

CONSTITUCIONALIDADE E LEGITIMIDADE DO EXAME DE QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL APLICADO PELA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL COMO REQUISITO PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA

EMENTA: Exame de Ordem. Validade constitucional de sua previsão no art. 8º da Lei 8.906/94. 1. Ausência de violação ao princípio da liberdade de profissão, que não é absoluto e comporta restrições (CF, art. 8º, XIII). 2. Razoabilidade da exigência de qualificação adequada, instituída com base em expressa previsão constitucional que permite à lei impor condições para o exercício profissional (CF, art. 22, VI). 3. Legitimidade da medida, que se destina a proteger a coletividade contra os riscos decorrentes da atuação de profissionais despreparados. 4. Prática usual em inúmeros países do mundo.

SUMÁRIO

I. A CONSULTA

II. NOTA PRÉVIA: CRITÉRIOS DE ADMISSÃO AO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA NO DIREITO COMPARADO

III. A LIBERDADE DE PROFISSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: SENTIDO E ALCANCE

IV. QUALIFICAÇÕES E CONDIÇÕES PARA O EXERCÍCIO PROFISSIONAL: RAZOABILIDADE

V. A CONSTITUCIONALIDADE DO EXAME DE ORDEM NO BRASIL

a) Atendimento ao subprincípio da adequação

b) Atendimento ao subprincípio da necessidade

c) Atendimento ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Inexistência de ofensa ao núcleo essencial da liberdade de profissão

VI. CONCLUSÃO

I. A CONSULTA¹

1. Trata-se de consulta formulada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil acerca da constitucionalidade do art. 8º, IV, da Lei nº 8.906/94, que prevê a aprovação em exame de ordem como requisito para a inscrição do bacharel em Direito na Ordem dos Advogados do Brasil e, por conseguinte, para o exercício regular da advocacia². Embora o exame de ordem seja realizado de forma ininterrupta há vários anos, a consulta é motivada pela existência de ações nas quais se questiona sua constitucionalidade. O argumento central das impugnações é o de que a medida violaria o princípio da liberdade de profissão, previsto no art. 5º, XIII, da Constituição Federal³. A maior parte das decisões – tanto nas instâncias ordinárias, quanto no Superior Tribunal de Justiça – tem confirmado a validade do exame de ordem e destacado sua importância para a tutela dos interesses de terceiros, que dependem da atuação desses profissionais para ter acesso à própria prestação jurisdicional.

2. A questão deverá ser resolvida em definitivo no Recurso Extraordinário nº 603.583/RS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, ao qual foi atribuída repercussão geral. A Procuradoria-Geral da República (PGR), em parecer subscrito pelo Dr. Rodrigo Janot, manifestou-se pela inconstitucionalidade do dispositivo, sob o argumento de que o exame de ordem restringiria de forma desproporcional o princípio da liberdade de profissão. Para a PGR, o exame de ordem constituiria medida *inadequada* à luz do art. 5º, XIII, por não constituir uma exigência de qualificação profissional, mas sim uma forma de verificação da mesma. Ainda segundo o parecer, o exame seria incompatível também com o subprincípio da necessidade, uma vez que o diploma de nível superior deveria constituir título suficiente para o exercício da profissão. Com base nessas e em outras alegações, o

¹ Trabalho desenvolvido com a colaboração de Eduardo Mendonça.

² Lei nº 8.906/94, art. 8º: “Para inscrição como advogado é necessário: (...) IV - aprovação em Exame de Ordem; (...)”.

³ CF/88, art. 5º, XIII: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

parecer conclui que o exame de ordem seria incompatível com o núcleo essencial da liberdade de profissão.

3. Embora não tenha o propósito específico de refutar a manifestação da Procuradoria-Geral da República, o presente estudo examinará os argumentos referidos acima, dentre outros, segundo o roteiro apresentado inicialmente. Desde logo já é possível adiantar que a conclusão apurada é no sentido de que a exigência de aprovação em exame aplicado pela OAB para o exercício da advocacia é plenamente compatível com o sistema constitucional brasileiro.

II. NOTA PRÉVIA: CRITÉRIOS DE ADMISSÃO AO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA NO DIREITO COMPARADO

4. Antes de tratar dos elementos constitucionais relevantes para a hipótese, parece útil fazer um registro sobre o tratamento que essa mesma questão tem recebido no direito comparado. Na realidade, a instituição de um exame de admissão à advocacia constitui prática comum em diversos países, sendo igualmente frequente que a realização dessas provas seja confiada à ordem nacional dos advogados ou instituição similar. Com efeito, a prática é adotada tanto em países de tradição anglo-saxã, como os Estados Unidos, quanto naqueles de sistema romano-germânico, como a França e a Alemanha, e ainda em países que receberam influência de ambos os sistemas, como o Canadá. Não há dúvida de que tais países protegem a liberdade profissional em termos semelhantes ao que acontece no Brasil e, ademais, em todos eles o ensino superior é reconhecidamente valorizado. Ainda assim, os países referidos exigem, para o exercício da advocacia, a aprovação prévia em processos de avaliação comparáveis ao exame de ordem brasileiro, em alguns casos acompanhados de exigências adicionais.

5. Nos Estados Unidos da América, todos os Estados-membros condicionam o exercício da advocacia à aprovação em prova específica, denominada

*Bar Exam*⁴. Embora as provas não sejam unificadas e haja variações de Estado para Estado⁵, existe uma instituição responsável por coordenar nacionalmente os exames, atuando em conjunto com as entidades locais. Trata-se da *National Conference of Bar Examiners*⁶, sociedade sem fins lucrativos criada em 1931 com o propósito de ajudar a manter padrões uniformes e razoáveis no país. É bastante comum que os estudantes recém-formados reservem um período específico para se prepararem para o *Bar Exam*, em razão do seu nível de exigência e dos índices de reprovação, por vezes elevados⁷.

6. Na Alemanha, o exercício de determinadas profissões reguladas pressupõe que o interessado, após concluir o curso de graduação, seja aprovado em um exame estatal (*Staatsexam*), instituído pelas leis de regência aplicáveis. É o caso da advocacia, da medicina, da odontologia, da veterinária, da farmacêutica e da engenharia de alimentos, bem como da docência em nível superior. No caso da advocacia, a lei estabelece que, como regra, poderão advogar as pessoas habilitadas ao exercício da magistratura⁸. Na prática, isso envolve uma série de exigências adicionais⁹. Após a conclusão da graduação e da aprovação no primeiro exame estatal, o interessado deverá realizar uma espécie de estágio supervisionado em diferentes órgãos relacionados à jurisdição, com duração de dois anos. Na sequência, terá de se submeter a um segundo exame estatal (*zweites Staatsexam*), para só então ser considerado apto a se inscrever em algum dos conselhos profissionais, organizados no âmbito de cada Estado-membro e, finalmente, poder exercer a profissão de forma

⁴ State Bar Examiner websites, <http://www.barexam.org/>, Último acesso: 28.jul.2011.

⁵ The Tennessee Board of Law Examiners, <http://www.state.tn.us/lawexaminers/>, Último acesso: 28 jul. 2011.

⁶ The National Conference of Bar Examiners <https://secure.ncbex.org/>, Último acesso: 28.jul.2011.

⁷ Embora haja considerável variação de Estado para Estado, e mesmo de ano para ano, não é incomum que os índices de reprovação ultrapassem 50%. A título de exemplo, nos três exames realizados em 2010, o Estado da Flórida registrou índices de reprovação de 63%, 45% e 51%. Já o Distrito de Columbia registrou 59% de reprovação nos três exames. A estatística completa pode ser consultada em: http://www.ncbex.org/fileadmin/mediafiles/downloads/Bar_Admissions/2010_Stats.pdf. Último acesso: 29 set. 2011.

⁸ Bundesrechtsanwaltsordnung (Ordenação Federal da Advocacia), art. 1º, § 4º. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/brabo/gesamt.pdf>. Último acesso: 16 out. 2011.

⁹ Deutsches Richtergesetz (Lei da Magistratura Alemã), § 5º. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/drigo/gesamt.pdf>. Último acesso: 16 out. 2011.

plena. Como é fácil perceber, o critério subjacente a tais exigências é, precisamente, o risco social inerente às referidas profissões.

7. No Canadá, o exercício da advocacia pressupõe que o profissional esteja regularmente inscrito em pelo menos uma das quatorze entidades regionais existentes, denominadas *Law Societies*¹⁰. Tais entidades integram uma organização maior, a *Federation of Law Societies of Canada*, cuja função é coordenar as sociedades regionais e resolver questões de maior abrangência, como a mobilidade dos advogados entre estados federados¹¹. Os critérios de admissão à advocacia são definidos por cada *Law Society*, tendo por diretriz expressa a busca por padrões elevados de competência e de conduta profissional¹². Para tanto, existe previsão legal impondo a realização de procedimentos de avaliação¹³, sendo comum a instituição de provas. É o que ocorre, *e.g.*, na região de *Upper Canada*, uma das maiores do país, que exige aprovação em exame que versa sobre ética profissional, conhecimento jurídico e relacionamento com o cliente¹⁴. Já na região de *British Columbia*, exige-se participação em dez meses de treinamento profissional, ao final dos quais são aplicados dois exames de qualificação, devendo o examinando obter pelo menos 60% de aproveitamento em cada um deles¹⁵.

¹⁰ The Law Society of England and Wales, How to practice in Canada, Disponível em: <http://international.lawsociety.org.uk/ip/americas/602/practise>, Último acesso: 28 jul. 2011.

¹¹ Federation of Law Societies of Canada, About us, Disponível em: <http://www.flsc.ca/en/about-us/>, Último acesso: 28 jul. 2011.

¹² Federation of Law Societies of Canada, Canada's Law Societies, Disponível em: <http://www.flsc.ca/en/canadas-law-societies/>. Último acesso: 28 jul. 2011.

¹³ V. Law Society Act, R.S.O. 1990, Disponível em: http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws_statutes_90l08_e.htm#BK55. Último acesso: 28 jul. 2011.

¹⁴ The Law Society of Upper Canada, Licensing Examination, Disponível em: <http://rc.lsuc.on.ca/jsp/licensingprocesslawyer/exams.jsp>. Último acesso: 28 jul. 2011.

¹⁵ The Law Society of British Columbia, Qualification Examinations, Disponível em: <http://www.lawsociety.bc.ca/page.cfm?cid=295&t=Qualification-Examination>. Último acesso: 28 jul. 2011.

8. Por fim, na França, a Lei n° 71-1130, de 31 de dezembro de 1971, regulamenta determinadas profissões jurídicas, incluindo a advocacia¹⁶. Após a conclusão do curso jurídico, os interessados em exercer a profissão de advogado devem submeter-se a exame de admissão para ingressar em algumas das escolas mantidas pelos conselhos de advogados (*Ecole de Formation du Barreau*). Tais escolas fornecem uma formação teórica e prática adicional, com duração de 18 meses. A conclusão do curso confere ao graduado um certificado de aptidão para o exercício da advocacia (*Certificat d'aptitude à la profession d'avocat - CAPA*). Paralelamente, aqueles que desejarem especializar-se em determinada área poderão submeter-se a exames específicos a fim de obter um certificado de especialização.

9. É certo que a existência de modelos similares em outros lugares do mundo não afasta, naturalmente, a necessidade de que a constitucionalidade da medida seja aferida de forma específica no Brasil, tendo em conta as disposições da Constituição de 1988. Nada obstante, a experiência comparada sublinha alguns aspectos importantes da questão. Em primeiro lugar, a circunstância de países reconhecidamente democráticos terem instituído exigências próximas nessa matéria é facilmente explicada pela existência de uma necessidade básica comum. Não se trata, portanto, de uma idiosincrasia brasileira.

10. O exercício adequado da advocacia é pressuposto para o acesso à Justiça e, *a fortiori*, para a promoção e a tutela dos mais diversos direitos, incluindo os de natureza fundamental. Como é corrente, a má qualidade dos serviços prestados por advogados pode causar prejuízos graves para os interessados, por vezes dramáticos e, como regra, irreversíveis, já que todos os sistemas prevêem, em algum momento, a formação do fenômeno da coisa julgada. A fiscalização repressiva sobre os advogados desempenha um papel importante no controle de desvios variados e da inépcia em geral, mas não suprime a utilidade de mecanismos preventivos destinados a minimizar

¹⁶ A legislação pertinente pode ser consultada no seguinte endereço eletrônico: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068396&dateTexte=20110729#LEGIARTI000023780774>. Último acesso: 30 set. 2011.

a ocorrência de danos. Ou seja: a fórmula de combinar prevenção e repressão, adotada pelo legislador brasileiro, é observada em outros países, como referido.

11. Em segundo lugar, a experiência comparada revela ainda que, embora protejam a liberdade profissional, tais países não entendem que haveria restrição inválida a essa liberdade pela exigência de aprovação em algum tipo de prova ou exame como requisito para o exercício da advocacia. Assim, a não ser que haja razões para concluir que o sentido e o alcance associados à liberdade profissional no Brasil devam ser significativamente diversos daqueles que outros países atribuem a essa mesma liberdade, parece estranho supor que prática tão amplamente adotada seja incompatível com o próprio núcleo da liberdade em questão. Por fim, é interessante notar que, nos países referidos, os mecanismos de controle prévio ao exercício da advocacia e o regime jurídico próprio ao ensino superior são realidades que coexistem paralelamente e de forma independente, tal como no Brasil. Feita a nota sobre o direito comparado, cabe agora examinar a questão sob a perspectiva do direito constitucional brasileiro em vigor.

III. A LIBERDADE DE PROFISSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

12. A liberdade profissional pode ser listada entre os direitos clássicos de liberdade, sendo protegida pela quase generalidade das constituições democráticas¹⁷. Trata-se de uma das liberdades existenciais de maior significado na modernidade, que universalizou o trabalho como necessidade individual e coletiva, e

¹⁷ A título de exemplo, vejam-se as disposições correspondentes de algumas Constituições contemporâneas que utilizam formulação semelhante à da Carta de 1988, em tradução livre: **África do Sul** (Capítulo II, 22): “Todo cidadão tem o direito a escolher sua atividade, ocupação ou profissão livremente. O exercício de atividade, ocupação ou profissão pode ser regulado por lei”. **Alemanha** (art. 12): “1. Todos os alemães têm o direito de escolher livremente sua profissão, área de ocupação e centro de formação. O exercício das profissões pode ser disciplinado por lei ou em virtude de lei”; **Colômbia** (art. 26): “Toda pessoa é livre para escolher sua profissão ou ofício. A lei poderá exigir títulos de idoneidade. As autoridades competentes inspecionarão e fiscalizarão o exercício das profissões. As ocupações, artes e ofícios que não exijam formação acadêmica são de livre exercício, salvo aqueles que impliquem um risco social”. **Portugal** (art. 47): “1. Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o gênero de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse coletivo ou inerentes à sua própria capacidade. 2. Todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso”.

até mesmo como forma de realização existencial. Sem prejuízo do debate acerca da possível existência de uma liberdade econômica em sentido mais amplo – que poderia servir de suporte para a opção por atividades não-remuneradas¹⁸ –, é certo que a definição da atividade laboral constitui um dos aspectos centrais na vida da imensa maioria dos indivíduos. Movidos por razões variadas, os seres humanos se engajam nas mais diversas ocupações para prover o próprio sustento, realizar-se pessoalmente e, ao fim, acabam por contribuir com o funcionamento da sociedade.

13. A Constituição de 1988 cuida do assunto de forma específica, em seu art. 5º, XIII, segundo o qual “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”. A parte final da disposição será objeto de exame mais específico no próximo tópico, dedicado ao tema das restrições legítimas. Como é fácil perceber, a Constituição considera a liberdade profissional um direito fundamental e a protege por meio de um princípio, de cujo núcleo é possível extrair ao menos duas consequências imediatas. Em primeiro lugar, a liberdade de profissão garante um espaço autônomo de decisão, impedindo que os indivíduos sejam funcionalizados aos interesses e necessidades coletivos¹⁹. Apesar da importância do trabalho e da organização das forças produtivas para o desenvolvimento econômico e social, as democracias liberais rejeitam o dirigismo nessa matéria e reconhecem, em linha de princípio, uma ampla liberdade individual para a escolha da profissão²⁰.

¹⁸ Para um conjunto de visões acerca do tema, incluindo as de Bruce Ackerman e Philippe Van Parijs, Erik Olin Wright (ed.). *Redesigning distribution – Basic income and stakeholder grants as cornerstones for an egalitarian capitalism*, 2006.

¹⁹ Nesse sentido, v., por todos, José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 2010, p. 110-11: “O dispositivo confere *liberdade de escolha de trabalho, de ofício e de profissão*, de acordo com as propensões de cada pessoa e na medida em que a sorte e o esforço possam romper as barreiras que se antepõem à maioria do povo. Confere, igualmente, a liberdade de exercer o que fora escolhido, no sentido apenas de que o Poder Público não pode constranger a escolher e a exercer outro. Quanto a saber se há ou não condições de aquisição de ofício ou de profissão escolhida, não é tema que preocupe o enunciado formal da norma”.

²⁰ Não é necessário ingressar na discussão, muito mais complexa, acerca da possibilidade de o Poder Público praticar alguma forma de dirigismo genuíno nessa matéria, em situações excepcionais. Seria a hipótese de limitação do acesso a determinadas profissões ou atividades, motivada, e.g., por razões prementes de interesse público. A questão não se coloca no presente caso, uma vez que o exame de ordem não impõe nenhum tipo de limitação ao número de indivíduos que podem se tornar advogados, exigindo apenas a demonstração de aptidão mínima. De toda forma, para uma reflexão acerca do tema baseada no Direito alemão, com referência a decisões do Tribunal Constitucional

14. Em segundo lugar, e em uma clara reação histórica à realidade medieval das corporações de ofício, a liberdade profissional exige igualmente que as qualificações profissionais devam ser tanto quanto possível objetivas: a exigência de uma lei geral e abstrata para tratar do tema contribui para esse propósito. Ou seja: em tese, todos que desejem podem tentar obter a qualificação objetivamente exigida para o exercício de determinada profissão. Não se admitirá que a possibilidade de exercício de determinada profissão dependa, *e.g.*, do pertencimento a determinada linhagem familiar ou da indicação política de outro profissional da área ou, ainda, de decisões discricionárias ou aleatórias das eventuais entidades de classe ou conselhos profissionais.

15. Note-se, porém, que a liberdade profissional de que trata o art. 5º, XIII, da Constituição não confere ao indivíduo o direito subjetivo de exercer livremente qualquer profissão que venha a escolher. E nem garante, por si só, a qualidade dos profissionais das diferentes áreas ou a qualidade da formação e do treinamento profissionais oferecidos por instituições públicas ou privadas que se ocupem de tal atividade. Essas, a rigor, são outras questões, de natureza diversa e que contam com disciplina jurídica específica. Aprofunde-se rapidamente a questão.

16. Nos termos do próprio art. 5º, XIII, da Constituição, o exercício profissional dependerá do atendimento às eventuais qualificações profissionais exigidas – validamente, é claro – pela legislação. Nessa mesma linha, o art. 22, XVI, da Constituição confere à União competência legislativa para estabelecer condições para o exercício de profissões²¹. Ora, caso a qualificação para o exercício de determinada profissão envolva, por exemplo, o acesso a níveis superiores de ensino, o mérito de cada interessado terá um papel decisivo nesse ambiente, como registra a

Federal que admitiram essa forma particularmente intensa de intervenção na liberdade individual, v. Peter Badura, *Staatsrecht*, 2003, p. 213-4.

²¹ CF/88, art. 22: “Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões; (...)”.

própria Constituição em seu art. 208, V²². A diferença nas habilidades e capacidades cognitivas faz parte da experiência humana, como se sabe. Além disso, a oferta de oportunidades de qualificação profissional é afetada por outras opções políticas, mais abrangentes, relacionadas à conformação do sistema educacional, especialmente no que toca ao modelo de ensino técnico e universitário que venha a ser adotado.

17. No Brasil, as opções políticas formuladas nos últimos anos sobre o tema da qualificação profissional são complexas e diversificadas²³. Para além da educação básica, oferecida pelo Poder Público para todos²⁴, instituições públicas e privadas oferecem ensino técnico e superior nas mais variadas áreas de atuação profissional, mas não para todos. É interessante observar que um dos objetivos previstos para a educação superior no Plano Nacional de Educação ainda em vigor (Lei 10.172/2001) é, justamente, oferecer educação superior para, pelo menos, 30% da população na faixa etária de 18 a 24 anos²⁵. Na tentativa de alcançar essa meta, as universidades públicas federais têm passado por uma reestruturação para ampliação de vagas²⁶ e a Lei nº 11.096/2005 criou o Programa Universidade para Todos (ProUni²⁷). Adicionalmente, o Poder Público tem procurado organizar também sistemas de educação à distância, ao lado dos tradicionais cursos presenciais. A despeito de todas as iniciativas descritas, porém, não há garantia de que um indivíduo conseguirá, de

²² CF/88, art. 208: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; (...)”.

²³ Para um histórico e uma avaliação crítica do ensino jurídico no Brasil, v. Gustavo Binenbojm e Rodrigo Brandão, A constitucionalidade do exame de ordem, *Revista de Direito do Estado* 12:305, 2008.

²⁴ CF/88, art. 208: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (...)” Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009.

²⁵ Lei nº 10.172/2001, item 4.3. Dentre os objetivos e metas para a educação superior estão os seguintes: “1. Prover, até o final da década, a oferta de educação superior para, pelo menos, 30% da faixa etária de 18 a 24 anos. (...) 4. Estabelecer um amplo sistema interativo de educação a distância, utilizando-o, inclusive, para ampliar as possibilidades de atendimento nos cursos presenciais, regulares ou de educação continuada”. O novo plano nacional de educação encontra-se em discussão no Congresso Nacional.

²⁶ Trata-se do REUNI, instituído pelo Decreto nº 6.096, de 24 de abril de 2007.

²⁷ Por meio do qual são concedidas bolsas de estudos para cursos superiores em instituições privadas de educação superior, as quais recebem, em contrapartida, isenções tributárias,

fato, obter a qualificação profissional necessária para exercer a profissão por ele escolhida.

18. Por fim, a qualidade da qualificação profissional efetivamente oferecida por instituições públicas ou privadas é ainda um outro tema, de natureza diversa. A Constituição de 1988 trata da qualidade de ensino tanto ao cuidar das instituições públicas (art. 206, VII), quanto das instituições privadas (art. 209, II). A qualidade, é bem de ver, não diz respeito apenas à educação superior ou técnica, mas a todos os níveis educacionais. Nessa esteira, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996) prevê a avaliação dos diferentes níveis de educação, incluindo os cursos superiores, e, de forma mais específica, a Lei nº 10.861/2004 instituiu o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES). Os sistemas de avaliação da qualidade do ensino são, todavia, realidades distintas das eventuais qualificações e condições exigidas pela legislação para o exercício de profissões.

19. Em resumo, a liberdade profissional de que cuida o art. 5º, XIII, assegura aos indivíduos a possibilidade de escolherem livremente as profissões que desejem vir a exercer e, quando for o caso, de se empenharem na busca da formação correspondente. O efetivo exercício dessa profissão dependerá do atendimento às qualificações e condições exigidas por lei. Essas qualificações e condições, porém, devem ser razoáveis e não podem veicular critérios subjetivos ou políticos.

IV. QUALIFICAÇÕES E CONDIÇÕES PARA O EXERCÍCIO PROFISSIONAL: RAZOABILIDADE

20. No tópico anterior se registrou que a liberdade profissional constitui um direito fundamental que assegura aos indivíduos a liberdade de definirem seus próprios projetos nessa matéria. Também se viu, no entanto, que a liberdade profissional não confere um direito subjetivo ao efetivo exercício de determinada profissão. A lei poderá exigir qualificações e impor condições para o exercício

profissional, ainda que, por evidente, a razoabilidade dessas qualificações e condições possa ser controlada. Embora não pareça tecnicamente muito preciso, mesmo que se prefira descrever tais qualificações e condições como espécies de restrições à liberdade profissional, a conclusão seria a mesma. O conhecimento convencional já incorporou o entendimento de que não há direitos absolutos, de modo que, até para que seja possível a convivência com outros direitos em uma sociedade plural, conformações e compatibilizações serão inevitáveis²⁸. Ou seja: restrições são possíveis, uma vez que sejam razoáveis.

21. No caso da liberdade de profissão, o próprio art. 5º, XIII já explicitou a possibilidade de o legislador impor restrições relacionadas a exigências de capacitação. O art. 22, XVI, em linha similar, prevê que cabe à União legislar sobre condições para o exercício de profissões. Nesses termos, o constituinte já efetuou uma valoração inicial dos interesses envolvidos e reconheceu, desde logo, a necessidade de proteger os direitos de terceiros que podem ser afetados pela imperícia ou negligência de profissionais despreparados. As menções do texto constitucional à *função social* do trabalho e da livre iniciativa (arts. 1º, IV e 170) reforçam essa mesma conclusão. Embora a escolha de uma determinada profissão corresponda à expressão de uma liberdade individual, o seu exercício pode apresentar uma destacada repercussão coletiva, que justificará, em muitos casos, a imposição de exigências e limites.

22. Pois bem: nos termos da Constituição, caberá ao legislador levar em conta todos esses elementos – *e.g.*, a natureza da profissão, a sua repercussão sobre terceiros, a gravidade dessa repercussão, etc. – em cada momento histórico e, assim, definir quais qualificações ou condições devem ser exigidas para que determinada profissão possa ser exercida. Note-se que os interesses dos terceiros podem ter a

²⁸ Nesse sentido, a título de exemplo, v. STF, *DJe* 27 jun. 2008, HC 93.250/MS, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie: “Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa”.

mesma hierarquia normativa da liberdade profissional, de modo que seria artificial cogitar aqui de uma preferência abstrata em favor da liberdade de profissão ou de uma espécie de presunção de invalidade das eventuais qualificações e condições previstas pelo legislador. É a própria Constituição, ademais, em seu art. 5º, XIII, *parte final*, e em seu art. 22, XVI, que autoriza expressamente o legislador a exigir qualificações e impor condições para o exercício de profissões. Tais qualificações e condições, por natural, devem atender ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade, mas, como regra, as opções legislativas devem ser preservadas a menos que seja possível identificar uma causa real de invalidade²⁹.

23. Em outras palavras, ao apreciar a constitucionalidade de determinada exigência, não caberá ao Poder Judiciário avaliar se o requisito legal constitui a *melhor* forma de proteger os direitos de terceiros³⁰, muito menos empreender uma investigação global acerca da qualidade do ensino superior ou profissionalizante, ou ainda sobre os controles que sobre ele incidem. Vale dizer: as medidas restritivas devem ser apreciadas em si mesmas, e não comparadas ao modelo ideal de formação profissional que o julgador tenha em mente. O ponto será retomado no próximo tópico, já com base na questão específica do exame de ordem.

²⁹ Nesse mesmo sentido, referindo-se ao tratamento da matéria no Direito alemão e destacando expressamente que o legislador dispõe de certa margem de conformação para definir níveis mais ou menos rigorosos de exigência, v. Peter Badura, *Staatsrecht*, 2003, p. 211: “A literalidade da determinação constitucional, na qual a liberdade de profissão é garantida, estabelece uma distinção entre a livre **escolha** da profissão e o seu **exercício**, sobre o qual se diz que poderá haver regulamentação por lei ou em virtude de lei. A distinção entre escolha e exercício veicula a medida distinta da competência regulamentadora e de interferência que é atribuída ao legislador para disciplinar de forma escalonada o conteúdo e os limites do direito fundamental à escolha da profissão, em si unitário. (...) As exigências que podem ser colocadas, no interesse da coletividade ou para a proteção de terceiros, podem afetar até mesmo o **acesso** a uma profissão, notadamente quando relacionadas a conhecimentos especializados, e, assim, conferem competência ao legislador também em relação à escolha da profissão. (...) Através da fixação de modelos de profissão, o legislador atua de forma conformadora sobre determinadas linhas de atuação e busca realizar, dessa forma, seus objetivos políticos em matéria econômica, profissional e social. Nesse processo, não faz diferença se o legislador estabelece, de acordo com seus objetivos, requisitos mais elevados – especialmente por meio de uma exigência mais intensa de conhecimentos especializados – ou se ele se deixa guiar por uma tendência mais liberalizante” (tradução livre, negritos no original).

³⁰ Sobre o tema, destacando a necessidade de autocontenção por parte do Poder Judiciário, em maior ou menor intensidade, v. dentre outros, Aharon Barak, *The judge in a democracy*, 2006, p. 248; Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2011, p. 261; e Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2008, p. 168 e ss.

24. Essa é a linha adotada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a validade de quaisquer exigências e restrições relacionadas com o exercício de profissões deverá ser verificada em concreto, submetendo-se ao teste da razoabilidade/proporcionalidade^{31e32}. Nesses termos, a medida deverá ser, *em primeiro lugar, adequada* à proteção de algum interesse público, no que se inclui a proteção aos direitos de terceiros. Por conta desse primeiro requisito, afasta-se a possibilidade de restrição nas hipóteses em que o exercício inadequado da profissão seja potencialmente inofensivo. *Em segundo lugar*, a medida deverá ser *necessária*, sendo considerada inválida nos casos em que seja possível identificar, objetivamente, a existência de uma alternativa igualmente adequada e manifestamente menos restritiva. Por fim, *em terceiro lugar*, a medida deverá ser *proporcional*, de modo que o benefício alcançado seja relevante a ponto de justificar a restrição produzida. Em qualquer caso, a restrição não poderá afetar o núcleo essencial do direito fundamental em questão³³.

25. Feitas essas observações teóricas, já é possível ingressar de forma específica na avaliação da constitucionalidade do exame de ordem.

³¹ STF, DJE 12.nov.2009, RE 511.961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes: "(...) 4. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (ART. 5º, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO). IDENTIFICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES E CONFORMAÇÕES LEGAIS CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDAS. RESERVA LEGAL QUALIFICADA. PROPORCIONALIDADE. A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das "condições de capacidade" como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, para uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. (...)". No mesmo sentido, v. STF, julgamento em 1º ago. 2011, RE 414.426/SC, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie.

³² Sobre o princípio da razoabilidade/proporcionalidade, com indicação de inúmeras fontes adicionais, v. Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2011, p. 255-61.

³³ Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005, p. 141: "(...) não se pode admitir que conformações ou restrições possam chegar a esvaziar o sentido essencial dos direitos, que, afinal, formam o conjunto normativo de maior fundamentalidade, tanto axiológica, quanto normativa, nos sistemas jurídicos contemporâneos. Nesse sentido, o núcleo deve funcionar como um limite último de sentido, invulnerável, que sempre deverá ser respeitado".

V. A CONSTITUCIONALIDADE DO EXAME DE ORDEM NO BRASIL

26. Nos termos do art. 8º, IV, da Lei nº 8.906/94, a aprovação em exame de ordem é requisito necessário para a inscrição do bacharel em Direito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil e, por extensão, para o exercício da advocacia. A medida busca fundamento na parte final do art. 5º, XIII e no art. 22, XVI, da Constituição, que autorizam o legislador a instituir exigências de qualificação e estabelecer condições para o exercício profissional. Como referido, a jurisprudência do STF estabelece que tais exigências serão válidas na medida em que sejam compatíveis com o princípio da razoabilidade/proporcionalidade, considerados os seus três subprincípios. No presente caso, a compatibilidade é de fácil constatação, como se passa a demonstrar.

a) Atendimento ao subprincípio da adequação

27. A primeira questão a analisar diz respeito ao critério da *adequação*, cabendo verificar: (i) se é justificada, em linha de princípio, a imposição de requisitos ou exigências na hipótese, tendo em vista os eventuais riscos associados ao exercício inadequado da advocacia; e (ii) se o exame de ordem seria uma medida apta a assegurar a qualificação profissional do advogado.

28. Quanto ao primeiro aspecto, não há dúvida de que o exercício deficiente da advocacia pode ocasionar prejuízos graves para a coletividade³⁴. A atuação do advogado é decisiva nas mais diversas questões, incluindo disputas de

³⁴ Nesse sentido, vale a pena transcrever a seguinte passagem de voto do Ministro Gilmar Mendes que, em *obiter dictum*, reconheceu expressamente a existência de riscos inerentes no exercício da advocacia, que justificam a imposição legal de restrições. V. STF, DJE 12 nov. 2009, RE 511.961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes: “Como parece fica claro a partir das abordagens citadas, a doutrina constitucional entende que as qualificações profissionais de que trata o art. 5, inciso XIII, da Constituição, **somente podem ser exigidas pela lei, daquelas profissões que, de alguma maneira, podem trazer perigo de dano à coletividade ou prejuízos diretos a direitos de terceiros, sem culpa das vítimas, tais como a medicina e demais profissões ligadas à área da saúde, a engenharia, a advocacia e a magistratura, entre outras várias**” (destaques acrescentados).

propriedade, reconhecimento do dever de prestar alimentos, tutela do direito à liberdade, decisões sobre a guarda de menores e a tutela dos incapazes, bem como para a proteção jurídica do próprio direito à vida. Antes disso, e até mais do que isso, a atuação do advogado é, como regra, obrigatória para que o indivíduo possa ter acesso à própria prestação jurisdicional, seja qual for o direito material que ele pretenda discutir³⁵. Como é fácil perceber, a assistência jurídica de qualidade é elemento indispensável à efetivação do acesso à justiça, o qual, por sua vez, constitui pressuposto básico para a promoção e a tutela da cidadania de forma geral e de todos os direitos em espécie, inclusive os de natureza fundamental³⁶.

29. O ponto não é objeto de controvérsia, tendo a própria Constituição incluído a advocacia entre as funções essenciais à Justiça³⁷. Ao mesmo tempo, o constituinte reconheceu o papel de destaque da Ordem dos Advogados do Brasil na defesa da ordem jurídica e na manutenção do regime democrático no país. Como é corrente, a Constituição atribui legitimidade universal ao Conselho Federal para o ajuizamento de ações de controle abstrato de constitucionalidade³⁸, prevê a prerrogativa de fiscalizar os concursos para determinadas carreiras jurídicas³⁹ e de

³⁵ Como se sabe, a regra geral é de que as postulações em juízo devam ser necessariamente subscritas por advogado, admitindo-se exceções pontuais, previstas expressamente. É o caso, e.g. da ação de *habeas corpus* (CPP, art. 654) ou ainda dos processos desenvolvidos perante os Juizados Especiais, sob determinadas circunstâncias (Lei nº 9.099/95, art. 9º).

³⁶ José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 2010, p. 626: “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 apenas consagra, aqui, um princípio basilar do funcionamento do Poder Judiciário, cuja inércia requer um elemento técnico propulsor”.

³⁷ CF/88, art. 133: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

³⁸ CF/88, art. 103: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...) VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (...). Sobre o reconhecimento de legitimação universal na hipótese, dispensada a verificação de pertinência temática, v. Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*, 2008, p. 153.

³⁹ V. CF/88, art. 93: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (...)”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); e art. 129, § 3º: “O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a

indicar membros para o Conselho Nacional de Justiça, para o Conselho Nacional do Ministério Público⁴⁰ e para inúmeros Tribunais⁴¹, incluindo o Superior Tribunal de Justiça⁴².

30. É apenas natural, portanto, que o legislador tenha se preocupado com a qualificação e com o exercício da profissão de advogado. A imposição de restrições seria possível mesmo que a Constituição não contivesse previsão expressa no sentido de autorizar a edição de legislação nesse sentido⁴³, dada à necessidade de conciliar a liberdade de profissão com a garantia do efetivo acesso à justiça e ainda com outros direitos igualmente protegidos pela Constituição⁴⁴. No caso da advocacia, considerando a essencialidade da atividade do advogado para a própria prestação jurisdicional e a realidade brasileira de ampliação dos cursos de ensino superior em geral, e dos cursos de direito em particular, parece muito consistente a opção do Poder

participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁴⁰ V. CF/88, art. 103-A, XII e 130-A, V.

⁴¹ CF/88, art. 94: “Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplex, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação”.

⁴² CF/88, art. 105, parágrafo único: “Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: (...) II - um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94”.

⁴³ Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001, pp. 60-1: “Em outros termos, a restrição de direitos fundamentais operada pelo legislador ordinário, antecipando-se a futuros conflitos (conflitos em potencial), pode ser justificada invocando-se a teoria dos limites imanentes; o legislador poderá argumentar que, embora não tenham sido prescritos nem direta nem indiretamente pelo legislador constituinte, os limites que está fixando são legítimos, porque imanentes ao sistema de direitos fundamentais e à Constituição como um todo”.

⁴⁴ Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, p. 86: “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas”. (tradução livre).

Legislativo no sentido de estabelecer como a aprovação no exame de ordem como condição para o exercício profissional.

31. Resta apreciar o segundo aspecto referido acima, relacionado à aptidão do exame de ordem para o controle da qualificação profissional dos advogados. Como se sabe, o teste da adequação não se destina a transferir ao Judiciário o juízo de conveniência que caberia ao legislador, mas sim a afastar as opções que sejam manifestamente inadequadas para a produção do resultado pretendido. Sob essa perspectiva, é igualmente fora de dúvida que a aplicação de uma prova pode ser considerada uma medida *adequada* para apurar a qualificação profissional exigida para o exercício de determinada atividade. A rigor, a instituição de uma etapa prévia de verificação apresenta uma série de vantagens em relação ao controle exclusivamente repressivo, que já é exercido corriqueiramente pelos diversos conselhos profissionais e que pode resultar, inclusive, na medida drástica da perda de habilitação para o exercício da atividade.

32. Com efeito, o exame de admissão permite, desde logo, que sejam aferidas as competências mínimas do examinando, oferecendo uma barreira inicial de proteção aos usuários dos serviços e reduzindo a chance de que danos graves venham a ser produzidos, algumas vezes de forma irreversível. Nesses termos, o exame de ordem constitui medida claramente adequada para garantir a qualificação do profissional e proteger os direitos de terceiros⁴⁵. Trata-se de mecanismo apto a realizar o objetivo pretendido pelo art. 5º, XIII, sem prejuízo da existência de opiniões respeitáveis acerca da conveniência de se adotarem instrumentos diversos para a obtenção do mesmo resultado. A crítica sempre é possível no ambiente democrático, o que é diferente de se afirmar que o Poder Judiciário deve fazer valer as suas próprias opções políticas em detrimento das escolhas razoáveis efetuadas pelo legislador.

⁴⁵ No mesmo sentido, v. Gustavo Binenbojm e Rodrigo Brandão, A constitucionalidade do exame de ordem, *Revista de Direito do Estado* 12:305, 2008, p. 320.

33. Por fim, ainda em relação ao requisito da adequação, convém enfrentar a objeção de que o art. 5º, XIII, seria incompatível com a instituição de uma prova como condição para o exercício de determinada profissão. Segundo essa linha de raciocínio, a Constituição teria permitido apenas que a lei estabeleça exigências de qualificação profissional, mas não que preveja uma etapa prévia de verificação. Com o respeito devido e merecido, o argumento baseia-se em leitura reducionista do art. 5º, XIII, que ignora a própria *ratio* do dispositivo e o converte em exigência meramente formal, destituída de conteúdo. O argumento também ignora a previsão do art. 22, XVI, que expressamente autoriza o legislador a estabelecer *condições* para o exercício de profissões. Como chega a ser intuitivo, admite-se a imposição de requisitos e restrições justamente porque se quer garantir que o profissional seja capacitado. Não faria nenhum sentido interpretar a liberdade de profissão como um *direito fundamental a não-verificação das deficiências*. Muito menos afirmar que qualquer medida destinada a efetuar essa verificação seria, mesmo em tese, inadequada à luz do art. 5º, XIII.

b) Atendimento ao subprincípio da necessidade

34. Demonstrada a adequação do exame de ordem aos objetivos a que se pretende – e que são expressamente protegidos pela Constituição –, passa-se ao requisito da necessidade, que se destina a aferir se haveria algum meio alternativo que seja, do ponto de vista objetivo, igualmente eficaz e manifestamente menos restritivo do que a medida adotada pelo Poder Público. Nesse particular, argui-se que o exame de ordem seria desnecessário na medida em que a fiscalização repressiva, já exercida pela OAB, seria suficiente para a proteção aos direitos de terceiros. Também é comum que se invoque um segundo argumento, segundo o qual o exame seria uma espécie de *remédio paliativo* contra os problemas do ensino jurídico. Por esse raciocínio, os bacharéis seriam submetidos a uma exigência indevida, na medida em que a conclusão do curso superior já deveria atestar a aptidão para o exercício da profissão. Cabe analisar cada uma dessas questões em separado.

35. O primeiro argumento – de que o exame de ordem seria desnecessário em face da possibilidade de fiscalização repressiva – padece de uma inconsistência e de uma incoerência. A inconsistência decorre do fato de que inexistente superposição, e muito menos conflito, entre essas duas formas de controle. Enquanto a atuação repressiva incide sobre profissionais que hajam incorrido em falta e busca evitar a produção de *novos danos*, iniciativas como o exame de ordem destinam-se a minimizar a própria ocorrência de prejuízos que, como já referido, podem ser graves e irreversíveis. Ademais, o controle repressivo não está vinculado apenas à qualidade técnica da atuação do profissional, mas, sobretudo, aos aspectos éticos dessa atuação.

36. Vale o registro, aliás, de que não há nada de inusitado nessa combinação de medidas preventivas e repressivas. Em atividades que envolvam riscos e sejam exercidas de modo continuado, é até desejável que se busque estabelecer um patamar inicial de segurança, sem prejuízo da possibilidade de reavaliação continuada. É essa a lógica, *e.g.*, que justifica a realização de provas como requisito para a emissão de uma carteira de motorista⁴⁶, o que não suprime a necessidade de fiscalização posterior. A atuação repressiva não retira a utilidade da prova inicial, cuja supressão tenderia a produzir um número ainda maior de infrações e acidentes. Da mesma forma, a realização do exame de ordem não torna desnecessária a atividade correicional sobre os advogados, mas certamente reduz a incidência de erros técnicos e faltas éticas, em benefício dos clientes e do sistema jurídico em geral.

37. Além da inconsistência que se acaba de descrever, há também uma incoerência na tese de que a fiscalização repressiva tornaria o exame de ordem desproporcional, por violação ao subprincípio da necessidade. Veja-se que a fiscalização repressiva é, sob todos os aspectos, muito mais restritiva do que a realização do exame de ordem, sobretudo nas condições em que este é aplicado. Como se sabe, a OAB – assim como diversos outros conselhos profissionais – pode aplicar

⁴⁶ Lei nº 9.503/03, art. 140: “A habilitação para conduzir veículo automotor e elétrico será apurada por meio de exames que deverão ser realizados junto ao órgão ou entidade executivos do Estado ou do Distrito Federal, do domicílio ou residência do candidato, ou na sede estadual ou distrital do próprio órgão, devendo o condutor preencher os seguintes requisitos: (...)”.

sanções variadas por desvios éticos e também por inépcia⁴⁷, incluindo a medida drástica da perda da habilitação para o exercício da advocacia⁴⁸. Nessas condições, a atuação repressiva afeta de forma verdadeiramente intensa a liberdade profissional, já que poderá resultar na proibição de exercício, até mesmo em caráter definitivo.

38. A despeito dessa constatação, a legitimidade da atuação repressiva não é objeto de maiores questionamentos, e isso justamente por conta da necessidade de conciliar a liberdade de escolha da profissão com a sua função social e com os direitos de terceiros. Parece ilógico admitir que os conselhos profissionais possam cassar habilitações após a ocorrência de danos e, ao mesmo tempo, negar que possam exercer o mesmo tipo de controle em caráter preventivo. A hipótese seria de um formalismo trágico. Comparado a essa prerrogativa dos conselhos profissionais, o exame de ordem afeta a liberdade de profissão de forma muito menos intensa, na medida em que não impede o exercício da profissão em caráter definitivo. O bacharel que não seja aprovado pode repetir o exame quantas vezes desejar, dispondo de pelo menos três oportunidades anuais para tanto.

⁴⁷ As infrações disciplinares dos advogados são enunciadas no art. 34 da Lei nº 8.906/94, cujos incisos incluem diversas previsões relacionadas à inépcia ou a desvios éticos que podem resultar em prejuízo para os interesses patrocinados ou mesmo para toda a coletividade. Dentre elas, destacam-se as seguintes: “Art. 34: “Constitui infração disciplinar: (...) VI - advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior; VII - violar, sem justa causa, sigilo profissional; VIII - estabelecer entendimento com a parte adversa sem autorização do cliente ou ciência do advogado contrário; **IX - prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio; X - acarretar, conscientemente, por ato próprio, a anulação ou a nulidade do processo em que funcione;** XI - abandonar a causa sem justo motivo ou antes de decorridos dez dias da comunicação da renúncia; (...) XIV - deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa; XV - fazer, em nome do constituinte, sem autorização escrita deste, imputação a terceiro de fato definido como crime; **XVII - prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la; (...) XX - locupletar-se, por qualquer forma, à custa do cliente ou da parte adversa, por si ou interposta pessoa; XXIV - incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional;** XXV - manter conduta incompatível com a advocacia; (...) XXVII - tornar-se moralmente inidôneo para o exercício da advocacia; (...)” (negritos acrescentados).

⁴⁸ Lei nº 8.906/94, art. 38: “A exclusão é aplicável nos casos de: I - aplicação, por três vezes, de suspensão; II - infrações definidas nos incisos XXVI a XXVIII do art. 34. Parágrafo único. Para a aplicação da sanção disciplinar de exclusão, é necessária a manifestação favorável de dois terços dos membros do Conselho Seccional competente”.

39. A eventual reprovação funciona, portanto, como sinalização de que há deficiências a corrigir, e não como um banimento. Nos Estados Unidos, *e.g.*, é bastante comum que os bacharéis em Direito dediquem alguns meses a se preparar para o *bar admission*, o que não impede que haja um índice considerável de reprovações. No Brasil, esse mesmo fato tem suscitado a crítica, geralmente vaga, de que o exame seria “*muito difícil*” ou mesmo de que constituiria um instrumento deliberado de reserva de mercado. Trata-se, de certa forma, de uma variante do argumento mais abrangente de que o exame seria inconstitucional em si mesmo. Embora sequer fosse necessário enfrentar tais alegações – uma vez que desacompanhadas de qualquer tentativa real de comprovação – a verdade é que também aqui há inúmeros elementos objetivos que atestam a racionalidade do modelo de prova adotado e desautorizam a crítica retórica. Para citar algumas:

- (i) as bancas são compostas por profissionais conceituados;
- (ii) a primeira fase – na qual se concentra a maior parte das reprovações – é inteiramente objetiva, afastando qualquer risco de direcionamento;
- (iii) exige-se apenas que o bacharel acerte metade das questões objetivas, o que não constitui indicação de rigor excessivo;
- (iv) a segunda fase é constituída por uma questão prática e por questões discursivas relacionadas a uma única área específica do Direito, escolhida pelo próprio candidato;
- (v) mesmo na prova específica, exige-se apenas 60% de aproveitamento para aprovação;
- (vi) não há número pré-definido de vagas, de modo que não se trata de concurso público;
- (vii) os gabaritos indicativos são divulgados e as notas podem ser objeto de recurso;
- (viii) os bacharéis que demonstrem dificuldades financeiras podem requerer isenção da taxa de inscrição.

40. Nesse contexto, não há fundamento objetivo para a afirmação de que o exame de ordem seria um pretexto para angariar recursos ou que seria

desproporcional por violação ao subprincípio da necessidade. O mecanismo não restringe de forma permanente a liberdade de profissão e limita-se a exigir que o bacharel se prepare de forma adequada para obter resultados meramente intermediários em prova impessoal, organizada sempre sob um mesmo padrão e com periodicidade constante.

41. Por fim, resta enfrentar o argumento de que o exame de ordem seria uma solução paliativa para o problema do ensino jurídico. Segundo essa linha de pensamento, embora a formação deficiente de muitos bacharéis em Direito seja um fato notório, o exame seria inválido na medida em que a única medida aceitável seria o incremento da fiscalização sobre a criação de novos cursos jurídicos e sobre a qualidade dos já existentes. Como é fácil perceber, trata-se de argumento político, e não jurídico, que traduz um juízo de valor acerca do ensino superior e dos controles que sobre ele incidem. Ainda que tal juízo seja pertinente, ele não teria o condão de tornar inconstitucional determinada medida concreta destinada a assegurar que os direitos de terceiros sejam protegidos contra a atuação de profissionais despreparados.

42. Veja-se que é precisamente esse o objetivo visado pela reserva legal qualificada do art. 5º, XIII e pelo art. 22, XVI, que tratam de qualificações e condições exigidas para o exercício de profissões. A eventual baixa qualidade da formação fornecida por algumas instituições de ensino superior deve ser objeto de crítica e é alvo de outra espécie de ação fiscalizadora e reguladora do Estado. O que realmente não faz sentido é imaginar que, justamente por conta dessa baixa qualidade, seria inconstitucional a instituição de um exame para aferir a qualificação profissional. A rigor, como já referido, a questão da qualidade do ensino superior é um tema inteiramente diverso daquele do exercício das profissões, que envolve ações de longo prazo a cargo do Poder Público. Tanto é assim que a instituição de provas de admissão ao exercício da advocacia é prática comum mesmo em países que são considerados referências mundiais em matéria de ensino universitário. Seja como for, ainda que se quisesse estabelecer uma conexão entre os dois assuntos, certamente essa conexão

seria a favor da existência do exame prévio como condição para o exercício profissional.

43. O exame de ordem não é capaz de resolver eventuais problemas da qualidade do ensino jurídico no país e nem se destina a isso, ainda que sua existência possa contribuir para o diagnóstico de deficiências que precisam ser enfrentadas pelas instâncias próprias. O exame de ordem não se ocupa do passado propriamente – da formação acadêmica obtida pelos candidatos – e sim do futuro: o futuro exercício profissional dos advogados. Trata-se de uma condição para o exercício da profissão cujo objetivo principal é a tutela dos interesses da sociedade. Mesmo que, o que se espera, em um futuro próximo o ensino jurídico no Brasil tenha alcançado um patamar de excelência, o exame de ordem continuaria a ser plenamente justificado. Assim como é justificado que haja exames para a emissão da habilitação para dirigir automóveis e pilotar aeronaves, e ainda mais natural que tais exames sejam rigorosos em se tratando de indivíduos que pretendam dirigir e pilotar profissionalmente⁴⁹.

44. Por conta do mesmo conjunto de razões, nada impede que o legislador estenda a prática a outras profissões que também envolvam riscos inerentes, como a medicina e a engenharia civil, para citar dois exemplos. O papel do Judiciário nessa matéria não é o de impor as suas próprias preferências acerca do que seria o sistema ideal, mas sim afastar as restrições que sejam claramente desproporcionais, seja pela inexistência de riscos a terceiros, seja por sua medida excessiva ou ainda por circunstâncias particulares relacionadas a determinada profissão⁵⁰. Até aqui já se

⁴⁹ Sobre as diferentes classes de habilitações de motorista, V. Lei nº 9.503/03, arts. 143-148. Sobre os requisitos para a emissão de brevê de pilotagem, incluindo a aprovação em exames realizados pela ANAC, v. Agência Nacional de Aviação Civil. Piloto. Pré-requisitos para a Categoria Avião, disponível em: http://www2.anac.gov.br/habilitacao/Pilotos4_1.asp. Último acesso em: 18 ago. 2011.

⁵⁰ Foi o que ocorreu, e.g., no precedente em que o Supremo Tribunal Federal declarou a não-recepção do dispositivo que exigia formação superior para o exercício do jornalismo, dada a conexão direta entre tal atividade e as liberdades de informação e de expressão. V. STF, *DJE* 12 nov. 2009, RE 511.961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes: "(...) No campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. O art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e o art. 220, não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. Qualquer tipo de controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do

demonstrou que o exame de ordem é *adequado* ao fim a que se destina e que é *necessário*, na medida em que não se cogita de medida menos restritiva que seja igualmente eficaz na prevenção de danos ocasionados pelo exercício inadequado da advocacia. O último tópico será dedicado à análise específica da proporcionalidade em sentido estrito.

c) Atendimento ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Inexistência de ofensa ao núcleo essencial da liberdade de profissão

45. Por tudo quanto já foi exposto, não é necessário grande esforço argumentativo para demonstrar que os benefícios decorrentes do exame de ordem superam, em ampla medida, os eventuais inconvenientes associados à exigência. Basta retomar a enunciação dos elementos envolvidos em cada um dos referidos pólos. De um lado, o exame de ordem destina-se a assegurar que os bacharéis que ingressam na advocacia tenham os conhecimentos mínimos para o exercício adequado da profissão, tanto sob o ponto de vista puramente técnico, quanto no que se refere às regras deontológicas. A falta de tais conhecimentos coloca em risco a própria efetividade do acesso à justiça, bem como dos direitos em geral. Trata-se, portanto, de atividade que envolve riscos inerentes, justificando-se a criação de regime legal que assegure a proteção dos direitos de terceiros e do interesse público de forma ampla.

46. De outra parte, é bem de ver que a restrição que o exame da ordem possa representar funda-se em critérios impessoais e objetivos, e é de caráter não definitivo. Com efeito, a legislação e os atos regulamentares editados pela OAB não opõem qualquer obstáculo a que o bacharel reprovado submeta-se novamente ao exame, tampouco estabelece quaisquer distinções entre advogados com base no número de tentativas que tenham sido necessárias para aprovação. Também inexist

próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, inciso IX, da Constituição. A impossibilidade do estabelecimento de controles estatais sobre a profissão jornalística leva à conclusão de que não pode o Estado criar uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão. O exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação” (...).

qualquer limitação numérica à quantidade de advogados atuantes no mercado e a legislação prevê a isenção do custo do exame para aqueles que não tenham condições de pagar por ele. Tais considerações demonstram que se trata de restrição leve, claramente justificada pelos riscos inerentes ao exercício inadequado da advocacia, e que não afeta, nem mesmo em tese, o núcleo essencial da liberdade de profissão.

47. Não fosse por todos esses argumentos, bastaria lembrar que o exame de ordem é muito menos restritivo do que o controle repressivo exercido regularmente não apenas pela OAB, mas também por diversos outros conselhos profissionais, o qual pode resultar na medida drástica de proibição de exercício da atividade. É com base no mesmo conjunto de interesses legítimos que se justifica a imposição de medidas preventivas, tais como o exame de ordem.

VI. CONCLUSÃO

48. As conclusões obtidas ao longo do presente estudo podem ser sintetizadas nas seguintes proposições objetivas:

A. O princípio da liberdade de profissão deve ser interpretado em conjunto com o art. 22, XVI – que confere competência à União para legislar sobre condições para o exercício profissional – e com os dispositivos que protegem a função social do trabalho e da livre-iniciativa. Esse conjunto normativo não cria um direito fundamental ao exercício indiscriminado de qualquer profissão. A rigor, o que se protege com maior intensidade é o direito de cada pessoa *buscar* o exercício da profissão de sua escolha, sem prejuízo de que, em determinados casos, a realização do propósito esteja condicionada ao preenchimento de requisitos destinados a assegurar a qualificação do profissional e, dessa forma, proteger direitos de terceiros ou mesmo interesses coletivos relevantes.

B. Como regra geral, as exigências e condições para o exercício de

determinada profissão serão válidas na medida em que sejam compatíveis com o princípio da razoabilidade. Nesses termos, a medida deverá ser, *em primeiro lugar, adequada* à proteção de algum interesse público, no que se inclui a proteção aos direitos de terceiros. *Em segundo lugar*, a medida deverá ser *necessária*, sendo considerada inválida nos casos em que seja possível identificar, objetivamente, a existência de uma alternativa igualmente adequada e manifestamente menos restritiva. Por fim, *em terceiro lugar*, a medida deverá ser *proporcional*, de modo que o benefício alcançado seja relevante a ponto de justificar a restrição produzida. Em qualquer caso, a restrição não poderá afetar o núcleo essencial do direito fundamental em questão.

C. A advocacia é função essencial à justiça e seu exercício inadequado envolve riscos inerentes para terceiros e para a própria coletividade, os quais justificam a imposição de um regime legal específico. O exame de ordem constitui mecanismo inequivocamente adequado para a verificação da qualificação profissional. O exame é igualmente necessário, uma vez que não se cogita de alternativa menos restritiva que seja igualmente eficaz para a obtenção do mesmo propósito, sendo certo que a possibilidade de fiscalização repressiva sobre os advogados não retira a utilidade de medidas preventivas que minimizem a ocorrência de danos. Por fim, o exame é compatível também com a proporcionalidade em sentido estrito. Trata-se de exigência objetiva e impessoal, que não impede o exercício da atividade em caráter definitivo e tampouco estabelece limites numéricos à quantidade de advogados no mercado. Nessas condições, o exame de ordem é plenamente justificado pela relevância dos interesses contrapostos

É como me parece.

Rio de Janeiro, 17 de outubro de 2011

Luís Roberto Barroso