

Dra. Carla Silvana Ribeiro D Avila

Exmo(a) Sr(a) Dr(a) Juiz(a) Titular da ____ Vara Federal da Seção Judiciária de Porto Alegre do Estado do Rio Grande do Sul.

RE 603583 - 6/210



2007.71.00.039034-2

2007.71.00.039034-2

JOÃO ANTONIO VOLANTE, CPF nº 195.443.750-15, C.I. 5009604009 – SJS/RS, brasileiro, casado, bacharel em direito, residente e domiciliado à Rua Comendador Coruja, 417/303 – Bairro Floresta – Porto Alegre/ RS, vem respeitosamente perante V. Exa, por sua Advogada que esta subscreve, habilitada na forma da Lei, conforme mandato incluso (DOC. 1), propor a presente **AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO c/c IMISSÃO DE POSSE com pedido de antecipação dos efeitos da tutela**, na forma do art. 3º, 4º, I, Parágrafo Único, 282 e seguintes, 273, I, 486, 355, 359, 798, 926, do CPC e com esteio nos arts. 2º, 3º, 7º, 8º, 9º, 11, 21, 24, 28, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção nº. III da OIT, de 25/06/58, regulamentada pelo Decreto nº. 62.150, de 19/01/68; arts. 1º, II, IV, V, Parágrafo Único; 2º; 3º; I, IV; 4º; II, VI, VII; 5º, “caput”, II, IV, IX, XIII, XVII, XX, XXXIV, “a”, XLI, LV, LXXIV, LXXVIII, §§1º e 2º; arts. 6º, 7º, XXXIV; 12, I, “a”, 21, II, XVII, XXIV, 22, XIII, XVI, XXIV, arts. 37 “caput”, 84, IV, 85, III, 87, II e IV, 90, II, 93, I, 102, III, “a”, 103, VII, 109, I, III, 133, 170, Parágrafo Único, 193, 205, 206, VII, 207, todos da Constituição Federal, os arts. 15 e 20, I e IV, da Lei nº. 8.884, de 11 de junho de 1994, arts. 1º, 2º, I, II, III, IV, VI, VII, IX, X, XI, 5º, §§ 3º, 4º e 5º; VII, 13, III, 16, 39, 43, I, II, V, VI, 44, II, Parágrafo Único, 47, §§2º, 4º, 48, 50, 53, VI, X, 61, I, da Lei nº 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996, arts. 8º, da CLT, art. 2º, §1º, art. 3º, 5º, do Decreto-Lei nº 4.657/42, art. 1º, 2º, 11, 12, art. 166, IV, V, VI, 186, 394, 422, 423, 424, 667, do CC, contra ato (Provimento nº. 109/2005) do **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL**, pessoa jurídica, inscrito no CNPJ sob o nº. 33.205.451/0001-14, com sede na SAS, Quadra 05, Lote 01, Bloco M, Brasília/DF, CEP 70070-939, requerendo integrar a lide a **UNIÃO FEDERAL**, pessoa jurídica de direito público, **que poderá ser citada na pessoa de seu Procurador Geral, com endereço na SAF Sul Quadra 4 – conjunto C – Brasília/DF**, pelas razões de fato e de direito que passa a aduzir:

I - DOS FATOS E DO DIREITO

Visando a habilitação em bacharelado em direito, o autor ingressou na Universidade Luterana do Brasil – ULBRA/Canoas/RS, tendo colado grau em 06.10.07. Conforme certificado de conclusão do curso, o autor foi aprovado em todas as disciplinas.

O **Autor** que concluiu o curso de Direito, curso este reconhecido conforme Portaria da Autoridade Competente, tendo cumprido todas **formalidades** previstas em lei, **que não violam a Constituição Federal de 1988**, e realizado sua Colação de Grau em solenidade pública, esta apto a exercer sua profissão, ou seja, a Advocacia. No entanto, esbarra no **EXAME DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL**.

O **Autor** encontra-se em sério prejuízo moral, econômico e social: a) moral, dada a frustração de realizar todos atos necessários para conseguir o Bacharelado em Direito e, ao final, não poder exercer a advocacia, **apenas por deixar de cumprir o único ato que, ato este flagrantemente inconstitucional**; b) econômico, pois sem sombra de dúvida que a Carteira Profissional abre as portas do caminho profissional; c) social, pois a participação efetiva na sociedade, como conhecedor e aplicador do Direito, resta obstaculizada em razão da omissão da ré que se nega a conceder a Carteira Profissional ao **Bacharel em Direito** antes de prévia aprovação no EXAME DE ORDEM.

Ocorre que, da mesma forma que qualquer profissional quando se forma e recebe seu DIPLOMA não está obrigado a prévia aprovação em EXAME semelhante, posto que o seu DIPLOMA já é garantia suficiente de que está apto para exercer a sua profissão, podendo, inclusive, requerer, à sua Entidade de Classe Profissional, a sua respectiva Carteira Profissional tão logo obtenha seu DIPLOMA, independentemente de ter sido ou não aprovado em EXAME semelhante, assim também deve ocorrer, **em igualdade de condições**, com o **Bacharel em Direito**, ou seja, este último deve ter o mesmo direito de requerer, à sua Entidade de Classe Profissional tão logo obtenha seu DIPLOMA, a sua respectiva Carteira Profissional, independentemente de ter sido ou não aprovado em EXAME DE ORDEM.

Se o **Bacharel em Direito**, ao contrário de todos demais profissionais, não é considerado apto para exercer a sua profissão, a Advocacia, após receber seu DIPLOMA, ao menos, deveria ser considerado presumivelmente apto a exercê-la até prova em contrário, ou seja, até sobrevir sentença condenatória que prove ser ele inapto para exercer a Advocacia, senão estaria cometendo-se violação expressa e indubitável dos seguintes princípios constitucionais:

1º) Princípio da Presunção da Inocência (art. 5º, inc. LVII, da CF/88): o **Bacharel em Direito** não será considerado inapto para exercer a advocacia até o trânsito em julgado de sentença condenatória que prove ser ele inapto;

2º) Princípio do Devido Processo Legal (art. 5º, inc. LIV, da CF/88): o **Bacharel em Direito** não será privado da liberdade de exercer sua profissão, a Advocacia, sem o devido processo legal;

3º) Princípio do Contraditório e Ampla Defesa (art. 5º, inc. LV, da CF/88): aos acusados em geral (como, por exemplo, o **Bacharel em Direito** acusado de ser incompetente e inapto para exercer a Advocacia antes sequer de poder exercê-la para demonstrar se tem ou não fundamento esta acusação), são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Portanto, o Bacharel em Direito tem o DIREITO de receber sua Carteira Profissional para poder exercer, devida e regularmente, a Advocacia, independentemente de prévia aprovação em EXAME DE ORDEM, posto que é no exercício da Advocacia que sua respectiva Entidade de Classe Profissional terá condições de avaliar e provar, mediante o devido processo legal, onde deverá ser assegurado o contraditório e ampla defesa.

É bom ressaltar que, em Direito Constitucional, não se admite tratamento desigual entre universitários após cumprirem com todas exigências de suas respectivas Instituições de Ensino Superior, e, também, não se admite presunção em prejuízo dos universitários de um curso específico, como o de DIREITO, no qual, apenas neste curso, os universitários de direito são taxados, antes sequer de exercer a Advocacia, de “incompetentes” ou “inaptos” para o exercício da mesma.

Observe-se que tal exigência só abarca o curso de DIREITO, violando claramente o princípio constitucional da igualdade, pois, por exemplo, o universitário do Curso de Medicina da UFBA que se forma na UFBA, após ter cumprido com todos requisitos exigidos pela UFBA, é considerado apto para exercer sua profissão, a Medicina, todavia o universitário do Curso de Direito da UFBA que se forma na UFBA, após ter cumprido com todos requisitos exigidos pela UFBA, não é considerado apto para exercer sua profissão, a Advocacia. Por que se dar este tratamento evidentemente diferenciado e indubitavelmente inconstitucional? Por uma razão simples: o Médico cuidará apenas do bem de “MENOR” importância CONSTITUCIONAL, a VIDA do SER HUMANO, enquanto que o Advogado cuidará do bem de “MAIOR” importância CONSTITUCIONAL, o PATRIMÔNIO do SER HUMANO. Este último, sim, MERECEDOR de proteção MÁXIMA pela nossa tão propalada Constituição Federal de 1988 que se for interpretada no sentido de continuar a admitir e embasar tal absurdo, não declarando a inconstitucionalidade da prévia aprovação no EXAME DE ORDEM, no mínimo, deveria ser taxada de incongruente, irrazoável, hipócrita, conivente e subserviente aos interesses de uma determinada Classe Profissional, dos Advogados, ávidos por obstaculizar a entrada no seu mercado de novos profissionais e potenciais concorrentes, garantindo apenas para seus membros, os Advogados, sua exclusiva reserva de mercado, excluindo os Bacharéis em Direito que convenientemente não podem ser considerados Advogados enquanto não forem previamente aprovados no inconstitucional EXAME DE ORDEM.

Os universitários são submetidos a diversas avaliações promovidas pelas suas respectivas Instituições de Ensino Superior, tendo, inclusive, alguns Cursos já sido reconhecidos conforme Portaria da Autoridade Competente, não fazendo o menor sentido dar-se validade apenas à avaliação do referido “EXAME”, como se a avaliação deste “EXAME” fosse capaz de comprovar a aptidão do formando e as institucionais não, pois, de outra forma, estaria colocando sob suspeita as avaliações institucionais anteriormente realizadas sem qualquer prova de que estas últimas: 1) foram corrompidas e, portanto, inválidas; ou 2) demonstram-se ineficazes para comprovação da aptidão profissional ou 3) são inferiores ou

menos eficazes para comprovação da aptidão profissional do que a avaliação deste "EXAME"; bem como colocando sob suspeita a credibilidade da própria Autoridade Competente quando esta, inclusive, já reconheceu o Curso, a não ser que o reconhecimento do Curso seja feito de maneira aleatória e irresponsável, sem o mínimo de critério quanto à qualidade dos profissionais que se formaram.

Ressalte-se, ainda, que a própria lei que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB (Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994) prevê quais são as sanções disciplinares para o Advogado, ou seja, já existem mecanismos legais para, inclusive, excluir o Advogado inapto para exercer a Advocacia, respeitando, é claro, o devido processo legal e o direito ao contraditório e ampla defesa, o que não se respeita ao taxar o Bacharel em Direito como inapto para exercer a Advocacia antes sequer de exercê-la e, por isso, obrigá-lo a obter previamente a aprovação no EXAME DE ORDEM para, só assim, adquirir o direito de receber sua respectiva Carteira Profissional, por pura suposição que o mesmo não estava apto para exercer a Advocacia quando obteve o seu DIPLOMA, violando também o princípio constitucional da presunção de inocência.

Em virtude de expressas disposições constitucionais, previstas no art. 5º, caput, e incisos LIV, LV e LVII, da Constituição Federal, que tratam, respectivamente, dos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa e da presunção de inocência, evidente que tal ato veementemente perpetrado pela ré viola os referidos direitos e garantias fundamentais, que sequer poderiam ser objeto de deliberação de emenda tendente a aboli-los, conforme está expressamente previsto no art. 60, §4º, da Constituição Federal, quanto mais restringidos por lei infraconstitucional.

O Autor faz jus à concessão definitiva de sua Carteira Profissional por já ter cumprido com todos requisitos previstos em lei que não violam a Constituição Federal, bastando que o mesmo comprove a efetivação destes requisitos com a apresentação e entrega de toda documentação necessária à ré, exceto a comprobatória de aprovação prévia em EXAME DE ORDEM por se tratar de exigência indubitavelmente inconstitucional.

Destarte, diante das razões acima expostas, já resta clara a inconstitucionalidade da exigência deste EXAME DE ORDEM, razão pela qual deve ser aceita a concessão definitiva da Carteira Profissional ao Bacharel em Direito.

Ora, se há o preenchimento de todos requisitos legais que não violam a Constituição Federal de 1988, por que a ré não concede a Carteira Profissional ao Bacharel em Direito?

A alegação de exigência de prévia aprovação em EXAME DE ORDEM a ninguém convence. O EXAME DE ORDEM é inconstitucional e de maneira nenhuma pode vir a prejudicar um contingente tão grande de Bacharéis em Direito que desejam regularizar sua situação e ingressar no mercado de trabalho.

O fato é que a expedição da Carteira Profissional é ato vinculado: se o universitário cumpre com suas obrigações estudantis, integraliza os créditos curriculares exigidos, comparece à solenidade de colação de grau e recebe o **Certificado** e, posteriormente, o **Diploma**, tem a ré a **OBRIGAÇÃO** de fornecer-lhe a Carteira Profissional.

A recusa da ré fere direito do Autor. **Não há qualquer justificativa constitucional** que lhe permita comportar-se de maneira a negar a concessão da **Carteira Profissional** perseguida pelo já **Bacharel em Direito**.

Ora, se dele é a obrigação legal pela prática do ato, se preenchidos estão os requisitos legais, **que estejam em conformidade com a Constituição Federal de 1988**, para que o **Bacharel em Direito** obtenha a **Carteira Profissional**, e se temos um caso típico de ato vinculado, qual o motivo da negatória tão absurda? Não há! A ré pode e deve conceder ao **Bacharel em Direito** a sua **Carteira Profissional**, sob pena de infame omissão.

O Autor esforça-se durante um mínimo de cinco anos, sofre em ter que cumprir com todos requisitos exigidos para poder concluir o curso, além de ser submetido a uma série de avaliações avaliadoras de sua aptidão profissional.

É demais que, a essa altura de sua vida, quando vê um sonho finalmente preste a realizar-se, fique à mercê de um posicionamento radical, *in casu*, da ré, que se nega a entregar a **Carteira Profissional** a que faz jus.

Sem **Carteira Profissional**, como poderá o **Bacharel em Direito**, exercer a advocacia?

A Constituição da República elegeu apenas **CINCO** preciosos **FUNDAMENTOS**, e um deles é o **valor social do trabalho**! Diz a Carta Magna:

Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político;

Ainda, diz a Constituição:

Art. 5.º (...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Ora, como poderá o **Bacharel em Direito** exercer a sua profissão se não detém a **Carteira Profissional**?

Além de ser **FUNDAMENTO DA REPÚBLICA**, o trabalho constitui-se ainda em importante **DIREITO SOCIAL**. Diz a Constituição Federal de 1988 a esse respeito:

Art. 6.º São direitos sociais a educação, a saúde, **o trabalho**, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Conseguir um trabalho, exercer uma profissão, realizar o Direito: este é o maior sonho do **Bacharel em Direito**.

Fica evidente que todo Bacharel em Direito ao receber seu DIPLOMA da sua Instituição de Ensino Superior, cujo curso de Direito já tenha sido reconhecido pelo Ministério da Educação, tem o DIREITO de exigir a sua Carteira Profissional da sua Entidade de Classe Profissional, independentemente de prévia aprovação no EXAME DE ORDEM, posto que tal exigência é flagrantemente e absolutamente inconstitucional.

Segundo a Constituição Federal, a qualificação profissional decorre da educação, e não de um exame perante conselho profissional de fiscalização do exercício profissional:

"Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."

As qualificações profissionais foram disciplinadas pelo legislador infra-constitucional mediante a LDB, a conhecida Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, lei federal 9.394/96. Ficou estabelecido o seguinte:

"Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."

"Art. 43. A educação superior tem por finalidade:

I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo;

II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;

..."

"Art. 48. Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular."

O Legislador infra-constitucional disciplinou, dentro dos ideais da Constituição Federal, que os cursos superiores são responsáveis pela declaração da aptidão para inserção

no mercado de trabalho. Sendo que os diplomas expedidos por tais cursos são prova da formação recebida pelo titular.

Deve ser notado, ainda, que o Curso Superior tem por objetivo o estímulo ao pensamento reflexivo, a criação cultural e o espírito científico. Por isso, as instituições de ensino superior são "*pluridisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano*" (art. 52). Daí o motivo da autonomia universitária, que inclui a fixação dos "*currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes;*" bem como o estabelecimento de "*planos, programas e projetos de pesquisa científica, produção artística e atividades de extensão*" (art. 53).

Tanto é assim, que a Constituição Federal estabelece que o Poder Público, no caso a União Federal, disciplinará a respeito do cumprimento das normas gerais de educação e autorizará e avaliará a qualidade do ensino:

"Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público."

Portanto, percebe-se que o exame de ordem não é qualificação profissional, e que as instituições de ensino, e não a OAB, são aptas a declarar a aptidão para a inserção no mercado profissional. Cabe ao Poder Público, e a mais ninguém, autorizar e avaliar o ensino. Até pelo fato de que a OAB não é parte da Administração Pública, mas apenas um Conselho a quem cumpre fiscalizar o exercício profissional, e não a aptidão para tal exercício.

Aliás, a própria expressão "exame de ordem" demonstra que um exame não pode ser confundido com a qualificação. Um exame visa apenas avaliar se a qualificação existe ou não. Ocorre que a Constituição, e a própria LDB que é lei posterior à lei 8.906/94, atribuíram tal avaliação às próprias instituições de ensino, fiscalizadas e avaliadas pelo Poder Público, e não aos conselhos de exercício profissional.

Sendo assim, se o exame de ordem não é qualificação profissional, e se também não é apto para declarar a existência ou não da qualificação profissional, conclui-se que é inconstitucional que o legislador ordinário tenha o instituído como um instrumento destinado a restringir o exercício profissional, quando a Constituição Federal assegurou a liberdade restrita apenas à existência de qualificação, e não a outros requisitos.

Ou seja:

- a) a qualificação profissional, segundo a Constituição Federal, decorre da educação.
- b) segundo a LDB, a avaliação da aptidão para a inserção no setor profissional será feita pelas instituições de ensino, e será provada mediante os diplomas por elas expedidos.
- c) o Poder Público quem autorizará a instituição de ensino e avaliará sua qualidade.

d) não cabe à OAB avaliar a aptidão para a inserção no setor profissional. Logo, o exame de ordem não se presta a tal finalidade.

e) não se prestando o exame de ordem à avaliar a qualificação profissional, ele também não pode restringir o exercício da profissão, já que a Constituição Federal diz que a única restrição possível diz respeito à qualificação profissional.

Dai se verifica que ou o exame de ordem foi abolido pela LDB, ou então ele não se presta a impedir nenhum cidadão do exercício profissional. Desde que, como é óbvio, o cidadão demonstre que está apto para inserção no setor, o que o fará mediante a exibição do diploma, que deverá ter sido expedido por instituição de ensino reconhecida e fiscalizada pelo Poder Público.

A criação dos cursos jurídicos, foi exigência da cultura brasileira tendo em vista a Independência Nacional, decorrente da militância liberal.

O Parlamento Brasileiro em 1826, através de um projeto de nove artigos, proposto e assinado por José Cardoso Pereira de Melo, Januário da Cunha Barbosa e Antônio Ferreira França, que receberia várias emendas, transformou-se na **Lei de 11 de agosto de 1827**.

Com a Lei, foram criados os Cursos de Ciências Jurídicas e Sociais da Academia de São Paulo, que começou a funcionar em 1º de março de 1828 e o de Ciências Jurídicas e Sociais de Olinda, inaugurado em 15 de maio de 1828, representaram marcos referenciais da nossa história, cujo propósito era a formação da elite administrativa brasileira.

Em 1843 foi fundado o Instituto dos Advogados - que, ao lado do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, fundado em 1838, assentou em bases mais sólidas a atuação dos **bacharéis**.

A instituição da Ordem dos Advogados do Brasil ocorreu, após a fundação do Instituto dos Advogados, por força do art. 17 do Decreto n.º 19.408, de 18 de novembro de 1930.

Posteriormente, veio a Lei nº 4.215, de 27.04.1963, que revogou Decreto n.º 19.408, de 18 de novembro de 1930 e como muito bem observa o Professor Fernando Machado Lima:

"De acordo com o art. 48 da Lei nº 4.215, de 27.04.1963, ou seja, o antigo "Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil", o que se exigia para a inscrição do bacharel nos quadros da Ordem era o "certificado de comprovação do exercício e resultado do estágio, ou de habilitação no Exame de Ordem..." (inciso III do art. 48). O Exame de Ordem era opcional, e não obrigatório: "estágio ou ...Exame", a Lei nº 4.215/1.963 era muito clara. Assim, evidentemente, ninguém fazia esse Exame, porque o estágio era muito mais conveniente" (Artigo, "Passando a Limpo a OAB", 01.07.2007 - <http://www.profpito.com/passalimpooab.html>).

Vale ressaltar, que a exigência do Exame de Ordem, na vigência da Lei nº 4.215, de 27.04.1963, era exigido aos Bacharéis que não realizaram estágio profissionalizante e/ou aos estrangeiros, que desejassem exercer suas atividades profissionais no território Brasileiro, com intuito de averiguar se estes estavam em sintonia com o direito pátrio.

Dra. Carla Silvana Ribeiro D Avila

O Atual Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - Lei nº. 8906, de Lei nº. 8.906/94, de 04.06.94 - no Título I – Da Advocacia, Capítulo III – Da Inscrição, o artigo 8º menciona:

Art. 8º. Para inscrição como advogado é necessário:

I. capacidade civil;

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

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

IV. aprovação em Exame de Ordem;

V. não exercer atividade incompatível com a advocacia;

VI. idoneidade moral;

VII. prestar compromisso perante o Conselho.

§1º. **O Exame de Ordem é regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB.**

Nesse diapasão, o art. 44 da mesma Lei, que trata dos fins e da organização da OAB, dispõe que :

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

§ 1º A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

Por sua vez, o Provimento nº. 109/2005 do Egrégio Conselho Federal da OAB, que "Estabelece norma e diretrizes do Exame de Ordem", o qual, neste ato se requer a declaração de nulidade, dispõe o seguinte:

Provimento nº. 109/2005

Estabelece normas e diretrizes do Exame de Ordem.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelos arts. 54, V, e 8º, § 1º, da Lei nº. 8.906/94, tendo em vista o decidido na Proposição nº. 0025/2005/COP,

Resolve:

Art. 1º É obrigatória, aos bacharéis de Direito, a aprovação no Exame de Ordem para admissão no quadro de Advogados.

Parágrafo único. Ficam dispensados do Exame de Ordem os postulantes oriundos da Magistratura e do Ministério Público e os alcançados pelo art. 7º, V, da Resolução nº. 02/2004, da Diretoria do Conselho Federal.

Art. 2º O Exame de Ordem é prestado pelo bacharel em Direito, formado em instituição reconhecida pelo MEC, na Seção do Estado onde concluiu seu curso de graduação em Direito ou na de seu domicílio eleitoral.

§ 1º Poderá ser deferida a inscrição do concluinte do curso de Direito, em instituição reconhecida pelo MEC, desde que o candidato:

I - comprove, mediante certidão expedida pela instituição de ensino, que concluiu o curso;

II - comprove que a formatura fora marcada para data posterior à de realização do Exame de Ordem;

III - assine compromisso dando ciência de que somente receberá o certificado de comprovação do Exame de Ordem com a formatura.

§ 2º É facultado aos bacharéis em direito que exercerem cargos ou funções incompatíveis com a advocacia prestar Exame de Ordem, mesmo estando vedada sua inscrição na OAB.

De acordo com o art. 44 do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei 8.906, de 04.07.1994), a Ordem dos Advogados do Brasil possui personalidade jurídica de direito público e desempenha atividades de enorme importância em nossa ordem jurídico-constitucional, tais como a defesa da Constituição, da ordem democrática, dos direitos humanos e da justiça social, ao mesmo tempo em que deve cuidar, com exclusividade, da fiscalização do exercício profissional dos advogados, que a Constituição Federal considera (art. 133) “indispensáveis à administração da Justiça”.

De acordo com a Constituição Federal (art. 205), a EDUCAÇÃO tem como uma de suas finalidades a QUALIFICAÇÃO PARA O TRABALHO. Diz ainda a Constituição que o ensino é livre à iniciativa privada e que cabe ao PODER PÚBLICO a AUTORIZAÇÃO (portanto, para a abertura e o funcionamento dos cursos) e a AVALIAÇÃO DE QUALIDADE (ou seja, o que a OAB pretende fazer, através do “RANKING” dos cursos jurídicos, que publica, e através do EXAME DE ORDEM).

Ainda de acordo com a Constituição Federal, em seu catálogo de direitos e garantias – CLÁUSULAS PÉTREAS (art. 5º, XIII), é LIVRE o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, ATENDIDAS AS QUALIFICAÇÕES PROFISSIONAIS QUE A LEI ESTABELECE. Evidentemente, as qualificações profissionais seriam aquelas obtidas na Universidade, que QUALIFICA PARA O TRABALHO. A LEI não poderia estabelecer um EXAME DE ORDEM, como o da OAB, para a verificação dessas qualificações profissionais, porque estaria invadindo a competência da Universidade (para QUALIFICAR) e a do Estado, do poder público, do MEC (para AVALIAR).

Seria, assim, uma LEI INCONSTITUCIONAL, a que criasse esse EXAME DE ORDEM. Seria materialmente inconstitucional. Seria uma inconstitucionalidade material, de fundo, porque essa LEI atentaria contra os diversos dispositivos constitucionais, já citados.

No entanto, essa LEI NEM AO MENOS EXISTE, porque o EXAME DE ORDEM da OAB foi criado, na verdade, POR UM PROVIMENTO, editado pelo Conselho Federal da OAB. Vejam o absurdo: um direito fundamental (art. 5º, XIII, da CF) sendo limitado, não por uma lei, mas por um simples PROVIMENTO de um Conselho Profissional. Isso ocorre porque a Lei nº 8.906 (ESTATUTO DA ORDEM), impõe, como requisito para a inscrição como advogado, A APROVAÇÃO EM EXAME DE ORDEM (art. 8º, IV). Nada mais. Diz, apenas, que O EXAME DE ORDEM SERÁ REGULAMENTADO EM PROVIMENTO DO CONSELHO FEDERAL DA OAB (art. 8º, §1º).

Portanto, o Exame de Ordem NÃO FOI CRIADO POR LEI do Congresso, porque o Estatuto da OAB nada disse a seu respeito, nem foi REGULAMENTADO PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, como deveria ter sido (Constituição Federal, art. 84, IV, *in fine*). A norma é inconstitucional, porque a competência de REGULAMENTAR AS LEIS É PRIVATIVA do Presidente da República.

Verifica-se, desse modo, que o Exame de Ordem é, também, FORMALMENTE INCONSTITUCIONAL, porque foi criado por um órgão que não tinha a necessária competência para tanto. SOMENTE A LEI DO CONGRESSO, REGULAMENTADA PELO PRESIDENTE, poderia restringir o DIREITO FUNDAMENTAL AO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO (CF, art. 5º, XIII).

Pois bem: a Ordem dos Advogados, tendo natureza pública – porque ela não é um “Clube dos advogados” –, precisa ser transparente, em sua atuação, e precisa responder, honestamente, às críticas que recebe, tentando, ao menos, justificar juridicamente as suas decisões. É o mínimo, que dela se pode esperar. É impossível, no Brasil, hoje, estabelecer restrições à livre manifestação do pensamento, mesmo para a Ordem dos Advogados, com todo o poder e prestígio de que ela dispõe. É impossível, mesmo para a Ordem dos Advogados, impor, arbitrariamente, as suas decisões, como no caso do exame de ordem, prejudicando milhares de advogados, de bacharéis, ou a própria sociedade, sem que para isso exista plausível fundamentação jurídica.

PORTANTO, o EXAME DE ORDEM é DUPLAMENTE INCONSTITUCIONAL: MATERIALMENTE, porque atenta contra diversos dispositivos constitucionais, que atribuem competência às Universidades e ao poder público, em relação à qualificação para o trabalho e à avaliação da qualidade do ensino; e FORMALMENTE, porque não foi criado por lei e regulamentado pelo Presidente da República, mas sim pelo Conselho Federal da OAB, através de um Provimento.

Mas além disso, MESMO QUE FOSSE CONSTITUCIONAL O EXAME DE ORDEM, ele não poderia ser aplicado sem a necessária TRANSPARÊNCIA e sem qualquer controle externo. Não se sabe, até hoje, quais são os critérios adotados pelo Exame de Ordem, se é que eles existem, e a Ordem está pretendendo unificar esse exame, nacionalmente, certamente para evitar as enormes disparidades que têm ocorrido, com reprovações maciças em alguns Estados e altos índices de aprovação, em outros.

Chega a ser ridículo que a Ordem dos Advogados fiscalize todo e qualquer concurso jurídico; que ela participe, com dois advogados, por ela escolhidos, do Conselho Nacional de Justiça, que controla a magistratura; que, da mesma forma, ela participe do Conselho Nacional do Ministério Público, que controla os membros do “parquet”; e, no entanto, ninguém possa controlar o seu exame de ordem, que é capaz de afastar, anualmente, do exercício da advocacia, cerca de 40.000 bacharéis, que concluíram o seu curso jurídico em instituições reconhecidas e credenciadas pelo poder público, através do MEC. Ressalte-se,

Dra. Carla Silvana Ribeiro D Avila

uma vez mais, que essa restrição, que atinge os bacharéis reprovados no exame de ordem, atinge DIREITO FUNDAMENTAL, constante do "catálogo" imutável (cláusula pétrea) do art. 5º da Constituição Federal, com fundamento, tão-somente, em um PROVIMENTO editado pelo Conselho Federal da OAB. Como se sabe, nem mesmo uma EMENDA CONSTITUCIONAL poderia ser TENDENTE A ABOLIR UMA CLÁUSULA PÉTREA (CF, art. 60, §4º).

Em suas manifestações, no entanto, os dirigentes da OAB não conseguem responder, juridicamente, a qualquer desses argumentos. Dizem eles, apenas, essencialmente, que:

- (1) ocorreu uma enorme proliferação de cursos jurídicos, no Brasil, o que é a mais absoluta verdade;
- (2) o ensino jurídico, em muitos casos, é extremamente deficiente, o que também é verdade;
- (3) a OAB tem competência para avaliar os cursos jurídicos, o que é falso, porque a avaliação da qualidade do ensino compete ao poder público, nos termos do art. 209, II, da Constituição Federal;
- (4) a OAB tem a obrigação de afastar os maus profissionais, o que também é verdade, mas na fiscalização do exercício da advocacia, o que envolverá também as questões éticas, a deontologia profissional.

Enfim: a sociedade civil não aceita mais instituições voltadas para si mesmas, que não prestam contas de seus atos ou que se trancam em seus gabinetes. A Advocacia, como o Ministério Público e a Defensoria, desempenha funções essenciais à Justiça e deve ter em vista, sempre, em primeiro lugar, o interesse público e não o seu interesse corporativo. Os próprios advogados, embora exercendo uma profissão liberal, têm deveres para com a sociedade. A Ordem dos Advogados não pode atuar como um sindicato, preocupando-se apenas com o mercado de trabalho para os advogados.

I.1 - DA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - DO LIVRE EXERCÍCIO PROFISSIONAL - DA PLENITUDE DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO - DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA.

A presente ação visa declaração de inexistência de relação jurídico obrigacional de prestar Exame de Ordem do Autor para com o Requerido, tendo em vista a manifesta nulidade do provimento n.º 109/2005, do Egrégio Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como a obrigação de efetuar a imediata inscrição do Autor nos quadros de Advogados da Requerida.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DELEGAÇÃO AO CONSELHO FEDERAL DA OAB DA DEFINIÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DO QUE SEJA "EXAME DE ORDEM".

A Constituição Federal deixa claro que somente a União Federal poderá legislar, privativamente, sobre as condições para o exercício das profissões:

"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;"

Acontece que as condições para o exercício das profissões somente dizem respeito às qualificações profissionais, sendo vedado ao legislador infraconstitucional impor qualquer outra restrição que não seja atinente à qualificação:

"Art. 5º: XIII- é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer."

Deste modo, é inconstitucional o disposto no § 1º do art. 8º da Lei 8.906/94, mediante o qual o legislador, após ter declarado que "exame de ordem" é pré-requisito para inscrição na OAB, declarou que ele será regulamentado pelo Conselho Federal de tal entidade.

Se somente a lei, em sentido estrito, pode restringir o exercício profissional e apenas por motivos de qualificação, também somente a lei, em sentido estrito, pode definir e regulamentar as condições para o exercício profissional.

Donde se percebe que a lei 8.906/94 delegou ao Conselho Federal algo que é privativo do legislador federal e indelegável. Impossível que o Congresso Nacional e o Presidente da República transfiram suas prerrogativas constitucionais a uma entidade que sequer faz parte da Administração Pública, a OAB. Pior ainda quando tal entidade é interessada em restringir o acesso ao mercado de trabalho.

Ninguém será obrigado a deixar de fazer algo senão em virtude de lei: jamais em virtude de normas do Conselho Federal da OAB. Tal Ordem não pode agir em substituição ao legislador naquilo que é atribuição privativa da lei por determinação da Constituição Federal. Descabido que tal Conselho discipline o que significa exame de ordem, e posteriormente regulamente a matéria com cunho normativo. Usurpando função do Congresso Nacional e do Presidente da República para restringir, por motivos outros que não a qualificação profissional, o direito de exercer a profissão jurídica.

Ressalte-se que a lei 8.906/94, não se deu ao trabalho de dizer o que é o "Exame de Ordem". Deveria tê-lo feito, sob pena de ser descabido qualquer obstáculo àquele que pretende exercer a profissão. Impossível que uma entidade de mera fiscalização da categoria substitua o legislador na definição e regulamentação de restrições ao exercício profissional de um cidadão que foi considerado habilitado pela instituição de ensino reconhecida e fiscalizada pela União.

SE O EXAME DA OAB PUDESSE PREVALECER SOBRE A AVALIAÇÃO DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO, ENTÃO SERIAM OS CRITÉRIOS DA OAB QUE DEVERIAM SER ADOTADOS PARA A EDUCAÇÃO PROFISSIONAL, E NÃO OS DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. TODAVIA, A LEGISLAÇÃO PÁTRIA ATRIBUIU

ÀS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR -E NÃO AOS CONSELHOS PROFISSIONAIS- A COMPETÊNCIA PARA DEFINIR AQUILO QUE É NECESSÁRIO PARA O EDUCANDO.

Vê-se a incongruência da pretensão de subordinar a uma corporação de profissionais a decisão e o julgamento de quem poderá ingressar ou não no ofício. Questão de extrema gravidade em uma sociedade livre, democrática e capitalista, onde somente a lei pode restringir o exercício de uma atividade profissional de reflexos econômicos e sociais (e mesmo assim somente por motivos de qualificação). Mais absurdo ainda, pretendeu-se transferir a tal entidade o poder de ditar as regras e regulamentar a avaliação das restrições.

Retira-se do ambiente isento, impessoal e imparcial das instituições de ensino, autorizadas e fiscalizadas pela União Federal, a prerrogativa de considerar alguém apto ao exercício profissional. E transferir tal atribuição a uma instituição que somente foi criada para fiscalizar o profissional em seu exercício.

Sob o pretexto de se estar avaliando o profissional, na verdade está se julgando a avaliação que foi feita de sua pessoa pela instituição de ensino, e também da própria União que foi a fiscalizadora da entidade educativa. É um modo disfarçado de possibilitar à OAB instituir critérios diversos daqueles que as instituições de ensino utilizam para formar profissionais. Como se fosse da OAB, e não das instituições de ensino, a competência para formar os profissionais e organizar os seus currículos, decidindo aquilo que alguém necessita saber para exercer a profissão.

Esta questão é muito importante. **Se uma instituição de ensino possui critérios para elaborar suas disciplinas e avaliar, é porque a legislação Pátria desejou que tal atribuição fosse dos profissionais de ensino, e não dos profissionais que estão no mercado de trabalho.**

Permitir que a OAB possa elaborar ela própria a avaliação do que considera necessário para um profissional ingressar na profissão é lhe conceder o poder de utilizar critérios distintos daqueles que foram escolhidos pelos educadores das instituições de ensino superior, como os imprescindíveis para o exercício da profissão.

Em outras palavras, poderiam as instituições de ensino julgar que um estudante está apto ao exercício profissional em virtude de ser aprovado em determinada grade curricular rigorosamente escolhida pela instituição, enquanto que a OAB creditar que não. Talvez, quem sabe, porque no exame de ordem o candidato supostamente não fora aprovado, por exemplo, na disciplina de direito aeroespacial escolhida arbitrariamente pelo Conselho Federal para figurar no exame de ordem.

O exame de ordem reprova não porque os candidatos não estarão preparados para exercer a profissão, mas pelo fato de que a omissão do legislador federal abriu as portas ao arbítrio por parte da corporação. Ela pode não exigir do candidato apenas o que é necessário saber para poder iniciar o exercício profissional, mas também aquilo que, embora não seja necessário ao exercício profissional, fará com que a grande maioria dos candidatos, embora competentes para advogar, irão ser reprovados.

Temos, quem sabe, vários cidadãos que seriam excepcionais advogados excluídos por questões teóricas cujo conhecimento não é absolutamente necessário para ser advogado. Ou, quem sabe, cidadãos excluídos por visões ideológicas adquiridas nas instituições de ensino que lhes leva a conclusões distintas dos Conselheiros da OAB. Tudo pode acontecer quando se afasta o império da lei e se entrega a avaliação da qualificação profissional justamente a quem possui, por razões econômicas, o interesse de restringir a liberdade deste exercício profissional. E o império da lei existe justamente para garantir a liberdade como primado de uma sociedade democrática.

Trata-se sem sombra de dúvidas da sujeição do cidadão a uma situação arbitrária. Ele estudará durante 5 (cinco) anos em uma instituição reconhecida e fiscalizada pela União Federal, declarada apta a formar para o exercício profissional, mas não saberá senão no dia do exame de ordem se tudo aquilo que estudou é o que deveria ter estudado para poder exercer sua profissão.

E tudo isto acontecerá simplesmente porque o legislador federal desejou, sucumbindo ao *lobby* corporativo, transferir a prerrogativa de avaliar a educação, que é própria das instituições de ensino, para OAB. E, ao fazer isto, possibilitar que tal instituição de classe recusasse mediante critérios de sua livre escolha tudo aquilo que foi considerado relevante e o necessário pelos profissionais da educação que compõe as instituições de ensino. Instituições que não são compostas apenas por professores, mas também por pedagogos e outros profissionais qualificados para a educação.

Não se pode transformar a educação em uma caixa de surpresas. As regras para aprovação nas instituições de ensino não podem ser distintas das regras da OAB. Isto equivaleria a criar dois pesos e duas medidas para considerar um profissional qualificado. O que retira do estudante a segurança jurídica a qual faz jus enquanto cidadão. Por isso, a lei não pode subtrair as atribuições do Congresso Nacional em favor daqueles que controlam um corporação.

E, se é imprescindível criar regras idênticas para que o estudante seja avaliado, conclui-se que não há o menor sentido de permitir ao Conselho Profissional que avalie aquilo que já foi avaliado anteriormente. É preciso lei para regular a avaliação, e não pode a lei atribuir a duas entidades a mesma competência. Seja por impossibilidade lógica seja pelo descabimento de profissionais alheios à educação exerçam tal papel.

Como é que poderíamos julgar uma instituição de ensino em detrimento à OAB? Quem estaria com a razão? Se tal julgamento fosse possível, será que a instituição estaria errada em seus ensinamentos e a OAB estaria correta? Cremos que não.

A OAB é uma entidade que foi criada para fiscalizar os advogados, e não para dizer quem pode ser advogado e quem não pode. E é uma instituição que age corporativamente, com visão preconcebida a respeito do direito e da interpretação do mesmo na rotina do dia a dia.

Já uma instituição de ensino não está preocupada que seus alunos se comportem como se comportam os advogados inscritos na OAB, e que possuam a mesma visão teórica e prática do direito. Ela prepara pessoas para o exercício profissional dentro da observação de uma grade curricular. Se estas pessoas que forem formadas são diferentes em seus conhecimentos, e suas ações profissionais não são idênticas à "velha guarda" dos conselheiros da OAB, isto

não pode ser prejudgado como se os antigos estivessem certos e os novos que despontam no mercado estivessem errado. Absolutamente não!

Mesmo duas instituições de ensino podem e devem distinguir-se em suas lições. Esta diversidade é absolutamente necessária para a evolução da ciência e dos próprios costumes. Não fosse assim, estaríamos ainda vivendo uma era em que as sangrias eram tidas como remédio para o corpo, o sol girava em torno da terra, e as penas passavam das pessoas dos infratores para castigar toda sua família. É preciso abrir o mercado para os métodos e idéias novas que emanam das faculdades. Não se pode fechar o mercado atribuindo aos profissionais castigados pelo tempo a decisão do que é necessário ou não para o exercício profissional. Fiscalizar é uma coisa. Ingressar na profissão é outra completamente distinta.

A OAB deve fiscalizar o exercício profissional, mas esta fiscalização não pode ser prévia, de modo a negar validade aos diplomas de direito conferidos dentro da estrita legalidade. Isto equivale à criação de uma casta abominável dentro de um Estado Democrático. Quem deve dizer se alguém está apto para exercer a profissão é a Instituição de Ensino, e não uma corporação de ofício. Esta exigência descabida é proibida pelo art. 5º, inciso II da Constituição da República que diz que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."

Como já dito, se o tal exame de ordem fosse constitucional, o que admite-se apenas a título de argumentação, ainda assim não seria possível que a delegação da definição do exame e de sua regulamentação fosse conferida ao Conselho Federal da OAB. Sob pena de estar sujeitando o estudante a insegurança de ver a regra do jogo alterada posteriormente ao estudo. A faculdade diz: você precisa estudar isto para ser um bom profissional. E a OAB diz: eu só considero um bom profissional quem estudou aquilo. Por isto é preciso lei, para não possibilitar o arbítrio em detrimento dos direitos fundamentais do cidadão.

Não é de se admitir que o Conselho Federal da OAB, que sequer faz parte da administração pública, baixe provimentos com o intuito de criar condições para exercício profissional e exigências de qualificações profissional. Isto fere de morte o princípio da reserva legal, posto que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Os Conselhos profissionais, que sequer fazem parte da Administração Pública, não são aptos para declarar a aptidão de alguém para a profissão, seja em virtude da disciplina legal e constitucional, seja por suas próprias limitações. Seus conselheiros são profissionais inseridos no mercado, preocupados que estão com a própria sobrevivência e com a reserva de mercado, entorpecidos com as dificuldades do dia a dia, que vêem uma realidade nebulosa ocultar os mais elevados ideais estudantis. Não são aptos para avaliar se o estudo de alguém lhe proporciona o exercício profissional.

Tampouco poderia a OAB delegar a elaboração do exame a profissionais da educação. Considerando que nenhuma instituição eleita arbitrariamente pode prevalecer na avaliação que o diplomado obteve em sua própria instituição. Caso contrário, estar-se-ia ferindo a autonomia universitária, criando hierarquia entre instituições educativas que foram igualmente fiscalizadas e aprovadas pela União Federal. **Não cabe à OAB o julgamento de qual é a melhor ou pior instituição de ensino, e tampouco qual é a pessoa mais ou menos apta ao exercício profissional.**

Como podem os advogados avaliarem quem poderá exercer ou não a profissão sem espelharem-se em si próprios? De fato, se permitirem que o julgamento da aptidão seja feito pelos próprios advogados, eles escolherão a si mesmos como paradigmas. Recusando, por isto mesmo, aqueles que são diferentes. Justamente aqueles que, em virtude de tal diferença, possam vir a ser melhores e mais aptos que os julgadores.

Permitir que a OAB decida quem está apto ou não para a profissão, retirando tal prerrogativa da instituição de ensino não passa de um artifício cuja finalidade é restringir o mercado de trabalho. Se existem instituições de ensino que não deveriam ser autorizadas pela União Federal, ou se estão sendo mal fiscalizadas, o que se admite para argumentar, existem instrumentos jurídicos adequados a impedir que isto aconteça. Inclusive, se os profissionais não se mostrarem competentes estarão sujeitos aos rigores disciplinares, como acontece com diversas outras profissões. **O QUE NÃO SE PODE ADMITIR É A CENSURA PRÉVIA À LIBERDADE DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL.**

O professor Vital Moreira, constitucionalista da Universidade de Coimbra em Portugal, ao se deparar sobre a situação dos advogados no Brasil não pode deixar de comentar :

"A Ordem dos Advogados só deve poder controlar o conhecimento daquilo que ela deve ensinar, ou seja, as boas práticas e a deontologia profissional, e não aquilo que as universidades ensinam, porque o diploma oficial deve atestar um conhecimento suficiente de Direito."

E vai mais além em seus comentários, afirmando:

"Quando o Estado é fraco e os governos débeis, triunfam os poderes fáticos e os grupos de interesses corporativos. Sempre sob invocação da autonomia da "sociedade civil", bem entendido. Invocação despropositada neste caso, visto que se trata de entes com estatuto público e com poderes públicos delegados. Como disse uma vez um autor clássico, as corporações são o meio pelo qual a sociedade civil ambiciona transformar-se em Estado. Mais precisamente, elas são o meio pelo qual os interesses de grupo se sobrepõem ao interesse público geral, que só os órgãos do Estado podem representar e promover."

O constitucionalista português tocou exatamente na ferida da OAB. É uma entidade que virou um monstro de duas cabeças, um momento se apresenta como entidade privada e em outro quer se fazer passar por atividade pública. Quando é para contratar servidores, escolher o quinto constitucional e seus dirigentes nacionais e fixar anuidades e prestar contas do dinheiro arrecadado, age como entidade privada. Não faz concurso público, escolhe futuros juizes e dirigentes nacionais em reunião estrita de sua diretoria, mesmo método utilizado para fixar suas anuidades, e não presta contas ao TCU, ao contrário de todos os demais conselhos profissionais. Quando é hora de punir o profissional inadimplente, cobrar anuidades em juízo mediante execuções fiscais, e aplicar provas a pessoas diplomadas quer posar de serviço público.

Tudo isto acontece, como fielmente descrito pelo Dr. Vital Moreira, porque a OAB é uma corporação que ambiciona agir como Estado. E, vamos mais além, demonstra-se que ela não apenas quer agir como Estado, mas quer ser mais do que o Estado. Já que agora ela pretende censurar profissionais que foram declarados aptos pelo Estado. É impossível que a

atividade estatal seja substituída por uma corporação, considerando que os interesses corporativos sobrepujam-se aos interesses do público em geral.

O professor Fernando Lima, constitucionalista excepcional, em artigo que pode ser lido no site www.profpito.com lançou as seguintes indagações a respeito do exame de ordem que merecem ser objeto de rigorosa reflexão:

"Em primeiro lugar, quanto ao Exame de Ordem: 1) Será essa uma forma correta de avaliar a capacidade dos bacharéis, para o desempenho das atividades de advogado? 2) Será que essa avaliação pode substituir as dezenas de provas a que os alunos se submetem, durante todo o curso jurídico? 3) Qual seria o índice de reprovação, se a esse exame fossem submetidos advogados, promotores, juízes, conselheiros da própria Ordem, professores de Direito, procuradores, etc., todos com dez, vinte ou trinta anos de prática jurídica, e de reconhecida capacidade profissional? 4) Se em qualquer concurso jurídico existe a fiscalização da OAB, como no caso da magistratura (CF, art. 93, I) e do Ministério Público (CF, art. 129, § 3º), não deveria o exame de ordem ser fiscalizado por representantes do Judiciário, do Ministério Público e das Universidades? 5) Considerando-se que esse exame é, na verdade, um "concurso para advogado", com a peculiaridade de que não se sabe quantas vagas existem, porque é eliminatório, e não classificatório, seria possível evitar a influência, nos seus percentuais de reprovação, dos interesses corporativos da classe dos advogados e dos interesses políticos dos dirigentes da Ordem? Em segundo lugar, quanto aos cursos de Direito: 1) deve o controle da OAB ser conclusivo, para impedir a instalação de novos cursos, ou para determinar o fechamento dos existentes, apenas em decorrência de sua avaliação discricionária, e do "Ranking" que ela publica? 2) Não deveriam ser também fiscalizadas pelo MEC as Escolas Superiores da Advocacia, mantidas pela OAB, em todo o Brasil, que cobram altas mensalidades, e que já oferecem inúmeros cursos jurídicos, de preparação para o exame de ordem, de atualização e de pós graduação? 3) Como se justifica que o corpo docente dessas Escolas, que têm a mesma natureza autárquica da OAB, seja preenchido por "professores convidados", e não através de concursos públicos? Em terceiro lugar, quanto aos objetivos do ensino jurídico: 1) o que se pretende? O estudo e a memorização de fórmulas doutrinárias, ou o estudo exegético do direito positivo, "criado" pelos legisladores e pelos juízes? 2) A simples capacidade de obter a aprovação no exame de ordem? 3) ou os bacharéis precisam ter consciência crítica, e precisam ser capazes de participar dos grandes debates nacionais, para que o Brasil possa repensar, reconstruir, e - especialmente- fazer respeitar as suas instituições jurídicas? Finalmente, quanto ao órgão fiscalizador das Universidades: 1) a OAB é um órgão de controle do exercício profissional, um sindicato, uma instituição de ensino superior, ou um grande censor, um super poder, que possui atribuições para controlar o Judiciário, o Ministério Público, o Legislativo, o Executivo, e as Universidades? 2) Como poderia a OAB conciliar sua função institucional, e de conselho fiscalizador, cujo núcleo é a ética, com a função sindicalista, de defesa dos interesses dos advogados, e de sua remuneração? 3) Como impedir que os interesses corporativos da Ordem e os interesses políticos de seus dirigentes prevaleçam sobre o interesse público? 4) Não seria necessário que a Ordem aceitasse, definitivamente, a sua caracterização jurídica como autarquia, não apenas para gozar de isenções tributárias, mas também para se sujeitar a todas as regras constitucionais, a exemplo do controle externo e da exigência do concurso público? 5) ou será que uma instituição que nem ao menos se enquadra em nossa ordem jurídica pode fiscalizar as Universidades, o Ministério Público e a própria Justiça?"

Se refletirmos às perguntas do eminente professor, com sinceridade e desprovidos de preconceito, chegaremos à conclusão de que o absurdo do exame de ordem vem sendo tolerado pelos seguintes motivos:

a) a Ordem dos Advogados goza de grande prestígio e influência, sendo inegável a contribuição que tal entidade deu à nossa Nação. Em virtude disto, partindo do pressuposto de que a OAB seria uma entidade ética, as iniciativas que os dirigentes de tal corporação vem tomando não vêm sendo objeto de profunda análise crítica pela sociedade, de modo que os equívocos, e mesmo arbitrariedades praticadas, estão passando despercebidos.

b) é desejo de toda a sociedade que os advogados sejam honestos. E, no dia a dia somos surpreendidos com notícias de desmandos supostamente cometidos por advogados, o que acarreta a má reputação de toda a classe.

Ora, não é porque a OAB goze de excelente reputação, e não é porque a sociedade deseja advogados honestos, que para atingir tais objetivos esparemos princípios democráticos e direitos e garantias fundamentais, além de outras normas previstas na Constituição da República. Vejamos:

a) A preservação da boa imagem da OAB, antes de mais nada, exige que seja fiel cumpridora da Constituição. Para tanto, não pode misturar sua atividade corporativa com suas ações em defesa de interesses sociais. E a honestidade não é medida por exame de ordem, devendo a instituição se preocupar com a ética de seus profissionais e com suas condutas quando do exercício da atividade.

b) A aspiração de bons profissionais é comum a todas categorias. Nem por isto se justifica a censura prévia dos bacharéis, mormente por critérios escolhidos arbitrariamente por aqueles que já estão no mercado, ao invés de ditados pelo legislador.

Conclui-se que todo o debate pode ser concentrado no fato do legislador, ao invés de cumprir sua obrigação constitucional, ter transferido ao arripio da Carta Magna tal prerrogativa ao Conselho Federal da OAB. Isto basta para que seja impossível a submissão do diplomado a tal "exame de ordem".

Existem muitos outros vícios que já foram narrados acima, apenas por serem relevantes ao processo. Processo este que é necessário, com o intuito de demonstrar que, por maior que seja a reputação da OAB, não é admissível que pessoas comprometidas com a busca da verdade se curvem, por preconceito, à crença de que "tudo que a OAB faz é certo, é justo, é legal e é democrático".

Mas a questão central encontra-se no fato de que, independente do ideal do legislador, independente da justiça ou injustiça dos objetivos, a questão é que existe uma Constituição em nossa República que impede que o legislador transfira a um órgão de classe a normatização de critérios necessários ao exercício profissional. Pior ainda quando a norma elaborada pelo órgão classista fere de morte outros princípios constitucionais, como vem a ser o caso das normas que regem a Educação no Brasil e a própria concepção da União Federal como autorizador e fiscalizador das entidades de ensino superior.

DA TUTELA ANTECIPATÓRIA:

Excelência, se a fumaça do bom direito está estampada na violação aos princípios constitucionais, o perigo na demora reside no fato de que, desde quando colou grau, a parte autora, não pode exercer a profissão em virtude da arbitrária conduta da ré, que exige ilegalmente exame de ordem escorando-se no poder que supostamente lhe fora conferido pela lei e pelo Conselho Federal. Lembrando que a atribuição do exame de ordem teria sido supostamente conferida ao Conselho Seccional pela odiosa norma impugnada.

Reside o perigo na demora no fato de que, não podendo o autor exercer a profissão, está criada uma situação de impossível reparação. Considerando que os proventos que deixar de ganhar jamais poderiam ser compensados, vez que, somente a partir do dia que puder trabalhar será remunerado.

Por outro lado, o autor prova cabalmente que colou grau. Sendo assim, milita em seu favor a presunção legal, declarada pela própria LDB, de que está qualificado para exercer a profissão, após os 5 (cinco) longos anos de estudo que esgotaram todas suas economias. Afinal, é do conhecimento do Juízo, por ser formado em direito, que ninguém pode colar grau sem ser aprovado no estágio profissional.

I.2 – DA LEI

Ora, o art. 4º, I, do CPC, dispõe que: "**O interesse do autor pode limitar-se a declaração: I – da existência ou inexistência de relação jurídica**".

O art. 5º, "caput", incisos II, IX, XIII, XVII, XXXVI, §§1º e 2º, art. 6º, 22, XVI, XXIV, 84, IV, 170, IV e 205, VII, da CF/88 asseguram que:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XIII – É livre o exercício de qualquer trabalho ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XVII – É plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade na tramitação.

§1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§2º. Os Direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, assistência aos Desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 22. Compete privativamente à União Legislar sobre:

XVI – organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;

XXIV – Diretrizes e Bases da Educação Nacional;

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - livre concorrência;

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

VII - garantia de padrão de qualidade.

Por outra, os arts. 15 e 20, I e IV, da Lei nº. 8.884, de 11 de junho de 1994 – conhecida com Lei Antitrust -, a qual Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências, assegura o seguinte, *verbis*:

Art. 15. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que

temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Por sua vez, os artigos 2º, art. 43, II, e art. 48, da Lei nº. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, asseguram que, *verbis*:

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 43. A educação superior tem por finalidade:

II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;

Art. 48. Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular.

Pelo que se depreende da leitura dos dispositivos transcritos ao norte, o Exame da Ordem, não poderia ser regulamentado por ato do Conselho Federal da OAB (Provimento nº. 109/2005) uma vez que é de competência privativa do Presidente da República "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para o seu fiel cumprimento" (art. 84, IV, da CF), competência esta, que pode ser delegada apenas e tão somente às pessoas mencionadas no Parágrafo Único do mesmo artigo, quais sejam, "os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República ou o Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações"<sic>.

Pergunta-se: no texto Constitucional, onde está a Competência, privativa ou delegada, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, para regulamentar a Lei nº. 8.906/94, de 04.06.94?

Vale ressaltar, que, em nenhum momento, a Constituição Federal permite que, para o Exercício da Advocacia Privada ou qualquer outra profissão liberal, seja necessário um concurso público ou um Exame de Ordem, até porque o Advogado Privado é um profissional liberal, e não um servidor público. Para o exercício de cargo ou emprego público, com exceção dos cargos em comissão e dos contratados, é que seria obrigatório o concurso público, de provas e de provas e títulos.

O Advogado, portanto, exerce um Ministério Privado e um *múnus público*, mas não é um servidor público, para que deva ser submetido a exame, ou a qualquer outro tipo de prova,

para o simples ingresso no seu Conselho Profissional – Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.

O Provimento nº. 109/2005, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que normatiza do Exame da Ordem, fere a separação dos Poderes da República, atentando contra ato do Poder Executivo, por delegação de competência do Ministério da Educação, que concedeu o título à pessoa que concluiu o curso de direito (diploma), certificando que o mesmo está apto para a inserção nos setores profissionais (arts. 2º, 43 e 48, da Lei nº. 9.394/96), dentre os quais a Advocacia Privada.

Repisa-se que a Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem), em seu art. 8º, exigiu, para a inscrição do bacharel na Ordem dos Advogados, a **aprovação em Exame de Ordem**. Disse, ainda, no §1º desse artigo, que o Exame de Ordem seria **regulamentado** pelo Conselho Federal da OAB. Esses dispositivos são inconstitucionais, tanto formal como materialmente.

Assim, o Exame de Ordem não foi criado por lei, mas por um Provimento do Conselho Federal da OAB. Evidentemente, apenas a Lei poderia estabelecer as qualificações necessárias ao exercício profissional, conforme previsto pela Constituição Federal, em seu art. 5º, XIII. Além disso, o Conselho Federal da OAB não tem competência para regulamentar as leis, como pode ser observado pela simples leitura do art. 84, IV, da Constituição Federal. De acordo com esse dispositivo, compete privativamente ao Presidente da República **regulamentar as leis**, para a sua fiel execução. Assim, a Lei nº 8.906/94 é também inconstitucional, neste ponto, porque não poderia atribuir ao Conselho Federal da OAB a competência para regulamentar o Exame de Ordem. Conseqüentemente, o Provimento nº 109/2.005, do Conselho Federal da OAB, que atualmente dispõe sobre o Exame de Ordem, é inconstitucional. Trata-se, no caso, especificamente, de uma **inconstitucionalidade formal**, porque não compete ao Conselho Federal da OAB o poder de regulamentar as leis federais. Ressalte-se que essa inconstitucionalidade, que prejudica os bacharéis reprovados no exame de ordem, atinge direito fundamental, constante do "catálogo" imutável (cláusula pétrea) do art. 5º da Constituição Federal, com fundamento, tão-somente, em um **Provimento** (ato administrativo), editado pelo Conselho Federal da OAB. Como se sabe, nem mesmo uma Emenda Constitucional poderia ser **tendente a abolir uma cláusula pétrea** (Constituição Federal, art. 60, §4º).

Mas além dessa inconstitucionalidade formal, o Exame de Ordem é materialmente inconstitucional, contrariando diversos dispositivos constitucionais e atentando contra os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do livre exercício das profissões e contra o próprio direito à vida.

O Exame de Ordem atenta contra o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, ao impedir o exercício da advocacia e o direito de trabalhar, aos bacharéis qualificados pelas instituições de ensino fiscalizadas pelo Estado, ferindo assim o disposto nos incisos III e IV do art. 1º da Constituição Federal, que consagram como fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

O Exame de Ordem atenta contra o princípio constitucional da igualdade, porque qualquer bacharel, no Brasil – exceto, naturalmente, o bacharel em Direito -, pode exercer a sua profissão (médicos, engenheiros, administradores, etc.), bastando para isso solicitar a inscrição no conselho correspondente. O bacharel em Direito é o único que está sujeito a um Exame de Ordem. Evidentemente, as funções desempenhadas pelo advogado são muito importantes, como costumam afirmar os dirigentes da OAB, porque o advogado defende a liberdade e o patrimônio de seus clientes. No entanto, apenas para exemplificar, ao médico compete salvar vidas, enquanto que o engenheiro incompetente poderia causar um enorme desastre, como a queda de um prédio, com a perda, também, de inúmeras vidas e de bens patrimoniais. Mesmo assim, não existe Exame de Ordem para médicos, nem para engenheiros. O Exame de Ordem da OAB viola, portanto, o princípio constitucional da igualdade, porque atinge apenas os bacharéis em Direito, sem que para isso exista qualquer justificativa. Ressalte-se, ainda, que o próprio Congresso Nacional, que aprovou o Estatuto da OAB, prevendo a realização do Exame de Ordem apenas para os bacharéis em Direito, tipificou como crime o exercício ilegal da profissão de médico, dentista ou farmacêutico (Código Penal, art. 282), mas considerou uma simples contravenção penal o exercício ilegal de qualquer outra profissão regulamentada, inclusive a advocacia (Lei das Contravenções Penais, art. 47). Reconheceu, portanto, indiretamente, para o exercício da medicina por alguém inabilitado, a maior possibilidade de dano ao interesse público, mas autorizou, apesar disso, a realização do Exame de Ordem apenas para os bacharéis em Direito, aprovando o anteprojeto do Estatuto da Ordem dos Advogados, elaborado pela própria OAB.

O Exame de Ordem atenta contra o princípio constitucional do livre exercício das profissões, consagrado no art. 5º, XIII, *verbis*: "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer." De acordo com esse dispositivo, o profissional já qualificado, pelas instituições de ensino superior, não poderia ser obrigado a submeter-se ao Exame de Ordem da OAB, como condição para a inscrição no Conselho e para o exercício da advocacia. O texto constitucional, ressalte-se, utiliza a expressão **qualificações profissionais** que a lei estabelecer e não **exames** estabelecidos em lei. A qualificação profissional, como já foi dito, é feita pelas instituições de ensino jurídico, reconhecidas pelo Poder Público. De acordo com o art. 43 da Lei de Diretrizes de Bases da Educação (Lei 9.394/96), a educação superior tem a finalidade de formar "diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, **aptos para a inserção em setores profissionais**". Ressalte-se, ainda, que o art. 48 dessa mesma Lei dispõe que "Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular". Não resta dúvida, portanto, de que os bacharéis em Direito não poderiam ser impedidos de exercer a sua profissão, em decorrência da exigência inconstitucional da OAB. O Exame de Ordem, que pretende avaliar as qualificações profissionais dos bacharéis em Direito, é inconstitucional, portanto, porque invade a competência da Universidade, para **qualificar**, e a do Estado, através do MEC, para **avaliar**.

O Exame de Ordem atenta, finalmente, contra o princípio constitucional do direito à vida, porque esse direito não se refere, apenas, à possibilidade de continuar vivo, mas também à necessidade de prover a própria subsistência, através do exercício de sua profissão,

para a qual o bacharel se qualificou, durante cinco anos, em um curso superior, autorizado, fiscalizado e avaliado pelo Estado. Assim, o Exame de Ordem, ao atentar contra a liberdade de exercício profissional, atenta, também, contra o próprio direito à vida, do bacharel em Direito.

L3 – DA DERROGAÇÃO TÁCIDA DE DISPOSITIVOS DO ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.

Dessa forma, os artigos 8º, IV, §1º e 44, II da Lei nº. 8.906/94, de 04.06.94, que normalizava do Exame da OAB, Regulamentado pelo Provimento nº. 109/2005, são formal e materialmente Inconstitucionais (arts. 5º, XIII, §1º, 6º e 205 da CF), uma vez que atiram contra o disposto no art. 5º, XIII, da CF – Norma de Eficácia Contida - que foi devidamente regulamentada pela Lei nº. 9.394, de 20 de dezembro de 1996 – mais precisamente pelos artigos 2º, art. 43, II, e art. 48 - lei posterior e mais benéfica - que revogou tacitamente todos os dispositivos contrários constantes na Lei nº. 8.906/94, de 04.06.94 , que já atiravam, inclusive, com o art. 205 da Constituição Federal, sendo que a presunção de que o profissional do Direito, ora Autor, está qualificado para o exercício da profissão de Advogado é *iuris tantum*, pelo que não é crível e nem tampouco razoável, que depois de diplomando por Instituição de Ensino Superior, devidamente reconhecida pelo Ministério da Educação, o Autor, seja obrigado prestar qualquer tipo de exame, posterior a colação de grau de bacharel, para possa exercer a sua profissão de Advogado.

O Patrono dos Advogados, Rui Barbosa, também pensou da mesma forma, quando disse que:

"demonstrada a aptidão profissional, mediante a expedição do título, que, segundo a lei, certifica a existência dessa aptidão, começa constitucionalmente o domínio da liberdade profissional."
(Comentários, Homero Pires, v.6, p.40) .

O Exame de Ordem é, portanto, incompatível com a Lei nº. 8.884, de 11 de junho de 1994, Lei Antitrust - que também é posterior à Lei nº. 8.906/94, de 04.06.94, portanto, derogadora, restando evidente que o Provimento nº. 109/2005, do Egrégio Conselho Federal da Ordem dos Advogados, é uma forma "velada" de fazer RESERVA ILEGAL DE MERCADO DE TRABALHO EM FAVOR DOS ATUAIS INSCRITOS, uma vez que coloca obstáculo e limita o livre exercício profissional do bacharel em direito, ora Autor.

Nesse sentido, operou-se a derrogação (do latim, derogatio, derrogação. Anulação de uma lei por outra) do Art.8º, inciso IV, §1º e 44, II, da Lei nº. 8.906/94, de 04.06.04, pelos arts. 15, 18, 19, 20, I, 21, da Lei nº. 8.884 de 11.06.94, - Lei Antitrust, bem como pelos arts. 2º, 43 e 48, da Lei nº. 9.394/96, de 20.12.96, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação – normas mais benéficas e posteriores à Lei nº. 8.906/94, de 04.06.04, que trata do Estatuto da Advocacia, que fere, evidentemente, os Princípios Constitucionais da isonomia, da livre iniciativa, da livre concorrência e da plenitude de liberdade de associação para fins lícitos.

O Inesquecível Prof. Daniel Coelho de Souza assevera que:

"A revogação, na maior parte das vezes, não é expressa, mas tácita, os dispositivos das leis ulteriores cancelando os das anteriores, quando com estes são incompatíveis. Expressa ou tácita, a revogação pode ser de toda a lei (total) ou apenas de algum ou de alguns dos seus dispositivos (parcial). A primeira denomina-se ab-rogação e a segunda, derrogação." (Introdução à Ciência do Direito, Ed. Cejup, 6ª Edição, pág. 360).

Portanto, o Exame de Ordem apóia-se tão somente em um ato administrativo, o Provimento nº 109/2005, do Egrégio Conselho Federal da OAB, sendo um regulamento manifestamente nulo de pleno direito (art. 166, IV, V, VI, do Código Civil Brasileiro), eis que não possui fundamento em Lei, até porque, *verbis*:

"Só se revogam os dispositivos incompatíveis e não toda a lei; só o que fira o novo ordenamento sucumbe, permanecendo vivo o restante do texto". (Roberto Thomas Arruda, in "Introdução à Ciência do Direito", Editora Juriscred LTDA, pág. 325.)

"Os regulamentos são autênticas leis no seu sentido estrito. Por outro lado, dentro dessa mesma classificação divergem em alguns aspectos, uma vez que entre estas e os regulamentos há relação de dependência direta, estando o segundo subordinado em todo o seu conteúdo à primeira: inexistente sem ela ou contra ela;" (Roberto Thomas Arruda, in "Introdução à Ciência do Direito", Editora Juriscred LTDA, pág. 111.)

É notório (art. 334, I, IV, do CPC), que profissional do direito é EQUIPARADO ao Médico, Engenheiro, Dentista, Administrador, Arquiteto, Enfermeiro, Assistente Social, Pedagogo, etc..., conforme estatutos que ora se junta, os quais não necessitam fazer qualquer tipo de exame ou prova para o ingresso nos seus respectivos Conselhos Profissionais, que, como o próprio nome diz, são Conselhos Profissionais, e foram criados para fiscalizar os profissionais e para aconselhá-los no que se refere ao exercício profissional, mas não para lhes colocar obstáculos, como provas ou exames de admissão, uma vez que a esses Conselhos não compete, por ato próprio, sumariamente, qualificar ou desqualificar o profissional, já diplomado por uma Instituição de Ensino Superior, devidamente reconhecida pelo Ministério da Educação, até mesmo porque esse profissional sequer teve a oportunidade de demonstrar, na prática, inclusive as novidades acerca do mundo jurídico, que aprendeu no decorrer de 5 (cinco) ou mais anos do curso universitário, sendo assim o Exame de Ordem uma conduta imoral, ilegal e antiética, sob todos os aspectos, sendo certo da aplicação do princípio de hermenêutica, no sentido de que: "Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrarix sint".

Pergunta-se: qual seria a profissão dos cidadãos que concluem o curso de direito?

Pode o carpinteiro, escolher o carpinteiro, que irá praticar a carpintaria?

Portanto, a diplomação é um ato jurídico perfeito e acabado (art. 5º, XXXVI, da CF/88), não podendo ser desconstituído, por um exame ilegal de proficiência, regulamentado por um Provimento nº. 109/2005, do E. CFOAB, que não tem o condão de qualificar ou desqualificar nenhum profissional, muito menos pelo desejo inopinado dos Conselheiros de

Plantão da Ordem dos Advogados do Brasil, que, até mesmo por divergências políticas não ligadas ao exercício profissional, poderiam buscar impedir a inscrição do profissional do direito, o que é um absurdo, *data máxima venia*.

O Provimento nº. 109/2005 – do E. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, fere, ainda, a autonomia universitária (art. 207, da CF), sendo inaceitável a justificativa simplória e totalmente desprovida de amparo fático, jurídico e legal de que o Exame de Ordem seria "**necessário devido a má qualidade do ensino jurídico no Brasil, ou para selecionar os bons profissionais**" <sic> e de que a "**universidade não forma advogados, mas sim bacharéis**" <sic>, até porque o ensino jurídico no Brasil é ministrado por Juizes, Promotores e, principalmente, por Advogados, que, em sua esmagadora maioria, não foram submetidos a Exame de Ordem algum.

Perguntar-se: quer dizer que as pessoas, quando recebem o diploma de qualificação profissional em direito devidamente registrado no Ministério da Educação estão sendo enganadas?

São as altas mensalidades, no caso das universidades privadas, que pagam os salários dos professores.

São os Tributos que pagamos, para ter ensino de qualidade e que pagam os salários dos professores.

Nesse sentido, o Saudoso Mestre e Professor Miguel Reale (1910-2006), afirmou que, *verbis* :

"As Faculdades de Direito não surgem, nem se justificam apenas para fins de formação profissional. Têm elas a finalidade formar advogados, é certo, mas advogados que tenham sido, antes de mais nada, juristas, dotados da visão integral e concreta do direito." (in "Pluralismo e Liberdade", p. 290) – Grifos Nosso.

A Ordem dos Advogados do Brasil cobra respeito às suas prerrogativas profissionais, mas não respeita as prerrogativas constitucionais e positivas dos demais profissionais do direito, que desejam exercer com dignidade e independência a sua profissão.

Por outra, constranger alguém a não exercer arte, ofício ou profissão, constitui atentado contra liberdade de trabalho, nos termos do art. 197, do Código Penal, senão vejamos:

Art. 197. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça:

I – a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante determinado período ou em determinados dias;

II – (omissis);

Pena: detenção, de um mês a um ano, e multa, além de pena correspondente à violência;

Ora, o Exame da Ordem é uma qualificação profissional? Por certo que não.

Além disso dizer que a Universidade não forma pessoas aptas à advocacia, é argumento retórico e não encontra respaldo no artigo 5º, XIII da Constituição Federal, aliás, ofende, o artigo 207 do mesmo diploma.

Se cinco ou seis anos de graduação não são suficientes, por certo que um exame não poderá modificar esse estado de coisas. Não será este exame a garantia de bons profissionais no mercado, além disso a OAB não está impedida de fiscalizar o exercício da profissão. Por certo que compete às Instituições de ensino definir o perfil do profissional que estão qualificando e não à OAB.

Note-se que se houvesse a lei instituído um sistema semelhante a uma pós-graduação, algo que efetivamente qualificasse o bacharel em direito, exigindo essa posterior qualificação para que obtivesse a inscrição no quadro de advogados, a exigência não seria inconstitucional, eis que, efetivamente, estar-se-ia tratando de uma qualificação profissional. NÃO FOI O QUE FEZ A REGRA. INSTITUIU TÃO-SOMENTE UM EXAME. E EXAME NÃO É QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL. É APENAS UMA VERIFICAÇÃO DAS CONDIÇÕES ATUAIS DO GRADUADO EM DIREITO, O QUE ENTRA EM CONFRONTO COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

I.4 – DO DIREITO COMPARADO:

Ao contrário do que dita a OAB do Brasil, na Argentina, Paraguai, Uruguai, Chile, Equador e Venezuela, a única exigência que existe para ser advogado é que a pessoa seja licenciada em direito.

Em Portugal também não se exige tão absurdo exame, senão vejamos:

Regulamento de Inscrição de Advogados e Advogados Estagiários (Portugal). Ao abrigo do disposto na alínea e) do nº. 1 do artigo 42º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pelo Decreto-Lei nº 84/84, de 16 de Março, foi aprovado, em sessão do Conselho Geral de 7 de Julho de 1989, o Regulamento de Inscrição de Advogados e Advogados Estagiários. Dando cumprimento ao disposto no artigo 172º-A, aditado ao Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pelo Decreto-Lei nº 84/84, de 16 de Março, pela Lei nº 33/94, de 6 de Setembro, com a redacção dada pela Lei nº 80/2001, de 20 de Julho, procede-se à publicação do referido Regulamento em anexo.

Regulamento nº 29/2002*

Artigo 1º

Inscrição e uso do título de Advogado e Advogado Estagiário
1. Só podem inscrever-se na Ordem dos Advogados os licenciados em Direito e a inscrição condiciona o exercício dos direitos de Advogado e Advogado Estagiário.

2. Não pode denominar-se Advogado ou Advogado Estagiário quem não estiver inscrito como tal na Ordem dos Advogados.

Artigo 2º

Data da inscrição e antiguidade.

1. Só se considera efectuada a inscrição depois de aprovada definitivamente pelo Conselho Geral nos termos dos artigos seguintes.

2. A data de inscrição é a do dia em que o Conselho Geral tiver deferido o pedido e a antiguidade conta-se daquela data.

I.5 – DA DOUTRINA.

O Professor de Direito Constitucional *Uadi Lamego Bulos*, assentou entendimento doutrinário no sentido de que, *verbis*;

"No que concerne à escolha profissional, a liberdade é inviolável, porém é ilegítimo o poder de polícia legalizar e permitir *in totum* a admissão e o exercício da profissão. Determinadas profissões exigem habilitações especiais para o seu exercício (advocacia, medicina, engenharia, etc.);(...)Quando o exercício de determinada atividade concerne ao interesse público, exigindo regulamentação, a parte pode recorrer à justiça, caso julgue arbitrária a regulamentação" (In Constituição Federal Anotada, Ed. Saraiva, 2ª Edição, 2001, pág. 127).

I.5- DA JURISPRUDÊNCIA.

A Jurisprudência dominante nos Tribunais Pátrios, tem entendido que, *vebris*:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDADE. PROVÃO. Lei 9.131, de 24, XI.95, artigo 3º e parágrafos. C.F., art. 5º, LIV; art. 84, IV; art. 207. I. - Avaliação periódica das instituições e dos cursos de nível superior, mediante exames nacionais: Lei 9.131/95, art. 3º e parágrafos. Arguição de inconstitucionalidade de tais dispositivos: alegação de que tais normas são ofensivas ao princípio da razoabilidade, assim ofensivas ao "substantive due process" inscrito no art. 5º, LIV, da C.F., à autonomia universitária -- CF, art. 207 -- e que teria sido ela regulamentada pelo Ministro de Estado, assim com ofensa ao art. 84, IV, C.F. II. - Irrelevância da arguição de inconstitucionalidade. III. - Cautelar indeferida. (ADI-MC 1511 / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, DJ 06-06-2003 PP-00029 EMENT VOL-02113-01 PP-00071)

EMENTA. Em nosso sistema, de Constituição rígida e de supremacia das normas constitucionais, a inconstitucionalidade de um preceito normativo acarreta a sua nulidade desde a origem. Assim, a suspensão ou a anulação, por vício de inconstitucionalidade, da norma revogadora, importa o reconhecimento da vigência, *ex tunc*, da norma anterior tida por revogada (RE 259.339, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 16.06.2000 e na ADIn 652/MA, Min. Celso de Mello, RTJ 146:461; art. 11, § 2º da Lei 9.868/99).

"ADMINISTRATIVO - ATO PRATICADO COM APOIO EM LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL - NULIDADE.

A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, TEM EFEITO RETRO-OPERANTE, COM O QUE OS ATOS PRATICADOS COM APOIO NA MESMA LEI SÃO NULOS.

APLICAÇÃO A QUESTÃO DA SUMULA 473-STF. RECURSO DESPROVIDO".

(RMS.93/PR, Rel. Ministro ARMANDO ROLEMBERG, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07.05.1990, DJ 04.06.1990 p. 5053).

Por sua vez, a norma imperativa constante no art. 166, IV, V, VI, da Lei Substantiva Civil, relaciona os casos em que é considerado nulo o ato jurídico, *legis habemus*:

Art. 166. É nulo o ato jurídico quando:

IV – não se revestir de forma prescrita em lei;

V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para sua validade;

VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

Desse modo, o Provimento nº. 109/2005, do Conselho Federal da OAB, que trata do Exame de Ordem, é nulo de pleno direito (art. 166, IV, V, VI, do Código Civil Brasileiro), uma vez que se apóia em uma norma inconstitucional e revogada, pelo que, neste ato, o Autor pede que seja declarada a nulidade absoluta do referido Provimento, uma vez que o bacharel em direito, tendo recebido um diploma, fornecido por uma instituição fiscalizada pelo Estado, tem o direito público subjetivo de exercer a sua profissão, para a qual obteve a necessária qualificação, de acordo com o ordenamento jurídico vigente, restando evidente que "*Inclivele est nissi tota lege perspecta uma aliqua particula eius proposita indicare vel respondere*" (Digesto, L.1. T. 3, Fr. 24, Celso).

Excelência, o Exame de Ordem é inconstitucional, porque contraria as disposições dos arts. 1º, II, III e IV, 3º, I, II, III e IV, 5º, II, XIII, 84, IV, 170, 193, 205, 207, 209, II e 214, IV e V, todos da Constituição Federal. Além disso, conflita com o disposto no art. 44, I da própria Lei da Advocacia (Lei nº 8.906/94). E, finalmente, descumpre, também, disposições contidas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96), em especial, as constantes dos arts. 1º, 2º, 43, I e II, 48 e 53, VI.

Não resta dúvida de que o ensino, no Brasil, é deficiente, e de que existe uma verdadeira proliferação de cursos jurídicos – e de tantos outros – sem o mínimo de condições para a formação de bons profissionais.

No entanto, isso não autoriza a OAB a fiscalizar os cursos universitários, nem a fazer um exame, para supostamente avaliar os bacharéis, e para impedir o exercício profissional dos candidatos reprovados.

Não cabe à OAB aferir os conhecimentos jurídicos dos bacharéis. Isso é função exclusiva das universidades, que deveriam ser fiscalizadas, com todo o rigor, pelo MEC, para que não se pudesse dizer, depois de concluído o curso, que a formação dos bacharéis é deficiente.

Ressalte-se, mais uma vez, que não se pretende defender, aqui, a proliferação desordenada de cursos jurídicos de baixa qualidade, mas não resta dúvida de que a Constituição e a lei atribuíram ao Estado, através do MEC, a fiscalização e a avaliação da qualidade desses cursos, e não à OAB, ou a qualquer outra corporação profissional.

O Exame de Ordem não é capaz de avaliar se os candidatos têm, realmente, condições de exercer a advocacia, o que envolve uma série de fatores, e não, apenas, o conhecimento da legislação, que é cobrado, preferencialmente, em provas mal elaboradas, que costumam privilegiar a capacidade de memorização, em vez do entendimento, da crítica e da síntese. Observa-se, também, que, na segunda etapa, costumam ser cobradas questões práticas, tão específicas e raras, que inúmeros advogados militantes, com largo tirocínio, seriam incapazes de resolvê-las, no período da prova e sem o acesso a qualquer material de consulta.

Além disso, a correção das provas - que não admite qualquer fiscalização externa, como também não existe a fiscalização, em sua elaboração -, deixa margem a um alto grau de subjetividade, o que permite a prática de inúmeras injustiças, reprovando os mais competentes e aprovando os incapazes, ou aqueles que se presume que seriam incapazes, para o exercício da advocacia.

Nenhum conselho de fiscalização profissional poderia pretender restringir o direito ao trabalho dos novos bacharéis, sob a alegação de que o mercado já está saturado. Esse é um outro problema, que não pode ser resolvido dessa maneira, por um motivo muito simples, de estatura constitucional, o de que todos são iguais perante a lei. Não se pode restringir o exercício profissional dos novos advogados, para resguardar o mercado de trabalho dos advogados antigos.

II - OS PEDIDOS

Ante o exposto, o Autor pede os benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do art. 5º, LXXIV, da CF/88 c/c Lei nº 1060/50, uma vez que não está em condições de arcar com as custas e despesas processuais, sem prejuízo do sustento próprio e familiar, para requer que se digne V. Exa; de determinar:

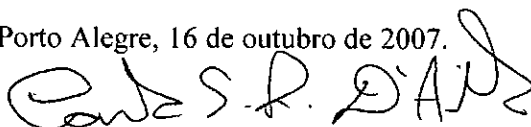
- a) Que seja o Requerido devidamente citado por intermédio de oficial de justiça (art. 221, Inciso II, do CPC), na pessoa de seu procurador, ou quem suas vezes fizer, no endereço apontado acima, para contestar a presente ação, sob pena de revelia e confissão ficta em razão da matéria de fato.
- b) Que seja citada a **UNIÃO FEDERAL**, na pessoa de seu procurador, ou quem suas vezes fizer, no endereço apontado acima, para integrar a lide na condição na condição de litisconsorte ativo ou assistente litisconsorcial da presente ação declaratória de nulidade de ato administrativo.
- c) Que sejam expedidos Ofícios ao Conselho de Defesa Econômica _ CADE, vinculado ao Ministério da Justiça, sito no Setor Comercial Norte - SCN - Quadra 2 - Projeção C - CEP 70712-902 - Brasília - DF, Brasil, para que tome conhecimento dos fatos narrados nesta exordial.
- d) Que sejam expedidos Ofícios ao Senado Federal, na Pessoa do Exmo. Sr. Senador Gilvam Borges, sito à Praça dos Três Poderes – Senado Federal - Anexo I, 18º andar - Gabinete 1803, - Brasília DF - CEP 70165-900, para que tome conhecimento dos fatos narrados nesta inicial.
- e) Que, nos termos do art. 355 do CPC e sob as penas do art. 359, do mesmo Diploma Legal, sejam trazidos a estes autos, juntamente com a contestação, os autos do desditoso processo administrativo, que culminou no Provimento nº. 109/2005, do E. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como todos os demais documentos constantes nos arquivos, registros ou pastas do Requerido, relativos ao ato impugnado.
- f) Que, apresentada a contestação (art. 5º, LV, da CF/88) e constada a presença dos pressupostos autorizadores, com fundamento nos art. 273, I, do CPC c/c art. 5º, LXXVIII, da CF/88, conceda, por medida de Justiça e bom senso, *medida liminar* no sentido de antecipar os efeitos do provimento jurisdicional definitivo, para determinar a imediata inscrição e registro do Autor nos quadros de Advogados da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de Porto Alegre no Estado do Rio Grande do Sul no prazo de 48:00, a contar da intimação da decisão, sob pena de incidir em multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais), até o efetivo cumprimento da decisão, bem como a imissão imediata do Autor na posse de sua Carteira e do Cartão de Identidade

Profissional, conforme descrição contida nos arts. 32 a 36 do Regulamento Geral da OAB.

- g) Que, por ocasião do julgamento do mérito da presente ação, seja declarada definitivamente a inexistência de relação jurídica obrigacional do Autor de prestar o Exame de Ordem, bem como a nulidade do Provimento nº. 109/2005, do E. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, determinando-se a inscrição e registro definitivo do Autor nos quadros de Advogados da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de Porto Alegre/RS nos termos dos arts. 1º, II, IV, V, Parágrafo Único; 2º; 3º; I, IV; 4º; II, VI, VII; 5º, “caput”, II, IV, IX, XIII, XVII, XX, XXXIV, “a”, XLI, LV, LXXIV, LXXVIII, §§1º e 2º; arts. 6º, 7º, XXXIV; 12, I, “a”, 21, II, XVII, XXIV, 22, XIII, XVI, XXIV, arts. 37 “caput”, 84, IV, 85, III, 87, II e IV, 90, II, 93, I, 102, III, “a”, 103, VII, 109, I, III, 133, 170, Parágrafo Único, 193, 205, 206, VII, 207, todos da Constituição Federal, por ser medida de Justiça, de tudo ciente o Ministério Público.
- h) Que seja julgando totalmente procedente este pedido, condenando-as, também, nas custas, despesas e honorários advocatícios;
- i) Protesta-se, por todos os meios de provas em direito admitidas, testemunhais, documentais, periciais e etc; especialmente pelo depoimento pessoal do representante legal do Demandado, sob pena de confesso;

Dá-se à causa o valor de R\$- 100,00 (Cem Reais) para efeitos meramente fiscais.

Porto Alegre, 16 de outubro de 2007.



Dra. Carla Silvana Ribeiro D Avila

OAB/RS 57.865