

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL EM PORTO ALEGRE / RS.

MANDADO DE SEGURANÇA

COM PEDIDO DE LIMINAR

SEGUNDA FASE DO EXAME DIA 19 / 10 / 2008

Preâmbulo ilustrativo:

“9. CONCLUSÃO: DO POSSÍVEL CONTROLE E DO CONTROLE DESEJÁVEL.

Que conclusões podem ser extraídas da exposição precedente? (...)

*Aceitando-se abertamente a contingência da falibilidade do conhecimento humano - largamente - “dissimulada” pela ostensiva difusão do racionalismo de tipo cartesiano - e, no que diz respeito à prova, soterrada pela substituição do conceito clássico pelo conceito moderno de prova - demonstrou-se, cientificamente, a necessidade e a vantagem de serem formulados critérios, instrumentos, modelos de constatação ou, mais propriamente, standards jurídicos capazes, não apenas de auxiliar na evitação do erro, como, igualmente, de comunicar as vantagens do contraditório ao próprio processo de formação da convicção judicial, doravante não mais concebida como “**equivalente a cerrado e inabordable criterio personal y íntimo del juzgador**”, mas como “**una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo**”.*

À luz desta pré-compreensão e pressupondo que a liberdade outorgada ao juiz não pode redundar no desrespeito às regras do bem pensar, *exsurge, não apenas como necessário, mas como vantajoso, a invocação de tais critérios como instrumento que viabiliza uma discussão regrada, leal e honesta também a respeito da estrutura lógica da convicção judicial. Então, partindo da experiência do direito comparado, colhem-se os critérios, standards ou modelos de constatação, sempre alternativos e desprovidos de qualquer pretensão de exclusividade ou rigorismo, capazes de permitir aos partícipes do debate judicial, não apenas a efetiva explicitação desse juízo, mas, sobretudo, a discussão a respeito de seu acerto, razoabilidade, racionalidade e justiça. Tal procedimento visaria, em última análise, a evitar que passos importantes dessa delicada operação fiquem à margem do diálogo judiciário, o que seria equivalente a uma forma escamoteada de arbitrariedade ou a um dissimulado monólogo.*

Os diversos standards - tais quais a 'evidence beyond a reasonable doubt', a 'preponderance of evidence' e as 'special rules' (v.g. clear and convincing evidence); a "doutrina do absurdo" e da "arbitrariedade", a "congruência narrativa", o défaut de motifs e os modelos matemático-probabilísticos - por serem tais, devem ser vistos, apenas, como mais um ponto de vista para analisar-se um mesmo problema, concepção que se ajusta a uma visão problemática do direito. Por isso, eles não podem, nem devem, ter por missão substituir o processo de convicção enquanto tal: seria algo absolutamente indesejável. Eles são verdadeiros momentos argumentativos, ângulos ou enfoques de observação, devendo ser testados e utilizados sucessivamente, de tal modo que o observador (o juiz, as partes, o tribunal) possa ou seja, inclusive, obrigado a mudar seu ponto de vista a experimentar outra abordagem, consoante é da essência do pensamento problemático, que, haja vista, "amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo aberto e ponderado.

Não cuidamos, aqui, do uso desses standards no âmbito específico dos Recursos especial e extraordinário, embora, alguns, dentre os examinados, sejam mais voltados para essa finalidade. Essa, todavia, é uma outra dimensão prática que ostentam, o que já se pode inferir dos precedentes invocados. Nosso objetivo, ao contrário, foi o de preconizar a sua utilização como forma de submeter o processo de convencimento judicial a um possível controle. E diz-se expressamente, um possível controle, porque, como visto no curso deste trabalho, é próprio do standards uma indeterminação de sentido, no caso da convicção judicial, ademais, insubstituível.

Assim sendo, ao lado do juízo de fato e de sua sempre possível renovação como forma de controle, é recomendável e altamente proveitoso que se recorra também a parâmetros lógicos, a partir dos diversos standards a esse título enunciados, para que também a apreciação da prova mereça todo um diálogo franco, aberto e possível, plenamente integrado pelo contraditório e pelo pensamento problemático. Bem utilizados, poderão, também, contribuir na solução de importantes questões no plano dos recursos especial e extraordinário."

**(OS STANDARDS DO CONVENCIMENTO JUDICIAL;
PARADIGMAS PARA O SEU POSSÍVEL CONTROLE, Danilo Knijnik,
SEPARATA, Revista Forense, Volume 353, p. 48/52)**

MANDADO DE SEGURANÇA

COM PEDIDO DE LIMINAR

SEGUNDA FASE DO EXAME DIA 19 / 10 / 2008

CLÁUDIO TRARBACH WEIDLICH, brasileiro, união estável declarada, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, inscrito no CPF sob o nº 001.976.060-40, RG sob o nº 9063858766, residente e domiciliado na Rua Barão de Antonina nº 628, Bairro Centro em Carazinho-RS, CEP 99500-000, através de seu procurador signatário (doc. 01), com escritório profissional na Rua Barão de Antonina, nº 518, Bairro Centro, Carazinho, CEP 99500-000, onde recebe intimações, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA - COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE ORDEM LIMINAR "INAUDITA ALTERA PARS", ...

contra o Presidente da Comissão de exame de ordem da OAB, seccional do Rio Grande do sul, com endereço à **Rua dos Andradas nº 1276, 11º Andar, Centro, CEP 90.020-009 Porto Alegre**, na pessoa de seu presidente Sr. **CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA**, pelos fatos e fundamentos jurídicos que a seguir passa a expor:

1. OS FATOS:

O Impetrante é Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (doc. 02) e busca a sua aprovação no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil conforme faz certo o comprovante de inscrição (doc. 03). Ocorre que o Impetrante após a divulgação do Gabarito Preliminar atingiu o número de 46 acertos, índice insuficiente para conseguir a aprovação para a realização da 2ª fase do referido Exame, uma vez que, é necessário o número de 50 acertos. Acontece que de 24/09/08 ao dia 26/09/08 abriu-se o prazo para a interposição dos recursos, conforme faz certo o edital em anexo (doc.04) buscando a anulação das questões que os candidatos entendessem como sendo passíveis de recursos, e no dia 13/10/08 saiu o resultado final da prova objetiva, uma vez que a banca examinadora anulou as questões de nº 17, 19 e 34 (doc. 05) questões essas que foram aproveitadas pelo Impetrante uma vez que o mesmo havia errado estas, somando as três questões na nota do candidato que acabou alcançando o total de 49 acertos, não conseguindo aprovação nem a respectiva convocação para a realização da prova prática-profissional a ser realizada no dia 19/10/08 conforme edital em anexo.

Acontece que a questão de nº 24 da prova fogo (doc. 05) possui vício material insanável referente ao número da Lei explicitada no enunciado da questão conforme vislumbra-se:

24. Com base na Lei 6406/76, que dispõe sobre as sociedades por ações, assinale a opção correta acerca das características jurídicas deste tipo de sociedade empresarial.

No caderno Fogo Gabarito é a letra "D"

- (a) Os bônus de subscrição conferem direito de crédito contra a companhia, podendo conter garantia real ou fluante.
- (b) As partes beneficiárias compõem o capital social deste tipo de sociedade, sendo permitida a participação nos lucros anuais.
- (c) As ações, quanto à forma, podem ser classificadas em ordinárias e preferenciais.
- (d) Nessas sociedades, apenas acionistas poderão ser simultaneamente titulares de ações e debêntures.**

A questão considerou que a lei de regência das sociedades por ações seria a 6.406/1976. No entanto, é sabido que a lei que dispõe sobre sociedades por ações é a Lei 6.404/1976 (doc. 06).

Primeiramente deve-se ressaltar que a Lei 6.406 é do ano de 1977, e não de 1976. Esta lei trata da alteração das diretrizes das rodovias BR-453 e BR-468, integrantes do Plano Nacional de Viação, aprovado pela Lei nº 5.917, de 10 de setembro de 1973 (doc. 07).

Para o candidato conhecedor da norma sob análise (e era o que o Cespe e a OAB desejavam averiguar objetivamente), a alteração da numeração da lei de regência das sociedades por ações ergueria intransponível dúvida quanto a correção na elaboração da questão e seus itens, levando-o a se confundir sobre a forma de responder seu enunciado. Há inegável prejuízo ao candidato quanto ao seu julgamento sobre a questão.

Erros materiais impõem mácula indelével. Tanto assim é que o judiciário não se cansa de anular questões de concursos, inclusive o exame de ordem da OAB, quando o erro no enunciado é material, senão vejamos:

Acórdão do STJ RMS 19062 / RS

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2004/0141311-2

Relator(a) Ministro NILSON NAVES (361)

Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA

Data do Julgamento 21/08/2007

Data da Publicação/Fonte DJ 03.12.2007 p. 364

Ementa

Concurso público (juízes). Banca examinadora (questões/critério). Erro invencível (caso). Ilegalidade (existência). Judiciário (intervenção).

1. Efetivamente – é da jurisprudência –, não cabe ao Judiciário, quanto a critério de banca examinadora (formulação de questões), meter mãos à obra, isto é, a banca é insubstituível.

2. Isso, entretanto, não é absoluto. Se se cuida de questão mal formulada – caso de erro invencível –, é lícita, então, a intervenção judicial. É que, em casos tais, há ilegalidade; corrigível, portanto, por meio de mandado de segurança (Constituição, art. 5º, LXIX). 3. Havendo erro na formulação, daí a ilegalidade, a Turma, para anular a questão, deu provimento ao recurso ordinário a fim de conceder a segurança. Maioria de votos.

É sabido que o CESPE, em conjunto com a OAB, em se tratando de erros materiais, anulam as questões viciadas. Vejamos recente decisão administrativa nesse sentido, relativa a questão nº 20 do 2º exame de 2007:

"QUESTÃO 20 – Houve erro de redação na assertiva referente à definição de função administrativa; na última linha, deveria estar escrito critério objetivo material, e não formal.

(Fonte: http://www.cespe.unb.br/concursos/_antigos/2007/OAB2007_2/arquivos/OAB_22007_JUSTIFICATIVAS_DE_ANULACAO_DE_QUESTOES.PDF", em 21/05/2008)

O mesmo ocorreu no último exame de ordem, onde erros de redação implicaram na anulação das questões 22 e 82 do certame:

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
EXAME DE ORDEM 2008.1
JUSTIFICATIVAS DE ANULAÇÃO DE GABARITO

• QUESTÃO 22 – anulada porque o emprego do termo "empregados", no lugar de "empregadores", prejudicou o julgamento da questão.

• QUESTÃO 51 – anulada por apresentar duas opções corretas, uma vez que o poder de polícia, enquanto função administrativa, não é passível de delegação para pessoas jurídicas de direito privado, ainda que integrantes da administração pública. Sendo assim, a opção C também está correta.

• *QUESTÃO 82 – anulada porque o emprego do termo “mandado”, em vez de “mandato”, prejudicou o julgamento da questão.*

Não há dúvidas, que houve inequívoco erro material na formulação da questão 24, o que, necessariamente, deve implicar em sua nulidade, sob pena de flagrante e clamorosa injustiça, sem embargo, do desrespeito ao princípio constitucional da isonomia, insculpido no art. 5º, da Constituição Federal.

PEDIDO DE CONCESSÃO DA

ORDEM LIMINAR ‘INAUDITA ALTERA PARS’:

Ante o exposto, considerando-se presentes os requisitos de ‘periculum in mora’ e do ‘fumus boni juris’, requer o ora Impetrante, em primeiro, seja concedida a ordem liminar – determinando-se a expedição de comunicação via fax ou internet, à Comissão do Exame da OAB, na pessoa do Presidente da Comissão de Exame Sr. **CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA**, presidente do **CEE-OAB/RS – Comissão de Estágio e Exame de Ordem da OAB/RS**, com endereço à **Rua dos Andradas nº 1276, 11º Andar, Centro, CEP 90.020-009 Porto Alegre** – para que seja garantido ao Impetrante, sua participação da segunda fase do Exame da OAB, designada para o próximo dia 19 (domingo) de outubro de 2.008, na cidade de Porto Alegre / RS.

2.- DO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA:

Em seu art. 5º, LXIX, a Constituição Federal assegura ao administrado que sofra lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo em virtude de ilegalidade ou abuso de poder por ato ou omissão de autoridade pública a via jurisdicional do mandado de segurança, direito público e subjetivo de levar ao judiciário o justo reclame pela restauração da legalidade na administração dos interesses públicos.

No caso *sub judice*, a fim de evitar os evidentes prejuízos ao direito do Impetrante, em ter anulada a questão de nº 24 do Exame da OAB/02 – 2008 – **por flagrante e inequívoco erro material** - e com isso conseguir a nota mínima necessária para a realização da segunda etapa do Exame, impõe-se à interposição do presente remédio constitucional, forte nos requisitos legais e constitucionais invocados.

2.1.- O DIREITO LÍQUIDO E CERTO:

O direito líquido e certo do Impetrante, está consubstanciado nos fatos alegados, comprovados *‘quantun satis’* pela prova documental acostada a essa petição inicial, a saber:

- a) procuração;
- b) cópia do diploma de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais;
- c) cópia do comprovante de inscrição no Exame de Ordem / 02 – 2008;

- d) prova objetiva do Exame / 02 – 2008, da OAB;
- e) gabarito oficial definitivo da prova objetiva (1ª fase);
- f) edital de abertura;
- g) folha de respostas;
- h) cópias das leis em discussão no presente Mandado de Segurança;
- i) questões anuladas do último Exame da OAB /01 - 2008, sob o mesmo fundamento – erro material – as quais são anexadas e mencionadas como referência paradigma;
- j) classificação no Exame de Ordem /02 – 2008, após a publicação do resultado dos recursos administrativos;
- k) lista com as questões já anuladas pela Comissão do Exame da OAB / 02 – 2008;
- l) declaração de hipossuficiência econômica;
- m) comprovante de declaração de 'isento' perante a Receita Federal.

2.1.1 - A COMPROVAÇÃO DA OFENSA AO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE:

A ofensa ao direito do Impetrante, se encontra provada pela ausência do seu nome na convocação para a Prova Prático Profissional (a denominada segunda fase do Exame da OAB / 02 – 2008, que se realizará no próximo dia 19 de outubro de 2008, na cidade de Porto Alegre / RS), conforme faz prova o documento constante da alínea 'j', elencado no tópico antecedente, requerendo o Impetrante, por questão de garantia de acesso à justiça, e ainda, calcado nos princípios da efetividade, economia processual e instrumentalidade das formas, seja a própria autoridade coatora, instada a dar validade jurídica e reconhecer como autênticos, o conteúdo dos documentos por ela própria produzidos e hospedados na rede mundial de computadores no saíte: <http://www.oabrs.org.br/home.php>, de cujo endereço eletrônico, foram pesquisados e reproduzidos pelo Impetrante.

2.2 - A ILEGALIDADE DO ATO DA AUTORIDADE:

A ilegalidade da autoridade coatora, se consubstancia no fato de não ter acolhido o recurso do Impetrante, para anular a questão de nº 24, pela via administrativa, embora, escancarado e flagrante o erro material no enunciado da questão, conforme antes discorrido. A Comissão do Exame, ao invés de dar exemplo de excelência para os examinandos, que se submetem à prova, vem, ano, após ano, tendo inúmeras questões anuladas, inclusive por sua própria decisão colegiada, e sob o mesmo fundamento – erro material. Ferindo a autoridade coatora, os mas basilares princípios constitucionais, que vem insculpido no art. 5º da CF., ao soar:

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

Fica evidente, a quebra do princípio da igualdade, por parte da autoridade coatora, na medida em que, nos Exames anteriores, acolheu recursos – anulando as respectivas questões – sob o mesmo fundamento de erro material no impresso no enunciado das questões.

3.- A CONCESSÃO DA ORDEM JUDICIAL LIMINAR:

3.1.- O 'fumus boni iuris':

O '*fumus boni iuris*'; está amplamente evidenciado pelos fatos narrados, pelos antecedentes de conduta da própria autoridade coatora, na apreciação de casosa análogos, pela jurisprudência colacionada, e ainda, pela legislação federal e princípios constitucionais, tidos como violados.

3.2.- O 'periculum in mora':

O '*periculum in mora*', se evidencia pela ameaça de dano irreversível, em razão da realização da Prova Prático Profissional, denominada de 2ª Fase, se encontrar agendada para o próximo dia 19 de outubro de 2.008, reclamando, sob pena de ineficácia da prestação jurisdicional, a concessão de ordem liminar '*inaudita altera pars*', como a única medida capaz de evitar os irreparáveis danos ao impetrante.

4. REQUERIMENTO FINAL.

Em face do exposto, vem o Impetrante diante de V. Exª., com o devido e merecido respeito, pedir vênias, para requer:

a) em primeiro, a concessão de ordem liminar '*inaudita altera pars*', para que o Impetrante, seja incluído entre os convocados para a realizar a Prova Prático Profissional (denominada de 2ª Fase), designada para o próximo dia 19 de outubro de 2.008, determinando a expedição do comunicado judicial, para o Sr. **CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA**, presidente do **CEE0-OAB/RS – Comissão de Estágio e Exame de Ordem da OAB/RS**, com endereço à **Rua dos Andradas nº 1276, 11º Andar, Centro, CEP 90.020-009 Porto Alegre – RS**;

b) notificar a Autoridade Coatora do inteiro teor do presente Mandado de Segurança, entregando-lhe a inclusa cópia da inicial e dos documentos que a acompanham, a fim de que, querendo, preste as informações que entenderem necessárias;

c) após, ouvido o Representante do Ministério Público, prossiga no exame do mérito do Mandado de Segurança, para em julgado no precedente o Mandado de Segurança, decidir pela anulação a questão de nº 24, por erro material evidente em seu enunciado – conforme demonstrado e provado com os documentos que instruem essa petição inicial – concedendo o crédito correspondente do ponto da questão ao Impetrante, como de direito e justiça.

5. **PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA:** O Impetrante declara-se pessoa pobre na expressão legal do termo, fazendo prova dessa assertiva a declaração firmada pelo Impetrante (comprovante em anexo). Requer, portanto, seja-lhe concedido o direito de litigar com isenção de custas e honorários advocatícios, nos termos da legislação específica.

6. **PROVAS DOCUMENTAIS:** O Impetrante faz prova das suas alegações, como o exige a legislação específica, através dos documentos entranhados com essa petição inicial, requerendo, que a notificação da autoridade coatora, contenha, simultaneamente, intimação para reconhecimento dos documentos impressos do saite da Autoridade Coatora.

7. **DÁ-SE À CAUSA O VALOR ATRIBUÍVEL AS FEITOS CÍVEIS DE VALOR INESTIMÁVEL:**R\$977,00
(Novecentos e setenta e sete reais), *ex vi*, disposto no art. 259, do CPC.

DEFERIMENTO.

... de Carazinho para Porto Alegre / RS., 14 de outubro de 2.008

p.p. Cleanto Farina Weidlich

OAB nº 17.152 RS.

p.p. Claudio Trarbach Weidlich

OAB nº 33E544 RS.