

Inscrição de estrangeiros nos quadros da OAB e a exigência inconstitucional da reciprocidade

ARX TOURINHO

Professor de Direito Constitucional da
UFBa. Procurador da República. Con-
selheiro da OAB-Ba.

SUMÁRIO

- 1 — Pressupostos de inscrição no quadro de advogados da OAB.
- 2 — O parágrafo único do art. 48 da Lei n.º 4.215/63.
- 3 — A OAB e a decretação de inconstitucionalidade.

1 — A Lei n.º 4.215, de 27-4-1963, denominada, geralmente, com propriedade, Estatuto da OAB (referência ao vocábulo *status*), impõe ao estrangeiro, através do art. 48, sete pressupostos para inscrição no quadro dos advogados. São eles: *a*) capacidade civil, que pela nossa lei civil se adquire aos 21 anos de idade, desde que não se configurem as hipóteses dos arts. 5º e 6º do Código Civil; *b*) diploma de bacharel ou doutor em Direito, formalizado de acordo com a lei; *c*) certificado de comprovação de exercício e resultado de estágio ou de habilitação no Exame da Ordem; *d*) não exercício de cargo, função ou atividades incompatíveis com a advocacia; *e*) inexistência de condenação definitiva, em processo criminal, a não ser que o delito pelo qual foi condenado o agente não importe em incapacidade moral; *f*) inexistência de conduta incompatível com o exercício profissional da advocacia; *g*) reciprocidade de tratamento a bacharel brasileiro pelo país de origem do estrangeiro.

Esse último pressuposto está delineado no parágrafo único do referido dispositivo legal e de tal forma é colocado que se sobrepõe a todos os outros pressupostos. Isto é, o bacharel estrangeiro, satisfazendo os pressupostos (a lei denomina requisitos) alinhados até à letra f, só poderá obter inscrição se seu país de origem admitir, também, a de brasileiros, em condições iguais.

É esse pressuposto que se tornou alvo de nossas atenções, quando tivemos oportunidade de apreciar, na Seccional baiana da OAB, um pedido de inscrição, formulado por uma bacharela de nacionalidade belga, diplomada por universidade brasileira.

2 — O parágrafo único do art. 48 da lei em foco estabelece de forma expressa:

“Satisfazendo os requisitos deste artigo, o estrangeiro será admitido à inscrição nas mesmas condições estabelecidas para os brasileiros no seu país de origem, devendo exhibir diploma revalidado, quando não formado no Brasil.”

Os “requisitos” a que se refere esse dispositivo são aqueles deliencados no item anterior.

A interrogação fulcral que se põe é relativa à constitucionalidade dessa norma, em sua *primeira parte*, quando condiciona a inscrição do bacharel estrangeiro, no quadro de advogados, à existência de tratamento idêntico para brasileiros, no seu país de origem.

A referida norma surgiu na vigência da Constituição Federal de 18-9-1946, que trazia, no seu bojo, o art. 141, § 14:

“É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.”

O vigente Texto Constitucional, tantas vezes emendado, mas nem por isso inválido, repete, no art. 153, § 23, o conteúdo normativo do dispositivo da nossa quarta Constituição republicana, com uma única diferença: ampliou a liberdade de exercício para qualquer trabalho ou ofício, mantendo a expressão “profissão”.

A norma constitucional, assim, proclama a liberdade de profissão (o que interessa *in casu*), deixando margem à lei ordinária para estabelecer “condições de capacidade” que deverão ser preenchidas pelo postulante à profissão que pretenda exercer.

Faz-se mister que se procure fixar o sentido da expressão “condições de capacidade”.

O termo capacidade tem, no sentido técnico-jurídico, conceituações diversas, segundo se verifique no campo do direito civil, penal, tributário, processual ou constitucional propriamente, mas há um ponto comum que reflete o mesmo sentido da expressão em qualquer ramo do direito, ou seja, aptidão, poder etc.

L. JORDANA DE POZAS e O. MERLIN, tratando do verbete "capacité", apresentam várias expressões, envolvendo este termo que, no fundo, têm significações semelhantes: "capacité de droit", "capacité d'ester en justice", "capacité de la femme mariée", "capacité de Jouissance", "capacité d'exercice" e "capacité électorale" (1). Vê-se, nestas expressões, que todas elas se referem a aptidão para alguém exercer algo; alude-se a poder. Do ponto de vista estritamente jurídico é assim. Mas não é só. É regra de interpretação constitucional, formulada por LINARES QUINTANA, com base na jurisprudência, de que "Las palabras que emplea la Constitución deben ser entendidas en su sentido general y comun, a menos que resulte claramente de su texto que el constituyente quiso referirse a su sentido legal técnico" (2). Do mesmo entender é THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, quando doutrina que "as palavras devem ser tomadas em seu sentido usual, considerando-se como tal o seu sentido técnico, quando utilizadas com esse objetivo" (3).

CARLOS MAXIMILIANO, um dos maiores hermenutas deste País, já doutrinou:

"Supõe-se que não foi a Constituição escrita em linguagem arvezada e difícil, inçada de termos técnicos, e, sim, em estilo simples, claro, chão, como uma obra do povo, adotada pelo povo e pelo mesmo povo lida e observada. Não prevalecerá, portanto, exegese nenhuma em desacordo com o sentido comum da letra expressa da lei, muito embora se invoque o elemento histórico, ou o chamado Direito Natural." (4)

Colocado em suas devidas proporções o último parágrafo do trecho transcrito acima, pois é indubioso que a Lei Maior, por vezes, e não poucas vezes, emprega termos técnico-jurídicos (aí estão, *verbi gratia*, os termos *imposto, taxa, contribuição de melhoria*), não há negar-se que a doutrinação do constitucionalista pátrio é perfeita.

Sendo assim, analisando-se o termo "capacidade", no sentido da linguagem comum, verifica-se que sua significação é relativa a aptidão, habilidade, poder etc. (V. CALDAS AULETE, FRANCISCO BUENO, A. BUARQUE DE HOLANDA.)

No sentido técnico ou comum, o termo não se transmuda, como visto, de modo que a exegese se pode dar em ambas direções que desembocará no mesmo estuário.

O dispositivo constitucional sob enfoque só permite à lei fixar "condições de capacidade", mas a Lei nº 4.215, no parágrafo único do art. 48,

(1) *Dictionnaire Juridique*, Paris, Editions de Navarre.

(2) *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, tomo II, pág. 474.

(3) *Do Controle de Constitucionalidade*, Rio, Forense, 1966, pág. 47.

(4) *Comentários à Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro. 4.^a ed., 1948. vol. I, Livraria Freitas Bastos, pág. 133.

estabelece uma condição que, a nosso ver, inteiramente convencido, não é de *capacidade*.

Afirma o grande PONTES DE MIRANDA, tratando dos pressupostos de capacidade para o exercício de profissão:

“A lei pode estabelecer pressupostos necessários (*subjetivos*) para o exercício (do direito) de qualquer profissão. Há direito de livre escolha de profissão, mas só se pode exercer a profissão escolhida se se satisfazem os pressupostos que a lei exigir. A permissão, título, licença, ou o que seja, não têm a mesma natureza.” (5) (*Grifamos.*)

Os pressupostos a que se refere o doutrinador (condições, no direito positivo) devem ser de ordem *subjetiva*. E não é de tal natureza a condição imposta pelo parágrafo único do art. 48 da Lei nº 4.215/63, quando exige, para permitir a inscrição de alienígena, que haja reciprocidade de tratamento a brasileiros, no seu país originário, ou seja, só pode ser admitida a inscrição de um estrangeiro no quadro de advogados, se o país, ao qual está vinculado político-juridicamente o pleiteante, conceder tratamento idêntico a brasileiros. Foge, pois, a condição a qualquer aspecto de natureza *subjetiva*. Não se refere a um pressuposto de ordem pessoal que se possa avaliar em relação a um indivíduo determinado, a um bacharel especificamente. Trata-se de uma condição *impessoal e objetiva*, à toda evidência. O bacharel estrangeiro pleiteante não preencherá esta “condição de capacidade”, a não ser que o seu Estado de origem haja legislado, *objetivamente*, no sentido de aceitar inscrição de brasileiros. A condição é, pois, de natureza objetiva e não poderá, jamais, ser pesquisada em relação ao candidato, mas apenas e tão só, de referência ao direito legislado de seu país.

Quando o constituinte pretendeu conceder ao legislador ordinário a faculdade de impor outras condições que não as referentes à capacidade, o fez expressamente.

Um vôo de pássaro na trajetória constitucional do dispositivo que tem por conteúdo a liberdade profissional, no nosso País, leva-nos a essa conclusão.

A Constituição de 16-7-1934 dispôs no art. 113, nº 13:

“é livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e *outras que a lei estabeleça, ditadas pelo interesse público*” (*grifamos*).

Note-se que o preceito trata de “capacidade técnica” e de outras condições que sejam reclamadas, apenas, pelo “interesse público”. Se a Lei Magna não expressasse a última parte que grifamos, evidente que o legislador ordinário ficaria restrito à imposição, apenas, de “condições

(5) Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 2.ª ed., 1974, tomo V, pág. 537.

de capacidade técnica". A liberdade, maior ao legislador e menor ao exercício da profissão, foi prevista pela parte final do dispositivo.

A Constituição de 10-11-1937, como também pretendesse outorgar ao legislador comum a faculdade de impor condições outras que não as referentes à "capacidade técnica", ampliou o conceito de "capacidade", subtraindo o adjetivo "técnica" que a qualificava, de modo que a capacidade a ser condicionada não seria, apenas, a técnica, mas, também, *exempli gratia*, a civil, moral, ética (*lato sensu*), social etc. Além disso, para conceder maior raio de ação ao legislador, estabeleceu que poderiam ser fixadas "restrições impostas pelo bem público".

Por aí se vê que o constituinte de 1967 só pretendeu que fossem produzidas pelo legislador ordinário condições de capacidade. Outro tipo de condição lhe é vedado.

Sendo assim, o parágrafo único do art. 48 do nosso Estatuto apresenta uma *inconstitucionalidade* do tipo *material*, pois violou-se um conteúdo constitucional impossível de sofrer restrição.

É manifesta a inconstitucionalidade, distinguindo a lei, onde não o quis o constituinte, ao lado de criar perplexidade, já que a legislação admite que o estrangeiro aqui estude em curso superior, obtenha grau, permaneça em nosso território e, entretanto, não desempenhará a profissão que pretendeu abraçar, porque, acidentalmente, ou não, a legislação de seu país não deu tratamento igual aos brasileiros.

O ilustre CLÓVIS RAMALHETE, em parecer sobre pedido de inscrição de bacharel estrangeiro, entendeu que o termo técnica, qualificador da expressão capacidade, termo que foi supresso na Constituição vigente, dava margem a que a palavra capacidade abrangesse, também, a nacionalidade, ou seja, que o legislador, com base na expressão constitucional, pudesse fixar condições de nacionalidade.

Mas, ainda que *ad argumentandum tantum* se desse ao termo capacidade esta abrangência indevida e injustificada, o dispositivo estatutário não estaria a salvo da mácula de inconstitucionalidade, já que desnivelaria estrangeiros que estivessem no mesmo plano, em razão tão só da legislação de reciprocidade.

O tratamento desigual entre nacionais e estrangeiros obtém o respaldo constitucional, mas, idêntica asserção inibimo-nos de proferir, quando estão colocados, no mesmo nível, dois ou mais alienígenas, em situações jurídicas iguais. A circunstância ocasional do país de um deles inadmitir reciprocidade relativa a nossos nacionais não torna esse estrangeiro em posição jurídica diversa daqueloutro.

A luz do art. 153, § 1º, da Constituição Federal, o princípio da igualdade de todos (igualdade de estrangeiros) estaria atingido.

O parágrafo único do art. 48 da Lei nº 4.215/63 é inconstitucional.

3 — Demonstrada a inconstitucionalidade da norma legal, resta-nos adentrar no segundo aspecto que, de início, chamáramos atenção, qual

seja o da possibilidade de um órgão de caráter ajurisdicional declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo de lei e, por via de consequência, deixar de conceder-lhe aplicação.

Nos Estados Unidos da América, necessitou-se de um lento evoluer para se chegar à cristalização do entendimento de que cabia ao Poder Judiciário a tarefa de exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos. Essa definitividade foi alcançada, em 1803, quando a Suprema Corte, julgando a questão *MARBURY versus MADISON*, tendo como relator o excepcional juiz *MARSHALL*, assentou, naquele presente, com vistas ao futuro, que:

“Assim, se uma lei opuser-se à Constituição e se ambas, a lei e a Constituição, aplicam-se a um caso particular, de modo que a Corte deva decidir aquele caso conforme a lei desrespeitando a Constituição ou respeitá-la, recusando a lei, a Corte deve determinar qual destas regras em conflito governa o caso; isto é da própria essência do dever judiciário” (6).

No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade estabeleceu-se, seguindo a trilha delineada pela alta Corte americana, de modo que se prescindiu, aqui, da prática jurisprudencial. A consagração do sistema judicial se deu, implicitamente, através da Carta Constitucional de 1891 e, de forma expressa, pela Lei nº 221, de 20-11-1894.

O sistema não sofreu qualquer alteração até à hodiernidade, de maneira que cabe o controle de constitucionalidade, no Brasil, ao Poder Judiciário, a qualquer de seus órgãos jurisdicionais, segundo a quase unanimidade dos doutrinadores, pois para poucos só os órgãos colegiados que se põem nas cúspides dos Judiciários, federal e estadual, teriam competência controladora!

Em razão do sistema judicial, grande parte da doutrina verbera contra a possibilidade de quaisquer dos Poderes, Legislativo e Executivo, por seus órgãos, declararem inconstitucionalidade de leis.

Pronuncia-se **ALFREDO BUZAI**D:

“O poder de decretar a inconstitucionalidade das leis, no Brasil, compete privativamente ao Judiciário. Não o pode exercer o Legislativo, porque lhe é vedado ser juiz em causa própria; aliás a sua função consiste em elaborar ou revogar leis, não em apreciar a sua validade. Também não o pode exercer o Executivo, pois isso o tornaria superior ao Congresso” (7).

No mesmo sentido são as lições de **THEMÍSTOCLES CAVALCANTI**, **JOSÉ AFONSO DA SILVA** e outros eminentes constitucionalistas.

(6) *Decisões Históricas da Corte Suprema*, de Carl Swisher, Rio de Janeiro, Forense 1964, págs. 11 e 12.

(7) *Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. S. Paulo, Ed. Saraiva, 1958, pág. 41.

Há autores, entretanto, como LÚCIO BITTENCOURT, que entendem de modo diverso. Esclarece, criticando posição de OSCAR SARAI-VA, dizendo:

“Damos-lhe razão, apenas, quando nega aos funcionários administrativos competência para se recusar a aplicar uma lei sob alegação de sua inconstitucionalidade. É que a sanção presidencial afasta qualquer possível manifestação dos funcionários administrativos, que não dispõem do exercício do *poder executivo*” (8).

De logo, afastamos esse ensinamento de LÚCIO BITTENCOURT, pois a sanção do Chefe do Executivo não é sinete insofismável de constitucionalidade de uma lei. Se a ordem de um Chefe de Estado é baseada em uma lei inconstitucional, essa ordem é ilegal e ninguém está obrigado a agir contra a lei, nem mesmo o obscuro funcionário administrativo...

JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO, embora afirme que “a guarda da Constituição incumbe a todos os Poderes, não é privilégio do Poder Judiciário” (9), manifesta que:

“Somente às altas autoridades e aos órgãos de cúpula do aparelhamento estatal se deve outorgar essa competência negativa, do não cumprimento, da não aplicação” (10).

CARLOS MAXIMILIANO foi dos autores nacionais que apreciou a matéria com singular propriedade.

Prelecionou em seus *Comentários à Constituição Brasileira*:

“A função de interpretar a Lei Fundamental não incumbe a um só dos Poderes, ou órgãos da soberania nacional, e, sim, aos três. Se naquele particular se atribuiu a supremacia do Judiciário, não foi para que ele impusesse aos outros a sua exegese, e, sim, para que evitasse ou corrigisse interpretações claramente forçadas, contrárias a toda evidência. Ele não intervém quando o Executivo e, sobretudo, o Legislativo *usam* do seu direito de interpretar o código básico; e, sim, quando *abusam*. Por isso os escritores de Direito Público exigem que o litigante, ao arguir a inconstitucionalidade, prove o prejuízo que a mesma lhe causa, sob pena de não ser atendido.” (11)

RUY BARBOSA NOGUEIRA também faz lúcido pronunciamento:

“O que os tribunais administrativos não podem é exercer o *controle “jurisdicional”* de constitucionalidade, porque o prin-

(8) *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, Rio de Janeiro, Forense, 2.^a ed., 1968, pág. 92.

(9) *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*, S. Paulo, Ed. Rev. Trib., 1968, pág. 113.

(10) *Op. cit.*, pág. 114.

(11) *Op. cit.*, pág. 157.

cípio assente é de que cabe privativamente ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (Const., art. 200), como função “jurisdicional”, o que é muito diferente do dever que têm todas as autoridades judicantes de não aplicar lei ou decreto contrário à Constituição e, portanto, a obrigação preliminar de examinar a lei em cotejo com a Constituição” (12).

O Judiciário nacional aceita a tese de que o Executivo pode deixar de aplicar a lei tida como inconstitucional (v. JOSÉ AFONSO DA SILVA — *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1976, vol. I, pág. 22).

É, sem dúvida, o proceder mais consentâneo e lógico. Não se poderia admitir que um órgão administrativo, diante de um dispositivo de lei inconstitucional, o aplicasse, preterindo a norma que se coloca no ápice da estrutura hierárquica do ordenamento jurídico nacional, na teorização de HANS KELSEN, para dar guarida a uma norma inferior.

Havendo duas normas jurídicas hierarquicamente diversas, uma superior à outra, apresentando-se antagonicamente, de forma inconciliável, é irrefutável o acerto do órgão administrativo que deixa de aplicar a norma derivada.

O princípio da supremacia da Constituição, que todo sistema de Constituição rígida há de adotar, não comporta a acomodação de norma “legal” inconstitucional, e toda vez que a administração pública se defronte com uma norma que apresenta este vício insanável, a ela deverá recusar aplicação, fazendo valer o princípio prefalado.

Quando se afirma que o sistema de controle de inconstitucionalidade é judicial, quer-se reservar ao Poder Judiciário a competência para declarar, em última invocação, sobrepondo-se a qualquer pronunciamento em sentido contrário do Legislativo ou do Executivo. Vale dizer, se o Judiciário declara constitucional uma norma legal que o Executivo deixou de aplicar por considerá-la inconstitucional, há de prevalecer a decisão jurisdicional. O inverso, ou seja, o Judiciário declara inconstitucional o que o Executivo entendeu como constitucional, é verdadeiro, também.

No caso *sub examen*, sendo o parágrafo único do art. 48 da Lei nº 4.215/63 inconstitucional, cabe a qualquer dos órgãos competentes da OAB, que a integram, negar-lhe aplicação. A função será meramente administrativa. A matéria, entretanto, não se esgotará, nesse âmbito, se levada ao seio do Judiciário, pois cabe-lhe, como poder exercente do controle de constitucionalidade, ditar o direito aplicável. Sua função será jurisdicional.

(12) *Da Interpretação e da Aplicação das Leis Tributárias*, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1963, pág. 50.