

GOMEZ & SEINO
ADVOGADOS



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO DO EGRÉGIO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Supremo Tribunal Federal
09/02/2011 19:34 0005836

Recurso Extraordinário n. 603.583
Tema com Repercussão Geral n. 241

Gabinete do Ministro
MARCO AURÉLIO
Recebido em:

28 JUL 2011

1759

Eduardo Seino Wiviurka, brasileiro, solteiro, advogado inscrito na OAB/PR, sob o n.56.340, inscrito no CPF/MF sob o n.060.068.529-26, portador do RG emitido pela SSP/PR n.8.224.715-7, residente e domiciliado a rua Germania, n.243, bairro Cajuru, na cidade de Curitiba, Estado do Paraná, CEP 82.900-050; e **Nelson Luiz Gomez**, brasileiro, divorciado, advogado inscrito na OAB/PR, sob o n.56.339, inscrito no CPF/MF sob o n.167.767.129-72, portador do RG emitido pela SSP/PR n.728.049, residente e domiciliado a rua Estevão Bayão, n.244, bairro Batel, na cidade de Curitiba, Estado do Paraná, CEP 80.240-260, ambos com endereço eletrônico e profissional em rodapé, no qual recebem notificações e intimações, **advogando em causa própria**, comparecem mui respeitosamente a presença de Vossa Excelência, com fulcro no art. 543-A, §6º, do Código de Processo Civil, requerer

HABILITAÇÃO COMO AMICI CURIAE

Pelas razões a seguir expostas, com o escopo de que o Recurso Extraordinário n.603.583 seja julgado improcedente e que o Exame de Ordem não seja declarado inconstitucional.

1. DA HABILITAÇÃO COMO *AMICI CURIAE*

É crescente o número de ações nas quais uma seção estadual da OAB figura no pólo passivo de um processo que objetiva a inscrição nos quadros de advogados de bacharéis que não obtiveram a aprovação no Exame de Ordem. Até recentemente a Suspensão de Segurança n.4.321 negou provimento a uma liminar que concedia o direito à inscrição, sem aprovação no Exame de Ordem, de alguns bacharéis na OAB/CE.

Independentemente do resultado do julgamento da questão de Repercussão Geral debatida – a constitucionalidade do Exame de Ordem –, mesmo sendo a via difusa do controle de constitucionalidade, a decisão desta Egrégia Corte será um paradigma fundamental que terá uma série de implicações. A decisão desta demanda certamente norteará a apreciação de pleitos semelhantes existentes em diversos juízos, bem como potenciais demandas que poderão ser originadas caso o Exame de Ordem seja declarado inconstitucional. Ademais, repercutirá diretamente no Poder Legislativo que analisa alguns projetos de lei que objetivam criar institutos semelhantes ao Exame de Ordem, para outras profissões.

Oportuno também citar o Projeto de Lei do Senado n.43 de 2009¹, em tramite², proposto pelo Senador Marcelo Crivella que almeja criar um exame de qualificação profissional para todas as categorias. Conforme a ementa do projeto:

Altera a Lei nº. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que fixa as diretrizes e bases da educação, mediante a inclusão de novo parágrafo em seu art. 9º e do art. 46-A, para criar critério de avaliação de cursos e instituições de ensino superior relacionado ao desempenho de seus egressos em provas de proficiência profissional.

Sem dúvida o mérito da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do Exame de Ordem afetará os debates em torno deste projeto, porque será apreciado se a exigência de um exame após a graduação limita ou não o direito ao trabalho, dentre outras questões.

As discussões jurídicas desenvolvidas no bojo deste processo e a *ratio decidendi* do futuro acórdão poderão ser aproveitadas em outros processos semelhantes. Portanto, apesar da hipótese de superveniente mudança de

¹ Documento Anexado 01 – Projeto de Lei do Senado n.43 de 2009

² Documento Anexado 02 – Relatório da Tramitação do Projeto de Lei do Senado n.43 de 2009

entendimento desta Corte acerca da matéria deste processo, o precedente que será fixado sobre a constitucionalidade do Exame de Ordem não poderá ser ignorado.

Isto justifica a consideração de outras opiniões a serem manifestadas no intuito de contribuir para a apreciação da demanda, além de abrir um importante espaço para a discussão – assim consagrando valores e princípios inerentes ao estado democrático de direito, em uma perspectiva pluralística que garante legitimidade ainda maior à venerável Corte Constitucional.

Partindo destas considerações sobre a extensão do resultado da demanda, não apenas a OAB, além de todas suas seções estaduais, será afetada diretamente pelo julgamento do Recurso Extraordinário em epígrafe, mas todos os advogados também serão afetados pelo resultado da demanda, em especial aqueles que realizaram os esforços necessários para obter a aprovação no Exame de Ordem.

Os *amici curiae* que requerem a habilitação neste processo são pessoas físicas que tem como profissão a advocacia. Este pedido não seria possível na via de controle concentrado de constitucionalidade, que limita a admissão de *amicus curiae* apenas para *órgãos* ou *entidades*, por força de previsão expressa do art. 7º, §2º, da Lei 9.868 de 1999.

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

[...]

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros **órgãos ou entidades**.(grifo nosso).

Tratando-se de apreciação de questões de Repercussão Geral não há limitação quando aos sujeitos que podem ser habilitar, limitando o art. 543-A, §6º, do Código de Processo Civil apenas em citar “terceiros” representados por “procurador habilitado”:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a **manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado**, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (grifo nosso).

Neste sentido, é implícita a permissividade para a habilitação de pessoa física na qualidade de *amicus curiae*. Não há limitação de legitimados para que haja o conhecimento de um Recurso Extraordinário, ao contrário do que ocorre na via concentrada onde existe um rol taxativo de legitimados. Da mesma forma, não se há de limitar a natureza do sujeito que requer a habilitação como *amicus curiae* na via difusa, tão somente na via concentrada – como de fato ocorre na legislação infraconstitucional acima citada.

Não havendo impeditivo quanto a natureza da pessoa que requer habilitação, e vez que os presentes *amici curiae* em virtude de suas profissões suprem o requisito de procurador habilitado, se atendidos os demais requisitos, deve-se considerar o pedido de habilitação.

Encerrando este ponto sobre a admissão de pessoa física, o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n.511.961, pela decisão do Ministro Gilmar Mendes, assim se manifestou:

DECISÃO: Nas petições n os 140.118/2008, 31.750/2009 e 53.483/2009, a Ordem dos Jornalistas do Estado de São Paulo – OJESP, **Alon Feuerwerker e José Maria Rodrigues Nunes pleiteiam, respectivamente, sua admissão como assistente e como *amici curiae* neste processo.** [...] Nesse sentido, observo que, em 18 de abril de 2008, o presente recurso extraordinário foi liberado para inclusão na pauta de julgamentos (DJe 74, divulgado em 24.4.2008). Por esse motivo, com base no entendimento fixado pelo Plenário, **não é possível admitir intervenção de terceiros neste momento. Entretanto, ressalto que o indeferimento do pedido de intervenção não obsta que os interessados apresentem memoriais aos Senhores Ministros desta Corte** e que os dados por eles apresentados sejam, como serão, considerados no julgamento da causa. Ante o exposto, indefiro os pedidos. Junte-se aos autos as Petições n os 31.750/2009 e 53.483. Publique-se. Brasília, 8 de junho de 2009. Ministro **GILMAR MENDES** Relator 1 1 (RE 511961, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 08/06/2009, publicado em DJe-112 DIVULG 17/06/2009 PUBLIC 18/06/2009) (Grifo nosso).

Neste episódio, a manifestação de pessoas físicas na condição de terceiros não foi admitida por motivos de tempestividade, vez que o processo já havia sido liberado para julgamento. O Supremo já firmou entendimento que o pedido de habilitação no processo na condição de *amicus curiae* é extemporâneo, mas para ser conhecido necessita que seja interposta antes da liberação do processo para julgamento. Porém, não obstante esta questão formal, o Ministro Gilmar Mendes admitiu que os *amici curiae* entregassem memoriais aos Ministros, sem realizar

distinção se eram ou não pessoas físicas, ficando implícita a possibilidade de admissão destas.

Realizado estes esclarecimentos iniciais, cumpre justificar em que medida os advogados serão afetados pelo Recurso Extraordinário em epígrafe. Tendo sido devidamente conhecida a Repercussão Geral da questão, ultrapassando, portanto, o interesse apenas das partes, vários terceiros são diretamente afetados, como todos os bacharéis em direito que ainda não obtiveram aprovação no Exame de Ordem, bem como os advogados já regularmente inscritos.

Na hipótese do provimento do Recurso Extraordinário pela declaração de inconstitucionalidade do Exame de Ordem, os presentes *amici curiae*, como todos os demais advogados, serão afetados *socialmente* e *economicamente*.

Serão *socialmente* afetados porque é dever do advogado prezar pela defesa da Constituição da República e realizar suas funções para a administração da justiça. Existe um compromisso institucional da OAB, e por consequência de todos os advogados, com a qualidade da justiça. Para que a persecução deste objetivo seja eficaz, é indispensável à proficiência profissional comprovada pelo Exame de Ordem. Permitir a inscrição de bacharéis em Direito, sem a devida garantia de habilidade profissional, comprometerá socialmente as obrigações da categoria profissional dos advogados – argumento que oportunamente será desenvolvido.

Serão *economicamente* afetados, pois haverá aumento de advogados inscritos nos quadros da OAB, e a consequente maximização da oferta dos serviços de advocacia. A partir disso, será natural o decréscimo do valor econômico dos serviços oferecidos. O prestígio da classe profissional, o respeito agregado inerente ao título de *advogado*, seriam dissolvidos pelo número excessivo de profissionais que não possuem a comprovação da aptidão profissional.

Ainda na hipótese de provimento da demanda, uma inequidade seria gerada entre os bacharéis que não obtiveram aprovação no exame e os atuais advogados que despenderam os esforços necessários para obter êxito no Exame de Ordem. Nesta hipótese, uma geração de advogados, compreendida nos inscritos desde 1996 até o momento atual, teria sido em vão onerada demasiadamente com a exigência do Exame de Ordem para obter a inscrição para comprovar sua aptidão profissional.

Não apenas por estes motivos deve-se considerar a manifestação dos presentes *amici curiae*, mas também em virtude da função constitucional outorgada

ao advogado, que, nos termos do art. 133 da Carta Magna, "é indispensável à administração da justiça". Esta disposição constitucional por si só fundamenta a habilitação de advogados na qualidade de *amici curiae* em questões de Repercussão Geral – porque tais afetarão os direitos de seus clientes e a administração da justiça.

Por fim, cabe esclarecer que esta manifestação será feita na forma como esta Corte admite a participação de *amici curiae*, isto é, conforme julgado abaixo transcrito, o Supremo Tribunal Federal afirmou não serem cabíveis manifestações que não demonstrem serem de alto relevo para a apreciação da demanda:

Não é caso, porém, de admitir o Ministério Público do Trabalho. É que as alegações do requerente já foram expostas de maneira plena na intervenção da ANPT, cujas razões são, em grande parte, literalmente idênticas às apresentadas pelo MPT. Dado que a admissão da intervenção é medida extrema, justificada apenas quando se mostre de alto relevo à análise do mérito, desnecessárias intervenções cumulativas, se já oferecidas as mesmas razões por outra entidade ou órgão devidamente representativo. (ADI 3.395, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, julgamento em 18-1-10, DJE de 3-2-10)

Ciente da necessidade de inovar na argumentação, sob pena de tornar desnecessária esta manifestação, todos os argumentos correlacionados abaixo que já foram citados nos autos são colocados em uma perspectiva original, indicando fundamentos ainda não trazidos aos autos e raciocínios diversos dos já apresentados. Ainda no intuito de trazer acréscimo para a discussão, apenas julgados não citados nos autos são correlacionados nesta manifestação, assim como a análise de dispositivos legais são feitas a partir de instrumentos hermenêuticos ainda não utilizados. Destarte, o enfoque proposto e as premissas do raciocínio são inéditas nesta discussão – apesar de manter aderência às discussões jurídicas do processo.

Uma vez justificada e aceita a habilitação destes *amici curiae*, passa-se a tratar do objeto da demanda.

2. SÍNTESE FÁTICA-PROCESSUAL

João Antonio Volante, ora Recorrente, bacharel em Direito, adentrou com Ação Ordinária Proposta na Justiça Federal na Secção Judiciária de Porto Alegre (fls. 02-34v.1) em face da União e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB –, Recorridos neste processo, visando a inscrição na OAB/RS sem a obtenção de aprovação no Exame de Ordem.

A Exordial continha pedido de liminar, que foi indeferida (fls. 44-45v.1). A decisão foi recorrida por Embargos de Declaração (fls 48-52v.1), devidamente respondidos (fl. 53 v.1), ato que ensejou a interposição de Agravo de Instrumento (fls.56-71v.1) visando a concessão de liminar, que foram, da mesma forma, não providos pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fls. 74-75v.1).

Foram apresentadas Contestações pela União (fls.87-90v.1) e pela OAB (fls. 102-108v.1), que foram respondidas pelo Autor da Demanda (fls. 116-137v.1). Posteriormente o mérito do Agravo de Instrumento foi julgado finalmente improcedente (fls. 172-177v.1) e o mérito decidido na primeira instância julgou improcedente a ação (fls. 180-182v.1).

Interposta Apelação pelo pólo ativo do processo (fls. 184-192v.1), contra-razoada pela União (fl. 197v.1) e pela OAB (fls199-208), o Tribunal confirmou a sentença apelada (fls. 210-213v.). Interpostos Embargos de Declaração (fls. 217-262v.1) visando pré-questionamento, após decisão dos embargos (fls.263-266v.1), o ora Recorrente interpôs Recurso Especial (fls. 4-61v.2) e Recurso Extraordinário (fls. 63-120v.2). A União apresentou suas contra-razões a ambos os Recursos (fls. 122-127 v.2 e 129-134v.2, respectivamente), bem como a OAB (fls. 139-145 v.2 e 147-154, respectivamente), e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por seu turno, não admitiu o Recurso Especial (fls. 156-158v.2), mas admitiu o Recurso Extraordinário (fls. 159-160v.2).

* Remetidos os autos para o Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a Repercussão Geral da matéria. Antes do processo ser posto em pauta para julgamento, ocorre a presente intervenção visando a Habilitação como *amici curiae*.

3. SUMA DOS PONTOS CONTROVERTIDOS

Em todas suas manifestações nos autos o Recorrente realiza críticas severas ao Exame de Ordem, alegando *lobbys* corporativos, prática de truste, questionando se seria devida a atuação da OAB em certas questões, ou ainda suscitando a existência de constrangimento correspondente ao crime prescrito no art. 197 do Código Penal Brasileiro.

Além disso, o recorrente realiza considerações que eventualmente poderiam ser propostas na via legislativa, como a sugestão de concessão de inscrição profissional até que a prova de falta de qualificação seja demonstrada. Tais sugestões são oportunas e eventualmente as Casas Legislativas possam se servir delas, mas não possuem significância para o presente pleito, vez que sugestões de como poderia ser não tem aplicabilidade jurídica neste caso.

Abstraindo estas questões, após realizar uma consolidação das discussões presentes nos autos, verifica-se que os argumentos jurídicos apresentados pelas partes, que representam também os pontos da discussão desenvolvida, resumem-se a:

- a) se há inconstitucionalidade do art. 8º, IV, da Lei n. 8.906/94, que prevê o Exame de Ordem, por limitar o livre exercício do trabalho, direito tutelado por um conjunto de disposições constitucionais, afrontando o art. 5º, XIII e por via reflexa o art. 1º, II e III, art. 3º, I, II, III e IV, todos da Constituição Federal. A discussão deste argumento refere-se se é legítima ou não a limitação do direito ao livre exercício do trabalho mediante exigências de qualificação profissional;
- b) se o Exame de Ordem incide em vício formal de constitucionalidade por ser regulamentado por um ato do Conselho Federal da OAB – na época apenas o Provimento n.109/2005³ e atualmente também regulamentado pelo Provimento n.136/2009⁴. Sustenta o Recorrente que o art. 84, IV da Lei Maior institui como competência privativa do Presidente da República a regulamentação, enquanto que o Recorrido OAB desenvolve uma tese que diz que o Exame de Ordem é *instituído* por meio de Lei e apenas

³ Documento Anexado 03 – Cópia do Provimento n.109/2005 do Conselho Federal da OAB.

⁴ Documento Anexado 04 – Cópia do Provimento n.136/2009 do Conselho Federal da OAB.

regulamentado por meio de provimento, não havendo vício formal nesta perspectiva;

- c) se ocorre violação ao princípio constitucional da igualdade, vez que dentre os bacharéis apenas os do curso de Direito precisam se submeter ao exame de qualificação profissional para obterem a inscrição no órgão de classe. A discussão entre as partes recai sobre a existência ou inexistência de diferença hábil a legitimar o tratamento desigual, bem como se deve buscar a igualdade entre os bacharéis em direito (a *espécie*) ou entre os bacharéis (enquanto *gênero*);
- d) se a Lei de Diretrizes e Bases Educacionais, Lei n. 9394/96, que regulamenta a educação em geral, normatizando preceitos constitucionais como o art. 205, art. 209, II, art. 214, IV e V, todos da Constituição Federal, teria derogado a exigência do Exame de Ordem por ser cronologicamente posterior, ou se haveria relação entre lei geral e lei especial que implicaria na regular vigência do Estatuto da OAB ante sua especialidade;
- e) por fim, sobre conflito da OAB com as Instituições de Ensino Superior – IES –, para auferir a aptidão profissional. Trata-se de uma discussão acessória ao do item anterior, pois o resultado depende do tratamento normativo a ser designado para a questão. O Recorrente sustenta que a OAB usurpa a competência das IES ao exigir um exame para verificar a qualificação profissional, pois esta qualificação seria devidamente comprovada pelo diploma.

Quanto a tais pontos de matéria eminentemente jurídica, as razões do Recorrente não merecem prosperar. *Data venia*, a interpretação realizada pelo Recorrente dos dispositivos acima citados não é a mais adequada, pelos fatos e fundamentos desenvolvidos nos próximos itens.

4. DA CONSTITUCIONALIDADE DO EXAME DE ORDEM

É suscitada nos autos a existência de *tripla inconstitucionalidade* do Exame de Ordem, por violar a Carta Magna materialmente, por vício formal e por ofensa a igualdade. Nesta seção tais alegações que ensejaram o reconhecimento da Repercussão Geral serão examinadas em cotejo com os argumentos dispostos nas Razões de Recurso, e corroborando no que for cabível os argumentos dos Recorridos. A análise irá dispor sobre posições já sustentadas, mas sempre apresentará uma perspectiva nova ou alguma leitura hermenêutica ainda inédita neste Recurso Extraordinário.

a) Do Respeito ao Princípio da Igualdade

Considerando que apenas a classe profissional dos advogados necessita prestar um exame para auferir a aptidão profissional, enquanto que nenhuma outra profissão que exige igualmente a formação superior, sustenta o Recorrente a existência de afronta à igualdade.

Esta alegação foi questionada pela OAB que afirmou existir igualdade entre os bacharéis em Direito, posto que todos estes devem prestar o exame. Trata-se de dimensionar o alcance do princípio da igualdade. Ambos os lados afirmaram a necessidade de tratar desigualmente os desiguais, visando a eficácia da isonomia. Neste contexto, a única questão oportuna que os presentes *amici curiae* levantam é: os bacharéis em Direito são iguais aos bacharéis de outras áreas?

Caso a existência da desigualdade seja demonstrada, consoante o entendimento desta Corte pelos julgados a seguir correlacionados, existe legalidade no tratamento desigual causado pelo Exame de Ordem:

A igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais. Prestigia-se a igualdade, no sentido mencionado, quando, no exame de prévia atividade jurídica em concurso público para ingresso no MPF, dá-se tratamento distinto àqueles que já integram o Ministério Público. Segurança concedida. (MS 26.690, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-9-2008, Plenário, DJE de 19-12-2008.) (grifo nosso).

Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 77 da Lei federal 9.504/1997. Proibição imposta aos candidatos a cargos do Poder Executivo referente à participação em inauguração de obras públicas nos três meses que precedem o pleito eletivo. Sujeição do infrator à cassação do registro da candidatura. Princípio da igualdade. Art. 5º, *caput* e inciso I, da Constituição

do Brasil. Violação do disposto no art. 14, § 9º, da Constituição do Brasil. Inocorrência. A proibição veiculada pelo preceito atacado não consubstancia nova condição de elegibilidade. Precedentes. O preceito inscrito no art. 77 da Lei federal 9.504 visa a coibir abusos, conferindo igualdade de tratamento aos candidatos, sem afronta ao disposto no art. 14, § 9º, da Constituição do Brasil. A alegação de que o artigo impugnado violaria o princípio da isonomia improcede. **A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais. O direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais. Os atos normativos podem, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. É necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. (ADI 3.305, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 13-9-2006, Plenário, DJ de 24-11-2006.)**(grifo nosso).

Discute-se a constitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, o qual decorre da MP 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. A Lei 9.494, de 1997, em linhas gerais, disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. O núcleo da discussão deste recurso extraordinário centra-se no aludido art. 1º-F da Lei 9.494, de 1997, que dispõe: 'os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano'. (...) A decisão teve por base no Enunciado 32 das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro que dispõe: 'O disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/97 fere o **princípio constitucional da isonomia (art. 5º, caput, da CF)** ao prever a fixação diferenciada de percentual a título de juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos federais.' Não penso assim! **O atentado à isonomia consiste em se tratar desigualmente situações iguais, ou em se tratar igualmente situações diferenciadas, de forma arbitrária, e não fundamentada. É na busca da isonomia que se faz necessário tratamento diferenciado, em decorrência de situações que exigem tratamento distinto, como forma de realização da igualdade.** É o caso do art. 188 do CPC, que dispõe: 'computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público'. Razões de ordem jurídica podem impor o tratamento diferenciado. O STF admite esse tratamento, em favor da Fazenda Pública, enquanto prerrogativa excepcional (AI 349.477-AgR/PR – Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 28-2-2003.) Esta Corte, à vista do princípio da razoabilidade, já entendeu, por maioria, que a norma inscrita no art. 188 do CPC é compatível com a CF/88 (RE 194.925-ED-EDv, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 19-4-2002). Com efeito, a Fazenda Pública e o Ministério Público têm direito a prazo em dobro para recursos (RE 133.984, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 15-12-1998). Não é, porém, a questão que se põe nos presentes autos. O conceito de isonomia é relacional por definição. O postulado da igualdade pressupõe pelo menos duas situações, que se encontram numa relação de comparação. Essa relatividade do postulado da isonomia leva segundo Maurer a uma inconstitucionalidade relativa (*relative Verfassungswidrigkeit*) não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave. É que inconstitucional não se afigura a norma A ou B, mas a disciplina diferenciada (*die Unterschiedlichkeit der Regelung*). A análise exige, por isso, modelos de comparação e de justificação. Se a lei trata igualmente os credores da Fazenda Pública, fixando os mesmos níveis de juros moratórios, inclusive para verbas remuneratórias, não há falar em inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494, de 1997. Se os trata de modo distinto, porém justificadamente, também não há cogitar de

inconstitucionalidade da norma legal aqui discutida. Por fim, justificar-se-ia a identificação de inconstitucionalidade no art. 1º-F da Lei 9.494, de 1997, se comprovada a existência de tratamento não razoável. A análise da situação existente indica não haver qualquer tratamento discriminatório, no caso, entre os credores da Fazenda Pública, que acarretem prejuízo para servidores e empregados públicos. (RE 453.740, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 28-2-2007, Plenário, DJ de 24-8-2007.) **No mesmo sentido: RE 547.052**, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 2-6-2009, Segunda Turma, DJE de 7-8-2009; **RE 513.082-AgR**, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 26-5-2009, Primeira Turma, DJE de 28-8-2009; **AI 657.133-AgR**, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 8-9-2009, Segunda Turma, DJE de 25-9-2009. (grifo nosso).

No campo doutrinário, juristas de renome intelectual considerável lecionam no mesmo sentido da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Konrad Hesse esclarece no que consiste a igualdade material:

Igualdade jurídica material não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações. Senão só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma *regulação desigual de fatos iguais*; casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é, quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente.

Sobre isso, não há resposta uma vez para sempre estabelecida. Porque uma concordância de vários fatos pode ser comprovada sempre só com referência a um ou vários *característicos*, enquanto outros *característicos* podem diferir. Concordância temporal e espacial, está logicamente excluída; ele significa identidade. Uma valoração que qualifica dois fatos desiguais. **A comprovação, que vários fatos são iguais ou desiguais refere-se, portanto, à essencialidade ou não-essencialidade dos característicos próprios dos fatos comparados; ela depende do ponto de vista sob o qual a comparação é feita. Se, por exemplo, o característico 'pessoa' for considerado como essencial, então alemães e estrangeiros devem ser tratados igualmente; se aparece o característico 'nacionalidade' como essencial, então um tratamento desigual é admissível.**

Por estas razões, a questão decisiva da igualdade jurídica material é sempre aquela sobre os *característicos* a ser considerados como essenciais, que fundamentam a igualdade de vários fatos e, com isso, o mandamento do tratamento igual, ou seja, a proibição de um tratamento desigual ou, convertendo em negativo sobre os *característicos* que devem ser considerados não-essenciais e não devem ser feitos base de uma diferenciação jurídica⁵.

Ainda na busca de fundamentos doutrinários, é sempre oportuna a lição de San Tiago Dantas sobre a igualdade, mesmo sendo frequentemente citada e praticamente pertencer ao senso comum dos juristas:

Quanto mais progride e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. **A lei raramente colhe**

⁵ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. De Luis Afonso Heck. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1998. P. 330-331. (grifo nosso).

no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior, raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre se distingue conforme a natureza, utilidade, a raridade, a intensidade de valia que oferece a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que tem no interesse geral. Todas essas situações, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e de fato, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma constituição teórica, que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve até esta alta triagem a tarefa do órgão do Poder Judiciário⁶.

Todos esses fundamentos dizem muito pouco sobre a questão concreta do Exame de Ordem. Mas, tanto os julgados como posições doutrinárias, convergem para a necessidade de verificar empiricamente se há ou não desigualdade material entre os bacharéis de Direito em relação aos outros bacharéis.

Antes de buscar elementos empíricos sobre a situação dos bacharéis de Direito é interessante abordar como a ordem jurídica pátria lida com a diferença. Inicialmente, é uma constante na ordem jurídica brasileira a tendência de sempre buscar elementos mais específicos visando conceder tratamentos desiguais aos indivíduos desiguais – sempre colimando o ideal da igualdade. Esta diretriz pode ser verificável a partir de alguns exemplos: do gênero *pessoa humana*, ante a desigualdade inerente de sexo, concede-se as mulheres uma série de benefícios, como uma tutela processual penal específica (o caso das Delegacias de Proteção as Mulheres existentes em diversas cidades) bem como o devido apoio legislativo no período de gestação. Para minorias, visando afirmar a igualdade, criam-se discriminações positivas como políticas de cotas, direitos aos deficientes físicos, aos idosos, dentre outros inúmeros exemplos que poderiam ser citados. Da mesma forma, existem normas que oneram mais determinada classe visando novamente a igualdade material, como as alíquotas mais elevadas de certa faixa de tributação do Imposto de Renda.

Significa que, sempre que existe a necessidade de regulamentação específica de determinado gênero, é realizado tratamento desigual visando à igualdade. Por toda a ordem jurídica existem exemplos disto, e esse tratamento é conferido sempre que a desigualdade é manifesta. Em cada gênero, em cada grupo, se há alguma

⁶ DANTAS, F. C. San Tiago. Igualdade perante a lei e *due process of Law*: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. *Revista Forense*. v. 116.p. 357-367, Rio de Janeiro, 1948. (grifo nosso).

diferença, esta é normatizada visando à igualdade. A orquestração da diferença, conferindo a adequada tutela, é um dos imperativos de um estado democrático.

Nesta perspectiva, recolocar-se a questão: existe igualdade entre os indivíduos do gênero *bacharéis*? Neste gênero, é possível identificar um segmento que se sobressalta legitimando a adoção de um tratamento diferenciado? Ante estas indagações que implicarão diretamente na análise do mérito da causa, cumpre indicar elementos que poderiam diferenciar os bacharéis em Direito dos demais – desigualdades tais que tornam legítima a exigência diferenciada de prestar um exame de qualificação profissional.

a) *pluralidade de carreiras jurídicas*. Ao contrário do que ocorre nos demais cursos superiores, o bacharel em Direito possui um amplo leque de possíveis carreiras jurídicas que podem ser seguidas. Magistratura (Federal, Estadual ou especializada), Ministério Público, Procurador da República, Defensoria da União e as Defensorias Estaduais, Instituto Rio Branco para a carreira de diplomata, o cargo de Delegado de Polícia Civil ou Federal, carreiras acadêmicas, enfim, diversas opções dentre as quais se insere a advocacia – todas elas exigindo provas próprias que auferem a qualificação. Como diferencial do curso, para seguir qualquer uma dessas carreiras o candidato deverá comprovar as qualificações específicas por meio de avaliações. O curso de graduação em Direito permite que o acadêmico, durante a graduação, realize o direcionamento do curso para a carreira que pretende seguir. Assim, é acertado o argumento de que uma faculdade de Direito irá formar tão somente bacharéis em Direito, cabendo posteriormente a cada bacharel realizar estudos complementares e as provas necessárias para seguir a carreira que escolher.

b) *Essencialidade da advocacia para a administração da justiça*. O art. 133 da Carta Magna, consolida a importância que o legislador constitucional vislumbrou na advocacia. Consoante a alegação do Recorrente que outras profissões que exigem curso superior tratam de bens jurídicos importantes, como o médico em relação à vida, é importante lembrar que apesar desta tutela, sem o advogado, surgirão óbices para o exercício destes direitos. Existe uma correlação entre a administração da justiça, função outorgada aos advogados pela Constituição, com a qualificação profissional para este

fim. O bacharel em Direito que escolhe a carreira de advogado está ciente que tal carreira é a única a qual a Constituição confere tamanha responsabilidade. Para honrar com esta missão diferenciada, e considerando o contexto do curso de graduação em Direito no qual a advocacia é apenas uma das carreiras possíveis, é razoável a exigência de um exame de qualificação profissional para a parcela dos bacharéis em Direito que resolverem seguir a carreira de advogado;

- c) *A qualidade do ensino.* Tratando-se de uma interpretação de uma situação fática a partir do princípio constitucional da igualdade, as razões frequentemente apontadas pela OAB (não apenas nestes autos, mas em notícias amplamente publicadas) possuem uma inegável dimensão jurídica. Ao contrário do que ocorre com as de regras, a análise hermenêutica de princípios, como notoriamente reconhecido, possui uma dimensão de ponderação elástica, de forma que para auferir a igualdade de dada situação diversos elementos empíricos devem ser sopesados. Neste contexto, por ser indispensável a análise de elementos empíricos para auferir a isonomia de dada situação, são oportunas as considerações estatísticas sobre a quantidade de cursos de Direito ofertados no Brasil. Já ultrapassando o número de mil IES que ofertam o curso de Direito. As estatísticas na avaliação deles tanto pelo *Provão* que foi substituído pelo Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes – ENADE – e os resultados no próprio Exame de Ordem indicam a baixa qualidade da maioria das IES. É explícito que a grande maioria dos cursos de Direito estão abaixo dos níveis desejados.

A OAB outorga o selo 'OAB Recomenda', que em 2007 foi conferido a 66 (sessenta e seis) cursos recomendados pela OAB, número que subiu em 2010 para 87 (oitenta e sete). Lembra-se que esta recomendação da OAB é feita com um cálculo que considera o desempenho dos acadêmicos no Exame de Ordem (que auferir aptidões profissionais inerentes da advocacia) e no desempenho do ENADE (que auferir a qualidade do curso como um todo, não apenas no quesito da qualificação profissional para uma das carreiras jurídicas possíveis).

Sobre esta situação, é interessante citar as palavras do antigo presidente da OAB Roberto Busato:

O ensino jurídico precário atinge toda a Justiça, na medida em que compromete a formação de todos os que participam de sua administração – e, em última análise, atinge o próprio conceito de cidadania e de democracia.

E a razão é simples: temos compromisso estatutário com a qualidade da prestação jurisdicional no país. **E sabemos que há relação direta entre as duas coisas: qualidade do ensino jurídico e qualidade da justiça**⁷.

Assim, evidencia-se que a qualidade do ensino do Direito no País possui circunstâncias empíricas diversas dos demais cursos superiores, sendo plausível a adoção de medidas que visem garantir a certificação da qualificação profissional das carreiras jurídicas, dentre as quais a de advogado.

Portanto, em situações nas quais se vislumbra uma desigualdade fática, são constitucionais medidas – que oneram ou concedam benefícios – colimando a eficácia do princípio constitucional da Igualdade.

Fica a cargo da Egrégia Corte Constitucional avaliar se as peculiaridades citadas justificam a desigualdade que representa o Exame de Ordem. Significa ponderar a equivalência entre os bacharéis em Direito – das numerosas IES que escolhem seguir a carreira de advogado e assumir a tarefa constitucional de administrar a justiça – em relação aos bacharéis de outros cursos superiores.

De todo modo, os *amici curiae*, a partir de uma leitura sistemática fundamentada nos exemplos de tratamentos desiguais na ordem jurídica, sustentam que há conformidade do Exame de Ordem com o princípio constitucional da igualdade. Além das outras diferenças existentes, a advocacia é uma profissão constitucionalmente diferenciada, característica que por si só legitimaria a exigência de requisitos específicos para seu exercício.

b) Da Conformidade Material com a Constituição

O Recorrente alega que o Exame de Ordem afronta algumas disposições constitucionais, dentre elas o princípio da igualdade que já foi satisfatoriamente tratado. Alega, sumariamente, que contraria o livre exercício do trabalho, previsto no

⁷ **OAB Recomenda**. Gestão 2004/2007. Por um ensino jurídico de qualidade. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/oabRecomenda/OABRecomenda1.pdf>> Acesso em: 01 mar. 2010. p. 6. (grifo nosso).

art. 5º, XIII, pois impede o bacharel em direito de trabalhar, e tem por consequência ofensa a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, previsto no art. 1º, II, III e IV, bem como os objetivos da República previstos no art. 3º, todos artigos da Constituição da República, e o direito à vida, pois seu custeio fica comprometido ante a limitação do direito ao trabalho.

A violação à Constituição que acarreta as demais máculas é a limitação ao exercício do direito previsto no art. 5º, XIII. Desta forma, seguindo um raciocínio lógico, se não houver violação ao art. 5º, XIII, não haverá os reflexos que ofendam outros direitos citados. Se suprimida a causa, os efeitos serão inexistentes.

Quanto ao mérito da violação material à Carta Magna pela limitação ao livre exercício do trabalho, ocorre que o bacharel em Direito não é privado pelo Exame de Ordem de trabalhar, tão somente de exercer a profissão de advogado. O bacharel de Direito pode realizar outro ofício ou profissão (atendidas as qualificações profissionais) para custear suas despesas. Todo trabalho possui exigências próprias para seu exercício, e não estar apto para realizar uma profissão, não implica que outras não possam ser exercidas.

Além do mais, todo direito é limitado, assim como o exercício de todo direito é limitado. Não é aceito o exercício de direitos de forma absoluta, necessitando o respeito aos seus limites e aos direitos alheios. Somente se o direito ao trabalho fosse absolutamente ilimitado (situação na qual todos poderiam fazer qualquer ofício, trabalho ou profissão sem nenhuma exigência) a obrigatoriedade do Exame de Ordem seria questionável. Mas não é o caso, porque toda profissão exige proficiências técnicas e qualificações profissionais específicas, como o próprio art. 5º, XIII indicou:

Para fundamentar esta interpretação que retira o caráter absoluto do livre direito ao trabalho, pode-se citar a jurisprudência deste Tribunal. Já é consolidado que os direitos não possuem caráter absoluto, sendo esta a *ratio decidendi dos julgados* abaixo transcritos:

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear

o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-1999, Plenário, DJ de 12-5-2000.) Vide: HC 103.236, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14-6-2010, Segunda Turma, DJE de 3-9-2010. (grifo nosso).

Bacharel em direito que exerce o cargo de assessor de desembargador: **incompatibilidade para o exercício da advocacia.** Lei 4.215, de 1963, arts. 83 e 84. Lei 8.906/1994, art. 28, IV. **Inocorrência de ofensa ao art. 5º, XIII, que deve ser interpretado em consonância com o art. 22, XVI, da CF, e com o princípio da moralidade administrativa imposto à administração pública (CF, art. 37, caput).** (RE 199.088, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 1º-10-1996, Segunda Turma, DJ de 16-4-1999.) (grifo nosso).

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. (ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-4-2002, Plenário, DJ de 23-4-2004.) **No mesmo sentido:** MS 25.284, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 17-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010. (grifo nosso).

Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso, devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria CF (CF, art. 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. (HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Mauricio Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004.) (grifo nosso).

A constante nestes exemplos é que todo direito recebe limitações. Esta *ratio decidendi* pode ser utilizada para indicar uma solução quanto a contestação da constitucionalidade material do Exame de Ordem. Destarte, à luz da jurisprudência deste Egrégio Tribunal Constitucional, é compatível com a Lei Maior a limitação ao exercício de direitos e garantias fundamentais. Do contrário, se todos os preceitos constitucionais pudessem ser exercidos de forma ilimitada, o caos estaria implantado e o Estado Democrático de Direito deixaria de existir. Em termos

hipotéticos, há um Contrato Social no qual, para a coexistência de todos, é universalmente aceito a instituição de limitações.

Disto resulta que o Exame de Ordem está em harmonia com o conteúdo da Constituição da República, sendo que sua obrigatoriedade para a inscrição em uma seccional da OAB não constitui mácula a nenhuma disposição constitucional.

c) Da Conformidade Formal com a Constituição

A partir de uma interpretação literal do art. 5º, XIII, da Carta Magna, alega o recorrente que o Exame de Ordem está eivado de vício formal de constitucionalidade, porque é regulamentado por meio de provimento – tanto o Provimento n.109/2005 no início deste processo, e atualmente também pelo Provimento n.136/2009 – enquanto que o citado dispositivo constitucional é explícito em citar “[...] atendidas as qualificações que a *lei* estabelecer.” (grifo nosso). E ainda, se fosse o caso de regulamentar o Exame de Ordem caberia privativamente ao Presidente da República, nos ditames do art. 84, IV, da Constituição da República.

Por seu turno, a Recorrida OAB enfatizou em vários momentos deste processo que o Exame de Ordem possui a devida previsão legal por meio de *lei*, o já citado art. 8º, IV, da Lei 8.906/94. Defendendo-se ainda com o argumento de que os provimentos editados pelo Conselho Federal da OAB possuem tão somente o condão de regulamentar o instituto já previsto em lei, além de serem devidamente autorizados por lei, a saber, o §1º do mesmo art. 8º do Estatuto da OAB. Em outras palavras, o Exame de Ordem é uma das qualificações profissionais estabelecidas por lei, enquanto o Provimento apenas regulamenta este Exame.

Até este momento, a discussão sobre a inconstitucionalidade formal do Exame de Ordem se limitou a estas alegações: por um lado uma interpretação literal de um dispositivo da Lei Maior, e por outro a função de regulamentar (e não instituir) um provimento. Porém, se lançarmos um olhar mais amplo para o ordenamento jurídico pátrio, permitindo uma interpretação sistemática sobre como as diretrizes constitucionais são tratadas pela legislação infraconstitucional, é possível identificar uma constante que oferece uma perspectiva hermenêutica útil à apreciação da questão.

Em diversos artigos a Constituição usa expressões como “na forma da lei” e “cabe a lei complementar”. E seguindo tais diretrizes fixadas pela Lei Maior, no

manto infraconstitucional existem diversos diplomas legais que realizam regulamentações específicas. Por exemplo, o art. 5º, II, que diz “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;” e na legislação infraconstitucional existem diversos deveres e obrigações, mas nem sempre na forma estrita de *lei*. Ou seja, a *lei* referida no art. 5º, II, não é *Lei* no sentido estrito, mas as proibições podem vir por meio de Decretos que instituem obrigações, Regulamentos Internos, Leis municipais que instituem deveres apenas em certo território, ou qualquer outro instrumento jurídico válido. Nesta situação, a partir de uma interpretação restritiva, poderia ser alegada a inconstitucionalidade formal de todas as obrigações e proibições existentes na ordem jurídica que não foram instituídas por lei federal – o que é absurdo.

Outro exemplo oportuno, o art. 7º, §1º, fala sobre a proteção do empregado contra despedida arbitrária ou sem justa causa “nos termos da lei complementar”. Entretanto, é amplamente aceita a ampliação de proteções ao empregado contra a despedida arbitrária ou sem justa causa em outros instrumentos que não sejam leis complementares. Uma Convenção Coletiva, por exemplo, é um instrumento jurídico hábil para tal feito e de reconhecimento incontestável na Justiça do Trabalho. Mas aqui, novamente, a partir de uma interpretação restritiva e literal, é lógica a conclusão da inconstitucionalidade formal de instrumentos jurídicos que não sejam estritamente *lei complementar* que versem sobre despedida arbitrária ou sem justa causa.

Em matéria tributária isto é ainda mais flagrante. A título ilustrativo cita-se o art. 155, §2º, XII, da Constituição Federal, que indica uma série de matérias a serem regulamentadas por *lei complementar*. Mas sobre o imposto previsto no dispositivo legal citado, o ICMS, possui uma miríade de normas não previstas apenas em lei complementar sobre as matérias indicadas na Carta Magna. Inicialmente, cada Estado Membro e o Distrito Federal possuem legislações próprias sobre o ICMS, alguns Estados possuem um Regulamento do ICMS composto, dentre outros diplomas, por Decretos do Poder Executivo Estadual. Ademais, algumas mercadorias dependem de Resoluções de Agências, como a energia elétrica em relação às disposições da Resolução n.456/200 da ANEEL. Seriam todas estas normas eivadas de vício formal de constitucionalidade?

O intuito desta argumentação é fazer uma *reductio ad absurdum* da premissa do recorrente. A premissa que permite sustentar que o Exame de Ordem é

formalmente inconstitucional por ser regulamentado em um Provimento, enquanto a Constituição diz que a qualificação profissional deve ser exigida na forma da lei, se utilizada para analisar outras situações implicaria na inconstitucionalidade formal de uma quantidade imensurável de normas.

É evidente que isto não ocorre. Uma das grandes contribuições do Positivismo Jurídico foi oferecer uma compreensão lógica e hierárquica da ordem jurídica – por vezes tida como uma concepção piramidal. Uma norma pode regulamentar outras desde que sejam devidamente autorizadas. Assim, a Lei Complementar n. 87/96 regulamenta o ICMS, autorizando os Estados Membros e o Distrito Federal a criarem suas próprias leis. Bem como é legítima as disposições por Agências, como o caso da ANEEL, que edita normas que implicam diretamente na incidência do ICMS sobre energia elétrica – não há inconstitucionalidade formal nesta situação.

A disciplina constitucional sobre repercussão geral acrescida pela Emenda Constitucional n. 45, prescrita no art. 102, § 3º, da Constituição Federal usa a expressão “nos termos a lei”. Com o advento da Lei n. 11.418/2006, que disciplinou a repercussão geral por meio de alterações no Código de Processo Civil, há regulamentações específicas que ficam a cargo do Regimento Interno do Supremo Tribunal, como trata o art. 534-A, §6º e o *caput* do art. 543-B. Caso seja declarada a inconstitucionalidade formal do Exame de Ordem, a *ratio decidendi* de tal decisão poderia ser utilizada para arguir a inconstitucionalidade formal de algumas disposições do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que versem sobre repercussão geral – hipótese que não soa plausível.

Da mesma forma, o art. 5º, XIII, fala das “qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Para as profissões que exigem nível superior, existem diretrizes gerais na já citada Lei de Diretrizes e Bases Educacionais, bem como leis específicas para dadas profissões, como é o caso do Estatuto da OAB. Além disto, existem outras normas observas, porque os cursos superiores têm diretrizes profissionais estabelecidas por órgãos do Setor da Educação, como o Conselho Nacional de Educação e a Câmara de Ensino Superior. Por exemplo, por meio de sua Resolução n.9 de 29 de setembro de 2004⁸, institui diretrizes para o curso de graduação em Direito, e dentre suas disposições realiza referências diretas as qualificações

⁸ Documento Anexado 05 – Cópia da Resolução CNE/CES n. 9 de 9 de setembro de 2004.

profissionais do bacharel em Direito. Para ilustrar isto, diz o art. 4º da referida Resolução:

Art. 4º. O curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as seguintes habilidades e competências:

I - leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos ou normativos, com a devida utilização das normas técnico-jurídicas;

II - interpretação e aplicação do Direito;

III - pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito;

IV - adequada atuação técnico-jurídica, em diferentes instâncias, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos;

V - correta utilização da terminologia jurídica ou da Ciência do Direito;

VI - utilização de raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica;

VII - julgamento e tomada de decisões; e,

VIII - domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito.

Estas diretrizes são materialmente qualificações profissionais previstas em uma Resolução que vinculam as Instituições de Ensino Superior. Porém, estão em harmonia com o art. 5º, XIII, da Constituição, pois é de competência outorgada por lei do Conselho Nacional de Educação e a Câmara de Ensino Superior editar diretrizes curriculares para o ensino superior, que igualmente previsto na Lei de Diretrizes e Bases Educacionais, passa pela qualificação profissional.

Novamente aqui se aceita a premissa do Recorrente todas as Resoluções do Conselho Nacional de Educação e a Câmara de Ensino Superior que visam regulamentar os diversos cursos superiores existentes seriam formalmente inconstitucional. Porém, isto não ocorre porque a competência destes órgãos é devidamente autorizada por lei. Assim como é autorizado ao Conselho Federal da OAB regulamentar o Exame de Ordem, nos termos do art. 8º, §1º, da Lei n.8.906/94.

Pelo exposto, na adequada visão hierárquica existente na ordem jurídica, não há problema em Resoluções, Provimentos ou Decretos realizarem regulamentações de questões previstas em Lei, desde que seja respeitado o necessário vínculo que conceda tal autoridade. Como vimos, a partir de uma visão sistemática, a premissa que fundamenta a alegação de inconstitucionalidade formal do Exame de Ordem não se sustenta.

Por fim, evidencia-se que nesta sistemática não há mácula ao art. 84, IV, da Carta Magna, que outorga competência para o Presidente da República expedir

regulamento. Não obstante os fundamentos já apresentados, o Supremo Tribunal Federal já apreciou questão semelhante, na qual pleiteava a inconstitucionalidade de dispositivos normativos expedido pelo Ministro da Educação. Nesta situação, fixou-se o entendimento de irrelevância deste tipo de arguição – *ratio decidendi* firmada também em outros julgamentos desde então, conforme jurisprudência da Corte:

"Avaliação periódica das instituições e dos cursos de nível superior, mediante exames nacionais: Lei 9.131/1995, 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 CF, à autonomia universitária – CF, art. 207 e que **teria sido ela regulamentada pelo Ministro de Estado, assim com ofensa ao art. 84, IV, CF. Irrelevância da arguição de inconstitucionalidade.**" (ADI 1.511-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 16-10-1996, Plenário, DJ de 6-6-2003.) (grifo nosso).

"É compatível com a Carta Magna a norma infraconstitucional que atribui a órgão integrante do Poder Executivo da União a faculdade de estabelecer as alíquotas do Imposto de Exportação. Competência que não é privativa do Presidente da República. Inocorrência de ofensa aos arts. 84, *caput*, IV, e parágrafo único, e 153, § 1º, da CF ou ao princípio de reserva legal. Precedentes. Faculdade discricionária atribuída à Câmara de Comércio Exterior – CAMEX, que se circunscreve ao disposto no Decreto-Lei 1.578/1977 e às demais normas regulamentares." (RE 570.680, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 28-10-2009, Plenário, DJE de 4-12-2009.)

Portanto, por força da interpretação dada por esta Egrégia Corte Constitucional nos julgados citados, não é procedente a arguição de que o Exame de Ordem incide em vício formal por macular o art. 84, IV, da Constituição Federal.

Destarte, como já havia suscitado a Recorrida OAB, o Exame de Ordem é previsto em lei, enquanto o Provimento do Conselho Federal da Ordem, com a devida autorização legal, apenas regulamenta a previsão já existente em lei.

5. SOBRE AS OUTRAS DISCUSSÕES SUSCITADAS

Superados a violação direta à Carta Magna, o Recorrente aduziu outros argumentos pautados primordialmente na legislação infraconstitucional (mas que possuem mediatamente fundamentos constitucionais), razões que serão analisadas neste item.

a) Se Ocorreu Derrogação da Exigência do Exame de Ordem pela Lei de Diretrizes e Bases Educacionais

O Recorrente também argumenta que a Lei de Diretrizes e Bases Educacionais, Lei n 9.394/96, teria revogado a exigência do Exame de Ordem, por haver disposições naquela Lei que afirmavam que o ensino superior habilita para o exercício profissional e em virtude da sua posterioridade cronológica.

Como bem salientado pela Recorrida OAB, a Lei 8.906/94, que prevê o Exame de Ordem, é uma Lei especial em relação à Lei de caráter geral que é a Lei de Diretrizes e Bases Educacionais. Portanto, a alegada antinomia entre lei anterior e lei posterior não enseja o fenômeno da derrogação, por ser uma relação também entre lei especial e lei geral.

Sobre esta questão, é oportuno citar a lição de Norberto Bobbio:

*Conflito entre o critério de especialidade e o critério cronológico: esse conflito ocorre quando uma norma anterior-especial é incompatível com uma norma posterior-geral. O conflito se dá porque, ao se aplicar o critério de especialidade, dá-se prevalência à primeira norma; ao se aplicar o critério cronológico, dá-se prevalência à segunda. Também nesse caso perpetuou-se uma regra geral, que diz o seguinte: *Lex posterior generalis non derogat priori speciali*. Com base nessa regra, o conflito entre critério de especialidade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro⁹.*

A partir desta premissa, nota-se que a Lei n.9.394/96 tem por objeto a educação em geral, sem adentrar a especialidade alguma. Por seu turno, a Lei n.8.906/96 tem caráter, especial, e em uma de suas disposições faz a referência específica sobre as exigências para a inscrição profissional como advogado.

Por fim, a Lei de Introdução ao Código Civil dispõe no sentido de que a lei geral não revoga a lei especial, conforme art. 2º, §2º.

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º **A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.**

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.
(grifo nosso).

⁹ BOBBIO, Norberto **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 211. p..252

Desta perspectiva, é cristalina a regular vigência da Lei n.8.906/94, não tendo a Lei de Diretrizes e Bases Educacionais o condão de derrogá-la.

b) Da Relação entre as Instituições de Ensino Superior e a OAB

A validade do Exame de Ordem já foi suficientemente tratada, bem como já esclarecida a relação entre as o Estatuto da OAB e a Lei de Diretrizes e Bases Educacionais, cumpre por fim tratar da Relação entre a OAB e as IES.

Debate-se nos autos se seria suficiente para o exercício da advocacia apenas o diploma, vez que, o ensino superior já garantiria a habilitação profissional. O órgão de classe ao exigir um exame estaria ferindo a autonomia da IES.

Ao contrário do que sustenta o Recorrente, as IES não detêm uma soberania para certificar a qualificação profissional. Os cursos superiores devem obedecer normas editadas por órgãos específicos, além da legislação pertinente à matéria. Não cabe ao juízo subjetivo das Instituições de Ensino Superior eleger o que é *qualificação profissional* de forma que a obtenção de um diploma de bacharel em Direito signifique a aptidão automática para o exercício da advocacia. Ao contrário, estas qualificações obedecem os ditames do CNE/CES.

A já citada Resolução n. 9 do CNE/CES estipula uma série de exigências que as IES devem seguir em seus Projetos Pedagógicos. Sem dúvida as IES tem uma margem de autonomia para escolher disciplinas optativas próprias, estipular como os objetivos do curso serão atingidos, dentre outras escolhas. Porém, as diretrizes do CNE/CES vinculam as IES, que se sujeitam às sanções caso descumpram as diretrizes.

Neste contexto, pode-se afirmar que a OAB de forma alguma invade a autonomia das IES. Os conhecimentos exigidos no Exame de Ordem são de disciplinas de previsão obrigatória nos Projetos Pedagógicos e de grande importância e notoriedade. A OAB não invade a autonomia da IES, apenas exige os conhecimentos que o bacharel em direito deve possuir após concluir o curso de graduação em direito.

Por fim, a hipótese de que caberia ao Reitor de uma IES declarar a aptidão para o exercício profissional resulta devidamente refutada caso seja entendido como constitucional o Exame de Ordem – situação na qual nenhum Reitor poderá declarar um bacharel de Direito apto para exercer a advocacia.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE O EXAME DE ORDEM

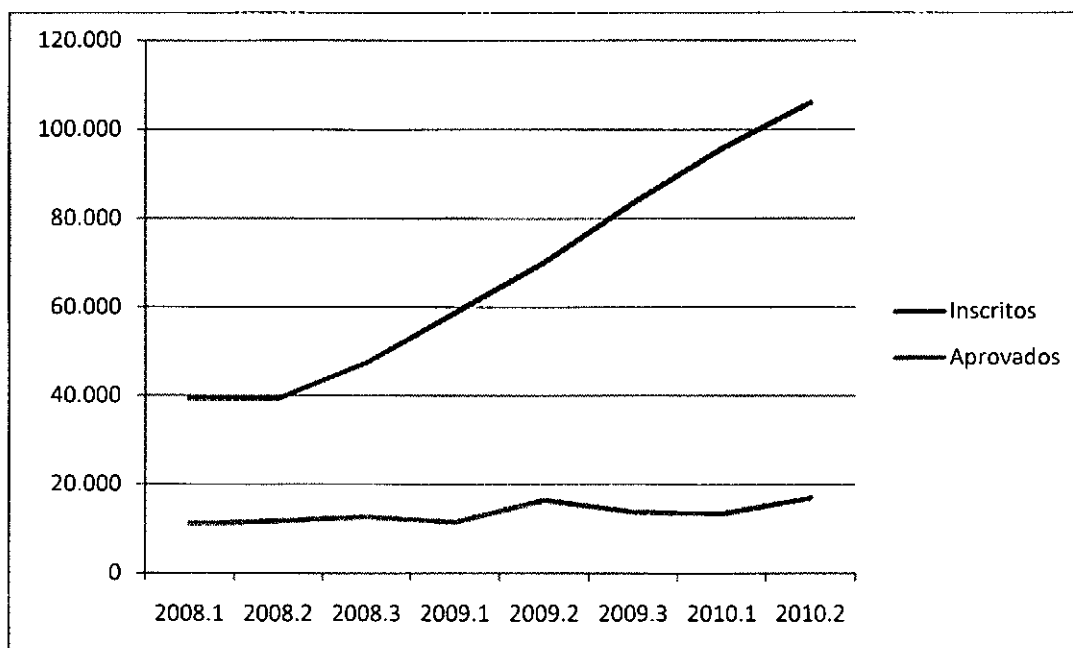
O Exame de Ordem causou muita polêmica até hoje. As posições estão divididas, não apenas sobre sua validade, mas também é comum encontrar questionamentos sobre sua eficácia. Notícias, artigos e pesquisas científicas são comuns sobre o tema. Além de todo esse debate ser um válido diálogo, pode-se filtrar algumas informações concretas sobre o Exame de Ordem – informações que serão apresentadas em caráter complementar, não sendo argumentos propriamente jurídicos, mas que podem corroborar acessoriamente algumas teses suscitadas.

a) Relação de Inscritos e Aprovados

Em primeiro lugar, é interessante analisar um levantamento estatístico sobre a relação de inscritos e aprovados no Exame de Ordem. Os números divulgados pela OAB, junto com a CESPE e FGV (que organizaram os Exames) são referentes aos Exames realizados após a sua unificação:

Exame	Nº de Inscritos	Nº de Aprovados	% Aprovados
2008.1	39.357	11.063	28,1
2008.2	39.372	11.668	29,6
2008.3	47.521	12.659	26,6
2009.1	58.761	11.444	19,5
2009.2	70.094	16.507	23,5
2009.3	83.524	13.781	16,5
2010.1	95.764	13.435	14,0
2010.2	106.041	16.974	16,0

Uma representação gráfica permite uma visualização das tendências do Exame de Ordem:



Verifica-se no gráfico acima que há um crescente número de inscritos no Exame de Ordem. São formados cada vez mais bacharéis em Direito, o que é um dos fatores do número crescente de inscritos. Além disso, aqueles que não obtêm êxito no primeiro Exame de Ordem, figuram nas estatísticas em mais de um Exame. Isto demonstra que a maior parte dos bacharéis em Direito não possuem as aptidões profissionais mínimas necessárias para o exercício da advocacia, restando cristalino que grande parcela dos bacharéis de direito, pelo critério do Exame de Ordem, não obtêm a adequada formação.

Por outro lado, a linha gráfica que representa o número de aprovados permanece relativamente constante. Apesar de ser uma exigência de qualificação profissional, o Exame de Ordem não impede, e nem constitui uma barreira, para o exercício da advocacia.

Analisando-se o percentual de aprovados constantes na tabela acima é possível concluir que este número em apenas três anos caiu 50%, isto é de uma média inicial próxima a 30% de aprovados, a situação atual está próxima a 15%.

Analisando o percentual de aprovados constantes dos resultados divulgados pela OAB, verifica-se que as Universidades Federais apresentam um percentual de aprovação superior a 60%. Em especial a Universidade Federal do Paraná tem um percentual médio de 77,23% de aprovação, nos exames de ordem de 2008 e 2009. Algumas IES particulares, conhecidas por sua excelência de ensino, também

alcançam um percentual expressivo de aprovação. Por outro lado há um número significativo de IES que não ultrapassam o percentual de 5% de aprovação no Exame de Ordem.

Por fim é fato que as IES visualizam o percentual de aprovação dos seus alunos no Exame de Ordem da OAB não somente como um diferencial competitivo, mas como instrumento de aferição qualitativa da formação e para reformulação de sua estrutura de ensino.

b) Sobre o Aperfeiçoamento do Exame de Ordem

Desde sua criação, o Exame de Ordem passou por várias mudanças visando seu aperfeiçoamento e o refinamento da avaliação de qualificação profissional realizada.

Dentre as principais evoluções estão: a criação de um Exame unificado nacionalmente; restrição, nas últimas edições do Exame, ao material de consulta para a realização da prova prática-profissional - até então, o candidato poderia se utilizar de vasto apoio didático, agora necessitando o candidato de uma preparação mais aprofundada dos conhecimentos jurídicos; a inclusão de conhecimentos sobre Ética Profissional, e a recentíssima inclusão da disciplina de Direitos Humanos.

Apesar da eficácia do Exame de Ordem ser por vezes questionada, é possível verificar esforços para seu aperfeiçoamento. No contexto em que o Congresso Nacional pretende instituir um exame de qualificação profissional para todos os cursos superiores (pelo Projeto de Lei do Senado n.43 de 2009), o aperfeiçoamento constante do Exame de Ordem, bem como o seu funcionamento, figura como um modelo para os outros órgãos de classes.

c) Perspectiva Social

Para o bom andamento das atividades jurisdicionais é necessário o desempenho adequado de uma série de profissionais, dentre eles o advogado. Este que é essencial para a administração da justiça, para o efetivo desempenho de suas funções, necessita de qualificações profissionais específicas.

Visando obter a tutela do direito dos jurisdicionados o advogado, além de conhecer bem o direito material, deve utilizar diversas ferramentas processuais cujo

manuseio não é simples. Apesar de haver foros próprios que dispensam a formalidade processual em causas de menor complexidade, é papel do advogado ter o conhecimento suficiente para pleitear os direitos de seus clientes. Ainda é necessário esforço de realizar atualizações constantes, conhecendo novas leis e os julgados que consolidam as tendências jurisprudenciais.

Uma vasta gama de conhecimentos é indispensável. Cada vez mais os Tribunais deixam de conhecer recursos por questões formais. Não importa qual seja a questão material, caso não haja a mínima qualificação profissional dos advogados para operarem corretamente o Direito os jurisdicionados correm riscos de sofrerem prejuízos.

É notório que a maioria dos bacharéis em direito, pelo critério do Exame de Ordem, não possuem as qualificações profissionais necessárias para o exercício da advocacia. Conceder a inscrição a todos os bacharéis em direito sem que haja a aferição de qualificação profissional criaria um risco significativo aos jurisdicionados ao escolherem seus procuradores. Este é um risco que pode ser facilmente evitado com a manutenção do Exame de Ordem, que exerce uma importante função social.

7. DOS PEDIDOS

Diante do exposto, desenvolvidos argumentos em favor da constitucionalidade do Exame de Ordem, bem como sua adequada vigência, pelas razões jurídicas, sociais, políticas e econômicas acima expostas, vêm os *amici curiae*, respeitosamente à presença desta Egrégia Corte Constitucional requerer o provimento dos seguintes pedidos:

a) que seja admitida a habilitação de Eduardo Seino Wiviurka e Nelson Luis Gomez, na qualidade de *amici curiae*, nos autos do Recurso Extraordinário n.603.583, Tema com Repercussão Geral n. 241, permitindo em todos os atos processuais cabíveis a sua manifestação, nos termos do art. 543-A, §6º, e do art. 21, XVIII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal;

b) que não seja declarada a inconstitucionalidade do Exame de Ordem, e como consequência, que seja o Recurso Extraordinário em questão julgado improcedente;

c) quanto aos procuradores, que as intimações e publicações sejam feita em nome de ambos, e que seja admitida a sustentação oral a ser formulada na oportunidade adequada nos termos do art. 124, parágrafo único, e do art. 131, §1º, ambos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal;

d) pela eventualidade, caso não seja admitida a habilitação dos *amici curiae*, requer-se apenas que a presente petição seja juntada aos autos na qualidade de memoriais para que eventualmente auxilie os Ministros em suas apreciações do Recurso Extraordinário.

Nesses termos, pede deferimento.

Curitiba, 07 de fevereiro de 2011.

Eduardo Seino Wiviurka
OAB/PR n. 56.340

Nelson Luiz Gomez
OAB/PR n. 56.339