

Prática Jurídica



Ano VII - Nº 75 - 30 de junho de 2008 - R\$ 18,50

R\$ 18,50
ISSN 1677-3766
1123-3333

Saiba Mais



DIREITOS REAIS

LAFAIETE LUIZ DO NASCIMENTO

Aula Maior



PLÍNIO ANTÔNIO BRITTO GENTIL

LEI DE DROGAS

PRÁTICAS DE PROCESSO



Sérgio Habib
Mandado de segurança em matéria criminal

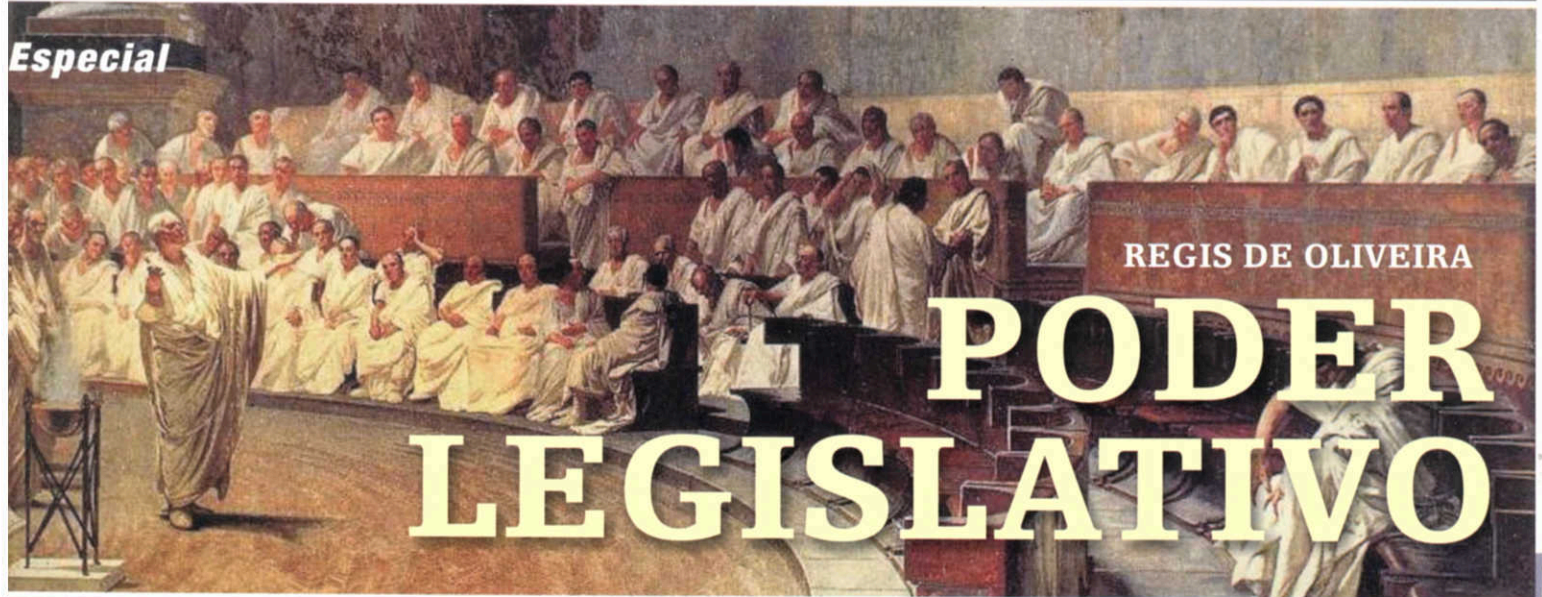


Léo da Silva Alves
Os 12 mandamentos do controle dos contratos públicos



Teresa Arruda Alvim Wambier e Rita de Cássia C. de Vasconcelos
Recurso especial

Especial



REGIS DE OLIVEIRA

PODER LEGISLATIVO

ANTONIO PESSOA CARDOSO O JUDICIÁRIO NA MONARQUIA • JOÃO GRANDINO RODAS TRANSAÇÃO EM CASOS DE CARTEL

sumário

DIVULGAÇÃO



REPRODUÇÃO



STOCKMART



Lei de Drogas: muitas perguntas, algumas respostas

12 A lei em comento já caminha para completar seu segundo aniversário e, não obstante, suscita, a cada dia, questionamentos que surgem a partir de situações antes não imaginadas. Assim posto, o Professor Doutor Plínio Antônio Britto Gentil propõe-se, neste artigo que subscreve, a elencar algumas dessas dúvidas e intentar respondê-las, de modo a contribuir, com seu saber, para saná-las.

Poder Legislativo

20 O poder pelo poder é um modo deturpado de exercício de qualquer forma de poder, deixou-nos o genial pensador Norberto Bobbio. Consoante este dizer, o Desembargador e Deputado Federal Regis de Oliveira apresenta, neste número, um estudo sobre o Poder Legislativo, bem como o instrumental que o compõe: partidos políticos, representação, sistema eleitoral, obrigatoriedade de voto, recursos e finanças partidárias, entre outros temas.

Direitos reais – Ligeira síntese

31 Um texto a servir, ora em diante, como um pequeno manual sobre os direitos reais. Seu autor, o Doutor Lafaiete Luiz do Nascimento, chamou-o de "ligeira síntese". Não obstante a exigüidade do espaço contemplado, preencheu-o com o que é essencial à compreensão do tema, transformando-o numa aula maior.

PRÁTICAS DE PROCESSO

Mandado de segurança em matéria criminal

56 Sérgio Habib

Recurso especial

58 Teresa Arruda Alvim Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos

Os 12 mandamentos do controle dos contratos públicos

64 Léo da Silva Alves

A exigência do exame da OAB frente à liberdade de exercício de profissão

28 A escolha de qualquer atividade profissional é exclusiva do candidato, posto que a Constituição assim o permite. No entanto, em seu art. 5º vem em acréscimo que tal liberdade vê-se restringida ao se exigir a atenção às qualificações profissionais que a lei estabelecer. Com base neste pressuposto, o Doutor João Carlos Navarro de Almeida Prado, em claro exercício de lógica, conclui que qualquer pessoa pode cursar Direito e se tornar bacharel, restando aos que quiserem advogar submeterem-se ao Exame de Ordem.

Primeira Página

HARMONIA ENTRE AS NORMAS E A SOCIEDADE
■ Ana Luci Limonta Esteves Grizzi 5

História do Direito

SISTEMAS JURÍDICOS DA EUROPA – IDADE MODERNA (PARTE II)
■ Renata Malta Vilas-Bóas 6

Cartas

..... 11

Aula Maior

LEI DE DROGAS – MUITAS PERGUNTAS, ALGUMAS RESPOSTAS
■ Plínio Antônio Britto Gentil 12

Advogando na Área de Família

DA CURATELA DE INCAPAZES – DEFINIÇÃO, PECULIARIDADES E DOS SUJEITOS À CURATELA
■ Ailton Rocha Nóbrega 18

Destaque

DESEJA-SE MESMO TRANSACIONAR EM CASO DE CARTEL?
■ João Grandino Rodas 27

Enfoque

O JUDICIÁRIO NA MONARQUIA
■ Antonio Pessoa Cardoso 34

Gestão de Negócios

O RITMO DO BUMBO
■ Leonardo Barém Leite 36

Questões de Direito

O SIGILO BANCÁRIO PODE SER ÓBICE À REALIZAÇÃO DE INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL?
■ Miguel Roberto da Silva 38

Vade Mecum Forense

CONTROLE DE ATOS ADMINISTRATIVOS E MORALIDADE PÚBLICA
■ Fernanda Mathias de Souza Garcia 40

Exame de Ordem

MANUAL ELEMENTAR DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL – OS SUJEITOS DO PROCESSO (PARTE III)
■ Esdras Dantas de Souza 42

Redação Forense

(DOUTOR VERNÁCULO, ENTRE PARÊNTESES)
■ Eduardo de Moraes Sabbag 44

Know How

DIDÁTICA JURÍDICA NO CONTEXTO ATUAL – UMA QUESTÃO DE ORDEM
■ Walkyria Carvalho 48

Painel Universitário

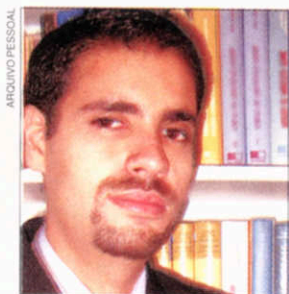
DO ABANDONO À ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO DIREITO BRASILEIRO – UMA TRAJETÓRIA DE CONCEITOS E PRECONCEITOS
■ Charles Alexandre Souza Armada e Maria Fernanda Gugelmin Girardi 52

Espaço Aberto

O MITO DA CONCILIAÇÃO
■ Vallisney de Souza Oliveira 66

Artigos para publicação – As matérias encaminhadas para apreciação do Conselho Editorial desta Revista deverão ser inéditas, exclusivas e conter, no máximo, 6 laudas com 35 linhas, cada.

A EXIGÊNCIA DO FRENTE À LIBERDADE DE



ARQUIVO PESSOAL

JOÃO CARLOS NAVARRO DE ALMEIDA PRADO é Defensor Público do Estado de São Paulo, atuando junto às Varas da Fazenda Pública da Capital. Professor de Direito Constitucional e Administrativo, Pós-Graduado em Direito Constitucional, com habilitação em Didática de Ensino Superior pela Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), e mestrando em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

A escolha de uma atividade profissional é de caráter essencialmente pessoal, levando em consideração as aptidões e habilidades manuais ou intelectuais do indivíduo.

Em respeito a tal premissa, o Brasil sempre teve por tradição assegurar, em seu texto constitucional, a liberdade de exercício de profissão.

Nesse sentido, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, em seu art. 72, § 24, *d*, estabelecia: "É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial."

Já o texto constitucional de 1934 inovou ao prever, no art. 113: "13) É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público."

Com isto, a garantia do livre exercício de profissão, de norma constitucional de eficácia plena, passou a aceitar condicionantes postas pelo legislador ordinário, o que se manteve nas Constituições posteriores de 1937 (art. 122, 8º), 1946 (art. 141, § 14) e 1967 (art. 150, § 23).

Assim, não houve qualquer inovação quando o constituinte de 5 de outubro de 1988 estabeleceu, no rol de direitos e deveres individuais e coletivos do art. 5º: "XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

Como se nota, houve apenas a substituição da expressão "condições de capacidade" por "qualificações profissionais", sem maiores conseqüências.

Observa-se, deste modo, que a Lei Maior previu a liberdade de profissão em norma constitucional de eficácia contida, na terminologia de José Afonso da Silva amplamente adotada, ou ainda reductível, como quer Michel Temer. Esta, conquanto possua eficácia plena e aplicabilidade imediata, pode ter o seu alcance restringido pelo legislador ordinário ou determinadas circunstâncias, como o interesse público, a ordem, a segurança pública e a defesa nacional.

Em sua tese acerca da *aplicabilidade das normas constitucionais*, José Afonso da Silva define as normas de eficácia contida como¹:

"Aqueles em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados."

Diante de tais comandos normativos, não há se falar em inconstitucionalidade da disposição infraconstitucional que se dispõe a regulamentar, dentro dos limites traçados pelo constituinte, a forma pela qual a norma constitucional será aplicada. É o caso, *v.g.*, da

EXAME DA OAB EXERCÍCIO DE PROFISSÃO

garantia pela qual toda pessoa civilmente identificada não ser submetida à identificação criminal, *salvo nas hipóteses previstas em lei*. Neste caso, a Lei nº 10.054/00, que trata da matéria, nada mais faz do que cumprir o mandamento constitucional, estabelecendo os casos em que, malgrado o ato de identificação por documento de identidade reconhecido pela legislação, a pessoa será identificada datiloscopicamente (art. 3º).

No que toca ao advogado, a Lei nº 8.906/94, chamada de *Estatuto da Advocacia*, exige, para inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, dentre outros requisitos, a *aprovação em Exame de Ordem* (art. 8º, inciso IV), "regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB" (§ 1º) e de atribuição de cada Conselho Seccional (art. 58, inciso VI).

Excepcionalmente e de forma transitória, o aludido Estatuto concedeu aos estagiários inscritos no respectivo quadro a dispensa do Exame de Ordem, mediante a comprovação, em até dois anos da promulgação da lei, do "exercício e resultado do estágio profissional ou a conclusão, com aproveitamento, do estágio de Prática Forense e Organização Judiciária, realizado junto à respectiva faculdade, na forma da legislação em vigor" (art. 84).

Hoje, não há mais lugar para novos rúbulas – pessoas que advogavam sem ser formadas em Direito, à época em que os cursos de graduação jurídica não haviam se expandido, ou outros causídicos que não tenham se submetido, com êxito, ao exame de habilitação.

A necessidade de aprovação no referido exame tem por escopo selecionar e melhor preparar, antes da entrada no mercado de trabalho, os novos profissionais da advocacia, à semelhança do médico, cuja habilitação impescinde do período de dois anos de residência; bem como dos cargos públicos, providos por concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, inciso II, da CRFB). Deste modo, é verossímil que o bacharel em Direito não estará plenamente apto ao exercício da labuta forense antes de comprovar que tem condições de colocar em prática os ensinamentos acadêmicos recebidos nos cinco anos de ensino superior.

Não obstante, recentemente a Justiça Federal do Rio de Janeiro, de forma inédita, desde o advento do Estatuto de 1994, concedeu liminar em mandado de segurança garantindo o direito a seis bacharéis de Direito, membros do Movimento Nacional dos Bacharéis em Direito, a se inscreverem nos quadros na OAB carioca sem a aprovação no Exame de Ordem. A juíza federal prolatora da decisão nos autos do Processo nº 2007.51.01.027448-4, publicada no DOE 11.01.08, pp. 20-21 (JRJNGC), argumentou que o Estatuto da OAB fere a Constituição Federal ao limitar o exercício de profissão por meio do exame, e conclui:

"Isto posto, defiro a liminar para determinar à autoridade coatora que se abstenha de exigir dos impetrantes submissão a exame de ordem para conceder-lhes inscrição, bastando para tanto o cumprimento das demais exigências do art. 8º da Lei nº 8.906/94. Oficie-se e intime-se."

A decisão causou polêmica e mobilizou a seccional carioca da OAB em prol de sua autonomia, supostamente maculada com o afastamento do Exame de Ordem. A liminar, todavia, foi cassada pelo Desembargador Raldênio Bonifácio Costa, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. A decisão foi tomada no dia 17 de janeiro deste ano. O processo encontra-se suspenso aguardando julgamento de exceção de suspeição².

O Congresso Nacional também tem se debruçado sobre a matéria. O Projeto de Lei nº 2.567/07, do Deputado Walter Brito Neto (PRB-PB), visa permitir a atuação, como *advogado*, do bacharel em Direito nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, modificando o Estatuto da Advocacia. O autor justifica a proposta considerando a rapidez e informalidade dos processos, aliada à ênfase conciliatória, perante os Juizados Especiais. Com a possibilidade de exercício da profissão dispensada a realização do exame de ordem, instituiria-se mecanismo para "treinar os futuros advogados na prática forense, sem ocasionar graves prejuízos para a ordem jurídica"³.

Tal proposta tramita conjuntamente, em caráter conclusivo, com o Projeto de Lei nº 2.054/05, do ex-Deputado Federal Almir Moura, que "torna obrigatório o exame de ordem para todos os que quiserem inscrever-se como Advogado". Tal proposição nada mais faz do que confirmar a exigência trazida pelo Estatuto da Advocacia.

A respeito da primeira proposição legislativas apresentada, não há se falar em inconstitucionalidade na admissão do bacharel em Direito atuando nos Juizados Especiais. Isto porque a Lei nº 9.099/95 já dispõe que a assistência às partes por advogado é facultativa nas causas até vinte salários mínimos (art. 9º). Assim, é perfeitamente possível se ampliar, por lei, a extensão da dispensa do advogado e franqueá-la ao bacharel. Todavia, não sendo obrigatória a presença de advogado, não poderá sê-lo, igualmente, a do bacharel em Direito. Haveria, em verdade, mais uma opção ao litigante, que poderia comparecer ao Juizado: a) sozinho; b) assistido por advogado; c) assistido por bacharel. Por fim, cumpre esclarecer que, em se aprovando a proposta, o bacharel em atuação no Juizado não poderá ser considerado advogado, pois tal qualificação é privativa daqueles aprovados no Exame de Ordem e inscrito nos quadros da OAB, *ex vi* do art. 3º da Lei nº 8.906/94. ▷

Outra proposta legislativa, de autoria do Deputado Federal Jair Bolsonaro (PP-RJ) prevê nada mais nada menos do que o fim da obrigatoriedade do Exame de Ordem para o exercício da advocacia. O autor do Projeto de Lei nº 2.426/07, que também foi apensado ao PL nº 2.054/07, sustenta que só as faculdades reconhecidas pelo Ministério da Educação (MEC) podem qualificar os alunos para o exercício da profissão, sendo inconstitucional a exigência de aprovação do exame da OAB, prevista no Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94).

Na justificativa do projeto, o autor defende que a imposição da aprovação do Exame de Ordem para a atividade advocatícia fere o texto constitucional, em seu art. 22, inciso XVI, que estabelece a competência privativa da União para legislar sobre condições para o exercício de profissões; bem como o art. 205 que trata do direito à educação. Em relação a este último, o deputado proponente é categórico ao afirmar ser competência dos estabelecimentos de ensino superior qualificar o cidadão para o exercício profissional, de sorte que tal atribuição há de ser excluída da Ordem dos Advogados do Brasil. Por fim, ainda faz alusão a recentes notícias de fraudes nos exames e integrantes das seccionais da OAB que dirigem ou lecionam em cursos preparatórios para o certame. Termina a justificativa, asseverando que "as crescentes manifestações contrárias à imposição de tal prática tornam-se o motivo maior da presente proposição, eis que representam a vontade popular".

Olvida-se, porém, que não se confunde a função das universidades, responsáveis pela formação acadêmica, com a do órgão de classe, que admite e fiscaliza o exercício da profissão. Aliás, a exigência do exame advém de comando legal editado pela União, em conformidade com o aludido art. 22, inciso XVI. Por outro lado, o direito à educação discerne da liberdade de exercício profissional que, como visto, encontra amparo no inciso XIII do art. 5º, estando condicionado aos requisitos estabelecidos em lei. Improcedem, assim, as alegações de inconstitucionalidade acima apontadas.

Em relação às fraudes, tal constatação não é motivo para se abolir o exame, mas, simplesmente, empreender maior fiscalização na sua organização e realização. Há de se impedir, igualmente, que todo e qualquer profissional envolvido com o certame possa participar de cursos preparatórios, diante do provável favorecimento aos alunos, antecipando-se temas e formulações a serem cobradas no exame.

Destarte, tais questões não nutrem força para afastar a exigência de submissão ao Exame de Ordem, que constitui instrumento idóneo ao controle prévio daqueles que pretendem exercer a advocacia, como forma de aferição do preparo intelectual – prático e teórico –, dos bacharéis em Direito. Por fim, dizer que a abolição do Exame de Ordem representa a "vontade popular" carece de maior comprovação fática. Será que a comunidade jurídica, o setor público ou privado, de fato, são favoráveis à extinção? O que dizer, então, de todos os cidadãos que já necessitaram ou um dia farão uso de serviços advocatícios: será que eles reputam desnecessária a aprovação no certame pelo profissional que irá tutelar seus interesses?

Deveras, a exigência de submissão ao Exame de Ordem para a atuação do advogado deve ser analisada sob a perspectiva constitucional. Nesse sentido, não há qualquer abuso cometido pelo legislador ordinário ao editar o Estatuto da OAB, estabelecendo a exigência de submissão a Exame de Ordem como condição para o exercício da advocacia. Pelo contrário, tem-se requisito plenamente compatível com a relevância da atividade e as possíveis conseqüências de seu exercício por pessoas tecnicamente despreparadas.

Inconstitucionalidade haveria se as exigências fossem de tal monta que, em vez de limitarem pontualmente um direito constitucional, fariam da regra – a liberdade de profissão – a exceção, empreendendo a ilação de que *é vedado o exercício da advocacia, salvo...*

Certamente não é o que ocorre. Não há limite quantitativo para o ingresso de novos advogados, as provas apresentam nível de dificuldade compatível com os desafios vivenciados pelo causídico e há diversos exames no decorrer do ano, o que possibilita o ingresso depois de poucos meses de bacharelado.

Ademais, a Lei Republicana Fundamental assegura a liberdade do exercício de profissão condicionada às qualificações profissionais que a lei estabelecer. Desta feita, a exigência mostra-se de acordo com o postulado da razoabilidade. Há de se considerar que a advocacia é atividade de grande magnitude, cujo resultado repercutirá diretamente no destino de pessoas cujos conflitos desaguarão no Poder Judiciário, em grande parte envolvendo os valores mais caros do ser humano: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, insculpidos na cabeça do art. 5º da Lei das Leis.

Não por outro motivo, a Carta Política estabeleceu que "o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei." (art. 133)

Tanta responsabilidade demanda rígidos mecanismos de controle do exercício da profissão e, igualmente, rigorosos procedimentos de admissão à advocacia, em proteção ao direito daqueles que dependem do Judiciário para solução de seus conflitos.

Qualquer pessoa pode, portanto, em tese, exercer a profissão. Basta lograr a aprovação no Exame de Ordem, resultado do mérito pessoal e da dedicação aos estudos. Somente com profissionais devidamente qualificados a Ordem dos Advogados do Brasil poderá exercer seu relevante papel institucional de defesa da ordem democrática e do Estado de Direito e republicano. ■



**QUALQUER
PESSOA PODE, EM
TESE, EXERCER
A PROFISSÃO
DE ADVOGADO.
BASTA LOGRAR A
APROVAÇÃO NO
EXAME DE ORDEM,
RESULTADO DO
MÉRITO DE CADA
UM E DA DEDICAÇÃO
AOS ESTUDOS."**

NOTAS

- 1 *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 6. ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 116.
- 2 Segundo informações do site do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Acesso em 3 de junho de 2008.
- 3 Informativo Diário *Dialex*, de terça-feira, 11 de março de 2008, da Editora Consulex.