

*Oldeney Sá Valente

Advogado, ex-Presidente da OAB-AM

Há dias que a Imprensa local e as mídias sociais vêm trazendo notícias da discussão que ora se trava, nos meios jurídicos locais, acerca dos requisitos exigidos dos advogados que pretendem concorrer à lista sêxtupla para o preenchimento da vaga de desembargador aberta no nosso Tribunal de Justiça.

Até onde pude entender, a controvérsia se resume na seguinte indagação: Pode a OAB, por meio de Resolução ou de Provimento, validamente criar, suprimir, ampliar e exigir do advogado que pretenda concorrer no processo de escolha requisitos novos não previstos no artigo 94 a Constituição Federal?

Com todo respeito, a questão me pareceu tão simples de ser respondida, que eu resolvi, mesmo sem ser chamado a opinar, divulgar o meu modesto entendimento sobre o assunto. E o faço arrimado nos seguintes elementares fundamentos:

Um dos princípios basilares do nosso ordenamento jurídico, guiado pelo princípio da hierarquia normativa, corolário do princípio da legalidade estrita, estabelece que a norma regulamentar não pode criar direitos, obrigações, restrições, condições ou requisitos não previstos pelo legislador no legítimo exercício do poder legiferante. Estando a matéria regulada na Constituição, aí mesmo é que não pode a lei ordinária, tampouco decreto, resolução ou provimento, a pretexto de regulamentar, criar exigências novas e impor o seu cumprimento.

Mas, não só por isso. A vedação à norma regulamentadora de inovar no mundo jurídico está alicerçada em outros princípios igualmente caros ao Estado Democrático de Direito, como, por exemplo, dentre outros, os princípios da garantia jurídica e da separação de poderes inerentes ao regime constitucional brasileiro.

Segue-se, daí, que, sob pena de violar as garantias e os direitos individuais assegurados em nossa Lei Fundamental, decretos regulamentares, resoluções e portarias administrativas não são fontes autônomas de obrigação, mas devem fiel subordinação ao comando legal, sob pena de não terem força para obrigar ao seu cumprimento.

Repita-se: pelas limitações da hierarquia normativa, o regulamento é norma inferior, e não pode modificar a lei, seja restringindo, seja ampliando suas disposições. Por isso, ao estruturar a República brasileira com base na divisão funcional do poder, a Constituição Federal é clara, ao estatuir, no rol dos direitos e garantias fundamentais, o princípio da legalidade ínsito no inciso II de seu artigo 5º, que assim estabelece: **“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”**.

No caso do quinto constitucional relativo à advocacia, os requisitos para o preenchimento de vaga aberta nos tribunais pelos advogados estão assim estabelecidos no artigo 94 da Constituição Federal: **“notório saber jurídico, reputação ilibada e mais de dez anos de efetiva atividade profissional”**, estritamente, nada mais.

Da leitura do mencionado preceito constitucional, no que concerne ao tempo de exercício da profissão, vê-se que o período superior a dez anos é o único requisito a ser exigido e aferido no certame destinado ao preenchimento da vaga, não se podendo sequer argumentar

com o princípio de reserva legal, seja absoluta, seja relativa, visto que essa possibilidade, pela cláusula **“nos termos da lei”**, não foi contemplada no mencionado dispositivo constitucional.

Portanto, não existe qualquer chance válida de modificação, restrição ou ampliação do requisito temporal, nem a criação de outros requisitos, possibilidade essa totalmente inexistente, pois sequer foi colocada no campo da reserva legal. Ou seja, se a Constituição não fixou outros requisitos, nem deixou tal faculdade à reserva legal, não pode a lei ordinária, tampouco resolução ou provimento, fixar.

A mesma inviabilidade de modificação da lei pelo seu decreto regulamentador aplica-se, por óbvio e igualmente, ao provimento ou resolução. Também esses mecanismos normativos, inferiores à lei, não a podem alterar, muito menos mudar ou extravasar o preceito constitucional, instituindo obrigações e critérios novos para o exercício dos direitos estabelecidos na fonte primária do sistema normativo, menos ainda se, por meio de artifícios interpretativos, buscar-se ocultar desvios de finalidade, casuísmos, privilégios, discriminações, preferências ou caprichos pessoais contrários ao ordenamento jurídico.

Ademais, da forma como redigido, com dicção inequívoca e enxuta, o artigo 94 da Constituição Federal enquadra-se na categoria de norma de eficácia plena, segundo a classificação proposta pelo eminente Constitucionalista Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA. Por conseguinte, o aludido dispositivo consubstancia uma norma autoaplicável, acabada, que se basta por si mesma, sem necessidade de lei posterior regulamentadora para lhe completar o alcance e o sentido, podendo ser aplicada diretamente e, assim, produzir seus efeitos sem necessidade de qualquer complementação legislativa.

Nessa linha de pensamento do festejado Mestre do Direito Constitucional Brasileiro, podemos dizer que o artigo 94 da Constituição da República, ao estabelecer os requisitos materiais que o advogado deve possuir para poder compor a lista sêxtupla do quinto constitucional, produziu, desde sua entrada em vigor, o completo efeito normativo que o legislador constituinte, de modo claro, objetivo e preciso, entendeu suficiente para regular o certame, inclusive quanto ao tempo de atividade profissional objeto da discussão.

Como é de sabença elementar, mesmo que, embora sem necessidade, exista lei regulamentadora, esta não pode criar limitações ou restrições à aplicação da norma constitucional de eficácia plena.

Logo, não há possibilidade alguma de, mediante provimento, resolução ou qualquer outro mecanismo normativo, criar-se requisitos novos que importem em restrições de direito ao advogado que preencha os três únicos requisitos exigidos pela Constituição da República.

Tanto assim é que, atento a essa peculiaridade da norma constitucional de eficácia plena, ao tratar da competência do Conselho Federal, a Lei 8.906, de 4/7/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB), no seu artigo 54, reza que a lista sêxtupla para o preenchimento dos cargos nos tribunais judiciários de âmbito nacional ou interestadual será formada com advogados que **estejam “em pleno exercício da profissão”**.

É claro que o tempo de exercício da profissão precisa ser por mais de **“dez anos de efetiva atividade profissional”** desempenhada na prática de atos privativos de advocacia, nos exatos termos em que dispôs o legislador constituinte, isto é, sem qualquer exigência de ser esse tempo ininterrupto e imediatamente anterior à publicação do edital do certame. Basta ver e ler, com a indispensável isenção, o artigo 94 da Lei Maior.

No caso de lista sêxtupla para preenchimento de cargos nos tribunais estaduais, a Lei 8.906, de 4/7/1994, sem fazer remissão ao requisito temporal fixado na Constituição Federal, apenas manda observar o Provimento do Conselho Federal (art. 58, XIV, do EAOAB).

Contudo, é certo que o Provimento do Conselho Federal da OAB, por ser norma de categoria inferior, não pode contrariar o que a Lei Fundamental, de modo incontestável, estabeleceu. É dizer, em suma: no caso em exame, o poder de regulamentar a norma legal não pode transbordar na criação de exigências ou requisitos, inclusive de natureza temporal, além daqueles taxativamente previstos, em *numerus clausus*, no artigo 94 da Constituição Federal.

Em abono desse entendimento poder-se-ia perscrutar a extensa doutrina e a jurisprudência do Direito Constitucional e, com base nelas, escrever centenas de páginas sobre o tema, principalmente porque sempre haverá quem queira aprofundar e examinar a questão sob outros diferentes aspectos que ela possa comportar e que devem mesmo ser vários.

Mas, sem querer ser dono da verdade, pensamos que, ante a clareza ofuscante da norma constitucional, não é preciso maior esforço, melhor dizendo, nenhum esforço, para se chegar à conclusão correta.

Com efeito, sem necessidade de alta indagação jurídica, pode-se dizer que a questão se resolve na própria dicção inequívoca e objetiva do examinado artigo 94 da Constituição Federal, que, de modo bem nítido e inteligível, estabelece, exatamente, o único requisito temporal a ser preenchido pelo advogado pretendente a concorrer no processo seletivo da lista sêxtupla do quinto constitucional, a saber: **contar “mais de dez anos de efetiva atividade profissional”, o que pressupõe a prática de atos privativos de advogado por tempo superior a uma década, que tanto pode ser tempo ininterrupto como descontínuo ou intermitente.**

Ressalte-se que estas breves considerações não incursionam sobre se a norma constitucional analisada é justa ou injusta, se está certa ou errada, se beneficia ou prejudica esse ou aquele candidato. Tais nuances, essas outras, demandariam análise ainda mais aprofundada do problema. Mas este não é o objetivo desta específica e singela apreciação.