimentos Especializados: Peso 2

D9-Gestão de Sistemas

D10-Gestão de Tecnologia

Certamente, a experiência por eles acumulada é bem maior do que aquele advogado que patrocinou 5 (cinco) causas em um ano. E este tem sido um dos critério usados em alguns concursos para aferir o cumprimento do requisito referente à “atividade jurídica”.

Ademais, relegar a “atividade jurídica” para cargos, empregos ou funções privativas de bacharel em Direito colide com os princípios da isonomia e do livre acesso aos cargos públicos, igualmente de hierarquia constitucional.

Cumpra observar, ainda, que os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil estão impedidos de advogar, em razão do disposto na Lei nº 8.096/94, que prevê:

Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

(...)

VII - ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais;

§ 1º A incompatibilidade permanece mesmo que o ocupante do cargo ou função deixe de exercê-lo temporariamente.

Por óbvio, não seria razoável que se exigisse dos mesmos, todos impedidos de advogar, que se exonerassem dos cargos que ocupam para se dedicarem ao preenchimento do requisito do desempenho de “atividade jurídica”, porque esta é uma prática constante, relacionada às atribuições normais do cargo que ocupam.

VI - CONCLUSÕES

Considerando a normatização existente sobre a matéria, bem como a posição jurisprudencial a respeito, conclui-se que:

1) Até o presente o momento não há uma definição pacífica acerca do seja “atividade jurídica”, tendo sido a regulamentação feita por atos administrativos dos vários órgãos da Magistratura e do Ministério Público. No entanto, é iminente que essa regulamentação em nível nacional seja aprovada em breve pelo Conselho Nacional de Justiça.

2) Embora alguns atos normativos tenham apresentado interpretações restritivas, a jurisprudência pátria, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, há muito firmou-se no sentido de entender relevante para a configuração da “prática forense”, expressão que admite interpretação mais restritiva que “atividade jurídica”, somente a natureza das atribuições efetivamente exercidas.

3) Sendo a “atividade jurídica” conceito mais amplo,

BOECHAT & WAGNER

advogados associados

entendido como o desempenho material de funções relacionadas diretamente à temática jurídica, capazes de significar aprendizado e experiência pessoal e profissional nas lides forenses ou jurídicas, **é indubitável que deva ser reconhecida como tal a atividade exercida pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil.**

É o parecer, s.m.j.

Rio de Janeiro, 03 de novembro de 2005.

José Luis Wagner
OAB/RS 18.097

Carlos Alberto Boechat Rangel
OAB/RJ 64.900

Aracéli A. Rodrigues
OAB/RJ 131.708

Daiane Klöckner Strack
OAB/RS nº 56.330