

CONSTITUCIONALIDADE DO EXAME DE ORDEM

A profissão da liberdade, em defesa da liberdade da profissão

Gisela Gondin Ramos¹

Sumário: I – ASPECTOS FORMAIS: 1) Observância do princípio da legalidade; 2) Delegação de competência ao CFOAB para REGULAMENTAR o Exame de Ordem; 3) Competência da OAB para aplicar o Exame de Ordem. II – ASPECTOS MATERIAIS: 1) INTERESSE PÚBLICO: Quando a regulamentação do exercício profissional é um fim a ser perseguido pelo Estado, e justifica o controle social: O Advogado; A advocacia e a função social do advogado (*munus publico*); 2) A Razoabilidade da exigência do Exame de Ordem; 3) A Proporcionalidade da exigência do Exame de Ordem. III – A inexistência de violação ao Princípio da Isonomia. IV – A inexistência de qualquer PRIVILÉGIO ou RESERVA DE MERCADO.

A divulgação de parecer proferido em 19/Jul/2011 pela Procuradoria Geral da República, nos autos do Recurso Extraordinário n. 603.583, com repercussão geral já reconhecida pelo STF, reacendeu a discussão sobre a constitucionalidade do Exame de Ordem, em especial diante das conclusões do subscritor opinando pelo provimento parcial do RE, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do inciso IV do artigo 8º. da Lei 8,906/94 por violação ao conteúdo essencial do direito fundamental consagrado no art. 5º., XIII, da Constituição Federal.

Trata-se, pois, de discussão relativa à esfera de proteção, tanto quanto as conformações e limitações legais ao direito fundamental à liberdade de profissão; Um direito consagrado desde a Constituição imperial de **1824**, cujo art. 179 referindo-se expressamente à inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos, lastreada esta na liberdade, segurança individual e propriedade, abolia as corporações de ofício (inc. XXV), ao mesmo tempo estabelecendo que *nenhum gênero de trabalho, de cultura,*

¹ **GISELA GONDIN RAMOS**, é advogada inscrita na OAB/SC sob n. 3900. Na Ordem dos Advogados do Brasil, exerceu vários cargos, tendo sido conselheira e diretora da Seccional de Santa Catarina no período de 1998 a 2003; e Conselheira Federal no período 2004/2010. Foi Vice-Presidente do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC), no período 2005 a 2010. É Membro efetivo do INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB), desde MAR/2001, onde integra a Comissão de Direito Constitucional. Autora da obra ESTATUTO DA ADVOCACIA – COMENTÁRIOS E JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA (ed. Forense).

indústria ou comércio, pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos (inc. XXIV).

Daí à frente, todas as Constituições brasileiras, no tocante ao exercício profissional, tem a liberdade como regra, muito embora a expressem em termos distintos, conforme a época. Assim, a Constituição Republicana de **1891** registrava, no art. 72, § 24 *ser garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial*; A Carta de **1934**, em seu art. 113, item 13, dizia *ser livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público*. O texto de **1937** estabelecia no art. 122, item 8, *a liberdade de escolha de profissão ou do gênero de trabalho, indústria ou comércio, observadas as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público, nos termos da lei*. O constituinte liberal de **1946** assegurou no art. 141, § 14, *ser livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer*. Mesmo durante o Regime Militar, restou preservada na Carta de **1967**, e na emenda 01 de **1969**, repetido *ipsis litteris* no art. 153, § 23 (*é livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer*). Finalmente, movida pelos ventos benfazejos da redemocratização, é chancelada na Carta Cidadã de **1988**, cujo art. 5º., inc. XIII, diz que *é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*.

Fizemos questão de transcrever todos os dispositivos para fins de esclarecer, desde logo, que os constituintes brasileiros, em todas as épocas e períodos de nossa história, nunca deixaram de reconhecer o **direito fundamental à liberdade de profissão**, da mesma forma, também, que sempre deixaram aberta a possibilidade, observado o princípio da legalidade, de impor-lhe restrições decorrentes do interesse público. Note-se que os preâmbulos (*caput*) dos dispositivos constitucionais antes citados tratam dos direitos e garantias fundamentais, deixando claramente consignado que estes se fundamentam na inviolabilidade dos direitos à vida, à saúde, à igualdade, à propriedade, à segurança e à liberdade, de modo que a legitimidade da intervenção do Estado nesta seara só se faz reconhecer enquanto lastreada no objetivo de proteger tais valores. E é neste sentido que o Poder Legislativo tem atuado na aprovação de inúmeras leis de regulamentação das mais diversas profissões, criando direitos para os que as praticam, bem como limites ao seu livre exercício com a preocupação de assegurar o respeito aos direitos dos cidadãos.

Com tais fatos levados na devida conta, temos que quaisquer conclusões acerca da constitucionalidade, ou não, da exigência contida no art. 8º., inc. IV, da Lei nº. 8.906/94

há que passar, antes, pelo exame dos aspectos formais e materiais envolvidos na presente demanda, e que lhe dão o necessário suporte jurídico.

I – ASPECTOS FORMAIS

1) Observância do princípio da legalidade

O princípio da legalidade vem expresso no art. 5º., inciso II da Constituição, quando esta diz que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*, de modo que a sujeição de todos à ordem jurídica estabelecida é apanágio do próprio Estado de Direito.

Todos os dispositivos que versam sobre a liberdade de trabalho, ofício e profissão, nas constituições brasileiras, possuem os mesmos pressupostos jurígenos, fazendo prevalecer, pelo menos a partir da Carta de 1946, a idéia de que, para garantir a inviolabilidade dos direitos à vida, à saúde, à igualdade, à propriedade, à segurança e à liberdade, está o Poder Legislativo autorizado a editar leis estabelecendo condições não apenas de capacidade técnica, mas também de outra natureza, como a física e a moral².

Destarte, a ordem constitucional brasileira, desde sempre, se assenta na idéia de que a liberdade não é incompatível com a regulamentação de determinadas profissões, desde que esta regulação seja inspirada pelo interesse social, e lastreada no bem comum. Há mais de meio século, esta vem sendo a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal em todas as oportunidades em que se debruçou sobre a questão da liberdade de ofício. Destacam-se alguns destes precedentes.

No Recurso Extraordinário nº. 21.533/DF, julgado em 16/04/1953, o STF deixa claro que as limitações legais ao exercício da profissão se lastreiam no poder de polícia, ou seja, *na faculdade que tem o Estado de opor à liberdade do cidadão as condições necessárias para garantir a saúde, a vida, a segurança individual e os interesses legítimos*. E, analisando especificamente o art. 141, § 14, da Constituição de 1946, registra que esta é expressa no permitir que a lei não apenas fixe as condições de capacidade para as profissões em geral, mas também regule o exercício das profissões liberais (art. 161).

No Recurso em Mandado de Segurança nº. 8.099, julgado em 12/07/1961, o STF se debruça sobre a questão dos impedimentos para o exercício da advocacia, deixando

² Conforme definido pelo STF no julgamento da Representação n. 1054-DF, DJ de 29.06.84.

assentado que a *Constituição Federal no art. 141, § 14, consagrou o princípio da liberdade do exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer. Assim, para o exercício da advocacia, a lei exige o diploma de habilitação acadêmica e a inscrição na Ordem, inscrição que é feita com a restrição de não poder o advogado funcionário público, advogar contra a fazenda* (DJ de 19/10/61).

Sob a égide da Carta de 1967/69 (art. 153, § 23), o STF reafirma na Representação nº. 1023/RJ, que a liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão somente pode ser limitada pelas condições de capacidade que a lei estabelecer (DJ de 21/03/1980).

No mesmo sentido o julgamento do Agravo de Instrumento (AgRg) nº. 98.439-9/MG que, analisando a prática da advocacia por estagiário perante a Justiça do Trabalho, entendeu não haver nenhuma incompatibilidade do art. 72 do Estatuto da Advocacia (Lei 4.215/63) com o art. 153, § 23 da Constituição, registrando expressamente que o dispositivo estatutário da época visava *assegurar as condições de capacidade da representação profissional dos litigantes em juízo* (DJ de 29/06/84).

Por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº. 134.449-1/SP, analisando o mesmo art. 153, § 23 da CF/69, o STF dá mais um passo no sentido de esclarecer a questão, aduzindo que *o conteúdo da norma constitucional somente visa a impedir que se estabeleçam discriminações ilegítimas vedatórias do exercício de profissões, e ainda, que a cláusula final – que permite à lei estabelecer condições de capacidade para o exercício das profissões – tem a ver com o interesse público na exigência de capacitação adequada dos profissionais, concluindo, então, que a Constituição nada mais faz que outorgar ao legislador competência para editar normas fixadoras de condições de capacidade* (DJ de 21/09/90).

Atualmente a liberdade de profissão é assegurada pela **Constituição de 1988** no inc. XIII do art. 5º., que, dizendo ser *livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*, não trouxe nenhuma mudança significativa ao sistema, posto que **mantém a mesma regra atributiva de competência para fins de regulamentação profissional**. Este ponto, aliás, fica muito claro no recente julgamento pelo STF da questão do diploma para jornalistas – Recurso Extraordinário nº. 511.961/SP -, em que ao analisar o âmbito de proteção da liberdade de exercício profissional registra que a Carta de 1988 *segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores* (DJ de 17/06/2009). A mesma decisão esclarece, outrossim, que na formulação do art. 5º., inc. XIII, da CF/88, *paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas*. Reafirma neste ponto tudo o quanto já exposto pela Corte Suprema

nos vários julgados anteriores acerca do tema, e especificamente no Ag 134.449-1/SP, ou seja, de que não há no texto constitucional uma norma jurídica material, mas simples regra atributiva de competência.

E é exatamente este o ponto de partida na análise da constitucionalidade do Exame de Ordem. Trata-se de uma exigência criada por LEI. O art. 8º., inc. IV da Lei 8.906/94 estabelece como condição para se inscrever nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a prévia aprovação em Exame de Ordem. Não se trata, pois, de requisito que tenha sido instituído por meio de decreto, provimento, portaria, ou qualquer outro ato similar. Foi **instituído por LEI votada pelo parlamento**, obedecendo todas as etapas do processo legislativo (CF, art. 59 e segs) e que, portanto, submeteu-se à necessária e prévia manifestação de vontade dos órgãos representativos da soberania popular, constituídos pela própria Carta Magna. Resta demonstrado, portanto, o mais absoluto e inquestionável respeito ao princípio da legalidade.

2) Delegação de competência ao CFOAB para regulamentar o Exame de Ordem

Questiona-se a competência da OAB na regulamentação do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), invocando-se o art. 84, inc. IV da Constituição Federal, segundo o qual apenas o presidente da República estaria autorizado a expedir regulamentos para a fiel execução das leis, e esta atribuição, consoante o parágrafo único do mesmo preceptivo, seria indelegável. A fragilidade do argumento desponta do fato de que tal dispositivo apenas obsta a delegação por parte do Presidente da República, não fazendo qualquer referência ao Poder Legislativo. E, conforme pode ser constatado em uma simples leitura do art. 78 da Lei 8.906/94 foi o próprio legislador quem concedeu à Ordem dos Advogados do Brasil o poder regulamentar; No caso do Exame de Ordem, o legislador foi ainda mais específico, determinando a sua regulamentação através de provimento do Conselho Federal da OAB (art. 8º, § 1º). E não há na Constituição Federal qualquer norma da qual se possa, logicamente, inferir que ele estaria proibido de fazê-lo.

Quanto a este aspecto, aliás, há expressa concordância da Procuradoria Geral da República, cuja manifestação nos autos registra que *ao delegar ao Conselho Federal da OAB a deliberação sobre as regras aplicáveis ao exame de ordem, não infringiu o princípio da legalidade, pois ao provimento compete a definição das normas e diretrizes a serem observadas na sua aplicação*. E esclarece ainda mais, ao aduzir que *a delegação conferida pela Lei 8.906/94 limitou-se ao disciplinamento dos critérios técnicos de avaliação a serem adotados no exame de ordem e dentro da competência atribuída pelos arts. 54, V e 78 do mesmo diploma (verbis)*. Nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade, pois, pode ser aventada também neste aspecto.

3) Competência da OAB para aplicar o Exame de Ordem

Outro argumento que ataca a constitucionalidade do Exame de Ordem, na verdade desce ao nível infraconstitucional, porquanto deduz uma suposta ilegalidade na competência da OAB para sua aplicação. Sugere-se neste ponto que dentre as finalidades da Instituição não estaria a de verificar a aptidão do bacharel que pleiteia inscrição em seus quadros, uma vez que este direito lhe estaria assegurado com a simples emissão do diploma superior pela instituição de ensino que supostamente deteria a prerrogativa exclusiva e indelegável de aferir o conhecimento para o exercício da profissão.

Neste caso o argumento deixa de atentar para os exatos termos da Lei 8.906/94, cujo art. 44, inc. II é taxativo ao definir a OAB como SERVIÇO PÚBLICO, atribuindo-lhe competência para *promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil*. Destacamos, a propósito, a expressão **com exclusividade**, e o termo **seleção**. Começando por este último, não temos qualquer dúvida em afirmar que, ao atribuir à OAB a finalidade institucional para selecionar seus inscritos, a lei não faz outra coisa senão conferir-lhe exatamente a competência para aferir a qualificação do postulante ao título de advogado. E quando a mesma lei diz que tal atribuição é exercida *com exclusividade*, certamente não está considerando o diploma expedido por instituição de ensino como documento idôneo a substituir-lhe nesta responsabilidade. Uma responsabilidade, aliás, que decorre exatamente de sua natureza de **SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE**, consoante expressamente definido pelo próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento da **ADI-3026-4/DF**, sob a relatoria do Min. Eros Grau (DJ de 29/09/2006), que fez questão de registrar já na ementa que a OAB *não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional*, pela simples razão de que ela *não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas*, mas, para além disto, possui clara **finalidade institucional**. E é esta qualidade que lhe confere as características próprias de autonomia e independência, e que lhe permite *ocupar-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da justiça* (artigo 133 da CF/88) – grifamos.

Também nesta seara, portanto, o que se constata é uma perfeita adequação ao disposto no art. 5º., inc. XIII, da Carta constitucional, uma vez que o Exame de Ordem afere, justamente, a qualificação do bacharel para o exercício da profissão de advogado, de forma que, mesmo aqui, ao reivindicá-lo de todos aqueles que pleiteiam registro em

seus quadros, a OAB não faz outra coisa senão atender ao que dela é exigido pela Constituição.

II – ASPECTOS MATERIAIS

De modo geral, quando se fala em legalidade a idéia emergente é a de simples conformidade com a lei, entendendo-se por lei o mero texto positivo, o preceito jurídico escrito (*jus scriptum*) e solenemente formulado por uma autoridade constituída, com base num poder que lhe é delegado pela soberania popular, e onde reside a suprema força do Estado. Esta concepção de legalidade, entretanto, foi sendo deixada para trás a partir do momento em que a sociedade ultrapassou as barreiras do Estado Liberal, também chamado de Estado Legal, no qual prevalecia a idéia de que o Direito se reduzia à lei formal, e onde se atribuía à doutrina, jurisprudência, e até mesmo aos princípios, um papel meramente coadjuvante na construção da norma jurídica. Esta convicção acerca do conteúdo material do princípio da legalidade, então, foi gradativamente se perdendo na história com as transformações que conduziram à noção contemporânea de Estado, e promoveram a ascensão normativa da própria Constituição.

Hoje, portanto, quando se fala em Estado de Direito, já se reconhece que o mesmo sustenta-se não só no princípio da legalidade, mas também, e especialmente, no idéia de proteção aos direitos fundamentais. Neste sentido as percucientes considerações de FÁBIO CARVALHO LEITE, mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio, em seu alentado ensaio intitulado *Estado de Direito e os limites à Liberdade de Profissão*, que põe em relevo exatamente a identificação dos *limites que a idéia de Estado de Direito impõe ao próprio legislador quando este, no exercício de sua função típica e, no caso, autorizada pela Constituição, limita o gozo da liberdade de exercício profissional, ainda que sob o pretexto de estar garantindo-a nos termos do texto constitucional (verbis)*³.

É possível constatar, na doutrina e na jurisprudência, um consenso a respeito de que o limite a ser observado pelo legislador ordinário na imposição de quaisquer restrições à liberdade profissional está no **interesse público** que, embora considerado por muitos como um conceito indeterminado, ou plurissignificativo, admite que se estabeleça desde logo como uma expressão cujo conteúdo material não pode ser delineado senão a partir do texto constitucional e seu arcabouço principiológico.

³ In Revista da Escola Superior Dom Helder Câmara, Veredas do Direito. Belo Horizonte: vol. 3, n.6, p. 45-62, julho-dezembro de 2006.

Exsurgem daí duas constatações que devem nortear a atividade do intérprete. A primeira é a de que os poderes confiados ao legislador, como representante político, lhe autorizam a agir apenas em prol do bem comum e do bem-estar da coletividade, impondo a responsabilidade de resguardar sua atuação dos extremos perigosos e a se manterem estritamente dentro dos parâmetros traçados pela Constituição e pelas leis. A segunda, é que o interesse público não existe por si mesmo, nem é um fim em si mesmo, de modo que insulta à razão e ao bom-senso pensá-lo como algo autônomo, ou indiferente aos desejos e propósitos legítimos da sociedade, dos quais o Poder deve ser a expressão adequada, e em nome dos quais ele governa. Isto quer dizer que para ser público, o interesse precisa vincular os membros da comunidade em geral, orientando o exercício do Poder de acordo com valores comuns. Destarte, na expressão interesse público estão compreendidos os bens, as faculdades, as prerrogativas, os direitos, as utilidades, enfim, as condições sociais, de ordem material ou imaterial, que possibilitam a satisfação e felicidade coletivas. Importa ressaltar, pois, que o interesse público atua em favor da sociedade, e jamais contra ela; E isto significa que não existe por si mesmo, mas pela sociedade; Não é um fim em si mesmo, mas um propósito geral, um anseio coletivo.

Assim, tendo-se em conta que o Estado não é senhor dos cidadãos, mas que deve atuar como protetor supremo e padroeiro de seus interesses materiais e morais, a primeira averiguação a ser feita é se o exercício da faculdade de legislar, impondo restrições à liberdade de profissão, autorizada na parte final do inc. XIII, do art. 5º., da Constituição, se insere dentre as suas finalidades próprias ou, em outros termos, se admite o controle social.

1) INTERESSE PÚBLICO: Quando a regulamentação do exercício profissional é um fim a ser perseguido pelo Estado, e justifica o controle social.

Neste tópico mister estabelecer-se desde logo que, não obstante a redação da parte final do inc. XIII do art. 5º., não são todas as profissões que são passíveis de regulamentação pelo Estado, e mesmo para aquelas que o são, há que se esclarecer que a atuação estatal só pode incidir sobre o direito de acesso e exercício, jamais à escolha, que se encontra protegida pelo núcleo de inviolabilidade da autonomia privada do cidadão. Fora deste núcleo essencial, a análise da constitucionalidade ou não de determinada regulação deve passar pela identificação do interesse social que legitime o poder público a intervir na esfera da autonomia do cidadão impondo-lhe obstáculos a serem superados para fins de acesso a ofícios que manifeste vontade de exercer.

Reflexões importantes sobre este tema são encontradas no já citado artigo de Fábio Carvalho Leite, onde o professor de direito constitucional da PUC-Rio, esclarece precisamente este ponto, ao salientar que o reconhecimento da legitimidade de uma exigência legal ao exercício de determinada profissão implica, necessariamente, em se admitir como legítimo um controle por parte da sociedade sobre aquela determinada atividade, o que, por suposto, há de ser a exceção, e não a regra. Ilustra de maneira ímpar esta afirmação trazendo à baila o exemplo do médico, cuja responsabilidade envolve conhecimentos complexos, lidando com bens tais que justificam a exigência de certos requisitos que restringem de modo razoável e proporcional o acesso dos cidadãos a este ofício. Para fins de contraponto cita também a atividade desempenhada por um garçom, como exemplo de um espaço *onde a Constituição deixa aos cidadãos com vontade de exercer o ofício a liberdade para escolher os caminhos que levam aos conhecimentos necessários para o seu exercício profissional, e deixa aos empregadores de estabelecimentos comerciais a liberdade de escolha dos profissionais nos processos de seleção*. Permanecendo com o exemplo do garçom, o autor esclarece que uma lei exigindo a realização de cursos para o exercício desta atividade seria flagrantemente inconstitucional, ainda que a pretexto de aperfeiçoar o serviço, e assim garantir aos consumidores uma melhora no atendimento. Isto porque, mesmo sendo indubitável o fato de que tal exigência seria adequada ao objetivo, *não se pode reconhecer este como um fim a ser perseguido pelo Estado porquanto a melhoria no atendimento ao público é do interesse do estabelecimento comercial, não do Estado, e qualquer responsabilidade em relação ao atendimento recairá, em um primeiro momento, sobre o estabelecimento, e não sobre o profissional* ⁴.

Destarte, em se tratando do direito à liberdade de ofício, em confronto com a autorização constitucional para que o Estado expeça regulamentos acerca das “qualificações profissionais” necessárias, a análise tem como foco, primeiro, saber se estamos diante de uma atividade sujeita a controle social, e se representa – ou não – uma finalidade a ser perseguida pelo Estado. Há duas maneiras de se fazer isto. A primeira é verificar se a atividade analisada guarda alguma relação com os direitos fundamentais que lhe garantem um espaço ampliado de exercício livre; A segunda, de outro lado, é conferir se a própria Carta traz algum fundamento que justifique ou impeça a intervenção estatal.

O **jornalista**, por exemplo, tem estreita ligação com a garantia de manifestação do pensamento (art. 5º., IV), opinião e expressão, e informação (art. 220), O § 1º., do art. 220, aliás, traz expressa PROIBIÇÃO de que se edite qualquer lei que possa causar

⁴ No artigo Estado de Direito e os limites à liberdade de profissão. Veredas do Direito BH, v. 3, n. 6, p. 45-62 jul/dez de 2006.

embaraço à plena liberdade de informação, e o § 2º., do mesmo dispositivo, é determinante e taxativo vedando a censura de qualquer espécie. Tudo isto junto, deixa mais que clara a intenção do constituinte de NÃO ADMITIR qualquer interferência estatal, ou qualquer forma de controle social, nesta seara. O caso do **garçom**, conforme já esclarecido acima, insere-se no espaço da iniciativa privada, e na autonomia civil. O **músico** tem ligação direta com a liberdade de expressão artística (art. 5º., inc. IX). Esta, aliás, a posição adotada há poucos dias pelo STF (em 01/08/2011) no julgamento do RE-414.426 onde, em decisão unânime, a Corte registrou o entendimento de que não cabe ao Estado imiscuir-se na produção artística, especialmente porque o exercício da atividade de músico não implica em qualquer risco de dano social. O mesmo se deu a respeito do **Corretor de imóveis**, analisado pelo STF na Representação n. 930, entendendo desnecessária a regulamentação porque o despreparo do profissional não acarreta prejuízos à sociedade que justifique o controle da liberdade.

Em todos estes casos, verifica-se que embora não se tenha outros dispositivos específicos na CF que estabeleçam mais claramente os limites de intervenção, tem-se como extrair estes limites de outras liberdades asseguradas na Carta (liberdade de expressão, de informação, artística, etc.). São todas, portanto, situações claras nas quais não se justifica o controle social e a intervenção do Estado.

O Advogado

Agora, no caso do advogado, a primeira constatação é de que à circunstância de se valer o Poder Público da prerrogativa regulamentar autorizada na parte final do inc. XIII do art. 5º., não se opõe nenhum outro direito fundamental. E não só não se opõe, como também atende ao comando do que dispõe o art. 133 da mesma Carta que confere ao profissional da advocacia indispensabilidade na administração da justiça, atribuindo-lhe um inquestionável **múnus público**. E é a combinação destes dois fatores, justamente, que autoriza a intervenção regulatória do Estado, e justifica o controle social sobre as “qualificações profissionais” necessárias a quem pretenda exercer a profissão.

É que a atividade do advogado não se limita às alegações no foro, em processos judiciais; Sua atuação vai além, porquanto é ele, também, aquele profissional que orienta e aconselha os cidadãos quanto aos aspectos jurídicos que envolvem o seu patrimônio, suas relações com outros cidadãos, os seus espaços de liberdade, e até mesmo sua vida.

E do que trata o Estatuto da Advocacia – Lei 8.906/94 - senão de assegurar o exigido e indispensável RESPEITO AOS DIREITOS DOS CIDADÃOS?! Qualquer um que se dê

ao trabalho de analisar com atenção os termos da referida lei não terá a menor dificuldade em constatar que seus dispositivos estão muito mais voltados à proteção do cidadão do que do profissional da advocacia, ao qual são dirigidas as mais severas restrições. Mesmo no capítulo específico dos “direitos do advogado” (art. 7º.), o que se vê é a enumeração de uma série de prerrogativas destinadas à garantia da defesa do cidadão, e não da pessoa do advogado. São PRERROGATIVAS estabelecidas no intuito de resguardar a independência e a inviolabilidade do exercício profissional, duas garantias básicas decorrentes da sua indispensabilidade à administração da justiça, tal como asseverado no art. 133 da Constituição.

Conforme deixamos registrado em nossos comentários ao Estatuto da Advocacia (ed, Forense, 5ª, ed.), os direitos conferidos aos advogados pela Lei 8.906/94, antes de serem privilégios, são uma RESPONSABILIDADE. Fizemos registrar, também, o fato de que esta discussão em torno dos direitos, ou “privilégios” dos advogados antecede à própria criação da Ordem dos Advogados. Destacamos o trecho em questão, *verbis*:

Em 1930, André de Faria Pereira, então Procurador do Distrito Federal, recebeu do Ministro da Justiça Oswaldo Aranha, a incumbência de redigir projeto de lei destinado à reorganização da Corte de Apelação do Distrito Federal. Ao fazê-lo, o distinto jurista incluiu nele o art. 17, pelo qual se criava a Ordem dos Advogados. Lendo a proposta apresentada por André de Faria Pereira, o Ministro se opôs exatamente aos termos do art. 17, aduzindo que a Revolução não deveria conceder privilégios. As ponderações de André de Faria Pereira, em resposta, auxiliado por Solano Carneiro da Cunha, foram fundamentais para vencer a resistência do Ministro. Disse ele: “a instituição da Ordem traria, ao contrário, restrição aos direitos dos advogados e que, se privilégio houvesse, seria o da dignidade e da cultura”.³³

A menção do advogado no art. 133 da Constituição Federal, é outro fator a demonstrar o nível de responsabilidade da nossa profissão.

*E a melhor maneira de se verificar a natureza dos direitos outorgados pelo Estatuto ao advogado, é exatamente examinar as condições em que o mesmo pode ser exercido pelo profissional. Se se tratasse de um direito propriamente dito, pura e simplesmente, o seu exercício ficaria ao exclusivo critério do titular, ao contrário do que ocorre no caso do advogado. Este, como elemento indispensável à realização da justiça não tem a possibilidade de escolher se vai ou não exercer sua prerrogativa, uma vez que, numa situação prática de desrespeito a qualquer destas, ele tem verdadeira obrigação de se insurgir. **É, pois, inquestionável DEVER!!** Não pode o advogado, por exemplo, ao lhe ser vedado o acesso a autos judiciais, simplesmente aceitar a restrição. E não lhe é facultado o conformismo porque a sua responsabilidade para com a defesa do direito que lhe foi confiado pelo cliente, está acima da sua própria autonomia.*

Constata-se, pois, que mesmo quando a lei descreve os direitos do advogado o faz, não considerando este profissional como uma pessoa física, mas, na condição especial de

agente público no exercício de seu mister, e para que lhe sejam asseguradas perfeitas condições ao pleno exercício de sua função, de modo a **garantir seja atendido o interesse público na realização da justiça**.

A advocacia e a função social do advogado (*munus publico*)

Necessário que se faça um resgate da história da profissão no país, porquanto o esclarecimento de sua evolução no tempo nos dá uma perfeita compreensão do retrocesso que representaria o acolhimento da tese formulada na ação ora submetida à avaliação do Supremo Tribunal Federal.

É que, conforme noticiado por Ruy Sodr ⁵, o conceito de que a advocacia seria uma atividade eminentemente privada, alheia a qualquer tipo de fiscaliza o do poder público, dominou por largos anos entre nós, no período anterior   cria o da Ordem dos Advogados do Brasil, impedindo até mesmo que os Institutos dos Advogados tivessem qualquer ingerência na vida profissional do advogado. A atua o do causídico, nesta época, sujeitava-se ao poder correccional do juiz da causa em cada processo judicial, a quem competia punir os advogados faltosos. Cita, a respeito, a Lei n . 2.222, de 13/12/1922, que reformou a organiza o judiciária de São Paulo, segundo a qual ficavam os advogados sujeitos   inspe o disciplinar dos juízes de primeira instância e do presidente do Tribunal de Justiça, que poderiam impor-lhes penas que compreendiam desde uma advertência até a suspensão por três meses, embora, segundo ele, estas penas nunca fossem realmente aplicadas. Mais tarde, com o Decreto n . 4.786, de 03/12/1930, os advogados ficaram também sujeitos   correic o permanente do Corregedor-Geral.

O instituto das correic es, no que tange aos advogados, só foi revogado depois de mais de um ano da cria o da Ordem dos Advogados (Decreto n. 19.408, de 18/12/1930), com a aprova o do primeiro Regulamento da OAB pelo Decreto n . 22.784, em 14/12/1931. Por longo tempo, entretanto, n  obstante o Regulamento conferisse   OAB a exclusividade na puni o de seus membros, muitos juízes continuaram a se valer daqueles diplomas revogados para interferir na atua o profissional, fortes na convic o de que, a teor do disposto no art. 72,   24, da Constitui o de 1891, dever-se-ia conferir   liberdade profissional a mais ampla extensão, de molde que   advocacia continuava-se a imprimir aquela fei o de atividade eminentemente privada, sem restri es ou limites.

⁵ In A  tica Profissional e o Estatuto do Advogado. 4 . ed., LTr: 1991, págs. 281 e segs.

Foi só mais tarde, com a edição do Decreto n°. 22.478, de 20/02/1933, publicado no DOU de 02/03/1934, consolidando efetivamente a criação da Ordem dos Advogados do Brasil como “*orgão de seleção, defesa e disciplina da classe dos advogados em toda a Republica*” (*verbis*), que a advocacia deixou de ser profissão *exclusivamente privada e exercida com a mais ampla e irrestrita liberdade, para tornar-se regulamentada, selecionada, fiscalizada e disciplinada, funções essas delegadas pelo poder público à própria classe*⁶.

A partir daí, conforme acentua Ruy Sodré, *passou a imperar o princípio, até então desprezado, de que o advogado participa da administra o da Justiça, que   serviço público*. Desse princípio decorrem não são a subordina o do advogado   disciplina funcional, ao compromisso que presta ao iniciar a profissão, e ao mais importante de todos, ou seja, o de ter acesso, como defensor da parte, no desenrolar do processo judicial. A advocacia reconheceu-a o próprio Supremo Tribunal Federal -, como profissão de postular em juízo, **deixou de ser simples mandato judicial para envolver munus publico**, com responsabilidade funcional ⁷. Transcreve-se, neste ponto, a preciosa li o do eminente Ruy de Azevedo Sodré, *verbis*:

O advogado exerce fun o social, pois ele atende a uma exigência da sociedade. Basta que se considere o seguinte: sem liberdade, não há advocacia. Sem a interven o do advogado, não há justiça, sem justiça não há ordenamento jurídico e sem este não há condi o de vida para a pessoa humana. Logo, a atua o do advogado   condi o imprescindível para que funcione a justiça. Não resta, pois, a menor d vida, de que o advogado exerce fun o social.

Salientando que existem necessidades sociais que não podem ser satisfatoriamente asseguradas pela autoridade pública, destaca ainda o ilustrado jurista, que estas necessidades *exigem conhecimentos especializados, e aos seus portadores   conferida essa fun o social, que tem duplo aspecto: de um lado, atendem às necessidades da coletividade, e de outro, ao mecanismo estatal da distribui o da justiça* (*verbis*). Em outras palavras, o advogado exerce uma fun o social quando, no exercício de sua atividade privativa, atende às necessidades culturais da coletividade, prestando seus serviços aos clientes particulares. Mas não   são. Como bem salienta o doutrinador, **social ainda, e com mais caracterizada fun o,   a atividade do advogado quando, como  rgo da Justiça, põe esta em funcionamento** (*verbis*) ⁸.

⁶ Rui Sodré, cit, pág. 282.

⁷ Idem.

⁸ Idem, p. 283.

Também na lição de CALAMANDREI se destaca a função social desempenhada pelo advogado. Na precisa lição do eminente mestre florentino, o advogado aparece “*como um elemento integrante da organização judicial – como um órgão intermediário entre o juiz e a parte, no qual o interesse privado de alcançar uma sentença favorável e o interesse público de obter uma sentença justa, se encontram e se conciliam. Por isso, sua função é necessária ao Estado, como um servidor do Direito*”(verbis) ⁹.

Com aguçado senso crítico, o eminente J. B. DE ARRUDA SAMPAIO, também sobre o tema, assevera que o advogado *exerce uma função social porque tudo, na vida, depende do Direito, tudo se subordina ao império da lei. Não há vida social sem ordem jurídica e esta se movimenta através do trabalho, entre outros, do advogado* (verbis) ¹⁰.

Numa frase, Ruy Sodré sintetiza a natureza da profissão: **A advocacia   fun o pública, exercida por particulares.** E explica a defini o esclarecendo que embora exercendo sempre atividade social, o advogado, quando atua, não representa o social, mesmo porque, na realidade, ele defende o individual. E valendo-se das palavras de M. P. PIMENTEL, esclarece que *no conceito social o advogado representa um dos instrumentos da ordem jurídica, porque defende um interesse individual junto aos poderes do Estado. Ele visa a realiza o da justiça – fim social – mas propugnando por um interesse particular – fim individual. Esse contraste de interesses   que gera o equilíbrio da ordem jurídica.*

Por tudo isto   que o Estatuto da Advocacia – Lei 8.906/94 – afirma em seu art. 2 ,   1 , que ***no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce fun o social*** (verbis). E, no parágrafo seguinte (  2 ) do mesmo dispositivo, reafirma que *no processo judicial, o advogado contribui, na postula o de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e **seus atos constituem múnus público*** (verbis). Tais regras não fazem outra coisa senão regulamentar o que vem expresso no art. 133, inserido no Capítulo IV da Constitui o Federal, dentre as fun es essenciais   Justiça.

Conforme já dito alhures, o conceito de interesse público há de ser extraído da própria Constitui o através de uma leitura principiológica e sistematicamente orientada. Ora, o legislador constituinte de 1988 fez uma op o expressa pela tutela dos direitos da cidadania, ao inserir a advocacia dentre as ***fun es essenciais   justiça***, donde se infere tratar-se de uma profissão sobre a qual a própria Constitui o autoriza o controle

⁹ Citado por Rui Sodré, na obra referida, p . 283.

¹⁰ Idem, pág. 284.

social, a partir do qual se justifica a interferência legislativa no sentido de regulamentá-la, e nos expressos termos do que autorizado pelo inc. XIII, do art. 5º., do texto constitucional.

2) A Razoabilidade da exigência do Exame de Ordem

A razoabilidade é um conceito que se encontra inserido na concepção do Devido Processo Substantivo (*substantive due process*), e se apresenta, enquanto postulado de interpretação jurídica, como importante instrumento de limitação à discricionariedade, a serviço da permanente busca do equilíbrio entre o exercício do poder e a garantia de preservação dos direitos de cidadania. É a razoabilidade que autoriza ao judiciário um completo exame do caráter injusto ou arbitrário de qualquer ato do Poder Público, especialmente em termos de limitação aos direitos civis.

Não há dúvidas, pois, que a atividade estatal se acha essencialmente condicionada por padrões de razoabilidade cujo é objetivo não é outro senão neutralizar os excessos eventualmente praticados. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência estabeleceram alguns parâmetros a serem examinados para fins de avaliação da razoabilidade na atuação normativa do Poder Legislativo.

O primeiro parâmetro é a **EQUIDADE**, através da qual se promove a harmonização da norma com as circunstâncias fáticas que permeiam o caso concreto, partindo do pressuposto de que na interpretação se deve considerar aquilo que normalmente acontece, e não o contrário (o extraordinário não se presume); exige especial atenção ao aspecto individual do caso sempre que, de maneira desmedida, seja este desconsiderado pela generalização da norma. Neste sentido, “*a razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça*”¹¹.

Ora, para se chegar à conclusão de que a exigência do Exame de Ordem afronta o postulado da razoabilidade, através do desmerecimento da equidade, o intérprete há que identificar na lei um conteúdo arbitrário. No caso, há que se demonstrar, portanto, que a regra instituída no art. 8º., inc. IV, da Lei 8.906/94 decorre não só do exercício abusivo do poder de legislar, mas que este abuso acarreta uma injustiça ao destinatário da norma. Não é esta, absolutamente, a hipótese ora analisada. Até porque, já demonstrado acima que a regulamentação atende a um interesse público maior – realização da justiça -, de modo que a avaliação da exigência deve se operar pela

¹¹ Humberto Ávila. In Teoria dos Princípios. Malheiros. 4ª. Ed., p. 106.

perspectiva do cidadão, e não daquele que pretende servi-lo e, por isto mesmo, tem obrigação de reunir as qualificações técnicas e morais para tanto.

O segundo parâmetro é a **CONGRUÊNCIA**, exigindo que a harmonização da norma se dê com relação às suas condições externas de aplicação. Tal elemento desponta naqueles casos em que a norma se mostra desvinculada da realidade, seja por eleger uma causa inexistente ou insuficiente para determinar a atuação estatal, seja quando concebida para incidir em determinado contexto sócio-econômico que, alterado, lhe retira a razão de ser. A análise deste requisito diz respeito, antes de tudo, ao dever jurídico de atingir da forma mais eficaz possível o interesse público identificado na norma. No caso, a atuação do poder legislativo na edição da regra constante do art. 8º., inc. IV, da Lei 8.906/94, é **absolutamente coerente** com a exigência de comprovação das qualificações profissionais mencionadas pela parte final do inc. XIII, do art. 5º., da Constituição. E nem se diga que há qualquer incongruência em relação ao disposto no art. 170, § único, porquanto os princípios expressos no Título VII da Constituição – *valorização do trabalho e iniciativa privada* – se voltam justamente a orientar a intervenção do Estado na economia¹². Portanto, além de não incidir diretamente sobre a questão da liberdade de ofício, também traz, e com muito mais razão ainda, a ressalva que permite a regulação da atividade nos “*casos previstos em lei*” (*verbis*, parte final).

O terceiro e último requisito é a **EQUIVALÊNCIA**, através da qual se exige que a medida adotada corresponda ao critério que a dimensiona. Estabelece uma relação de correspondência entre duas grandezas, como, por exemplo, um determinado serviço público e a cobrança de uma taxa por este serviço. Entre aquele e esta deve haver uma relação de equivalência, porquanto não se pode dizer razoável um serviço cujo custo real se mostrasse irrisório, ser taxado em valores exorbitantes. No caso da qualificação profissional exigida pelo dispositivo constitucional, a afronta ao requisito da equivalência seria algo como a lei exigir daquele que pretende ser advogado cursos de mestrado/doutorado, ou impor quaisquer outros requisitos de cumprimento inexequível, mesmo que para alguns, senão para todos, como, v.g., proficiência em língua estrangeira, ou conhecimentos especializados do direito alienígena. Não é difícil, portanto, constatar a observância do pressuposto da equivalência no caso do Exame de Ordem visto que longe de ser uma condição impraticável, trata-se de um teste de **conhecimento gerais mínimos** para iniciar na carreira de advogado.

De fato, aquele que submete-se a Exame de Ordem não concorre com ninguém além dele próprio, e tem seu esforço limitado a um patamar mínimo de acertos. Não se trata,

¹² Neste sentido a lição de José Afonso da Silva, ao tratar do fundamento e natureza da ordem econômica instituída pela Constituição de 1988. In Curso de Direito Constitucional Positivo, 17ª. ed., Malheiros, 2000, pág. 762.

nem de longe, de nenhuma barreira intransponível, à qual se possa atribuir a responsabilidade pela vedação ao exercício pleno da liberdade de ofício. A exigência de aprovação em Exame de Ordem não interdita o acesso ao desempenho da advocacia àqueles que comprovadamente se mostram capacitados a exercê-la, demonstrando-se detentores de um patrimônio cultural minimamente apto a atender aos reclamos da cidadania brasileira.

Vale aqui o alerta de RUY SODRÉ, de que os conhecimentos técnico-jurídicos que constituem o patrimônio cultural do advogado são usados em cada causa que patrocina, e ele deve saber invocá-los adequadamente já que sua maior preocupação reside sempre em persuadir o magistrado a aceitar seus argumentos. Como dizer que isto é possível no atual quadro do ensino jurídico brasileiro quando os últimos Exames da OAB registram erros básicos na grafia, tais como: "Perca do praso", em vez de perda de prazo. "Prossedimento", e não procedimento. "Respaudo", em lugar de respaldo. "Inlícita", e não ilícita.

Mas isto não seria ainda o mais preocupante. Piores são os percentuais apresentados no INAF – Índice de Alfabetismo Funcional, cuja medição ocorre desde 2001, e surpreendentemente tem constatado que o analfabetismo funcional é um problema gravíssimo, e atinge também as universidades. Conforme reportagem publicada pela Revista Época, em 03/12/2009, o Relatório **INAF** demonstrou que **“32% dos brasileiros com ensino superior não são plenamente alfabetizados”** (*verbis*). Isto significa, de acordo com os parâmetros utilizados na pesquisa, que 32% dos bacharéis leem e compreendem textos médios, mas ainda possuem muita dificuldade para interpretá-los. Segundo Vera Masagão, uma das pesquisadoras e coordenadora do estudo, o número constatado “é assustador”, especialmente por apontar *“que com a popularização do ensino superior, a qualidade pode estar caindo”*¹³. Se em outras profissões este fato já seria comprometedor, no caso da advocacia ele é muito mais preocupante, uma vez que, ainda invocando o saudoso RUY SODRÉ, *o advogado luta usando como única arma a palavra. Se não sabe como manejá-la, embora conheça o direito que ampara a pretensão de seu cliente, já dá de si sinal de fraqueza*¹⁴.

Há que se ter em mente neste ponto, ademais, que algumas profissões implicam já desde a opção individual realizada, um **compromisso permanente com o estudo** e a atualização. Quem escolhe ser advogado sabe que seus estudos não se concluem junto

¹³ Disponível em <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI108248-15228,00-DOS+BRASILEIROS+COM+ENSINO+SUPERIOR+NAO+SAO+PLENAMENTE+ALFABETIZADOS.html>. Acesso em 08/09/2011.

¹⁴ in A Ética Profissional e o Estatuto do Advogado, LTr, 1991, p. 163.

com o curso de graduação. Não é por outra razão que o primeiro item no conhecido decálogo de Couture é **ESTUDA: O direito está em constante transformação. Se não o acompanhas, serás cada dia menos advogado.**

Neste aspecto, chega a ser incompreensível a resistência obstinada de alguns bacharéis à exigência do Exame de Ordem, porquanto estudar não deveria ser um problema para aqueles que se propõem a exercer a advocacia; E quem sai de um curso de graduação pensando que seus esforços acabaram junto com o curso, já começa seu percurso profissional sendo menos. Quem quer ser AVOGADO, não apenas não pode temer o estudo, como tem que gostar dele, porque este é um compromisso para a vida toda.

Razoabilidade, pois, é a qualidade de tudo o que é logicamente plausível, permeado de bom senso, sensatez, moderação. Dentro deste balizamento, e considerando ainda que a interpretação não é a mera apreensão do texto, mas o entendimento deste refletido e explicado no contexto, ela determina que seja efetuado um acomodamento entre os fatos, as circunstâncias em que os mesmos ocorreram ou se produziram, a situação pessoal do sujeito, ou dos sujeitos envolvidos, e as normas previamente identificadas como aplicáveis ao caso concreto, estas em consonância com os fins nelas previstos, tudo com vistas a alcançar o senso comum.

Frente a tais considerações, e com todas as vênias, **o que NÃO É RAZOÁVEL é o argumento de que se deve deixar para o mercado a seleção dos bons advogados**, solução esta absolutamente incompatível com os bens e interesses jurídicos que devem ser protegidos. De fato, a razoabilidade não proclama nada de esotérico, enigmático ou ininteligível, mas, tão somente, que a interpretação prestigie soluções racionais, equilibradas, sensatas, e em conformidade com os padrões comuns na sociedade, repelindo tais juízos surrealistas. De outro lado, é RAZOÁVEL o entendimento inferido da lei de que o grau universitário representado pelo bacharelado não significa em si e por si uma qualificação profissional indeclinável para o exercício do *munus publico* da advocacia.

Há, sem dúvida alguma, uma perfeita congruência lógica entre o fator de discrimen (qualificação profissional), e a discriminação legal questionada (exigência de exame de ordem), no contexto de uma lei amplamente discutida e votada pelos legítimos representantes da soberania popular, e inspirada no propósito de dar concretude e eficácia ao disposto no art. 133 da Constituição. Assim, sendo RAZOÁVEL admitir-se que a condição de bacharel em direito é apenas um dos requisitos exigidos para fins de habilitação à função de advogado, resta claro também que a exigência de realização do Exame de Ordem como requisito para a inscrição nos quadros da OAB não pode ser

confundida com óbice ao livre exercício profissional, mormente em se considerando ser do maior **interesse público** o credenciamento de profissionais minimamente habilitados e qualificados.

3) A Proporcionalidade da exigência do Exame de Ordem

Afastado, após criteriosa análise da razoabilidade, qualquer caráter injusto ou arbitrário que se pudesse atribuir à lei *sub examinen*, resta avaliar se a mesma atende aos critérios da proporcionalidade, igualmente indispensável no processo de controle de constitucionalidade de leis e atos do poder público.

O sistema jurídico, composto de princípios, regras e valores, estabelece a persecução de fins, para os quais são previstos ou devem ser criados, os meios necessários à concretização da vontade social por ele instituída. O postulado da proporcionalidade, então, surge como elemento de mediação entre os fins buscados pela ordem jurídica, e os meios instituídos para alcançá-los, desempenhando papel de inquestionável mérito para a própria efetividade dos direitos e garantias fundamentais, já que lhe é atribuída uma função dúplice: de um lado representando uma limitação à ingerência estatal nos direitos fundamentais [proibição de excesso], e de outro, operando como instrumento de garantia e proteção destes mesmos direitos contra a omissão do Estado [proibição de proteção deficiente].

Aplicável sempre que se estiver diante de uma ação concreta para a consecução de determinado propósito, é o postulado da proporcionalidade que aponta os contornos máximos da possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, estabelecendo uma relação meio-fim, ou seja, uma comparação entre determinada medida adotada e a finalidade que a mesma pretende realizar. É pelo cotejo entre o meio empregado e o fim a ser alcançado, que se determina a relação de causalidade entre os mesmos, tendo a doutrina e a jurisprudência construído a partir daí a sua estrutura trinitária, ou seja, a exigência de ser mensurada tendo em conta três elementos: adequação, necessidade e a conformidade ou compatibilidade (usualmente designada como proporcionalidade em sentido estrito). São estes requisitos que, para atender à função de controle dos atos estatais, fornecem os balizamentos específicos para as hipóteses em que se verificam limitações às liberdades individuais. Analisemos cada um deles frente ao caso concreto.

A **Adequação** determina a validade do ato em razão da finalidade por ele buscada. Em outras palavras, diante de um conflito entre bens jurídicos contrapostos, a análise se dá no sentido de averiguar se a medida adotada se apresenta apta (adequada) a produzir o resultado desejado. Para avaliar, no caso específico, se o meio empregado é adequado

ao fim perseguido a pergunta a ser respondida é se o Exame de Ordem se apresenta como instrumento hábil [meio] a conferir maior segurança à sociedade [fim] no que diz respeito à capacitação dos profissionais da advocacia para lidarem com as questões jurídicas. Neste ponto o que se procura é constatar apenas e tão somente se existe uma **relação de causalidade** entre este e o objetivo a ser alcançado [qualificação]; Não cabe, aqui, se perquirir se o Exame de Ordem é o *melhor* meio para atingir o fim proposto, mas apenas se é apto a tanto.

Neste aspecto, é notório que os programas de graduação em direito estão voltados para uma instrução genérica acerca da ciência jurídica, cuja preocupação é focada no oferecimento de uma ampla visão aos futuros operadores do direito, com o propósito de lhes proporcionar as condições básicas de conhecimento que lhes permita optar, ao final do curso, dentre as diversas áreas de atuação que a formação jurídica proporciona. Neste sentido é que se diz, com muita propriedade, que os cursos jurídicos formam bacharéis em direito, não advogados, nem juízes, nem procuradores de justiça. Destarte, considerando que a advocacia é profissão que exige conhecimentos técnico-científicos, e que só a aferição destes é capaz de revelar a capacitação do bacharel para exercê-la, não há qualquer dúvida de que a exigência do Exame de Ordem para esta finalidade, atende perfeitamente ao requisito da adequação.

A **Necessidade** (ou exigibilidade) diz respeito ao fato de a medida concreta adotada ser insubstituível por outra menos gravosa, ou menos restritiva, mas igualmente eficaz. Aqui a avaliação deve considerar a possibilidade de utilização de meios alternativos à promoção do objetivo idealizado, que representem a menor restrição possível aos bens e interesses jurídicos atingidos pelo ato estatal. Também neste caso, a análise se desenvolve em torno das circunstâncias fáticas envolvidas, em confronto com a medida escolhida, em comparação com outra que poderia prover o mesmo resultado com menos interferência. Aqui, a análise é comparativa: duas medidas promovem da mesma forma, ou com a mesma intensidade, o resultado desejado, só que uma delas é menos restritiva que a outra.

O exame da necessidade, portanto, compromete o intérprete com a análise de meios alternativos aptos a promover o mesmo resultado. A medida é considerada desnecessária quando não resiste ao cotejo com outras opções plausíveis e igualmente eficazes, cabendo ao aplicador da norma buscá-las e trazê-las ao debate. Qual é a alternativa viável para o Exame de Ordem aplicado pela OAB? A avaliação final do curso de direito? Todos sabem que não tem apresentado resultados satisfatórios. A avaliação pelo MEC? É notório que a preocupação maior do órgão tem sido com a expansão dos cursos, e não com o controle de qualidade destes. Ademais, não há nenhum elemento

lógico pelo qual se poderia inferir que um exame patrocinado pelo MEC configuraria uma medida menos restritiva para se avaliar a capacitação técnica exigida no inc. XIII, do art. 5º., da Constituição, e com a desvantagem de ficar a cargo de uma instituição igualmente voltada para os aspectos genéricos do conhecimento. Demonstra-se, pois, também aqui, a necessidade do Exame de Ordem para a aferição dos conhecimentos específicos de quem pretende se tornar ADVOGADO.

Por fim, a compatibilidade, ou **proporcionalidade em sentido estrito** verifica se a medida concreta adotada é absorvida sem contestações pelo ordenamento jurídico, ou seja, se ela é compatível com o sistema, e não provoca nenhum tipo de desarmonia em seu interior. Aqui, ultrapassadas as fases anteriores – adequação e necessidade – adentra-se ao campo das possibilidades normativas onde, respeitando-se o grau de interferência das possibilidades fáticas, realiza-se uma ponderação acerca do nível de satisfação dos bens e interesses envolvidos. Trata-se, assim, de uma análise comparativa *entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais* ¹⁵. Nesta seara avalia-se a **relação custo-benefício**, ou seja, *um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca* ¹⁶.

A análise da proporcionalidade em sentido estrito, portanto, está diretamente relacionada com o freio imposto pelo postulado da proibição de excesso, pelo qual é considerada desproporcional qualquer medida cujo custo social provocado pela restrição seja claramente maior que o benefício social que ela promove. Destarte, considerando que o Estado deve atuar como vetor de concretização das pretensões constitucionais, não há como considerar desproporcional a exigência do Exame de Ordem se tal medida foi criada justamente para disponibilizar à sociedade profissionais aptos a prestar-lhe um atendimento jurídico de qualidade, mesmo que mínima. Não há como, portanto, ultrapassar este requisito, sem responder à pergunta: qual será o custo, para a sociedade, da extinção do Exame de Ordem?! Sim, porque, diante a desmedida criação de cursos jurídicos no país, com a indiscutível conivência do MEC, dos benefícios todos já sabemos.

¹⁵ Cfe. Humberto Ávila. In Teoria dos Princípios, cit., p. 124.

¹⁶ Idem.

III – A inexistência de violação ao Princípio da Isonomia

Analisando justamente o princípio isonômico, em face do disposto no art. 141, § 14, da Constituição de 1946, PONTES DE MIRANDA tece relevantes considerações no sentido de esclarecer que a garantia de igualdade a ser assegurada está no fato de que *as exigências para o exercício das profissões não criem inacessibilidade por diferença de nascimento, de sexo, de raça, de profissão anterior lícita dos indivíduos em causa, ou de qualquer dos pais deles, de classe social, de riqueza, de crenças religiosas ou de idéias políticas*¹⁷. No mesmo sentido os ensinamentos do professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, para quem *a diversidade das situações reclama a diferenciação das normas, para que se observe a regra de justiça do tratamento desigual dos casos desiguais*, esclarecendo, entretantes, que *essa diferenciação se torna discriminação e como tal é vedada por ser contrária à igualdade, se for arbitrária ou desarrazoada*¹⁸. Vê-se, portanto, que não há qualquer fundamento na alegação de ofensa ao princípio da isonomia pelo fato de se tratar a advocacia da única profissão em que o bacharel, para poder exercê-la, deve antes submeter-se a um exame. Ora, também se trata da única profissão que recebeu atenção especial e diferenciada na própria Constituição Federal que, ao afirmar ser o advogado indispensável à administração da justiça, e assegurando-lhe inviolabilidade por seus atos e manifestações, conferiu à advocacia o status de ***munus publico*** (art. 133, CF).

Destarte, em se tratando de distinção feita já na própria Carta, inviável se torna falar em ofensa ao princípio da isonomia. E mesmo que assim não fosse de qualquer modo não se poderia falar em violação ao postulado que, como dito antes, veda a arbitrariedade e o estabelecimento de qualquer distinção desarrazoada, mas não desautoriza o reconhecimento ou o estabelecimento de distinções segundo critérios de valor objetivos e constitucionalmente relevantes, como é o caso da advocacia.

IV – A inexistência de qualquer PRIVILÉGIO ou RESERVA DE MERCADO

Por fim, é absolutamente equivocada qualquer alegação de que a exigência do Exame de Ordem representaria uma tentativa de resgate de privilégios corporativos, ou que estaria sendo utilizado como forma de “reserva de mercado”, porquanto se trata de prova de habilitação a que todos podem se submeter em condições de igualdade, sem limite de vagas, e na qual basta atingir uma pontuação mínima para ser aprovado.

¹⁷ in Comentários à Constituição de 1946, vol. III, pág. 255 – apud: STF/Rep 1054-6.

¹⁸ em trabalho publicado na Revista AJURIS, da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, n. 24, ano 9, março/1982, págs. 172/175. Apud: STF/Rep. 1054-6.

Privilégio é uma vantagem acessível apenas a alguns em detrimento de muitos; implica uma distribuição desigual de oportunidades que sacrifica uns para benefício de outros. Ora, não pode ser considerado “privilégio” algo que todos podem conquistar por mérito e esforço próprios. Assinale-se, entretantes, que hoje o Exame de Ordem está UNIFICADO, de modo que o conteúdo das provas é homogêneo, não distinguindo nenhum candidato, independente do local do país onde se inscreva.

Com efeito, a Lei 8.906/94 é o resultado da Proposição PLC-2938/1992 apresentada pelo então Deputado **Ulysses Guimarães** em 22/jun/1992, para fins de **regulamentação do disposto no art. 133 da Constituição Federal**, cuja leitura no Plenário da Câmara dos Deputados se deu em 22/06/1992, e da qual se extrai, *verbis*: “A lei deve estabelecer mecanismos de seleção aos bacharéis em direito que desejarem exercer a advocacia como ocorre com as demais funções necessárias à administração da justiça (magistratura e ministério público). É assim nos países organizados no mundo. **Advocacia é serviço público indispensável, devendo o interessado comprovar um padrão mínimo de competência**”.

Basta uma leitura dos seus dispositivos para se constatar que se trata de uma lei inspirada, não no propósito de criar privilégios, mas sim na preocupação com a defesa dos interesses da sociedade, que merece ter à sua disposição profissionais moral e intelectualmente capacitados a atendê-la. Forte neste entendimento tem-se que a exigência do Exame de Ordem é sem sombra de dúvida uma exigência **lastreada no interesse público**, já que preserva a sociedade de profissionais desqualificados, sem um mínimo de aptidão técnica para lidar com os inúmeros problemas que afligem a cidadania brasileira e, ainda pior, sem consciência da responsabilidade conferida pelo título de advogado.

Tudo posto e considerado, não temos dúvidas em afirmar a plena compatibilidade da regra instituída no art. 8º., inc. IV da Lei 8.906/94, com a ordem constitucional vigente. É o entendimento que defendemos, com a devida vênia dos que pensam de forma diversa.

Florianópolis (SC), agosto de 2011.

Gisela Gondin Ramos
Advogada – OAB/SC 3900