

Nº 5664 – RJMB / pc

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 603.583 – 6 / 210

RELATOR : Ministro **MARCO AURÉLIO**

RECORRENTE : João Antônio Volante

RECORRIDOS : União e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

I – IRREGULAR DELEGAÇÃO À OAB DE PODER REGULAMENTAR PRIVATIVO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL INEXISTENTE. II – Exame de ordem. Lei nº 8.906/94, art. 8º, iv. Restrição ao direito fundamental consagrado no art. 5º, XIII, da CF de 1988. Liberdade DE ESCOLHA E LIBERDADE DE EXERCÍCIO. LIMITAÇÃO DE ACESSO A OFÍCIO que se projeta diretamente sobre a liberdade de escolha da profissão. EXIGÊNCIA legal QUE REFOGE À AUTORIZAÇÃO Constitucional e que não se revela compatível com o postulado da concordância prática, com recurso ao princípio da proporcionalidade.

1. A consagração da liberdade de trabalho ou profissão nas constituições liberais implicou na ruptura com o modelo medieval das corporações de ofícios, conduzindo à extinção dos denominados por Pontes de Miranda “privilégios de profissão” e das próprias corporações.
2. O direito à liberdade de trabalho, ofício ou profissão, consagrado na CF de 1988, deve ser compreendido como direito fundamental de personalidade, derivação que é da dignidade da pessoa humana, concebido com a finalidade de permitir a plena realização do sujeito, como indivíduo e como cidadão.
3. O inciso XIII, do art. 5º, da CF, contempla reserva legal qualificada, pois o próprio texto constitucional impõe limitação de conteúdo ao legislador no exercício da competência que lhe confere. A restrição ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, portanto, se limitará às “qualificações profissionais que a lei estabelecer.”
4. A locução “qualificações profissionais” há de ser compreendida como: (i) pressupostos subjetivos relacionados à capacitação técnica, científica, moral ou física; (ii) pertinentes com a função a ser desempenhada; (iii) amparadas no interesse público ou social e (iv) que atendam a critérios racionais e proporcionais. Tal sentido e abrangência foi afirmado pelo STF no julgamento da Rp. nº 930 (RTJ 88/760) em relação à locução “condições de capacidade” contida no § 23 do art. 153 da CF de 1967 e reafirmado pelo Plenário da Suprema Corte na atual redação do art. 5º, XIII, da CF (RE 591.511, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 13.11.09), com a expressa ressalva de que “as restrições legais à liberdade de exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante às qualificações profissionais”, e que “a restrição legal desproporcional e que viola o conteúdo essencial da liberdade deve ser declarada inconstitucional.”
5. A Lei nº 8.906/94 impõe como requisito indispensável para a inscrição como advogado nos quadros da OAB a aprovação no exame de ordem. Tal exame não se insere no conceito de qualificação profissional: o exame não qualifica; quando muito pode atestar a qualificação.
6. O art. 5º, XIII, da CF traça todos os limites do legislador no campo de restrição ao direito fundamental que contempla. Por isso tem afirmado a jurisprudência do STF que as

- qualificações profissionais (**meio**) somente são exigidas daquelas profissões que possam trazer perigo de dano à coletividade ou prejuízos diretos à direitos de terceiros (**fim**).
7. A inobservância do meio constitucionalmente eleito — das especiais condições estabelecidas pelo constituinte — resvala em prescrições legais exorbitantes, consubstanciando inconstitucionalidade por expressa violação dos limites da autorização constitucional, sem necessidade de se proceder a um juízo de razoabilidade para afirmar o excesso legislativo. Doutrina.
 8. O direito fundamental consagrado no art. 5º, XIII, da CF assume, sob a perspectiva do direito de acesso às profissões, tanto uma **projecção negativa** (imposição de menor grau de interferência na escolha da profissão) quanto uma **projecção positiva** (o direito público subjetivo de que seja assegurada a oferta dos meios necessários à formação profissional). Constitui elemento nuclear de mínima concretização do preceito inscrito no art. 5º, XIII, da CF, a oferta dos meios necessários à formação profissional exigida, de sorte que a imposição de qualificação extraída do art. 133 da CF não deve incidir como limitação de acesso à profissão por parte daqueles que obtiveram um título público que atesta tal condição, mas sim como um dever atribuído ao Estado e a todos garantido de que sejam oferecidos os meios para a obtenção da formação profissional exigida.
 9. O exame de ordem não se revela o meio adequado ou necessário para o fim almejado. Presume-se pelo diploma de Bacharel em Direito — notadamente pelas novas diretrizes curriculares que dá ao curso de graduação não mais uma feição puramente informativa (teórica), mas também formativa (prática e profissional) — que o acadêmico obteve a habilitação necessária para o exercício da advocacia. A sujeição à fiscalização da OAB, com a possibilidade de interdição do exercício da profissão por inépcia (Lei nº 8.906/94, art. 34, XXIV c/c art. 37, § 3º), se mostra, dentro da conformação constitucional da liberdade de profissão, como uma medida restritiva suficiente para a salvaguarda dos direitos daqueles pelos quais se postula em juízo, até mesmo porque tal limitação se circunscreve ao exercício, sem qualquer reflexo sobre o direito de escolha da profissão. De qualquer modo, nada impede que a OAB atue em parceria com o MEC e com as IES, definindo uma modalidade mais direcionada de qualificação profissional que venha a ser atestada pelo diploma.
 10. A exigência de aprovação no exame de ordem como restrição de acesso à profissão de advogado atinge o núcleo essencial do direito fundamental à liberdade de trabalho, ofício ou profissão, consagrado pelo inciso XIII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988.
 11. Parecer pelo parcial provimento do recurso extraordinário.

Trata-se de tempestivo recurso extraordinário interposto por João Antônio Volante, com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, contra o acórdão proferido pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fls. 200-202) assim ementado:

“ADMINISTRATIVO. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. EXAME DE ORDEM.

Os arts. 8º, § 1º, da Lei nº 8.906/94, assim como os arts. 2ºs dos provimentos nºs 81/96 e 109/05, do Conselho Federal da

Ordem dos Advogados do Brasil, são constitucionais.”

O Tribunal a quo decidiu pela constitucionalidade da exigência de aprovação no exame de ordem como requisito para a inscrição do bacharel em direito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (Lei nº 8.906/94, art. 8º, IV, e § 1º).

Rejeitaram-se os embargos de declaração opostos.

Daí o recurso extraordinário, com preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, sustentando violação aos arts. 1º, II, III e IV; 3º, I, II, III e IV; 5º, II e XIII; 84, IV; 170, 193, 205, 207, 209, II, e 214, IV e V, todos da CF, articulando a inconstitucionalidade formal e material da exigência do exame de ordem a partir dos seguintes argumentos:

a) o § 1º, do art. 8º, da Lei 8.906/94 não poderia atribuir ao Conselho Federal da OAB a regulamentação, por provimento, do exame de ordem, por ser da competência privativa do Presidente da República o exercício do poder regulamentar (CF, art. 84, IV);

b) a exigência de aprovação no exame de ordem para a inscrição do bacharel como advogado atentaria contra o direito fundamental ao livre exercício profissional (CF, art. 5º, XIII), pois a qualificação do bacharel para o exercício da advocacia é aferida pelas instituições de ensino superior reconhecidas pelo MEC (Lei nº 9.394/96, art. 43) e não pela OAB;

c) a exigência do inciso IV, do art. 8º, da Lei 8.906/94 contraria, a um só tempo, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, bem como o direito à vida e ao trabalho daqueles que obtiveram o diploma de bacharel em direito;

d) a avaliação da qualidade do ensino jurídico compete ao Poder Público (CF, art. 209, II) e não à OAB, que deteria, tão-somente, a competência fiscalizatória do exercício profissional do advogado;

e) o currículo acadêmico de formação de um profissional do direito é aquele definido pelas instituições de ensino superior (CF, art. 207), e não pelo Conselho Federal da OAB, e

f) a proliferação e deficiência do ensino jurídico no Brasil não teriam o efeito de conferir à OAB o exercício arbitrário de competência que atenta contra direitos fundamentais, pois o exame de ordem estaria sendo utilizado como verdadeira "reserva de mercado."

Pede, ao final, o provimento do extraordinário para que, afastada a exigência do inciso IV do art. 8º da Lei nº 8.906/94, seja determinada a inscrição e registro definitivo do recorrente nos quadros de advogados da OAB, Seção de Porto Alegre/RS.

Recurso tempestivo. Contrarrazões às fls. 384-389 e 402-409.

Juízo positivo de admissibilidade às fls. 414-415.

Repercussão geral reconhecida às fls. 418-424.

Em síntese, são os fatos de interesse.

É necessário, primeiramente, delimitar o campo de discussão da questão constitucional posta sob a apreciação do Supremo Tribunal Federal. Não se põe em debate a necessidade de inscrição do bacharel em Direito nos quadros da OAB como requisito indispensável para a obtenção da condição de advogado (quid qualificante). Tal exigência legal foi reconhecida como legítima pelo Supremo Tribunal Federal (como ratio decidendi: AI 198.725-AgR, 1ª T., Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 17.10.97, e como obiter dictum: RE 511.961, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, RTJ 213/605). É que a inscrição do bacharel na OAB é condição prevista em lei e fundada no interesse público, pois à OAB compete a fiscalização do exercício profissional do advogado.

Discute-se a constitucionalidade da exigência contida no art. 8º, IV, da Lei nº 8.906/94, de submissão e aprovação no exame de ordem para a

inscrição do bacharel em Direito nos quadros da OAB, bem como da delegação ao Conselho Federal da OAB para regulamentação da prova, atribuída pelo § 1º, do art. 8º, da Lei nº 8.906/94.

O cerne da controvérsia reside na definição do núcleo essencial do direito fundamental consagrado no art. 5º, XIII, da CF, bem assim do campo de restrição ou de limitação¹ atribuído pelo constituinte ao legislador ordinário no que tange ao livre exercício profissional, especificamente sob a vertente do **acesso** ou **admissão** à profissão do advogado.²

Determinado o objeto, passo ao exame da questão.

I – Da competência atribuída ao Conselho Federal da OAB para a regulamentação do exame de ordem

O Supremo Tribunal Federal, quanto ao princípio da legalidade, distingue a reserva de lei da reserva de norma. Na primeira hipótese, tem-se a reserva de lei formal; a segunda trata da reserva de norma (que tanto pode ser legal, regulamentar ou regimental). Aqui, o princípio da legalidade genérica se perfaz, não em virtude de lei, mas, sim, em decorrência da lei, sem que disso resulte qualquer infringência ao referido postulado. É o que se colhe do voto proferido pelo Min. Eros Grau no julgamento da medida cautelar na ADC nº 12/DF:

“Lembro, a respeito, que a Constituição do Brasil consagra a legalidade como *reserva da lei* e como *reserva da norma*. Tome-se o enunciado do seu artigo 5º, II: *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. Ora, há visível distinção entre as seguintes situações: (i) vinculação às definições da lei; (ii) vinculação às definições *decorrentes* — isto é, fixadas em virtude de lei; no segundo, em face da 'reserva da norma' [norma que pode ser tanto legal quanto regulamentar ou regimental]. Na segunda situação, ainda quando as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa — mas decorrentes de previsão implícita ou explícita em lei — o princípio estará sendo devidamente acatado. No caso, o princípio da legalidade expressa reserva da lei em termos relativos [= reserva da norma], razão pela qual não impede a atribuição, explícita ou implícita, ao Executivo e ao Judiciário, para, no exercício de função normativa, definir obrigação de fazer e não fazer que

se imponha aos particulares — e os vincule. Voltando ao artigo 5º, II, do texto constitucional, verificamos que, nele, o princípio da legalidade é tomado em termos relativos, o que induz a conclusão de que o devido acatamento lhe estará sendo conferido quando — manifesta, explícita ou implicitamente, atribuição para tanto — ato normativo não legislativo, porém regulamentar ou regimental, definir obrigação de fazer ou não fazer alguma coisa imposta a seus destinatários. Tanto isso é verdadeiro — que o dispositivo constitucional em pauta consagra o princípio da legalidade em termos apenas relativos — que em pelo menos três oportunidades [isto é, no artigo 5º, XXIX, no artigo 150, I, e no parágrafo único do artigo 170] a Constituição retoma o princípio, então o adotando, porém, em termos absolutos: não haveria crime ou pena, nem tributo, nem exigência de autorização de órgão público para o exercício de atividade econômica sem lei, aqui entendida como tipo específico de ato legislativo, que os estabeleça. Não tivesse o artigo 5º, II, consagrado o princípio da legalidade em termos somente relativos e razão não haveria a justificar a sua inserção no bojo da Constituição, em termos então absolutos, nas hipóteses referidas. Dizendo-se de outra forma: se há um princípio de reserva de lei — ou seja, se há matérias que só podem ser tratadas pela lei — evidente que as excluídas podem ser tratadas em regulamentos do Poder Executivo e regimentos do Judiciário; quanto à definição do que está incluído nas matérias de reserva de lei, há de ser colhida no texto constitucional; quanto a tais matérias, não cabem regulamentos e regimentos. Inconcebível a admissão de que o texto constitucional contivesse disposição despicienda — *verba effectu sunt accipienda.*” (ADC nº 12-MC/DF, Rel. Min. Carlos Britto, RTJ 199/427).

A expressão contida na parte final do inciso XIII, do art. 5º da CF (atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer) consubstancia verdadeira reserva de lei em sentido formal e material. A Lei nº 8.906/94, ao impor a aprovação no exame de ordem como requisito para inscrição como advogado atendeu o princípio da reserva de lei. Ao delegar ao Conselho Federal da OAB a deliberação sobre as regras aplicáveis ao exame de ordem, não infringiu princípio da legalidade, pois ao provimento compete a definição das normas e diretrizes a serem observadas na sua aplicação (reserva de norma). Assim, o disposto no § 1º, do art. 8º, da Lei nº 8.906/94, não viola a reserva de lei contida na parte final do art. 5º, XIII, da CF e tampouco o princípio da legalidade genérica (CF, art. 5º, II).

A delegação, por outro lado, também não atenta ou invade a competência privativa atribuída ao Presidente da República para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis (CF, art. 84, IV): a delegação conferida pela Lei nº 8.904/96 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.³

Em caso assemelhado (ADI 1.511-MC) o STF concluiu que o disciplinamento de instruções para a execução “provão” por portarias do Ministro da Educação e do Desporto não se confunde com o regulamento para a fiel execução da lei a que alude o art. 84, IV, da CF, de competência privativa do Presidente da República (ADI nº 1.511-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 06.06.2003, RTJ 185/455).

No particular, portanto, hígido o viço constitucional.

II – Das liberdades públicas e da liberdade profissional nas constituições liberais e pós-liberais

O direito à liberdade de profissão, liberdade pública, é garantia fundamental umbilicalmente vinculada ao Estado de Direito, consagrada nos principais textos constitucionais (embora com amplitude e limites variados) e nos principais tratados internacionais sobre direitos humanos.

Segundo Jean Rivero:

“O que torna 'pública' uma liberdade, seja qual for o seu objeto, é a intervenção do poder para reconhecê-la ou regulamentá-la. Esta intervenção dá à liberdade a consagração do direito positivo. As liberdades públicas são poderes de autodeterminação consagrados pelo direito positivo.”⁴

E é exatamente no contexto da liberdade de autodeterminação consagrado pelo direito positivo que se deve compreender o direito à liberdade de profissão, direito fundamental do sujeito de se desenvolver segundo suas aptidões e de livremente escolher e exercer o ofício que melhor corresponda às suas vocações e capacidades, garantindo-lhe a plenitude de seu aprimoramento como indivíduo e como cidadão.

O reconhecimento da liberdade de profissão nesta extensão implicou na ruptura do modelo medieval das corporações de ofício, conduzindo à extinção (ou a significativa redução) dos privilégios de caráter corporativos e de seus inspiradores e beneficiários (dos próprios organismos corporativos). Pontes de Miranda identifica na liberdade de profissão a exclusão do privilégio de profissão das corporações de ofício.⁵

As Constituições que proclamam a liberdade da profissão⁶ têm o traço comum de explícito repúdio a qualquer forma de privilégio de caráter corporativista, e reconhecem dois momentos distintos na sua concretização: a liberdade de escolha e a liberdade de exercício.

O campo de restrição da liberdade de escolha deve ser menos abrangente do que o da liberdade de exercício. Pinto Ferreira sugere a intangibilidade ao direito de escolha da profissão, admitindo o poder de polícia no controle do exercício profissional,⁷ somente “excluídas do espectro de opções do titular do direito as atividades que atentem contra bens jurídicos prestigiados e protegidos pelo próprio ordenamento”⁸ (em razão de configurarem ilícitos de natureza civil ou penal).⁹

A liberdade de exercício profissional esbarra na cláusula geral do interesse público ou social, ainda que não prevista explicitamente.¹⁰ É dizer: a limitação ao exercício profissional somente se legitima se fundada no interesse imputado a toda a coletividade.

Nesse sentido destaca Pontes de Miranda:

“Tôda limitação por lei à liberdade tem de ser justificada. Se com ela não cresce a felicidade de todos, ou se não houve proveito na limitação, a regra legal há de ser eliminada. Os mesmos elementos que tornam a dimensão das liberdades campo aberto para as suas ilegítimas explorações do povo, estão sempre prontos a explorá-los, mercê das limitações.”¹¹

O direito fundamental à liberdade de trabalho, ofício ou profissão foi consagrado na ordem constitucional brasileira a partir da Constituição de 1824 (art. 179, XXIV), com a abolição das corporações de ofício e, a contrario sensu, com as afirmações: “todo trabalho é permitido” ou “o exercício de todo e qualquer trabalho é livre.”

As Cartas de 1891 e 1934 apenas mencionavam o livre exercício de qualquer profissão (art. 72, § 24, e art. 113, nº 13, respectivamente). A de 1937, em seu art. 112, nº 8, fazia referência à escolha de profissão ou do gênero de trabalho. Foi a partir da CF de 1934 que expressamente se outorgou ao legislador ordinário a possibilidade de impor condicionamentos à liberdade de profissão (art. 113, nº 13), ao admitir a observância de condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, segundo a fórmula geral do interesse público. As Cartas de 1946 e 1967 (sem e com a EC nº 1/69) referiam-se apenas às condições de capacidade, sem, contudo, vinculá-las ao interesse público.

Assegura a Constituição vigente em seu art. 5º, XIII, o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, vinculando-o à observância das qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho atribui à terminologia “qualificações profissionais” sentido mais abrangente do que aquele utilizado a partir da CF de 1946, relativo às “condições de capacidade.” Distingue a liberdade de trabalho do direito ao trabalho (direito social). Emprésta, todavia, à expressão qualificações profissionais “um sentido eminentemente corporativista” que “permite se exija para qualquer trabalho, ofício ou profissão um rol de qualificações que a lei poderá estabelecer livremente.”¹²

É certo que o atual texto constitucional contém terminologia mais abrangente do que aquela adotada pelas Cartas de 1946 e 1967 e pela EC 1/69. Não se pode, contudo, atribuir à expressão “qualificações profissionais” um sentido de ampla liberdade de conformação pelo legislador.¹³

Como advertem Celso Ribeiro Batos e Ives Gandra Martins:

“Uma forma muito sutil pela qual o Estado por vezes acaba com a liberdade de opção profissional é a excessiva regulamentação.”¹⁴

Assim, mesmo se admitindo possa ter a Constituição autorizado ao legislador a própria definição do direito a ser tutelado, está logicamente interdita à lei a desnaturação do direito a ser protegido: por obviedade palmar não há autorização para desproteger justamente o direito alvo da tutela. E direito fundamental, afetado com máxima proteção. Daí decorrer a necessidade de definição do núcleo essencial do direito ao livre exercício de qualquer trabalho, emprego ou profissão (CF, art. 5º, XIII), o objeto da proteção constitucional.

III – Da liberdade de escolha, da liberdade de exercício e o conteúdo essencial da liberdade de profissão

Não se concebem os direitos fundamentais como direitos absolutos ou ilimitados. Entretanto, tratando-se as liberdades públicas de verdadeiros direitos subjetivos públicos fundamentais, sua restrição, consoante lição de Alexy, deve ter por fundamento a própria Constituição: “como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas.”¹⁵

Em matéria de restrições a direitos fundamentais admitem-se, a priori, tanto aquelas diretamente constitucionais (os denominados limites imanentes), quanto as indiretamente constitucionais (as remetidas pelo Constituinte ao legislador infraconstitucional), com ou sem reservas. Há, ainda, uma terceira forma de restrição que a doutrina convencionou chamar de “restrição tácita diretamente constitucional” (aplicação do princípio da proporcionalidade para a resolução de colisão de direitos fundamentais como forma de adequação e

conformação aos princípios da unidade e harmonização da Constituição).¹⁶

O art. 5º, XIII, da CF, por condicionar o exercício da liberdade de trabalho, ofício ou profissão ao atendimento das qualificações profissionais segundo a lei, impõe verdadeira reserva restritiva de caráter qualificado, vez que o próprio texto constitucional impõe limitação de conteúdo ao legislador no exercício da competência legal que lhe confere.¹⁷ (RTJ 213/605).

O legislador, repita-se, não recebeu do constituinte um cheque em branco. Tampouco o argumento de que o exercício da liberdade de profissão encontra limites no interesse coletivo (princípio da convivência das liberdades) pode ser tomado a ponto de se transformar em “uma espécie de caixa vazia na qual tudo se pode colocar, sem qualquer limite substancial à intervenção corporativista da lei.”¹⁸ Tal raciocínio desnaturaria a rigidez constitucional.

Como bem destaca o Professor Fábio Carvalho Leite:

“[...] há uma forte tensão entre liberdade e legalidade no que se refere à identificação dos limites conferidos ao legislador infraconstitucional na regulamentação do exercício de uma determinada profissão. O simples reconhecimento de que a liberdade só pode ser limitada se o interesse público assim o exigir tem se revelado frágil, pois sempre há quem argumente que há interesse público na medida em que a limitação foi aprovada pelo órgão de representação popular, que seria justamente o poder legítimo para definir o que é interesse público.”¹⁹

A doutrina italiana, quanto às restrições legais ao direito de liberdade de exercício de profissão, faz a advertência de que, quanto maior for a discricionariedade do legislador, maior campo se abrirá às ingerências de grupos profissionais que buscam resgatar os privilégios de profissão, na contramão do modelo que busca nas liberdades públicas um maior espaço civilizacional que pretenda garantir e não apenas proclamar o direito de todos.²⁰

A delimitação das reservas legais restritivas de direitos, como a reserva legal qualificada contida no art. 5º, XIII, da CF, consiste, justamente,

em estabelecer o seu alcance (formal e material) e, conseqüentemente, precisar a barreira de proteção do conteúdo essencial, o limite insuperável à ingerência dispositiva do legislador, verdadeira reserva absoluta de conteúdo.

Segundo Alexy:

“O principal problema das reservas é sua delimitação. Nesse ponto é necessário distinguir entre aspectos formal e material. O aspecto formal diz respeito sobretudo à competência para impor restrições, ao seu procedimento e à sua forma. Aqui, no entanto, interessa apenas o aspecto material, e apenas na medida em que diga respeito à competência atribuída ao legislador para impor restrições. Essa competência não é limitada apenas pelas condições expressas nas reservas qualificadas e pela barreira do conteúdo essencial — se se parte de uma garantia absoluta do conteúdo essencial — mas também pela máxima da proporcionalidade e, com isso, pelo dever de sopesamento.”²¹ [grifo nosso].

A delimitação do conteúdo essencial do direito fundamental ao livre exercício profissional parte, primeiramente, da definição constitucional das qualificações profissionais a que alude o art. 5º, XIII, da Constituição.

3.1 Do sentido da expressão “qualificações profissionais”

“Na interpretação dos direitos fundamentais, tem prevalência o postulado da preponderância do direito sobre as restrições, de modo que as normas restritivas — como regra geral — não devem ser interpretadas de forma extensiva.”²²

Pinto Ferreira atribuía à locução “condições de capacidade” o sentido de qualificações.²³ Segundo o Min. Celso de Mello, “tais condições devem, como regra geral, restringir-se aos requisitos de ordem técnica, embora outros possam ser estipulados segundo critérios racionais.”²⁴ Celso Ribeiro Bastos destaca: “a atual redação deste artigo deixa claro que o papel da lei na criação de requisitos para o exercício da profissão há de ater-se exclusivamente às

qualificações profissionais. Trata-se, portanto, de um problema de capacitação, técnica, científica ou moral.²⁵

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é oscilante a respeito:

a) ora considera inconstitucional “a lei que atenta contra a liberdade consagrada na Constituição Federal, regulamentando e, conseqüentemente, restringindo o exercício de profissão que não pressupõe condições de capacidade” (RTJ 89/367);

b) ora considera legítimos apenas os requisitos de capacitação técnica pertinentes ao exercício da atividade e fundados no interesse público ou social (RTJ 133/940);

c) ora considera o interesse público como suficiente para a restrição ao livre exercício profissional (RE 199.088, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 06.04.99).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Rp. 930, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, decidiu acerca do sentido da locução “condições de capacidade” (§ 23 do art. 153 da CF de 1967-EC 1/69), concluindo deva ser tida como “pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos”. Assentou, ademais, que tais condições de capacidade devem atender ao critério da razoabilidade. Tal entendimento foi reafirmado pela Suprema Corte no que concerne à locução “qualificações profissionais” contida no inciso XIII do art. 5º da CF de 1988, ressaltando: “as restrições legais à liberdade de exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante às qualificações profissionais” e que “a restrição legal **desproporcional** e que viola o **conteúdo essencial** da liberdade deve ser declarada inconstitucional.” (RE 591.511, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 13.11.2009 – **grifo nosso**).

Logo, a locução “qualificações profissionais” há de ser compreendida como: (i) pressupostos subjetivos relacionados à capacitação técnica, científica,

moral ou física; (ii) pertinente com a função a ser desempenhada; (iii) que encontre amparo no interesse público e social, e (iv) atenda a critérios racionais e proporcionais.

3.2 Do núcleo essencial do direito fundamental ao livre exercício profissional

Segundo as chamadas teorias dos degraus ou das esferas, a restrição a direitos fundamentais deve se operar considerando a existência de degraus ou de esferas, de forma a que a restrição apenas poderá avançar um degrau (ou esfera) em direção ao nível de proteção seguinte quando uma restrição mais intensa seja indispensável para a obtenção do fim pretendido, e assim sucessivamente, até que se esbarre em uma esfera ou degrau que, se ultrapassado, esvaziaria o próprio conteúdo ou essência do direito fundamental protegido, fulminando-o.²⁶

Não se afirma através de tais concepções teóricas o caráter absoluto do núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais, mas, tão-somente, a delimitação do seu máximo grau de proteção. Para Virgílio Afonso da Silva:

“[...] a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais nada mais é que a consequência da aplicação da regra da proporcionalidade nos casos de restrição a esses direitos. Ambos os conceitos — *conteúdo essencial e proporcionalidade* — guardam íntima relação: restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos.”²⁷ [**grifo nosso**].

A aplicação da teoria dos degraus ou teoria das esferas limitantes em relação ao campo de “discrecionabilidade” do legislador para sua restrição deve levar em consideração a seguinte fórmula de proporção:

“A liberdade do legislador é tanto mais ampla quanto mais se circunscreve ao exercício (e menos à escolha) e, inversamente, tanto mais limitada quanto mais interferisse com a escolha (e menos com o exercício).”²⁸

João Pacheco Amorim, citando a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão na sentença das farmácias²⁹, estabeleceu a aplicação da teoria dos degraus nos seguintes termos:

“Teríamos assim um primeiro grau de *maior liberdade*, que ocorre quando o legislador se confinasse a restringir apenas o exercício, sem afectar a escolha, isto é, quando só o '**COMO**' ('realização da modalidade'), e não o '**SE**' ('realização da substância') fosse objeto de uma regulamentação restritiva; aqui, 'a regulação do exercício profissional versa sobre tema de como e de que maneira pode realizar-se uma atividade depois do começo de uma profissão sem que (aquela regulação) se possa repercutir na liberdade de escolha da profissão' (Rolf Stober). É o caso, sobretudo, das normas destinadas a evitar a produção de danos a terceiros, valendo aqui a simples adequação da restrição ao fim em vista.

Já quando a restrição legal incidisse sobre a escolha (tocando o momento da escolha com 'a questão do '**SE**' uma profissão é assumida, continuada ou abandonada — realização de substância, **fazendo a lei depender o acesso a uma atividade profissional da posse de determinados requisitos**, teríamos novos graus.

No segundo grau (*de menor liberdade*) situar-se-iam apenas as condições ou pressupostos subjectivos (todos os que em maior ou menor grau pudessem ainda depender da pessoa do candidato — da sua vontade, da sua capacidade, etc.) Teríamos agora os casos de exigência de uma prévia qualificação para o acesso às profissões (da aquisição de determinados conhecimentos — de uma formação escolar determinada, devidamente comprovada e titulada), por poder constituir um perigo para a comunidade o exercício dessa profissão sem a qualificação exigida (por postular a posse de elevados conhecimentos técnicos ou científicos, e por prestar ainda a mesma profissão a um 'exercício público', ou de porta aberta, como se passa com o grosso das chamadas profissões liberais). E teríamos também os outros pressupostos subjectivos condicionadores não propriamente do acesso à profissão, mas, por exemplo, da duração do seu exercício, como o limite de idade (como vimos acima, tem a ver a escolha não apenas com o facto de uma profissão ser ou não assumida, mas, ainda, continuada e abandonada).

Mas para esse segundo grau de ingerência na liberdade de profissão (requisitos subjectivos) exigiu já o Tribunal de Karlsruhe que o bem coletivo a salvaguardar com a restrição fosse particularmente importante e que a protecção de tal bem exigisse necessariamente a restrição.

Nesses casos regeria o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, no

sentido de que os pressupostos subjetivos não poderiam ser desproporcionados relativamente à finalidade prosseguida de ordenação da profissão — isto é, já impediria sobre o legislador a estrita obrigação de engendrar a solução menos gravosa para o indivíduo sem com isso frustrar a prossecução do fim em vista, ou seja, de encontrar um ponto de equilíbrio entre os pressupostos subjectivos e o fim prosseguido.

No terceiro grau teríamos, por fim, os casos da fixação de pressupostos objectivos para o acesso (estranhos à pessoa do pretendente, que assim em nada poderia contribuir para sua verificação), como a introdução de 'numerus clausus' como mecanismo regulador da profissão (berufs-lenkung), ou de um sistema de autorização dependente de uma apreciação de necessidade objectiva (em que fosse possível, por exemplo, negar a alguém o acesso a uma profissão por estar saturada); neste último patamar de intervenção legislativa dá-se um reforço das precauções do juiz constitucional alemão, reduzindo-se, na prática, a quase nada as faculdades de ingerência do legislador.³⁰ [grifo nosso].

E conclui: “a intervenção do legislador deveria respeitar esta sucessão de graus (ou degraus), devendo aquele, para salvaguardar o interesse coletivo, recorrer ao 'degrau' que menor intromissão implicasse na liberdade de escolha de profissão, não podendo cada um dos 'degraus' ser galgado senão quando pudesse ser satisfatoriamente demonstrado que os perigos a evitar não poderiam ser eficazmente combatidos no degrau anterior”.³¹

A restrição do legislador no acesso às profissões, impondo requisito que não diga respeito aos pressupostos subjetivos, mas que, a priori, visa a preservar interesses coletivos que são igualmente dignos de proteção constitucional (esferas concorrentes)³², atinge, de forma essencial, a liberdade de escolha e não a liberdade de exercício, por dizer respeito à “realização de substância” (o “SE”) e não à “realização da modalidade” (o “COMO”).

Admitida a preponderância do interesse coletivo (ou público), a limitação à liberdade de profissão será constitucionalmente legítima na medida em que a restrição seja necessária e suficiente, e apenas nesta exata proporção, para se alcançar o objeto da tutela.

IV - Da inscrição do bacharel em direito nos quadros da OAB

O ato de inscrição do bacharel em direito nos quadros da OAB não pode ser tido como seleção (Lei nº 8.906/94, art. 44, II), mas como ato constitutivo que lhe confere um status profissional e pelo qual o submete a um regime jurídico de atribuição de direitos e deveres.

É certo que o bacharel em direito não é advogado. É a inscrição nos quadros da OAB que lhe atribui tal condição. É, pois, um **quid qualificante** que atribui ao bacharel o título profissional de advogado e, por conseguinte, o direito ao próprio exercício da profissão.

Para João Pacheco de Amorim a inscrição obrigatória decorre:

“[...] da simultânea exigência de responsabilidade e de liberdade (o favor libertatis) e autonomia que implica o domínio dessa ciência e técnica altamente qualificadas <comporta, sempre a existência de regras deontológicas, que se convertem em regras jurídicas, requerendo uma disciplina que, para se manter e ser eficaz, tem de abranger todos os profissionais>.”³³

É, principalmente, na fiscalização da atividade profissional exercida pela OAB que se fundamenta o interesse coletivo de amparo constitucional (de fiscalização da atividade profissional do advogado como forma de proteger os direitos mais básicos de todos aqueles pelos quais postula) que legitima a restrição ao acesso imediato do bacharel em direito ao exercício da profissão de advogado.

Segundo precisa colocação do Tribunal Constitucional de Portugal:

“A compreensão de que a advocacia, enquanto profissão liberal, desempenha um papel essencial na realização da justiça, levou a que se atribuísse a uma associação pública — a Ordem dos Advogados — a tarefa de zelar pela função social, dignidade, prestígio e qualidade da profissão, chamando-se, assim, a colaborar na prossecução de um interesse público uma pessoa colectiva, cujos associados são precisamente os advogados, consubstanciando um cedência pelo Estado de poderes a uma entidade autónoma. Entendeu-se que a melhor maneira de proceder à supervisão do exercício duma actividade profissional privada, fundamental para a boa administração da justiça, era entregar essa função à associação representativa dos interesses dos advogados.

confiando-se que a prossecução desses interesses conduziria à realização dos desígnios públicos neste domínio.”³⁴ [grifo nosso].

Entretanto, atribuir à OAB o poder discricionário de selecionar os advogados que comporão os seus quadros (Lei nº 8.906/94, art. 44, II) traz perigosa tendência de restabelecimento dos exclusivos corporativos que, segundo João Pacheco de Amorim e Pontes de Miranda, constitui verdadeira característica negativa da liberdade de profissão.³⁵

Daí a seguinte colocação do Professor Roger Stiefelmann Leal:

“Visto de outro ângulo, decorre do direito ao acesso às profissões que, prima facie, todos, desde que possuam as 'qualificações profissionais' exigidas, tenham de modo **igual** o direito de exercer a profissão escolhida. Trata-se do que Pontes de Miranda denominou de direito à 'exclusão do privilégio de profissão', ou seja, as profissões ou determinado gênero de atividade laborais não podem — como nas antigas **corporações de ofício** — constituir privilégio de determinados grupos ou classes.”³⁶

Com base nesse entendimento o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 86 da Lei nº 4.215/63 (antigo Estatuto da OAB) que impunha a vedação ao exercício da advocacia, pelo prazo de dois anos, aos magistrados, membros do Ministério Público e servidores públicos civis e militares, contados da data do ato que os afastou da função (Rp. 1.054, Rel. Min. Néri da Silveira, RTJ 110/937).

É com respaldo legal nesse amplíssimo poder de seleção conferido à OAB (Lei nº 8.906/94, art. 44, II) que se apoia a exigência de aprovação no exame de ordem. Não é por outra razão que o exame de ordem tem, vez ou outra, flexibilizada a sua exigência em relação a determinadas categorias de agentes públicos (magistrados e membros de Ministério Público – Provimento nº 143, de 15.05.2011, do Conselho Federal da OAB).

Como bem ressalta o professor Carlos Valder do Nascimento:

“Resulta disso a patente inadequação do Parlamento brasileiro ao pleno exercício da função legislativa, distanciando cada vez mais do processo de elaboração de normas gerais e abstratas para cuidar apenas de interesses localizados e de corporações com maior poder de pressão. Daí ceder a proposição despropositada, ao encartar na legislação que estrutura na OAB detalhe que quebra a harmonia do sistema jurídico. Trata-se da palavra **seleção** enxertada em determinado preceito, cuja ambiguidade do termo, não comporta a captação do sentido que encerra no contexto posto. [...]

Entre o discurso corporativo e o da lei questionada resta um campo sombrio, onde prepondera um vazio insuscetível de ser preenchido mesmo pelo processo argumentativo. Isto põe em relevo a falta de legitimação da regra sob análise por incompatível com a sua pretensão de validade, já que fere o princípio da razoabilidade.”³⁷

Cumprido destacar que a OAB não se qualifica nem como autarquia, nem como entidade genuinamente privada. Tem natureza jurídica de serviço público federal (não estatal), dotado de personalidade jurídica própria e forma federativa. É, e continua sendo, uma entidade profissional corporativa, ainda que lhe seja incumbida uma feição constitucional maior (ADI nº 3.026, Rel. Min. Eros Grau, RTJ 201/93).

V – A exigência de aprovação no exame de ordem como restrição ao acesso à profissão de advogado

A Lei nº 8.906/94 impõe como requisito essencial à inscrição como advogado a aprovação no exame de ordem. Por sua vez, o art. 5º, XIII, da CF contém reserva legal qualificada, de forma que “as restrições legais ao exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante às qualificações profissionais” (RE 591.511, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 13.11.2009). De certo que o exame de ordem não se afigura como qualificação profissional, mas, sim, mera aferição desta: o exame não qualifica, ele se propõe a atestar a qualificação.³⁸

E deveria, em tese, atestar a qualificação profissional. Mas não é o que exsurge do contexto atual da prova. O Edital regulador do exame para o ano

de 2011 admitiu, como clientela para a prova, além dos bacharéis em Direito concludentes de curso reconhecido pelo MEC, também os bacharelados matriculados no último ano da graduação. E não se pode falar aqui em apurar a qualificação profissional daqueles que nem mesmo obtiveram o grau respectivo³⁹. Não parecer ser exato também afirmar que a qualificação profissional prescinde da formação técnico-teórica do bacharel. Parece ser, no mínimo, uma disfuncionalidade do sistema.

Mas retomando o ponto principal, como ressalta Suzana de Toledo Barros:

“Quando estão em causa reservas de lei qualificada, o legislador não possui muita liberdade para efetuar restrições ao direito, porque já está previamente vinculado a meios ou a fins específicos [...]. A previsão da finalidade da restrição não exclui a liberdade de escolha de meios. É evidente, então, que o exame de constitucionalidade de uma norma não dispensa a verificação da adequabilidade dos meios escolhidos em face do fim previsto. Mas é possível que a Constituição já trace todos os limites ao legislador na regulação de uma restrição de direito. **Nessas circunstâncias, o excesso legislativo, quando verificado, vem caracterizado, normalmente, pela inobservância das condições estabelecidas pelo constituinte.** O juiz, nessa hipótese, não precisa recorrer a um juízo de razoabilidade, bastando que verifique se o legislador se ateuve ao âmbito da autorização.”⁴⁰

O art. 5º, XIII, da CF traça todos os limites do legislador no campo de restrição ao direito fundamental que contempla. Daí afirmar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que as qualificações profissionais (meios) somente são exigidas daquelas profissões que possam trazer perigo de dano à coletividade ou prejuízos diretos a direitos de terceiros (fim).⁴¹

A simples inobservância do meio constitucionalmente eleito — das especiais condições estabelecidas pelo constituinte — resvala em prescrições legais exorbitantes, consubstanciando, a priori, inconstitucionalidade por expressa violação dos limites da autorização constitucional.

Por não se cuidar de pressupostos subjetivos de capacitação técnica, científica, moral ou física, pertinentes à atividade a ser desenvolvida, a restrição ao exercício profissional decorrente da exigência de aprovação no exame de ordem somente se legitima se apoiado em outros interesses ou bens coletivos⁴² de estatura constitucional⁴³, e desde que tal restrição não seja desproporcional ou possa implicar o esvaziamento do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade de profissão.

A ponderação de interesses ou bens constitucionalmente protegidos deverá partir de uma análise acurada tendo por base algumas premissas: (i) a restrição que impõe exigência que não se limite às qualificações profissionais deverá dar a solução menos gravosa para o indivíduo e para o objetivo que visa alcançar; (ii) tal ponderação deverá partir de valores de índole constitucional e (iii) a restrição não poderá implicar o esvaziamento do conteúdo essencial do direito fundamental ao qual se objetiva proteger.

VI - Da exigência de aprovação no exame de ordem: outros aspectos relevantes

Colhe-se de rico estudo acerca das origens do exame de ordem no Brasil⁴⁴, elaborado pelo ex-Conselheiro Federal da OAB, Paulo Roberto Gouvêa Medina, ter sido ele concebido como alternativa para aqueles que não poderiam se submeter ao estágio profissional (Lei 4.215/63, art. 48, III) ou o estágio de prática forense e organização judiciária (Lei nº 5.842/72).

O atual Estatuto da OAB desabilitou o estágio profissional de advocacia como requisito habilitatório, assumindo o exame caráter obrigatório e não mais supletivo (Lei nº 8.906/94, art. 9º).

Segundo o autor, os principais argumentos para o exame de ordem ser via de acesso exclusiva ao quadro de advogados seriam: (i) a confusão estabelecida entre o estágio de prática forense e organização judiciária (o qual

deveria proporcionar o contato e participação direta com o meio forense através de processos reais) e a prática forense sob a forma de estágio supervisionado (a qual apenas se vale de processos simulados e visitas a órgãos do Poder Judiciário) e (ii) a falta de instrumentos de controle efetivo do estágio por parte da OAB, vez que o aproveitamento do bacharelado-estagiário seria feito pelas faculdades, mediante aplicação de provas ou exigência de relatórios.

A Lei nº 8.906/94, pôs de lado o estágio profissional — o qual, a toda evidência, se insere na locução constitucional “qualificação profissional” — e definiu o exame de ordem como a via exclusiva de acesso do bacharel em Direito aos quadros da OAB a pretexto da deficiência daquele. Coincidência, ou não, tal limitação de acesso ao exercício da advocacia (que atinge diretamente a liberdade de escolha da profissão) surgiu, justamente, durante o processo de expansão desenfreada no número de cursos jurídicos no Brasil.

A exigência de aprovação no exame de ordem, sem qualquer outra alternativa para a comprovação da qualificação profissional, decorre — muito embora não dito às escâncaras como o foi em Portugal — (i) do exponencial aumento de vagas nas cadeiras de direito como forma de limitar um mercado de trabalho reconhecidamente saturado⁴⁵ e (ii) da notória deficiência do ensino jurídico no Brasil.

Há quem diga que o exame de ordem não pode ser considerado como reserva de mercado, porque ele não estipula número de vagas. Porém, os altos índices de reprovação refletem não apenas a deficiência da formação acadêmica dos bacharéis, como também o grau de dificuldade da avaliação a que se submetem. Não há no Provimento nº 136/2009, do Conselho Federal da OAB, qualquer diretriz quanto ao grau de dificuldade das questões a serem aplicadas (principalmente na primeira etapa). Por isso que, mesmo se exigindo apenas 50% de acertos de 100 questões de múltipla escolha, ainda é a primeira etapa que concentra o maior o número de reprovações.⁴⁶

Reside nesta ampla discricionariedade⁴⁷, mais uma vez, a perigosa

tendência de influências de interesses corporativos (reserva de mercado), dada a possibilidade de desvirtuamento do exame de ordem pela elevação do grau de exigência da prova a ponto de se limitar o número de aprovados a percentuais mínimos, o que hoje é uma realidade: restrição ao direito de escolha, de acesso.

Também se tem dito que o exame de ordem não se propõe a uma reavaliação do bacharel, de tudo aquilo que aprendeu durante o curso jurídico, mas, sim, a aferir a habilitação básica para advogar.⁴⁸ É de se concluir, portanto, que a aprovação na primeira etapa do exame demonstra a proficiência do bacharel quanto aos conhecimentos teóricos básicos e a deontologia jurídica. Descabida, pois, a vedação contida no § 4º do art. 6º do Provimento nº 136/2009. Logo, a vedação de aproveitamento também reflete a veia de reserva de mercado.

Paulo Roberto Gouvêa Medina ainda afirma a legitimidade do exame de ordem no poder de polícia da profissão delegada pela União à OAB (CF, art. 22, XVI), cabendo a esta exercê-lo de forma preventiva e sancionadora.

Para o ex-Conselheiro Federal da OAB:

“[...] não faria sentido que a entidade fosse dotada de capacidade de exigir, a título de sanção, que o advogado, incidindo em inépcia profissional, ficasse suspenso de suas atividades até prestar novas provas de habilitação [Lei nº 8.906/94, art. 34, XXIV] e não se cuidasse de submetê-lo, previamente, antes de sua inscrição, a provas equivalentes.”⁴⁹

Tal raciocínio levaria à conclusão de que o poder de polícia delegado à OAB não estaria limitado ao exercício da profissão, projetando-se, previamente, como um ato constitutivo-limitativo, atingindo diretamente a liberdade de escolha e não simplesmente a liberdade de exercício da profissão.

Sob o império da Carta de 1934, já afirmava Pontes de Miranda:

“A Constituição dos Estados Unidos da América **não tratou da liberdade de profissão**. A prática é no sentido de se exigirem provas de habilitação, que, ainda quanto a médicos e advogados, não são somente, ou necessariamente, os diplomas. Para as limitações invocam os juristas o *police power*. A Constituição suíça, art. 33, estatuiu: 'Os Cantões podem exigir provas de capacidade daqueles que pretendem exercer profissões liberais. A legislação federal indicará os meios de poder obter, para esse efeito, atestados de capacidade, válidos em toda confederação.'

Sob a Constituição de 1934, escrevêramos (Comentários, II, 165 e 166) a propósito da Ordem dos Advogados: 'Basta, para a permissão da Ordem dos Advogados, que haja o texto do art. 5º, XIX, k? O art. 5º, XIX, k, não bastaria, mas o art. 113, 1350 [...]. A transformação da OAB em *corporação de ofício*, medievalmente concebida, seria inconstitucional, e.g., a **limitação do número de profissionais**, a cooptação, a inscrição no quadro por eleição do conselho.'⁵¹ **[grifo nosso]**.

Como a delegação do poder de polícia não pode extrapolar o direito à liberdade de profissão (principalmente no momento da escolha), por óbvio que a exigência de teste de habilitação profissional somente pode incidir sobre os que, após o ingresso profissional (inscrição nos quadros da OAB), mostrem-se ineptos para o exercício da advocacia.

A OAB é responsável pela absorção em seus quadros dos bacharéis egressos de IES, pela ética profissional no exercício de suas atribuições, pela fiscalização da ordem institucional e pela representação política dos advogados. A atuação preventiva da OAB se dá na forma do art. 54, XV, da Lei 8.906/94, ou seja, mediante prévia manifestação do seu Conselho Federal nos pedidos de criação, reconhecimento e credenciamento de cursos jurídicos — para os fins do disposto no art. 46, caput e § 1º, da Lei nº 9.394/9652 (Lei Darcy Ribeiro) — bem como por intermédio do seu papel de colaboradora no aperfeiçoamento dos cursos jurídicos no Brasil. Tem, pois, em caráter preventivo, o poder/dever de atuar em defesa da qualidade do ensino jurídico e de combater o que muitos acabam por denominar de “fábricas de diplomas.”

O grau de bacharel em direito é conferido ao acadêmico pelo Reitor da Instituição de Ensino Superior (IES) em nome da República Federativa do

Brasil. O acadêmico que recebe o grau de bacharel em direito foi legalmente habilitado por estabelecimento de ensino superior devidamente reconhecido pelo poder público e tal título, “quando registrado, terá validade nacional como prova da formação recebida pelo seu titular.”⁵³

É certo que a titulação é genérica e não direcionada. Não quer isso dizer que o Curso de Direito não deva dar formação necessária para o exercício da profissão de advogado. Por isso mesmo, a formação acadêmica do curso de Direito deverá compreender, como destaca o Parecer CNE/CES nº 211/2004, “uma 'formação inicial' para o exercício profissional” de todas as áreas de atuação jurídica. O diploma é, por excelência, o comprovante de habilitação que se exige para o exercício das profissões liberais. O bacharel em direito, após a conclusão do curso deverá, ao menos em tese, estar preparado para o exercício da advocacia e o título de bacharel atesta tal condição.

Um dos principais avanços do ensino jurídico no Brasil, operados a partir da Portaria MEC nº 1.886/94 e consolidados com a Resolução CNE/CES nº 9/2004 (que cuidam das diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito), foi “a concepção do estágio curricular supervisionado como prática jurídica e não simplesmente prática forense”, dando dimensão teórico-prática ao currículo e ensejando a formação profissional.⁵⁴

Colhe-se da Portaria MEC nº 1.886/94:

“Art. 10. O estágio de prática jurídica, supervisionado pela instituição de ensino superior, será obrigatório e integrante do currículo pleno, em um total mínimo de 300 horas de atividades práticas simuladas **e reais** desenvolvidas pelo aluno sob controle e orientação do núcleo correspondente.

§ 1º. O núcleo de prática jurídica, coordenado por professores do curso, disporá de instalações adequadas para **treinamento das atividades profissionais de advocacia**, magistratura, Ministério Público, demais profissões jurídicas e para o atendimento ao público.

§ 2º. As atividades de prática jurídica poderão ser complementadas mediante convênios com a Defensoria Pública e outras entidades públicas, judiciárias, empresariais, comunitárias e sindicais que

possibilitem a participação dos alunos na prestação de serviços jurídicos e em assistência jurídica, ou em juizados especiais que venham a ser instalados em dependências da própria instituição de ensino superior.

Art. 11. As atividades do estágio supervisionado serão **exclusivamente práticas**, incluindo redação de peças processuais e profissionais, assistência e atuação em audiências e sessões, visitas a órgãos judiciários, prestação de serviços jurídicos e técnica de negociação coletivas, arbitragem e conciliação, sob controle, orientação e avaliação do núcleo de prática jurídica.” (DOU de 04.01.95).

A Resolução nº 9/2004 afirma expressamente:

“O Curso de graduação e Direito deverá possibilitar a **formação profissional** que revele, pelo menos, as seguintes habilidades e competências:

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

II – interpretação e aplicação do Direito;

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

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

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

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

VII – julgamento e tomada de decisões; e

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

Tal caráter de formação inicial para o exercício profissional ainda se revela pela fixação dos três eixos de formação acadêmica: (i) eixo de formação fundamental, (ii) eixo de formação profissional e (iii) eixo de formação prática. Não mais se concebe o curso de graduação de Direito como essencialmente informativo (teórico), mas sim formativo (teórico, prático e profissional).

Fundamenta-se, ainda, a exigência do exame de ordem no fato da sua previsão em outros modelos constitucionais do direito comparado. A tais

exames (testes perante a corporação profissional ou exame de Estado) segue-se, em geral, estágio ou residência profissional, sob a fiscalização do órgão de classe dos advogados. Ocorre que, como bem destaca Jorge Miranda:

“A liberdade de trabalho e de profissão é um dos clássicos direitos fundamentais das pessoas, e não dos menos importantes. Vinda do liberalismo, acolhem-na as mais diversas ordens constitucionais, embora com amplitude e limites variáveis. Entrou ainda em textos internacionais.

Um(a)s vezes aparece aí como direito autónomo, outras vezes conexo com outros, designadamente com o direito ao trabalho; na maior parte dos casos, fala-se em liberdade de escolha de profissão ou género de trabalho, menos frequente é falar-se em liberdade de exercício ou de emprego; quase sempre prevê-se reserva de lei; sempre se admitem restrições e condicionamentos, de carácter geral ou relativamente apenas a algumas profissões, e sejam de natureza objectiva ou subjectiva.

Estas diferenças não são somente de formulação; são também de concepção e de articulação de outros direitos. A diversidade dos regimes políticos traduz-se, ainda que, em diversidade de sentidos da liberdade de trabalho e de profissão. **É no âmbito global de cada Constituição que tem de ser entendida.**”⁵⁵ [grifo nosso].

Como destaca Pontes de Miranda, para as restrições à liberdade de profissão não basta o disposto no art. 21, XVI, da CF, mas, também, o art. 5º, XIII, da mesma Carta. É de acordo com a amplitude do direito fundamental à liberdade de profissão contemplado pela CF de 1988 que se deve verificar a admissibilidade, ou não, da instituição da exigência do exame de ordem como forma de limitação ao acesso à profissão de advogado e não como uma fórmula pré-definida, importada de outros modelos constitucionais.

A conformação que a CF de 1988 imprime à liberdade de trabalho, ofício ou profissão, revela a impropriedade e a inadequação do exame de ordem para a restrição de acesso à profissão de advogado, notadamente por atingir diretamente o direito à escolha do ofício, e não apenas o direito ao exercício profissional.

Além disso, além da restrição direta à liberdade de escolha pela advocacia, o exame gera outros efeitos colaterais com relevância jurídica: limita, de forma reflexa ou indireta, a liberdade de escolha de outras profissões que exigem, como um dos pressupostos de acesso, o exercício de atividade jurídica por determinado período mínimo, como, *vg.*, a Magistratura e o Ministério Público, e atividade jurídica que é preponderantemente tida como o exercício da profissão de advogado.

Por isto é que o exame de ordem não passa sequer da esfera ou degrau da adequação e muito menos da necessidade. O próprio ex-Conselheiro Federal da OAB, Paulo Roberto Gouvêa Medina, no seu estudo acerca da possibilidade de exigência do exame de ordem, contempla solução menos gravosa para o fim que almeja alcançar com a prova de conhecimento:

“Somente numa etapa mais avançada, em que se verificasse a integração plena entre a Ordem e as instituições de ensino jurídico, assegurando-se àquela adequado controle das atividades do estágio, seria possível pensar na sua sub-rogação do Exame de Ordem por uma forma especial de estágio [...]”⁵⁶

O estágio de prática jurídica, nos moldes contemplados a partir da Portaria MEC nº 1.886/94 e consolidado nas novas diretrizes curriculares pela Resolução nº 9/2004, realizado em Núcleos de Prática Jurídica mantidos pelas IES, que prestem assistência judiciária gratuita à população carente, mediante supervisão de professores-advogados e com a efetiva colaboração e supervisão da OAB, seria uma forma adequada para restringir o acesso à profissão, pois, além de não transbordar da autorização constitucional, se adequaria ao fim que se propõe: opor a chancela da OAB sobre a habilitação do bacharelado para o exercício da advocacia, sem que de sua atuação profissional, ao menos a priori, possam decorrer riscos à sociedade ou danos a direitos de terceiros.

Os moldes para o estágio profissional de advocacia já estão traçados

nas diretrizes curriculares nacionais. Não há sentido persistir a restrição a direito fundamental por não dispor a OAB de instrumentos efetivos de controle do estágio junto às IES.

VII - Da liberdade de acesso a profissões liberais e dos princípios da essencialidade ou indispensabilidade do advogado para a administração da Justiça (CF, arts. 5º, XIII e 133)

O advogado é personagem essencial para a administração da Justiça e o exercício da advocacia instrumento básico para assegurar a defesa dos interesses das partes em juízo. É através do profissional que se efetiva o direito fundamental de acesso à Justiça que, segundo Mauro Cappelletti, é o mais básico dos direitos humanos.⁵⁷ A própria origem léxica da palavra advogado, como ressalta Michel Temer, confere-lhe um papel essencial em um Estado Democrático de Direito:

“Advocatus é aquele que é 'chamado para encaminhar as razões das partes litigantes, com o objetivo de bem esclarecer o direito pleiteado, ensejando uma boa solução, a fim de que se fizesse justiça [...]. O que fazia no passado faz agora, esse profissional, prestando inestimável colaboração ao Estado e tornando possível a administração da Justiça. Alçá-lo a nível constitucional era reconhecer uma realidade existente patenteada pela inequívoca relação lógica entre essa profissão e os alicerces do próprio Estado.”⁵⁸

Segundo José Afonso da Silva:

“A advocacia não é apenas um pressuposto da formação do Poder Judiciário. É também necessária ao seu funcionamento. 'O advogado é indispensável à administração da justiça', diz a Constituição (art. 133), que aqui consagra um princípio basilar do funcionamento do Poder Judiciário, **cuja inércia requer um elemento técnico propulsor**. O antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 4.215/63, art. 68), já o consignava. Nada mais natural, portanto, que a Constituição o consagrasse e prestigiasse, reconhecendo no exercício de seu mister a prestação de um serviço público.”⁵⁹

O advogado exerce um múnus público, pois a ele compete o exercício privativo do jus postulandi (Lei nº 8.906/94, arts. 1º e 2º, § 1º). Celso Ribeiro Bastos chega a afirmar que o advogado é “a espinha dorsal de todos os profissionais dedicados às ciências sociais”, aduzindo que:

“O papel do advogado é de extrema relevância, já que a atuação jurisdicional do Poder Judiciário, para que seja eficiente na solução de controvérsias, necessita dos conhecimentos técnicos e científicos de profissionais habilitados que reduzam a margem de erros e de insucessos a que pode estar fadada a atividade jurisdicional.”⁶⁰

Decorre do princípio da essencialidade ou indispensabilidade do advogado a exigência de qualificação profissional. Dele não deriva, todavia, a possibilidade de exigência de teste de habilitação daqueles que possuam capacitação profissional atestada pelo próprio Poder Público: o diploma de bacharel em Direito.

O direito fundamental contemplado no art. 5º, XIII, da CF assume, sob a perspectiva do direito de acesso às profissões, tanto uma projeção negativa (a abstenção de qualquer interferência do Poder Público na escolha da profissão), quanto uma projeção positiva (o direito público subjetivo de que seja assegurada a oferta dos meios necessários à formação profissional, sobretudo para as profissões que dependam de qualificações profissionais).⁶¹

Consoante lição de Jorge Miranda:

“A liberdade de escolha de profissão decompõe-se em: 1º) direito de escolher livremente, sem impedimentos, nem discriminações, qualquer profissão; 2º) direito de acesso à formação escolar correspondente; 3º) direito de acesso à preparação técnica e às modalidades de aprendizagem e de prática profissional que sejam necessárias; 4º) direito de acesso aos requisitos necessários à promoção na carreira profissional; 5º) direito de escolher uma especialidade profissional e de obter as necessárias habilitações; 6º) direito de mudar de profissão.”⁶² [**grifo nosso**].

Segundo o Professor Roger Stiefelmann Leal: "a oferta dos meios necessários à formação profissional exigida constitui elemento nuclear à mínima concretização do preceito constitucional."⁶³

Sob esse prisma, há de se reconhecer que a exigência de especial qualificação profissional daquele que pretende se inscrever nos quadros da OAB para o exercício da advocacia, deverá incidir não como forma de limitar o acesso à profissão, mas, sim, como um encargo atribuído ao Poder Público de assegurar os meios necessários à obtenção dessa especial qualificação. Ao Poder Público cabe garantir aos que cursam e aos que irão cursar a graduação em Direito a formação profissional adequada para corretamente provocar o Poder Judiciário, auxiliando-o na correta prestação jurisdicional.

O exame de ordem, visto sob esse ângulo, nada mais é do que um teste de qualificação profissional para o exercício da advocacia daqueles que já possuem um diploma atestando esta mesma qualificação. Negar tal efeito ao diploma de bacharel em Direito é afirmar que o Poder Público não se desincumbiu do dever de assegurar a todos a oferta dos meios necessários à formação profissional e, dessa forma, negar o próprio direito de acesso à profissão em seu elemento nuclear de mínima concretização.

A Constituição de 1988 deu à advocacia a especial conotação de função essencial à Justiça (Capítulo IV, seção III), ao lado da Defensoria Pública e do Ministério Público. O advogado, a teor do art. 2º, § 1º, da Lei 8.906/94, no seu ministério privado, presta serviço público e exerce função social.

Em razão da relevância constitucional dada à profissão de advogado, os defensores da exigência do exame de ordem sustentam que, assim como para as demais formas de acesso às funções de Estado, o ingresso na função pública de advogado dependeria de uma espécie de concurso público.

“Se, de um lado, o constituinte reconheceu a missão pública da advocacia, dando-lhe no mundo jurídico a maior das dimensões,

ao lhe conferir a estatura constitucional por meio de preceito inscrito, colocando-a em foro de igualdade com a Magistratura e a Promotoria, de outro lado, e na mesma medida da atuação e responsabilidade atribuídas, impôs requisitos, ainda que implícitos, para que alguém a possa exercer.

É certo que a Constituição, porque não cuida de profissões, mas de funções públicas, não poderia descer a pormenores, de forma explícita, a ponto de tratar dos pressupostos para o exercício da advocacia.

Porém, não é menos certo que a interpretação sistemática do texto constitucional, conjugada com a análise da estrutura orgânica do poder nele adotada, leva à inarredável conclusão de que, afora a formação jurídica como condição essencial, o Exame de Ordem é requisito constitucional para o exercício da advocacia.

Exame de Ordem que deve ser havido como espécie do gênero concurso público, com a especial diferença de que não há uma limitação de vagas a serem preenchidas, logrando aprovação todos aqueles que demonstrarem aptidão. No mais, o procedimento cumpre ser rigorosamente idêntico: publicidade do edital, inscrição aberta a todos que preencherem determinados pré-requisitos; programa previamente divulgado; prova elaborada segundo o programa e aplicada em condições idênticas a todos os candidatos; correção imparcial; publicação dos resultados; possibilidade de recursos e etc.

Dessarte, percebe-se que o sistema constitucional brasileiro, a par de haver inserido na Lei Maior as funções essenciais à administração da Justiça, adotou, de outro lado, mecanismo de aferição de aptidão daqueles que pretendam exercê-la: o concurso público, nele compreendido o exame de ordem.”⁶⁴

Tal concepção do exame de ordem (tal como concurso público) antagoniza, a um só tempo, com a imagem da profissão de advogado e com a cláusula constitucional do concurso público, republicano instrumento de acesso a cargo público.

Necessário distinguir a profissão liberal do advogado das demais atividades que compõem a própria estrutura do Estado.

É do direito alemão que se extrai a ideia de imagem de profissão:

“[...] toda atividade econômica enraizada na comunidade, para além do nomem, pode ser ainda identificada socialmente com uma imagem típica, formada por um conjunto de funções e tarefas tradicionalmente interligadas com conteúdo e limites

perfeitamente determinados, bem como pelas condições técnicas, pessoais e econômico-financeiras com ela conectadas, e para cuja formação teriam contribuído (e continuam a contribuir) quer a tradição, quer a própria legislação que já regulava as profissões protegidas ao tempo da feitura da Constituição.”⁶⁵

Segundo João Pacheco de Amorim, ainda que se possa considerar a profissão liberal do advogado como exercício privado de função pública, de tal característica não pode decorrer a dissociação da imagem da profissão socialmente consolidada e, por excelência, exercida em caráter privado e não como integrante da estrutura administrativa do Estado.

Daí a razão pela qual seria descabida sob esta perspectiva (da proteção constitucional da imagem da profissão), a exigência do exame de ordem como espécie de concurso público, sob pena de, “destruindo totalmente as bases da profissão liberal, integrar os advogados na Administração imediata do Estado e fazer deles funcionários públicos”, com todas as restrições que daí decorrem.

Consoante o emérito catedrático da Universidade de Porto:

“A Constituição não confere ao Estado um poder genérico de estatizar toda e qualquer actividade profissional tradicionalmente configurada como privada, isto é, que não seja material ou formalmente administrativa (materialmente, entenda-se, no sentido de que tenha sido 'inventada' pelo Estado e posta a reboque da organização administrativa, não envolvendo necessariamente o exercício de poderes públicos). E não o confere, mesmo que tal actividade seja qualificável como 'essencial' para os mais valiosos interesses coletivos — pense-se na medicina, na advocacia, nas profissões técnicas, e até em profissões mais modestas, mas igualmente importantes. [...]

É por isso que achamos também que não se pode, em termos de pura lógica, acometer (semanticamente) uma 'função pública' a profissionais até então privados, como o é o hipotizado caso dos advogados (transformando-a num suposto 'exercício privado de funções públicas'), sem lhe delegar o exercício de competências (poder de praticar atos de autoridade). A não ser que se dê esse nome ao 'fecho' de uma profissão, com a simples atribuição de um monopólio aos sujeitos privados já exercentes, através da instituição de 'numerus clausus' e de um sistema de nomeações com base em critérios objetivos (ou nem isso — pense-se na atribuição de um poder discricionário à Administração de determinar a abertura de novas vagas).”⁶⁶

Por outro lado, inexistente legitimidade constitucional para o exame de ordem com base na cláusula constitucional do concurso público (CF, art. 37, II). Não se pode admitir seja o exame de ordem instrumento de seleção dos melhores advogados (critério meritório)⁶⁷. Se assim considerado, mais flagrante se tornam a indevida restrição à escolha profissional e o caminho para intolerável reserva de mercado.

Não contém a Constituição mandamento explícito ou implícito de que uma profissão liberal, exercida em caráter privado, por mais relevante que seja, esteja sujeita a regime de ingresso por qualquer espécie de concurso público.

O exame de ordem como espécie de concurso público para ingresso na profissão de advogado ainda incidiria em negativa a outra vertente do direito fundamental à liberdade de escolha da profissão: o direito à escolha do regime jurídico para o exercício da profissão⁶⁸: se público ou de caráter privado.

Conforme o autorizado magistério de Jorge Miranda:

“As restrições têm de ser legais, não podem ser instituídas por via regulamentária ou por acto administrativo. Todavia, não é apenas por haver lei a estabelecer restrições que elas se tornam admissíveis: é mister, sob **pena de desvio de poder legislativo**, estar a decisão legislativa num fundamento razoável. E não basta a alegação do interesse coletivo: é mister fazê-lo patente, tem de ser um interesse compatível com os valores constitucionais e ele só pode projetar-se sobre a liberdade de profissão na medida do necessário.”⁶⁹ [**grifo nosso**].

A exigência de aprovação no exame de ordem contida no inciso IV do art. 8º da Lei nº 8.906/94 — que constitui pressuposto essencial para a inscrição como advogado nos quadros da OAB — não passa no teste da proporcionalidade. A restrição, tal como atualmente posta, atinge o núcleo essencial do direito à liberdade de trabalho, ofício ou profissão.

Vale, aqui, o silogismo feito por Virgílio Afonso da Silva:

“restrições que atingem o conteúdo essencial são inconstitucionais; restrições que passam pelo teste da proporcionalidade são constitucionais; restrições que passem pelo teste da proporcionalidade não atingem o conteúdo essencial.”⁷⁰

Finalmente, oportuna a advertência feita por Del Giudice, citado por João Pacheco de Amorim, acerca da pluralidade de limitações à liberdade de trabalho ou profissão, inclusive por exames de acesso daqueles que possuem habilitação profissional reconhecida pelo Poder Público:

“Deve-se esta proliferação de restrições ao facto de 'muitas categorias profissionais' terem conservado 'a pior inclinação do corporativismo, que é aquela do protecionismo categorial tendente a limitar a concorrência mediante autorizações, patentes, 'álbuns', 'numerus clausus', limitações territoriais, etc', provocando tal inclinação 'um reflexo concreto e imediato', no ordenamento jurídico italiano. Ainda segundo o mesmo autor: '**começa-se por exigir uma preparação específica, para o exercício de uma atividade, depois uma escola, depois um diploma, enfim o exclusivo diploma e, quando o diploma tende a generalizar-se, distinções entre os próprios diplomados.**'⁷¹ [grifo nosso].

De todo o exposto, opina o Ministério Público pelo parcial provimento do recurso extraordinário, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do inciso IV do art. 8º da Lei nº 8.906/94, por violação ao conteúdo essencial do direito fundamental consagrado pelo art. 5º, XIII, da CF de 1988, de forma a conceder a segurança impetrada pelo recorrente e afastar, tão somente, a exigência de aprovação no exame de ordem como requisito indispensável para inscrição como advogado nos quadros da OAB.

Brasília, 19 de julho de 2011.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Subprocurador-Geral da República