Exame de Ordem desrespeita direito ao livre exercício da profissão

O Tribunal Federal da 5ª Região nos coloca uma questão oculta, que não foi tratada pelo juiz federal a respeito do exercício da profissão. O que é melhor para a dignidade da profissão: o Exame de Ordem ou a lisura, moral e dignidade do homem; do profissional?

O artigo 133 da Constituição Federal de 1988 determina que "o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei". A palavra “Justiça”, do latim *justitia* significa “em conformidade com o direito”, dar a cada um o que por direito lhe pertence, praticar a equidade, por seu turno. "Direito”, também do latim *directu*, significa “reto, probo e justo”.

O cardeal Ratzinger, papa Benedictus (Bento) XVI, em sua encíclica *Caritas in Veritate*, que trata de globalização, argumenta que justiça é o bem comum “em prol do desenvolvimento numa sociedade em vias de globalização”, mas (a globalização), “nunca existe sem a justiça, que induz a dar ao outro o que é dele, o que lhe pertence em razão do seu ser e do seu agir”, ou seja, define o exato termo filosófico de justiça, alertando sobre o tratamento jurídico dado pelos povos à Justiça: "*Ubi societas, ibi ius*: cada sociedade elabora um sistema próprio de justiça".[1]

Hegel[2] atrela a administração da Justiça ao poder governativo por considerar tal serviço um ato de administração pública e não um serviço particular destinado ao particular. Por seu turno, Sócrates coloca a virtude e a sabedoria acima da justiça. A virtude adquiri-se com a sabedoria ou, antes, com ela se identifica, eis a característica da moral socrática, por isto, Sócrates aceitou a morte com dignamente; poderia ter voltado atrás, pago uma fiança e sobrevivido, mas, julgou que se fizesse isto a essência dos seus ensinamentos se perderia.

Ora, então esse texto não deveria tratar do “Exercício da Justiça”? É proposital! Afinal, a Constituição de 1988 determina respectivamente que, nas duas cortes superiores de justiça, o Supremo Tribunal Federal seja composto por 11 ministros de notável saber jurídico e reputação ilibada (artigo 101) e, que o Superior Tribunal de Justiça seja composto de no mínimo 33 ministros de notável saber jurídico e reputação ilibada (parágrafo único do artigo 104); e o exercício da advocacia? Afinal, não é esta indispensável à administração da Justiça?

> *Art. 7º São direitos do advogado:*
> *IV* ***ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade*** *e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB;*
> *V não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado-Maior, com instalações e comodidades condignas,* ***assim reconhecidas pela OAB****, e, na sua falta, em prisão domiciliar;*

O texto acima se refere ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, nos termos da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994, sendo o texto em negrito suspenso nos termos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.127-8 do STF, mas, que a Ordem insiste em mantê-lo escrito, embora ineficaz. A lei ainda trás no

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

artigo segundo o texto: “O Advogado é indispensável à administração da Justiça”, cópia fiel do artigo 133 da Constituição Federal de 1988: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

É preocupante que o estatuto de uma autarquia especial que pretende ser indispensável à administração da Justiça pretenda ter um tratamento privilegiado, resguardando o direito de seus membros não serem presos. Ora, se administram justamente a Justiça, por corolário lógico deveriam ter também “notável saber jurídico e reputação ilibada” que por si só inviabilizam qualquer possibilidade de prisão. Ulisses Guimarães, presidente da Assembleia Constituinte de 1988 ao promulgar o texto constitucional se referiu a este como “Constituição Cidadã”, mas, na verdade é a Constituição do advogado que é citado em seu texto 18 vezes. A OAB monopolizou o acesso à advocacia e, por seu turno, ao direito.

Reiteradas pesquisas feitas no país colocam a Justiça nos últimos lugares quando medido o grau de confiança do brasileiro nas instituições brasileiras. Não há nenhuma pesquisa específica sobre advogados, mas, são recorrentes as notícias de advogados envolvidos com crimes.

O mestre e doutor em Direito, presidente da OAB-SP, Luiz Flávio Borges D’urso, sustentou que advogado envolvido com o crime é exceção (Orgulho de ser Advogado – *Folha de São Paulo* – Tendências e Debates – página 3 – 11 de agosto de 2006):

> *A despeito de um passado de serviços prestados, a advocacia vem sofrendo, recentemente, ataques infundados. Momentos de comoção, como os que estamos vivendo, nos quais o crime organizado busca um confronto direto com o Estado, certamente, alimentam a desconfiança nas instituições e nas entidades da sociedade organizada. No caso da advocacia, procura-se confundir advogado e cliente, defensor e acusado, querendo imputar ao primeiro a prática delinquencial do segundo.*

Pesquisa no Google para Advogado é preso trás de imediato 15.300 resultados, mas, reiteradas vezes alternando as conjugações, pode-se chegar a mais de 100.000 citações; considerando que somente em Minas Gerais há cerca de 100 mil inscritos na Ordem, é um número significativo. Então, a defesa da classe feita pelo advogado Luiz Flávio D’urso não se sustenta! Por seu turno, nota-se que o texto papal é a exata convergência do pensamento de Hegel com a moral socrática e muito justifica uma Lei da Ficha Limpa para o exercício da advocacia onde, por seu turno, a Ordem deve abrir mão do monopólio e aceitar, por exemplo, o contraditório e a ampla defesa, principalmente por ser uma autarquia federal especial, afinal, a virtude e a sabedoria devem conduzir a Justiça de forma a induzir “a dar ao outro o que é dele, o que lhe pertence em razão do seu ser e do seu agir"***[3]***.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A *Folha de São Paulo* trouxe excelente debate em sua edição de 26 de junho de 2010: “Pode o Judiciário autorizar escutas das conversas entre presos e seus advogados?” O juiz federal Ricardo de Castro Nascimento[4] sustentou que sim “em caso de suspeita fundamentada de que o advogado tem envolvimento nos crimes praticados por seus clientes, hipótese em que há desvirtuamento de sua atuação profissional”, assim, o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna” não combina com iniciativas de advogados que ensinam testemunhas a mentir, sendo ainda extensão de seus clientes em presídios. São fatos que, como sustenta o juiz, trás repercussões lamentáveis ao país e abalaa sensação de segurança da comunidade.

A Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1994, estabeleceu as normas básicas sobre o processo administrativo, considerando ser a OAB-MG uma autarquia federal especial a quem coube recepcionar os formandos em direito ao exercício da advocacia, como no entendimento de Benjamin Zymler[5]:

> *Atualmente, a jurisprudência encontra-se pacificada quanto à natureza jurídica dos conselhos das profissões regulamentadas. Não mais resta dúvida quanto a tratarem-se de autarquias. Isso, no contexto que junge essas entidades à esfera de atribuições do Estado.*

Deveria, portanto, a Ordem dos Advogados do Brasil abandonar suas provas de questões cretinas, onde os revisores não sabem diferenciar entre correção objetiva e subjetiva e ainda pretendem ser uma entidade descontrolada, com uma camada de teflon em relação ao controle jurisdicional, até porque estão em função delegada na aplicação do direito constante do inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, onde seus atos devem ser transparentes, na busca do princípio da verdade material[6]:

> *XIII é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;*
> *Ao contrário dos processos jurisdicionais, em que o princípio da verdade dos autos predomina, o processo administrativo deve ser informado pelo princípio da verdade material, pelo simples fato de que os direitos em jogo são sempre de ordem pública e a atividade processual das partes, no sentido de produzir provas, é meramente subsidiária. Logo, será sempre lícito à Administração, na busca da verdade, promover, a seu talante, a produção de provas, sendo defesa a presunção de veracidade de fatos não contestados por outro interessado no processo.*

A discussão acerca da natureza jurídica dos conselhos profissionais, que foi alvo recorrente de controvérsias durante grande período, contribuiu para a ausência de uniformidade na conduta e postura da Ordem dos Advogados, trazendo grandes transtornos aos bacharéis em direito que, por seu turno eram formados em Direito e em nada ao mesmo tempo, na medida em que a OAB seguia e segue critérios próprios e unilaterais para o cumprimento de direito garantido pela Constituição Federal.

Há, portanto, de ser feita uma análise da natureza jurídica dessa autarquia especial e a partir dela formar condições de fiscalização jurisdicional na realização do “concurso público” que é o Exame de Ordem e quem sabe, até propor modificações no Estatuto de Ordem, sendo esta a lição de Márcio Barbosa e Ronaldo Queiroz[7]:

> *Os conselhos fiscais de profissões regulamentadas são criados através de lei federal, em que geralmente se prevê autonomia administrativa e financeira, e se destinam a fiscalizar e zelar pela*

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

> *fiel observância dos princípios da ética e da disciplina da classe dos que exercem atividades profissionais afetas a sua existência.*
> *Não raro, na própria lei de constituição dos conselhos vem expresso que os mesmos são dotados de personalidade jurídica de direito público, sendo que outras leis preferem apontá-los, desde logo, como autarquias federais.*

Márcio Maia e Ronaldo Queiroz[8] discorrem sobre a publicidade dos atos e do rol dos membros da banca examinadora, no que implica no julgamento de provas e, até certo ponto, expõe os participantes-administrados à censura pública, segundo os autores, a divulgação dos resultados possibilitará o exame social da performance individual dos candidatos:

> *Ao lado de tal ônus, deve ser assegurado aos candidatos dos concursos públicos o direito de ter acesso prévio aos nomes dos componentes das bancas examinadoras e à sua qualificação profissional, pois não é justo alguém ser submetido ao julgamento de seu conhecimento por intermédio de um processo obscuro, em que se ignora, por completo, os responsáveis pela respectiva avaliação.*

O Judiciário brasileiro não pode se apequenar diante do poder conferido à OAB como soberania de determinar, segundo critérios próprios e unilaterais, a correção de provas para o ingresso na administração do direito, resignando aos bacharéis serem avaliados por pessoa que tenha igual ou inferior capacidade cognitiva, demonstrando clara e total parcialidade no julgamento, tornando temerária a garantia à imparcialidade[9]:

> *Realmente, o dever de imparcialidade configura condição indeclinável para a realização do escopo do processo administrativo, mormente o de natureza competitiva como o concurso público, cuja quebra esvaziaria, por completo, o núcleo essencial dos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade.*
> *Em razão disso, o ordenamento jurídico comina sanção extremamente grave aos agentes públicos que violarem o seu dever de imparcialidade, qualificando tal conduta como ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, caput, da Lei nº 8.429/92, verbis: 'Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições (…)'.*

Fábio Medina Osório[10] em trabalho específico entende que a Ciência Jurídica e as fontes formais do Direito constituem os limites técnicos à discricionariedade da banca examinadora na elaboração e correção das provas objetivas em concursos públicos. Se existem limites técnicos, esses limites podem e devem ser controlados e fiscalizados pelo Judiciário. Conclui o ilustre promotor de Justiça e professor de Direito Administrativo em relação ao tema abordado:

> *O princípio constitucional da interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos está embutido e deriva do devido processo legal substancial, estando acolhido na Constituição Brasileira de 1988. Por esse princípio, que se interpreta à luz da razoabilidade, uma Banca Examinadora não poderia, num concurso público dominado pela legalidade, igualdade, eficiência e impessoalidade administrativas, adotar qualquer dos seguintes procedimentos ilícitos:*
> *(a) eleger como correta uma alternativa incorreta à luz da doutrina e jurisprudência dominantes;*
> *(b) exigir que se assinale a alternativa correta, quando não existem alternativas corretas e não há*

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

uma alternativa indicando que todas as demais estão incorretas;
(c) exigir que se assinale a única alternativa correta, quando, em realidade, existem pelo menos duas, gerando, com essa espécie de comportamento administrativo, perplexidade nos candidatos;
(d) propor uma questão/resposta ambígua, que deixe no espírito do candidato fundadas e razoáveis dúvidas quanto ao seu alcance e precisão, gerando perplexidade que dificulte a eleição da alternativa correta, ante a possibilidade razoável de que não esteja correta a alternativa ou que haja outra alternativa igualmente correta na mesma questão.

Sendo assim, é urgente que o Judiciário abandone recorrente argumento de que, não lhe cabe julgar procedimentos de avaliação e correção das questões das provas, uma vez que se trata de competência da banca examinadora:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCURSO PÚBLICO. CONTROLE JURISDICIONAL. ANULAÇÃO DE QUESTÃO OBJETIVA. POSSIBILIDADE. LIMITE. VÍCIO EVIDENTE. ERRO MATERIAL INCONTROVERSO. PRECEDENTES.
1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, em regra, não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios de formulação e correção de provas. Com efeito, em respeito ao princípio da separação de poderes consagrado na Constituição Federal, é da banca examinadora desses certames a responsabilidade pelo seu exame.
2. Excepcionalmente, em havendo flagrante ilegalidade de questão objetiva de prova de concurso público (exame de ordem) que possa causar dúvida, como é o caso, bem como ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade. Precedentes.
3. Recurso especial não-provido (STJ – Superior Tribunal de Justiça – REsp 731257 – Segunda Turma – Relator: Ministro Mauro Campbell Marques – 07/10/2008).

O livre exercício profissional de que trata o inciso XIII, do artigo 5º da Carta Política de 1988 não é norma autoaplicável, mas, a Constituição remeteu a regulamentação à lei, nos termos da Lei 8.906, de 4 de julho de 1.994, conforme José Afonso da Silva:

O princípio é o da liberdade reconhecida. No entanto, a Constituição ressalva, quanto à escolha e ao exercício de ofício e profissão, a sujeição à observação das 'qualificações profissionais que a lei exigir'. Há, de fato, ofícios e profissões que dependem de capacidade especial, de certa formação técnica, cientifica ou cultural. (Silva, José Afonso – Comentário Contextual à Constituição – Malheiros – 2007).

A Ordem dos Advogados do Brasil está no exercício de função pública delegada. A Lei 8.906/94, ao regulamentar o ingresso de candidatos na advocacia, não admite o excesso de discricionariedade do examinador, da deslealdade a pretexto constrangir o exercício da profissão, tanto que o STF considerou como de repercussão geral:

Ementa: Ordem dos Advogados do Brasil – Exame de Ordem – Lei nº 8.906/94 – Constitucionalidade Assentada na origem – Possui repercussão geral a controvérsia sobre a constitucionalidade do artigo 8º, § 1º, da Lei nº 8.906/94 e dos Provimentos nº 81/96 e 109/05 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no que condicionam o exercício da advocacia a prévia aprovação no Exame de Ordem. Decisão: O Tribunal reconheceu a existência

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Ayres Britto e Cármen Lúcia. STF – Supremo Tribunal Federal – Recurso Especial – RE nº 603583/RG – Relator: Ministro Marco Aurélio Mello – 10/11/2009).

A Constituição portuguesa[11] cita a palavra "advogado" três únicas vezes em seus 296 artigos, não lhes dando nenhum privilégio ou monopólio do direito, como se verifica:

Art. 20º
2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.
Art. 32º
3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória.

A Constituição dos Estados Unidos é completamente muda no assunto, sendo que em 15 de março de 1837, o zenador da República Daniel Webster[12] faz o seguinte comentário: "Finalmente, as pessoas acusadas têm que ter um advogado para defendê-los, se quiserem um. Se um acusado de crime não consegue dispor de um, a Corte Suprema designará um para representar o acusado" (*Finally, accused persons must have a lawyer to defend them if they want one. If a criminal defendant is unable to afford a lawyer, the Supreme Court has held that one must be appointed to represent the accused individual).*

Em igual tamanho, a Constituição Europeia, que buscou integrar diversos costumes, não trouxe nenhum privilégio à classe e, essa é muito respeitada no mundo civilizado. A Ordem dos Advogados do Brasil é citada oito vezes na Constituição Federal de 1988, assim representada: no artigo 93 sua participação em concurso público para ingresso na magistratura de juiz substituto; no artigo 103, para propor ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade; no artigo 103-B, para compor o Conselho Nacional de Justiça e, parágrafo 6º, para receber ofícios, reclamações, exercer funções executivas, etc.; no artigo 129, parágrafo 3º, participação em concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público; no artigo 130-A, parágrafo 3º, para compor o Conselho do Ministério Público e, parágrafo 4º, para receber ofícios, reclamações, exercer funções, etc. e, finalmente, no artigo 132, para participação em concurso público para procuradores dos estados e do Distrito Federal.

No entanto, os novos bacharéis, que deveriam trazer novos ares à Ordem dos Advogados do Brasil, encontram justamente nela o maior e mais odioso obstáculo na medida em que são desrespeitados em seu primeiro é mais básico direito que é o direito da dignidade da pessoa humana e livre exercício profissional. A OAB não respeita o direito do contraditório e da boa-fé e, o direito abomina a má-fé!

[1] Ratzinger, Joseph (Papa Bento XVI – Caritas in Veritate

[2] Hegel – Princípios da Filosofia do Direito

[3] Ratzinger, Joseph – Papa Bento XVI – Carta Encíclica Caritas in Veritate, Ed. Paulinas, 2009.

[4] Nascimento, Ricardo de Castro – Juiz Federal – Vice-Presidente da Ajufe – Folha de São Paulo –

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

26/06/2010 – Página A3.

[5] Zymler, Benjamin – Direito Administrativo e Controle – 2ª Edição – Belo Horizonte – Editora Fórum – 2009.

[6] Zymler, Benjamin – Direito Administrativo e Controle – 2ª Edição – Belo Horizonte – Editora Fórum – 2009.

[7] Maia, Márcio Barbosa e Queiroz, Ronaldo Pinheiro de – "O Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional" – Editora Saraiva – 2007

[8] Maia, Márcio Barbosa e Queiroz, Ronaldo Pinheiro de – "O Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional" – Editora Saraiva – 2007 – página 84/85.

[9] Idem – cit. Anterior.

[10] Osório, Fábio Medina – Promotor de Justiça em Porto Alegre-RS. Mestre e Doutor em Direito Público. Os Limites da Discricionariedade Técnica e as Provas Objetivas nos Concursos Públicos de Ingresso nas Carreiras Jurídicas – Revista Diálogo Jurídico – disponível na internet no endereço: http://www.direitopublico.com.br/PDF_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-FABIO-MEDINA-OSORIO.pdf

[11] Lei Constitucional nº 1, de 12 de agosto de 2005 – Constituição Portuguesa

[12] Webster, Daniel – Senator – One Country, one Constitution, One Destiny – U.S Department of State: http://usinfo.state.gov

Date Created
01/01/2011

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.