

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.583 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
RECTE.(S) : JOÃO ANTÔNIO VOLANTE
ADV.(A/S) : CARLA SILVANA RIBEIRO D AVILA
RECDO.(A/S) : UNIÃO
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RECDO.(A/S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS
ADVOGADOS DO BRASIL
ADV.(A/S) : MIRIAM CRISTINA KRAICZK
INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO -
AASP
ADV.(A/S) : ALBERTO GOSSON JORGE JUNIOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Eis as informações prestadas pela Assessoria:

Com a inicial de folha 2 a 34, João Antonio Volante formalizou ação contra o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a União. Segundo narrou, graduou-se em Direito em 6 de outubro de 2007 pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, na cidade de Canoas, Rio Grande do Sul. Esperava exercer a profissão de advogado, mas encontra-se obstaculizado em razão da necessidade de aprovação no exame da Ordem, que entende ser inconstitucional.

Consoante argumentou, após a obtenção do diploma, o bacharel em Direito deve ser considerado presumivelmente apto a exercer a advocacia até prova em contrário, sob pena de violação aos princípios constitucionais da presunção da inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Articulou com ofensa aos direitos a vida e a dignidade. Afirmou que, no exercício profissional, a entidade de classe terá condições de avaliar se o profissional é capaz, ou

não, sendo certo que a Lei nº 8.906/94 versa as sanções disciplinares para o advogado.

Asseverou que a exigência de exame para o ingresso no órgão de classe somente ocorre para os advogados, o que violaria o princípio da igualdade. Nem mesmo os médicos são submetidos ao referido exame, embora lidem com bem valioso. Sustentou mostrar-se descabido sobrepor o exame da Ordem às avaliações realizadas pelas próprias universidades, sem qualquer prova de que estas foram corrompidas, ineficazes ou que seriam inferiores. Aludiu à previsão constitucional do valor social do trabalho como fundamento da República e ao direito fundamental ao livre exercício de qualquer profissão. Mencionou os artigos 2º, 43, inciso II, e 48 da Lei nº 9.394/96, que preveem ter a educação superior o fim de formar profissionais qualificados para o trabalho.

Disse caber ao poder público autorizar e avaliar o ensino, e não à Ordem dos Advogados, que, consoante apontou, não integra a Administração Pública. Aduziu que a reserva legal constitucional é de natureza qualificada, sendo vedado ao legislador ordinário impor restrição ao exercício da profissão. Logo, o bacharel em Direito, que foi examinado e avaliado pela instituição credenciada pelo poder público, teria o direito de exercer a profissão de advogado.

Aludiu à necessidade de lei para criação do exame da ordem, o qual, segundo asseverou, foi previsto apenas em regulamento. Disse da insuficiência da previsão contida no artigo 8º da Lei nº 8.906/94, que delegou à entidade de classe o poder de editar provimento para disciplinar referido exame, genericamente estabelecido na lei. Assim, conforme entende, o exame também padeceria do vício de inconstitucionalidade formal, afrontando o inciso XVI do artigo 22 da Lei Maior.

Afirmou ser descabido atribuir à entidade de classe a

tarefa de restringir o acesso ao mercado de trabalho, já que ela teria interesse em diminuir a concorrência, daí a impossibilidade da fiscalização prévia pela Ordem dos Advogados. As universidades, por outro lado, seriam instituições isentas, impessoais e imparciais para avaliar os estudantes. Ressaltou a falta de transparência dos exames, considerado que a Ordem participa das comissões de concursos de todas as outras carreiras, além de ter assento no Conselho Nacional de Justiça e no Conselho Nacional do Ministério Público, órgãos de controle da magistratura e do Ministério Público. Articulou com a incongruência das perguntas presentes nas provas, que abarcariam conhecimentos desnecessários ao pleno exercício da advocacia.

Por eventualidade, argumentou que o exame foi derogado tacitamente pela Lei nº 8.906/94. Sustentou ser incompatível com a Lei nº 8.884/94, por criar reserva de mercado de trabalho em favor dos atuais inscritos, e com a autonomia universitária, versada no artigo 207 da Constituição Federal. No campo do direito comparado, anotou a inexistência de exame semelhante na Argentina, Paraguai, Uruguai, Chile, Equador, Venezuela e em Portugal.

Requereu a concessão de tutela antecipatória para permitir a inscrição nos quadros da Ordem sem necessidade de aprovação prévia no exame nacional. No mérito, pediu fosse declarada a ausência de relação jurídica obrigacional de prestar o exame da Ordem, bem como a nulidade do Provimento nº 109/2005 do Conselho Federal da OAB. Pleiteou ainda o benefício da gratuidade de justiça.

O Juízo indeferiu a liminar (folha 47 a 48), fazendo-o com fundamento na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, consoante a qual haveria compatibilidade entre o inciso IV do artigo 8º da Lei nº 8.906/94 e a Carta de 1988. Houve a interposição de agravo ao referido Regional, recebido

sem eficácia suspensiva pelo relator. Posteriormente, o agravo foi desprovido pela 4ª Turma do Regional – folha 166 a 169.

À folha 82 à 85, a União ressaltou a nulidade da citação, porquanto o autor a incluiu como litisconsorte passiva. Anotou não ter interesse no processo, considerada a ausência de qualquer postulação formulada em face dela. Apontou a respectiva ilegitimidade passiva.

À folha 95 à 101, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil sustentou a inépcia da inicial. Salientou ser parte ilegítima, pois cada seccional da Ordem possui personalidade jurídica própria, motivo pelo qual caberia à seccional do Rio Grande do Sul responder ao processo, considerado o disposto nos artigos 45, § 1º e § 2º, e 58, inciso VII, da Lei nº 8.906/94.

No mérito, alegou que a Carta Federal permitiu à União legislar sobre condições para o exercício de profissões, consoante preveem os artigos 5º, inciso XIII, e 170, parágrafo único. Com esse fundamento, a lei federal estabeleceu a aprovação em exame da ordem – inciso IV do artigo 8º da Lei nº 8.906/94. Argumentou mostrar-se descabida a invocação dos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como de dispositivos da Lei Anti-Truste. Disse não haver quebra de isonomia, porquanto o exame é exigido de todos os bacharéis igualmente, nada tendo com outras carreiras, que são diferentes da advocacia e possuem tratamento distinto conferido pelo legislador. Asseverou ser norma geral a Lei de Diretrizes e Bases da Educação se comparada ao Estatuto da Advocacia, que é especial, daí a inexistência de derrogação. Esclareceu que as universidades não são as únicas instituições aptas a aferir se alguém tem ou não qualificação para exercer certa profissão e que, no campo jurídico, o ensino é falho e generalista, razão pela qual se impõe um exame específico para quem deseja

tornar-se advogado.

Aduziu ter o Provimento nº 109 do Conselho Federal status hierárquico de portaria, veiculando apenas instruções gerais sobre o exame, sendo necessário para haver unicidade, já que cada seccional aplica um exame, nos termos do inciso VI do artigo 58 da Lei nº 8.906/94. Aludiu à existência de cursos de direito em profusão, notoriamente ineptos, que formam profissionais que nada sabem, e que os bens e a liberdade das pessoas não podem ser administrados por tais profissionais. Mencionou diversas decisões judiciais favoráveis ao exame. Postulou a improcedência do pedido.

Após a apresentação de réplica, o Juízo prolatou sentença (folha 170 a 171), assentando a improcedência do pleito, com fundamento na reiterada jurisprudência do Regional. Condenou o autor ao pagamento de honorários, fixados em R\$ 500,00 e suspensos em razão da gratuidade anteriormente deferida. O ora recorrente protocolizou apelação, desprovida pela 4ª Turma do Regional – folha 200 a 203. O Regional entendeu que o exame não padece de vícios, porquanto autorizado pela Constituição e previsto em lei federal.

Foram interpostos embargos de declaração para fins de prequestionamento da matéria constitucional, também desprovidos pela 4ª Turma do Regional. Finalmente, interpuseram-se recursos extraordinário e especial, nos quais se pretendeu ver reconhecida a inconstitucionalidade do exame da ordem, valendo-se dos mesmos fundamentos constantes da petição inicial. O recurso extraordinário foi admitido pelo Vice-Presidente do Regional, e o especial foi inadmitido.

À folha 421 à 423, Vossa Excelência manifestou-se pela existência de repercussão geral na espécie, o que foi reconhecido pelo plenário virtual do Supremo. Em seguida, remeteu-se o processo ao Ministério Público Federal para

emissão de parecer.

À folha 433 à 473, a Procuradoria Geral da República elaborou parecer assim ementado:

CONSTITUCIONAL. 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. 8, 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. 5^o, 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. n^o 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. 5^o, 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 n^o 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. 5^o, 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 **projeção negativa** (imposição de menor grau de interferência na escolha da profissão) quanto uma **projeção 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.

Vossa Excelência acolheu o pedido formulado pela Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, admitindo-a no processo na condição de terceira interessada.

O processo encontra-se aparelhado para julgamento.

É o relatório.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.583 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na interposição deste recurso, observaram-se os pressupostos gerais de recorribilidade. O documento de folha 35 evidencia a regularidade da representação processual. O preparo foi dispensado em razão da gratuidade de justiça, deferida pelo Juízo à folha 47. Quanto à oportunidade, a notícia do acórdão recorrido veio a ser veiculada no Diário de 30 de março de 2009, segunda-feira (folha 254 – verso), ocorrendo a manifestação do inconformismo em 1º de abril imediato, terça-feira (folha 317), no prazo assinado em lei. A matéria, embora abordada sucintamente, foi devidamente enfrentada pelo Juízo e pelo Regional, razão pela qual dou por preenchido o requisito do prequestionamento. Conheço, consignando que houve a admissão do recurso na origem (folhas 414 e 415).

DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA.

No recurso extraordinário, está em jogo a constitucionalidade dos artigos 8º, inciso IV e § 1º, e 44, inciso II, da Lei nº 8.906/94, os quais condicionam a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados à aprovação em exame de conhecimentos jurídicos e delegam à referida autarquia a atribuição de regulamentá-lo e promover, com exclusividade, a seleção dos advogados em toda a República Federativa do Brasil. Transcrevo os dispositivos:

[...]

Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:

[...]

IV - aprovação em Exame de Ordem;

[...]

§ 1º O Exame da Ordem é regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB.

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

[...]

II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

Segundo o recorrente, tais normas, no que transferiram à autarquia o poder de disciplinar e regulamentar livremente o exame de acesso à profissão, estão em descompasso com os princípios constitucionais do valor social do trabalho, da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da igualdade e da presunção de inocência. Violam o direito à vida, à liberdade de escolha e ao exercício da profissão. Discrepam do artigo 205 da Carta Federal, que atribui à educação a missão nobre de qualificar para o trabalho. Usurpam a competência legislativa federal prevista no inciso XVI do artigo 22 e a atribuição privativa do Presidente da República constante do artigo 84, inciso IV, ambos da Lei Maior. São esses os argumentos que precisam ser enfrentados no caso em análise.

Antes de prosseguir, revela-se oportuna breve nota sobre a relevância social do tema, recorrendo-se ao pano de fundo que envolve a questão do exame da Ordem.

Sabemos que o Brasil já reconheceu o direito de postular em Juízo até mesmo a quem não ostentava o bacharelado em Direito, figuras denominadas *rábulas* ou *provisionados*. Assim o foi na época do Império e no início da República. A prerrogativa de credenciar advogados desprovidos do mencionado grau acadêmico, inicialmente conferida aos Tribunais, passou ao Instituto dos Advogados do Brasil e, posteriormente, à Ordem, até ser definitivamente extinta. A exigência da prova de suficiência técnica para a inscrição nos quadros da Ordem surgiu com a Lei nº 4.215/63. Com efeito, o artigo 48, inciso III, do referido Diploma instituiu o requisito de aprovação no exame ou comprovação do exercício

RE 603.583 / RS

do estágio forense para viabilizar o exercício da advocacia.

Na regência da Lei nº 8.906/94, o bacharel em Direito podia optar entre o estágio profissional ou a submissão à prova de conhecimentos jurídicos, situação que perdurou provisoriamente até 1996. Eis o preceito respectivo:

Art. 84. O estagiário, inscrito no respectivo quadro, fica dispensado do Exame de Ordem, desde que comprove, em até dois anos da promulgação desta lei, o exercício e resultado do estágio profissional ou a conclusão, com aproveitamento, do estágio de Prática Forense e Organização Judiciária, realizado junto à respectiva faculdade, na forma da legislação em vigor.

A partir do término de vigência do dispositivo, o exame tornou-se obrigatório para todos os egressos do curso de Direito, conforme previsão do artigo 8º, inciso IV e § 1º, da Lei nº 8.906/94. Constatou-se, então, que a obrigatoriedade do exame é relativamente nova no ordenamento jurídico brasileiro – está em vigor há quinze anos –, muito embora o teste de conhecimentos já possuía quarenta anos de existência. Cabe indagar: por que apenas recentemente o tema foi tomado de importância, a ponto de mobilizar mentes e corações a respeito da compatibilidade entre o exame e a Carta da República?

Segundo informações colhidas em material fornecido pelos interessados, entre os anos de 1997 e 2011, o número de cursos de Direito saltou de 200 para 1.100. A Ordem dos Advogados do Brasil, em memorial, noticiou que a República Federativa do Brasil possui quase quatro milhões de bacharéis em Direito. Em tese, com a declaração de inconstitucionalidade do exame da Ordem, todos estariam aptos ao exercício da advocacia, embora imperioso descontar os impedidos de fazê-lo, como os Juízes. O número parece excessivo frente a outras necessidades experimentadas pela sociedade brasileira, como a de médicos, engenheiros e demais profissionais técnicos, igualmente indispensáveis ao progresso do país. O crescimento exponencial dos bacharéis revela patologia denominada bacharelismo, assentado na

crença de que o diploma de Direito dará um atestado de “pedigree social” ao respectivo portador, quem sabe fruto da percepção, talvez verdadeira em épocas passadas, de que os referidos profissionais são os protagonistas da ordem política brasileira.

A defesa escora-se em problema fático: a proliferação de cursos de direito ocorrida no Brasil, nas últimas duas décadas, sem a observância do critério qualitativo, imprescindível à formação do bom profissional. Esses dados, apesar de alarmantes, não podem ser decisivos para o julgamento da causa. Isso porque cabe ao Tribunal Constitucional julgar sob o ângulo do Direito, atento à realidade social, não deixando prevalecer o pragmatismo sobre as razões propriamente jurídicas. Os argumentos extrajurídicos apresentados, conquanto importantes para a análise concernente à conveniência do exame sob o prisma legislativo, não foram decisivos para o convencimento, embora tenham sido sopesados ao longo deste processo. Atento, contudo, à relevância social do julgamento, cumpra-me trazê-los à balha para conhecimento dos eminentes pares.

No mais, a permissividade com que se consegue abrir os cursos de Direito de baixo custo, porquanto restritos ao “cuspe e giz”, decorrente de uma ideologia fiada no adágio “quanto mais, melhor”, merece severas críticas. Vende-se o sonho e entrega-se o pesadelo: após cinco anos de faculdade, o bacharel se vê incapaz de ser aprovado no exame de conhecimentos mínimos da Ordem, condição imposta para que possa exercer a advocacia e, com esta, prover a própria subsistência. A alegria do momento transmuda-se em drama pessoal. A reflexão sobre essa realidade cabe não só ao Supremo, mas também à sociedade brasileira.

Feitas essas considerações, esclareço haver dividido os argumentos em três linhas. Primeiro, abordarei a alegação de violação à liberdade de profissão, que me parece a mais grave. Posteriormente, tratarei da apontada incompatibilidade entre as regras constitucionais atinentes ao ensino superior e a previsão legal de seleção dos advogados, atribuída à Ordem. Cuidarei, alfim, do invocado desrespeito ao princípio da legalidade, consistente na delegação, à Ordem, da prerrogativa de

regulamentar o exame.

DA PROPORCIONALIDADE E COMPATIBILIDADE ENTRE O EXAME DE CONHECIMENTOS DA ORDEM E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO LIVRE EXERCÍCIO PROFISSIONAL.

A liberdade de exercício de profissão é um direito fundamental de elevada significância no contexto constitucional. A garantia está intimamente ligada à construção da personalidade, pois “onde trabalho e profissão são tarefas da vida e base da vida, liberdade de profissão é uma parte da configuração da vida pessoal, sem a qual desenvolvimento pessoal livre não seria imaginável” (Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, 1998, p. 322). Por ser pressuposto à realização plena de um projeto de vida, liberdade de profissão e dignidade da pessoa humana estão inegavelmente relacionados.

Inimaginável pensar liberdade em plenitude quando se é compelido ao exercício de determinada profissão ou são completamente vedadas as condições de acesso à desejada. A invocação da dignidade, ao contrário do alegado pelo recorrido, não é despropositada. A escolha de determinada profissão revela a opção por certo modo de vida, que se converterá em esteio econômico do indivíduo – e quiçá da família – de maneira que, quando o Poder Público condiciona ou simplesmente lhe impede o exercício, nega-lhe um elemento importante da própria razão de existir. No voto proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, da relatoria do Ministro Ayres Britto, em que se versava questão alusiva às uniões homoafetivas, fiz ver que a proteção ao projeto de vida e à busca da felicidade tem alto valor existencial, regida pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, com a finalidade de assegurar a liberdade de ofício, impõe-se ao Estado o dever de colocar à disposição dos indivíduos, em condições equitativas de acesso, os meios para que aquela seja alcançada. Incumbe-lhe proporcionar a formação escolar, a preparação técnica, as

modalidades de aprendizagem e as práticas cujos conhecimentos mostrem-se necessários ao exercício da atividade eleita. Esse dever entrelaça-se sistematicamente com a previsão da cabeça do artigo 205 da Carta da República, no que dispõe ser a educação direito de todos e dever do Estado e fazer-se voltada à qualificação para o trabalho.

No tocante ao exercício, se o ofício é lícito, surge a obrigação estatal de não opor embaraços irrazoáveis ou desproporcionais. Há o direito de obterem-se as habilitações versadas em lei para a prática profissional, observadas, igualmente, condições equitativas e as qualificações técnicas previstas na legislação. Segundo o constitucionalista português Jorge Miranda, a garantia compreende, ainda, “o direito de não ser privado, senão nos casos e nos termos da lei e com todas as garantias, do exercício da profissão” (*Manual de Direito Constitucional*, v. 4, 1998, p. 441). Por esse fundamento, foi proibida a interdição de estabelecimentos para compelir ao pagamento de tributos, consoante se depreende dos Verbetes nº 70, 323 e 547 da Súmula do Supremo. Em ordem jurídica na qual prevaleça o princípio da liberdade de iniciativa – caso da brasileira, conforme os artigos 1º, inciso IV, e 170, cabeça, da Carta Federal –, a escolha e o exercício do ofício representam apenas a faceta subjetiva, individual, daquela garantia maior de que as atividades econômicas serão livres.

Segundo proclamou o Tribunal Constitucional alemão, em julgado sobre o tema, a garantia “protege a liberdade dos cidadãos em um âmbito especialmente importante para a sociedade moderna, caracterizada pela divisão do trabalho: garante aos particulares o direito de adotar toda atividade que considerem apropriada como profissão, isto é, em convertê-las em base do seu sustento” (BVerfGE 7, 377 in Jürgen Schwabe, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, 2009, p. 319). Observem que o direito à liberdade de acesso e exercício de profissão não se esgota na perspectiva individual. A Lei Maior erigiu como fundamento da República o valor social do trabalho – artigo 1º, inciso IV. Daí a importância comunitária da garantia. Sob tal óptica, o trabalho mostra-se necessário para que sejam produzidos os bens essenciais à vida em sociedade, presente a divisão social dos afazeres.

Essa dimensão desvenda outro aspecto a ser realçado: o constituinte originário limitou as restrições à liberdade de ofício às exigências de qualificação profissional. Cabe indagar: por que assim o fez? Ora, precisamente porque o trabalho, além da dimensão subjetiva, também ostenta relevância que transcende os interesses do próprio indivíduo. Em alguns casos, o mister desempenhado pelo profissional resulta em assunção de riscos – os quais podem ser individuais ou coletivos. Quando o risco é predominantemente do indivíduo – exemplo dos mergulhadores, dos profissionais que lidam com a rede elétrica, dos transportadores de cargas perigosas, etc. –, para tentar compensar danos à saúde, o sistema jurídico atribui-lhe vantagens pecuniárias (adicional de periculosidade, insalubridade) ou adianta-lhe a inativação. São vantagens que, longe de ferirem o princípio da isonomia, consubstanciam imposições compensatórias às perdas físicas e psicológicas que esses profissionais sofrem.

Quando, por outro lado, o risco é suportado pela coletividade, então cabe limitar o acesso à profissão e o respectivo exercício, exatamente em função do interesse coletivo. Daí a cláusula constante da parte final do inciso XIII do artigo 5º da Carta Federal, de ressalva das qualificações legais exigidas pela lei. Ela é a salvaguarda de que as profissões que representam riscos à coletividade serão limitadas, serão exercidas somente por aqueles indivíduos conhecedores da técnica.

A alusão à dignidade da pessoa humana há de ser lida sob esse prisma, não se devendo levar o princípio às últimas consequências. Ao contrário do que ocorreu no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 – em que estava em jogo o reconhecimento da existência de entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo, situação que se restringia apenas a duas pessoas –, a liberdade de profissão não se resume à esfera particular. Certas profissões, como as de médico, engenheiro, arquiteto, se exercidas por pessoas despidas das qualificações técnicas necessárias, podem resultar em graves danos à coletividade. Foi essa lógica que conduziu à imposição de pena privativa de liberdade para o exercício ilegal de profissão,

conforme o artigo 47 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Nesse sentido, já proclamou o congênere alemão:

A liberdade de exercer uma profissão pode ser restringida na medida em que considerações racionais de bem comum o façam parecer adequado; a proteção do direito fundamental se restringe à defesa frente a uma inconstitucionalidade, que se pode dar, por exemplo, quando se impõem condições excessivamente gravosas ou irrazoáveis. (BVerg 7, 377 in Jürgen Schwabe, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, 2009, p. 316).

No fundo, o principal argumento do recorrente é a desproporcionalidade da exigência contida no artigo 8º, inciso IV, da Lei nº 8.906/94. Isso porque alega, em síntese, que o exame não se presta à finalidade para a qual foi instituído, um problema de adequação. Segundo articula, o profissional da advocacia não pode ser presumido inepto para o exercício da profissão após cursar todo o ensino superior. Deve haver, sim, punição se cometer uma falta. Sustenta, então, a existência de violação ao subprincípio da vedação do excesso. No parecer, a Procuradoria Geral da República aventou ofensa ao núcleo essencial do direito fundamental à liberdade de profissão. Conforme consignado, a garantia da liberdade de profissão teve por objetivo banir os privilégios ostentados pelas corporações de ofício, que faziam o controle de acesso às profissões, criando verdadeiras castas. Quanto a essas últimas alegações, o problema diz respeito à proporcionalidade em sentido estrito.

A esta altura, posso adiantar o entendimento de que o exame de suficiência é compatível com o juízo de proporcionalidade e não alcançou o núcleo essencial da garantia constitucional da liberdade de ofício.

Analiso o argumento do recorrente no sentido de que o exame não pode ser considerado, só por si, como qualificação profissional, mas como “avaliação da qualificação” previamente obtida. Prevendo o inciso constitucional uma hipótese de reserva legal qualificada, isto é, de restrição a direito fundamental somente admissível quando vinculada a

certo fim, supostamente ausente no caso concreto, haveria a inconstitucionalidade da exigência. O jogo semântico não impressiona. Cabe reformular a alegação, pois o que verdadeiramente contesta o recorrente é a adequação do exame à finalidade prevista na norma maior – assegurar que as atividades de risco sejam desempenhadas por pessoas com conhecimento técnico suficiente, de modo a evitar danos à coletividade.

Há de entender-se a aprovação no exame, sem equívocos, um elemento que qualifica alguém para o exercício de determinada profissão. Qualificar-se não é apenas se submeter a sessões de ensino de teorias e técnicas de determinado ramo do conhecimento, mas sujeitar-se ao teste relativamente à ciência adquirida. O argumento do recorrente não se sustenta: se o exame da Ordem “não qualifica”, também não teriam o mesmo efeito as provas aplicadas pelas próprias universidades, as quais são condições essenciais à obtenção do bacharelado. Também elas seriam inconstitucionais? A resposta é desenganadamente negativa. O exame da Ordem serve perfeitamente ao propósito de avaliar se estão presentes as condições mínimas para o exercício escorreito da advocacia, almejando-se sempre oferecer à coletividade profissionais razoavelmente capacitados.

Segundo Humberto Ávila (*Teoria dos princípios*, 2006, p. 157), o Tribunal Constitucional alemão somente declara a inconstitucionalidade por violação ao subprincípio da adequação quando a medida restritiva aos direitos fundamentais apresentar-se evidentemente incapaz de atingir a finalidade para a qual foi implementada e não for, de qualquer maneira, plausível ou justificável. O parâmetro é acertado e coaduna-se com a óptica adotada pelo Supremo no julgamento da Representação nº 930, na qual se discutia preceito restritivo de acesso à profissão de corretor de imóveis. Aplicando-o ao caso, consigno que o exame da Ordem atesta conhecimentos jurídicos, o que o faz congruente com o fim pretendido – o de proteger a sociedade dos riscos relativos à má operação do Direito. O quadro social antes descrito revela a adequação da exigência do exame da Ordem à realidade brasileira.

O subprincípio da vedação do excesso, normalmente traduzido na

expressão “não se abatem pardais disparando canhões”, atribuída ao jurista alemão Jellinek, envolve a análise dos meios alternativos à medida restritiva, impondo ao poder público que escolha o menos gravoso aos direitos fundamentais. Virgílio Afonso da Silva esclarece que, “enquanto o teste da adequação é absoluto e linear, ou seja, refere-se pura e simplesmente a uma relação meio e fim entre uma medida e um objetivo, o exame da necessidade tem um componente adicional, que é a consideração das medidas alternativas para se obter o mesmo fim” (*Direitos fundamentais*, 2010, p. 171). À evidência, os meios devem ser razoavelmente equivalentes em eficácia, sob pena de inviabilizar-se a gestão pública, forçando a opção pelos meios menos gravosos e, na maior parte das vezes, menos eficazes. Nesse ponto, desfaz-se a argumentação do recorrente, porquanto a alegada fiscalização posterior à ocorrência do fato danoso mostra-se inequivocamente menos efetiva do que o escrutínio prévio. Com parâmetro de comparação díspares, impossível é a declaração de inconstitucionalidade por violação à proibição do excesso.

No mais, de acordo com o conhecimento convencional, o poder de polícia pode ser exercitado em momento concomitante, prévio ou posterior ao ato ou conduta, e jamais se entendeu que tal atividade realizada previamente estaria em descompasso com a Constituição simplesmente porque seria viável a fiscalização em momento subsequente, quando já consumado o dano à coletividade. Um dos propósitos da ordem jurídica é precisamente impedir lesões ao patrimônio econômico e moral dos indivíduos, razão pela qual o raciocínio empregado pelo recorrente não subsiste nesse ponto. Vale citar a definição de poder de polícia apresentada por Marcelo Caetano, centrada na missão estatal de evitar o dano social:

É o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício de direitos individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir (*Princípios fundamentais do direito administrativo*, 1977, p. 269).

No mesmo sentido, descabe a invocação do princípio da presunção de inocência, pois não se está atuando no campo do direito penal, tampouco há pretensão punitiva estatal. O que se tem é prevenção de danos, por meio da atuação antecipada do Estado, ou, em outras palavras, poder de polícia administrativa, que se traduz na prerrogativa estatal de aplicar “restrições e condicionamentos legalmente impostos ao exercício das liberdades e direitos fundamentais, tendo em vista a assegurar uma convivência social harmônica e pacífica” (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, 2006, p. 395). No mesmo sentido, com propriedade, Celso Antônio Bandeira de Mello consigna que:

[...] pode-se definir a polícia administrativa como a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora *preventiva*, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (*non facere*) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo (*Curso de direito administrativo*, 2007, p. 803, *itálico acrescentado*).

Por fim, o exame de proporcionalidade em sentido estrito requer o sopesamento entre a importância de realização do fim objetivado pela medida e a intensidade da restrição ao direito fundamental. É dizer: o perigo de dano decorrente da prática da advocacia sem o exame de conhecimentos serve a justificar a restrição ao direito fundamental e geral à liberdade do exercício de profissão? Os benefícios provenientes da medida restritiva são superiores à ofensa à garantia do inciso XIII do artigo 5º da Carta? A resposta é positiva, por um conjunto de razões.

O Supremo tem feito referência ao inciso XIII do artigo 5º da Lei Maior para proclamar a inconstitucionalidade de dispositivos que

RE 603.583 / RS

restringem o acesso ou o exercício de certas profissões, tal como ocorreu com a exigência de diploma de nível superior para a prática do jornalismo e a imposição de registro no órgão de classe para os músicos – respectivamente, Recurso Extraordinário nº 511.961, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, e Recurso Extraordinário nº 414.426, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, apreciados pelo Plenário em 16 de junho de 2009 e em 1º de agosto de 2011. Sob a égide da Constituição de 1967, o Tribunal julgou procedente a Representação nº 930, da relatoria do Ministro Cordeiro Guerra, redator do acórdão o Ministro Rodrigues Alckmin, assentando a inconstitucionalidade de preceito contido na Lei nº 4.116/62, que restringia o acesso à profissão de corretor de imóveis.

Nas decisões mencionadas, o vetor preponderante do pronunciamento foi o risco trazido à coletividade. A possibilidade de perigo gerada pela atividade profissional justificará, ou não, a atividade interventiva estatal limitando o acesso à profissão ou o respectivo exercício. Quanto mais ensejadora de risco, maior será o espaço de conformação deferido ao Poder Público. Por contraposição lógica, se não existe risco, é inadmissível qualquer restrição. No Recurso Extraordinário nº 511.911/SP, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, fez ver Sua Excelência:

Como parece ficar claro a partir das abordagens citadas, a doutrina constitucional entende que as qualificações profissionais de que trata o art. 5º, 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 de saúde, a engenharia, a advocacia e a magistratura, entre outras várias.

Igualmente, no Recurso Extraordinário nº 414.426/SC, consignou a Ministra Ellen Gracie:

O exercício profissional só está sujeito a limitações estabelecidas por lei e que tenham por finalidade preservar a sociedade contra danos provocados pelo mau exercício de atividades para as quais sejam indispensáveis conhecimentos técnicos ou científicos avançados.

A mesma linha de raciocínio foi seguida no voto vencedor proferido pelo Ministro Rodrigues Alckmin no julgamento da Representação nº 930. Cabe indagar: quem exerce a advocacia sem a capacidade técnica necessária afeta outrem? A resposta é desengadamente positiva. Causa prejuízos, à primeira vista, ao próprio cliente, fazendo-lhe perecer o direito ou deixando-lhe desguarnecido, mas também lesa a coletividade, pois denega Justiça, pressuposto da paz social. Atrapalha o bom andamento dos trabalhos judiciários, formulando pretensões equivocadas, ineptas e, por vezes, inúteis. Enquanto o bom advogado contribui para a realização da Justiça, o mau advogado traz embaraços para toda a sociedade, não apenas para o cliente.

O advogado ocupa papel central e fundamental na manutenção do Estado Democrático de Direito. O princípio geral da inércia da jurisdição, estampado no artigo 2º do Código de Processo Civil, faz com que o advogado assumira um papel relevantíssimo na aplicação e defesa da ordem jurídica. A ele cabe a missão de deflagrar o controle de legalidade e constitucionalidade efetuado pelos juízos e tribunais do país. Todo advogado é um potencial defensor do Direito, e essa nobre missão não pode ser olvidada. O constituinte foi altissonante e preciso ao proclamar, no artigo 133 da Lei Maior, que o advogado mostra-se indispensável à administração da Justiça. Insisto: justiça enquadra-se como bem de primeira necessidade; a injustiça, como um mal a ser combatido.

Transparece claro o interesse social relativo à existência de mecanismos de controle – objetivos e impessoais – concernentes à prática da advocacia. O Direito não apenas envolve questões materiais, mas também tutela situações existenciais. Já está superada a fase do Direito centrado no patrimônio, do *ter*, e não do *ser*. Recentemente, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, o

Supremo proclamou a possibilidade de uniões estáveis entre pessoas do mesmo gênero, e os advogados tiveram papel fundamental ao veicular a pretensão. Em cada ação penal, *habeas corpus* e inquérito policial, põe-se em risco o direito à liberdade do cidadão. Nas ações civis e nos processos administrativos, por vezes, a honra fica em xeque. Sem embargo da dimensão extrapatrimonial, hoje em evidência, o patrono inepto poderá causar prejuízos à esfera patrimonial do cliente, bastando que emita opiniões teratológicas, formule pedidos absurdos, perca prazos, etc.

Além disso, a garantia constitucional de acesso à Justiça e à tutela jurisdicional efetiva, prevista no inciso XXXV do artigo 5º da Carta Federal, além de exigir o aparelhamento do Poder Judiciário, também impõe que seja posto à disposição da coletividade corpo de advogados capazes de exercer livre e plenamente a profissão. Piero Calamandrei, em obra primorosa (*Eles, os Juizes, vistos por um advogado*, 1997, p. 54), afirma que “os defeitos dos advogados reagem sobre os juizes, e vice-versa”, isso para dizer que as duas carreiras estão umbilicalmente ligadas. É requisito essencial ao Estado Democrático de Direito o fortalecimento da advocacia, e a declaração de inconstitucionalidade do exame da Ordem teria precisamente o efeito oposto.

Relembro que, exceto no Supremo, para o qual a indicação do Presidente da República é livre, observados apenas os requisitos do artigo 101, cabeça, da Lei Maior, os advogados estão presentes em todos os Tribunais do país por expresse mandamento constitucional, conforme os artigos 94, 111-A, inciso I, 119 e 103, inciso II, além de integrarem os colegiados do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, a teor do inciso XIII do artigo 103-B e do inciso V do artigo 130-A, respectivamente. Destacam-se por participar da atividade censória aos membros da magistratura, excetuados os Ministros do Supremo, e do Ministério Público de todos os ramos. Não é pouca coisa. Esses elementos reforçam a importância social do advogado.

Diz o recorrente que os médicos lidam com o direito à vida, sem o qual todos os demais ficariam sem significação, e que eles não estão sujeitos a exame de suficiência para o ingresso na carreira, fato revelador

de violação ao princípio isonômico. Surge descabida a pretensão de aplicar idêntico regime jurídico a atividades distintas, marcadas por conhecimentos e técnicas próprios. Isonomia, na clássica definição de Aristóteles, é tratar os iguais de maneira igual e desigualmente os desiguais. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, há inconstitucionalidade por ofensa à isonomia se “a norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrîmen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados” (*O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 2010, p. 47). Com esse argumento, afastamos a alegada pecha de desrespeito ao princípio constitucional da igualdade.

No mais, o equívoco não está nas rígidas exigências para o exercício da advocacia, antes o contrário. Caberia ao legislador impor a obrigatoriedade de exame para o exercício daquela outra nobre atividade, o que estaria em total consonância com o texto constitucional. O mesmo vale para as demais carreiras que representam riscos à coletividade, mas dispensam o teste de conhecimentos mínimos.

Nos casos envolvendo os corretores de imóveis, os músicos e os jornalistas, não há risco à coletividade pelo livre exercício das mencionadas profissões, daí o porquê de o Supremo ter adotado solução diferente da que é própria à espécie. Coerente com essa óptica, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 511.591, proferi voto no qual assentei constitucional a exigência de diploma superior para o curso de jornalismo, exatamente por vislumbrar o risco à coletividade e o interesse coletivo no profissionalismo da atividade. Dessa posição, como já consignado, divergiu a sempre ilustrada maioria.

Também não merece prosperar a alegação do recorrente de que os baixos índices de aprovação seriam reflexo da reserva de mercado empreendida pelos atuais membros da Ordem. Parece-me, antes, que a redução do percentual de aprovados é resultado do acúmulo de bacharéis em Direito que, sucessivamente e – infelizmente – sem êxito, repetem o exame em cada nova oportunidade.

Vejam os parâmetros para aprovação, conforme esclarecido em

parecer do Professor Luís Roberto Barroso. Sem número predeterminado de vagas, na prova objetiva, o candidato à inscrição deve perfazer 50% de acerto e, na discursiva, facultada a escolha da área do Direito – Penal, Civil, Trabalho, Administrativo, Tributário, etc – o percentual de 60%, podendo o exame, sem o risco de jubilação – este sim, se existente, inconstitucional, tal como a delimitação de vagas –, ser repetido indefinidamente, realizando-se cerca de três vezes ao ano. Mostram-se grandes as chances de aprovação. Estarrece que apenas aproximadamente 15% dos candidatos sejam aprovados.

A Procuradoria Geral da República entende que deixar a organização, idealização e correção da prova à Ordem implica ofensa à garantia constitucional da liberdade, por permitir a criação de uma casta. De fato, as limitações à liberdade de ofício hão de ficar orientadas pelo interesse público, jamais pelo interesse próprio da categoria, mas há argumentos de sobra para superar a objeção do ilustre Procurador.

Como já assinalado, o teste de conhecimentos é impessoal e objetivo. Sua aplicação revela a observância dos princípios constitucionais relativos aos concursos públicos, embora não seja espécie deste gênero. A variação no grau de dificuldade das provas não esconde um fato óbvio: as questões estão circunscritas aos conhecimentos adquiridos ao longo da faculdade, disso não discrepando. Ora, é público o cabedal teórico que será exigido dos postulantes à admissão, e também o é o gabarito com as respostas esperadas para as questões. O quadro afasta qualquer subjetivismo, cabendo, como sempre saliento, presumir aquilo que normalmente ocorre: a lisura dos organizadores e aplicadores do exame – tarefa hoje atribuída à Fundação Getúlio Vargas, instituição de seriedade inquestionável. Seria saudável, sem dúvida, haver membros de outras instituições públicas na comissão examinadora, mas a ausência desse componente não torna, só por si, inconstitucional a exigência do teste.

No mais, tem-se admitido o controle judicial de legalidade do exame, o que vem sendo feito pela via do mandado de segurança. Em último grau, o candidato poderá acionar o Judiciário para avaliar as eventuais ilegalidades cometidas pelas bancas. A análise de adequação

RE 603.583 / RS

entre o edital do exame e a prova é matéria de legalidade e pode ser objeto de controvérsia judicial – precedente: Recurso Extraordinário nº 434.708, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgado pela Primeira Turma em 21 de junho de 2006.

Enfim, com essas ponderações e na esteira de pronunciamentos do Supremo, chego à conclusão de que o inciso IV do artigo 8º da Lei nº 8.906/94 é compatível com o princípio da proporcionalidade, porquanto fundado no interesse público consubstanciado na proteção da sociedade contra o exercício de profissão capaz de gerar graves danos à coletividade.

DA COMPREENSÃO ADEQUADA DOS DISTINTOS E COMPLEMENTARES PAPÉIS EXERCIDOS PELAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR E AUTARQUIAS PROFISSIONAIS.

De acordo com o recorrente, a Constituição prevê que o ensino superior tem por objetivo qualificar os profissionais. Se um curso encontra-se regularmente credenciado pelo Ministério da Educação, não caberia ao órgão de classe dizer o contrário, sob pena de usurpar a prerrogativa estatal de credenciar instituições de ensino superior. Para corroborar a tese, evoca os artigos 205 e 209, inciso II, da Constituição Federal e 2º, 43, inciso II, e 48 da Lei nº 9.394/96. Transcrevo os dispositivos, para registro:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

[...]

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as

seguintes condições:

[...]

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

LEI Nº 9.394/96

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

[...]

Art. 43. A educação superior tem por finalidade:

[...]

II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;

[...]

Art. 48. Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular.

A argumentação do recorrente revela confusão entre os papéis das instituições de ensino superior e das organizações de classe. São competências relacionadas e complementares, mas inconfundíveis na essência. Às primeiras cabe ministrar o conteúdo educacional necessário à profissionalização do indivíduo e atribuir o grau respectivo,

correspondente ao curso terminado. A universidade tem o nobre papel de preparar para o desempenho de certo ofício, mas não há, na Constituição, a vedação absoluta de que outra exigência seja feita ao formando para dedicar-se à profissão. Ao contrário, o inciso XIII do artigo 5º da Carta Federal admite textualmente a restrição, desde que veiculada por lei em sentido formal e material.

A previsão de que o ensino superior visará à qualificação para o trabalho aponta uma meta a ser atingida. Descabe pensar que o grau acadêmico conferido pela universidade constitui presunção absoluta de capacidade para o exercício profissional. A atividade censória das autarquias profissionais demonstra que, não raro, a formação acadêmica é insuficiente à realização correta de determinado trabalho.

Vale notar que o bacharel em Direito pode, a par de submeter-se ao exame para tornar-se advogado, exercer diversas outras atividades que dispensam a inscrição nos quadros da Ordem. Há, inclusive, aquelas em que a inscrição é proibida, por absoluta incompatibilidade, como no caso dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público e dos quadros de apoio a tais carreiras. A incompatibilidade está prevista no artigo 28 da Lei nº 8.906/94. Observem que o Supremo já assentou que a realização de atividade jurídica para fins de posse na magistratura não se limita sequer aos cargos privativos de bacharel em Direito – Mandado de Segurança nº 27.604, relator Ministro Ayres Britto, julgado pelo Plenário em 6 de outubro de 2010, entre outros.

Às autarquias profissionais cabe implementar o poder de polícia das profissões respectivas. Cumprem o relevante papel de limitar e controlar, com fundamento na lei, o exercício de certo ofício, considerado o interesse público. Essa atividade não se confunde com o ensino ou mesmo com a atribuição, própria ao Poder Público, de credenciar instituições de ensino superior.

Nesse contexto, o artigo 44 da Lei nº 8.906/94 dispôs incumbir à Ordem dos Advogados do Brasil promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil. Essa prerrogativa se insere, como afirmou

anteriormente, na lógica do poder de polícia administrativa, o qual é dotado de natural vocação preventiva. Em rigor, embora não esteja submetida a tipo algum de hierarquia ou vinculação quanto à Administração direta, a Ordem exerce *função pública* e, enquanto tal, vale-se dos poderes próprios ao Estado, inclusive os de tributar e de punir. Descabe afirmar que se trata de instituição privada e, por isso mesmo, sem legitimidade para assumir o especial encargo previsto no diploma citado.

Observem mais: o Supremo, na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.717/DF, da relatoria do Ministro Sydney Sanches, assentando a impossibilidade de transferir o poder de polícia para entidades de direito privado, vislumbrou a inconstitucionalidade do § 2º do artigo 58 da Lei nº 9.649/98, em que se pretendeu transformar os conselhos de fiscalização profissional em associações privadas. O precedente vai de encontro à tese do recorrente, porquanto as instituições de ensino superior são majoritariamente pessoas jurídicas de direito privado, ressalvadas, obviamente, as instituições públicas que assumam a roupagem de fundações autárquicas e autarquias. Entender que os alunos provenientes de estabelecimentos públicos estariam dispensados de realizar o exame da Ordem seria – aí sim – implementar regime incompatível com o princípio da isonomia.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026, da relatoria do Ministro Eros Grau, o Supremo foi ainda mais longe, reconhecendo à Ordem o *status* de serviço público independente, porque executa não apenas funções corporativas, mas também institucionais. Basta recordar a legitimação para a propositura de ação direta, conforme o artigo 103, inciso VII, da Carta Federal, e a vocação histórica para a defesa do Estado Democrático de Direito. Como se vê, a atividade censória desenvolvida pela Ordem fundamenta-se igualmente nessa posição singular que ocupa no cenário brasileiro.

Concluo, também sob tal ângulo, pela valia constitucional do exame de suficiência para o acesso à advocacia, assim como da prerrogativa conferida à Ordem dos Advogados do Brasil de aplicá-lo, promovendo,

em caráter privativo, a seleção dos advogados na República Federativa do Brasil. Passo a analisar o último argumento, concernente à suposta violação ao princípio da legalidade, em razão da delegação efetuada pelo artigo 8º, § 1º, da Lei nº 8.906/94.

DA INEXISTÊNCIA DE DELEGAÇÃO LEGISLATIVA À ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL E DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA.

O recorrente diz da inconstitucionalidade da delegação da disciplina do exame à Ordem dos Advogados do Brasil, por ofensa ao princípio da legalidade, porquanto, segundo o artigo 8º, § 1º, da Lei nº 8.906/94, a regulamentação há de ocorrer por meio de provimento. Afirmo, mais, que tal competência deveria ser do Presidente da República, a teor do artigo 84, inciso IV, do Diploma Maior. O recorrido, para rebater a alegação, sustenta que o preceito legal teve por objetivo trazer uniformidade ao exame, já que o Estatuto da Advocacia delega às seccionais a tarefa de aplicá-lo, conforme o artigo 58, inciso VI, da Lei nº 8.906/94. Afirmo equivaler o regulamento a uma portaria ou ordem de serviço, ou seja, um ato administrativo subordinado, editado com o propósito de dar execução à previsão legal.

Em outras palavras, a questão suscitada é a seguinte: poderia o legislador atribuir à Ordem a prerrogativa de disciplinar a realização do exame para ingresso na advocacia de maneira tão sucinta?

Não cabe interpretar o mencionado artigo, embora pareça dotado de pouca densidade normativa, de forma solitária, olvidando-se a sistematicidade própria ao ordenamento jurídico. Digo isso porque, a toda evidência, o conteúdo da prova não poderá discrepar daquelas matérias que se enquadram nas diretrizes curriculares do curso de graduação em Direito, assim definido pelo Ministério da Educação, e hoje disciplinadas no artigo 5º, cabeça e incisos, da Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004, editada com fundamento no artigo 9º, § 2º, alínea “c”, da Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, com a redação

dada pela Lei nº 9.131, de 25 de novembro de 1995. Também poderão constar do teste as regras pertinentes ao exercício profissional da advocacia, tal como o Código de Ética e os ditames da Lei nº 8.906/94.

Com essa consideração, assevero que não há, no § 1º do artigo 8º da Lei nº 8.906/94, uma genuína delegação de poderes legislativos à autarquia corporativa. Sobre a distinção entre lei e regulamento de execução, José Afonso da Silva pontua que:

A distinção fundamental, hoje aceita pela generalidade dos autores, está em que a lei inova a ordem jurídico-formal, seja modificando normas preexistentes, seja regulando matéria ainda não regulada normativamente. Ao passo que o regulamento não contém, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal; limita-se a precisar, pormenorizar, o conteúdo da lei. É, pois, norma jurídica subordinada (*Comentário contextual à Constituição*, 2010, p. 490).

O trecho transcrito retrata com fidelidade o conhecimento convencional acerca da distinção entre lei e regulamento. Ora, se estão explicitados, nas leis regedoras da matéria, tanto o requisito para a inscrição – aprovação em exame de conhecimentos – quanto o respectivo conteúdo – diretrizes curriculares mínimas do curso de bacharelado em Direito e matérias correlatas ao exercício da advocacia –, nada mais natural do que transferir à Ordem a prerrogativa de editar as regras necessárias à operacionalização do teste. O provimento da entidade não será capaz de criar obrigação nova, mas simplesmente de dar concretude àquela já prevista em caráter abstrato. É o que se passa, de maneira análoga, com os concursos públicos, nos quais cabe à Administração definir, por meio do edital, como será realizado. Salta aos olhos a inexistência de inconstitucionalidade nessa prática.

Entender-se que o princípio da legalidade implica impor ao legislador o exaurimento de toda a matéria relativamente ao exercício do poder de polícia significa alargá-lo. A crença de que as condutas adotadas pelo Poder Público devem estar exhaustivamente versadas em lei em

sentido formal e material somente tem contribuído para o desprestígio da atividade legislativa, porquanto se traduz na produção desenfreada de leis, hoje na casa das centenas de milhares. A reserva de lei revelada no inciso XIII do artigo 5º da Carta da República esgota-se na previsão abstrata de que a aprovação no exame consubstancia requisito para o exercício profissional da advocacia, sendo certo que a disciplina dos detalhes a respeito da prova podem – e devem – ficar a cargo da própria Ordem.

O Direito, para manter-se atual, tem de estar aberto aos influxos sociais. Na quadra vivida, as mudanças constantes e rápidas tornam difícil ao operador do Direito acompanhá-las e, com maior razão, ao legislador. Antes se pensava no passar do tempo como algo positivo ao Direito, necessário à maturação das questões jurídicas, à reflexão sobre temas com relevante impacto social. Hoje, um simples piscar de olhos pode nos fazer obsoletos. Cito os avanços em campos como o da genética, das relações sociais, da internet, etc. Nesse contexto, o princípio da legalidade há de ser tomado em termos, não devendo prosperar a conclusão segundo a qual, ainda que a natureza da obrigação jurídica reclame certa integração em nível administrativo, surgiria, por tal razão, inexigível. A propósito, vejam a passagem de Karl Engisch, que bem retrata essa óptica:

O princípio da legalidade da actividade jurisdicional e administrativa, em si, permanece intocado. (...) As leis, porém, são hoje, em todos os domínios jurídicos, elaboradas por tal forma que os juízes e os funcionários da administração não descubrem e fundamentam as suas decisões tão-somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao do legislador. E assim continuará a ser no futuro (*Introdução ao pensamento jurídico*, 2001, p. 207).

A previsão do § 1º do artigo 8º do Estatuto da Advocacia reclama edição de genuíno regulamento executivo (ou de execução), destinado a tornar efetivo o mandamento legal. A Constituição Federal não impôs a reserva absoluta de lei para a restrição à liberdade de profissão, tal como fez quanto aos crimes, penas e tributos, conforme os artigos 5º, inciso XXXIX, e 150, inciso I. No mais, é impossível acolher a visão de que os regulamentos de execução constituem-se em mera repetição daquilo que está na lei, sob pena de retirar-lhes completamente o sentido e a utilidade. Ao reverso, há de reconhecer-lhes certo espaço normativo, embora limitado, atinente à integração entre a obrigação legal e a realidade concreta. Nesse sentido, André Cyrino dos Santos aponta:

(...) os regulamentos de execução são todos aqueles que se destinam a, de alguma forma, executar o que dispõe a lei sem contrariá-la, sendo que tal execução não está cingida à literalidade legal, mas sim à interpretação de certa maneira criadora do direito em cumprimento e complementação do espírito e do conteúdo da norma legislativa (*O poder regulamentar autônomo do Presidente da República*, 2005, p. 91).

Com essas considerações, passo a analisar a suposta violação ao artigo 84, inciso IV, da Carta Federal. O argumento consiste na alegada usurpação de competência privativa do Presidente da República para editar o regulamento de execução. Também aqui não há inconstitucionalidade a ser declarada. A atribuição constitucional aludida pelo recorrente não impede que a lei confira a entidades da Administração Pública, públicas ou privadas, a prerrogativa de concretizar, por meio de atos gerais e abstratos, alguns aspectos práticos que lhe concernem. A justificativa mais óbvia para isso encontra-se na possibilidade de revisão, por parte do Chefe do Executivo, dos mencionados regulamentos, porquanto subordinados à autoridade hierárquica presidencial (artigo 84, inciso II, da Carta Política). Essa explicação, porém, não daria conta dos entes e órgãos que não ficam inteiramente submetidos a esse mecanismo de controle. Sobre esses, como

é o caso da Ordem, a justificação exige reflexão maior.

Notem a nova feição da Administração Pública moderna. Conforme enfatiza a doutrina, a estrutura administrativa estabelecida em termos de hierarquia quase militar, no qual o Chefe do Poder Executivo figurava no topo da pirâmide, já não corresponde perfeitamente à imagem organizacional do Estado. As entidades autárquicas tradicionais, cuja disciplina geral encontra-se no Decreto-Lei nº 200/67, representam rompimento desse esquema, porquanto operam de forma autônoma, sujeitas unicamente às previsões de lei. Mais recentemente, importou-se para o Brasil o modelo das autoridades administrativas independentes, também denominadas agências reguladoras, as quais nada mais são que autarquias dotadas de autonomia reforçada. Com efeito, há figuras administrativas que ostentam razoável espaço de liberdade em relação ao próprio Chefe do Poder Executivo, ou ao menos devem ostentar.

Observem: são pessoas jurídicas que inequivocamente compõem a Administração Pública, exercem atividade administrativa – poder de polícia –, mas que não estão submetidas aos mecanismos clássicos de hierarquia ou tutela. Editam regulamentos e tomam decisões finais, sem possibilidade de revisão pelo titular do Poder Executivo. A esse cenário tem sido atribuído o rótulo de Administração Pública policêntrica, em contraposição ao modelo piramidal, no qual os órgãos e entes da Administração reconduzem atos e condutas à legitimação popular obtida, nas urnas, pelo Chefe do Executivo. Sobre esse tema, assim discorreu Gustavo Binenbojm:

O que parece importante destacar, do exposto, é o caráter multiforme na utilização das autoridades independentes. Como se disse logo no introito, o modelo de autoridades administrativas independentes vem se difundindo mundo afora para a regulação dos diversos setores sensíveis da vida econômica e social, aí incluídos os direitos fundamentais. (*Uma teoria do direito administrativo – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 2006, p. 248).

Sabemos que o poder político mostra-se uno e que a divisão horizontal atende à lógica da contenção do poder pelo próprio poder, conforme o célebre axioma de Locke e de Montesquieu, mas o princípio da separação de Poderes ou funções é mais do que contenção do poder: é otimização das funções públicas; é distribuição racional das tarefas do Estado. Impõe-se reconhecer que ele também está voltado à eficiência, à realização dos fins do Estado com maior presteza e segurança. Sob essa perspectiva, entende-se, por exemplo, ser constitucional a relativa independência dos titulares das agências reguladoras. Esse modelo já foi placitado pelo Supremo, consoante acórdãos atinentes à apreciação da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668/DF, cuja redação coube a mim, e da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.949/RS, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.

A previsão contida no § 1º do artigo 8º da Lei nº 8.906/94 deve ser analisada no contexto geral de reorganização das funções públicas. A Ordem dos Advogados do Brasil, precisamente em razão das atividades que desempenha, não poderia ficar subordinada à regulamentação presidencial ou a qualquer órgão público, não só quanto ao exame de conhecimentos, mas também no tocante à inteira interpretação da disciplina da Lei nº 8.906/94, consoante se verifica do artigo 78, a determinar que cabe ao Conselho Federal expedir o regulamento geral do estatuto. Nesse campo, a vontade superior do Chefe do Executivo não deve prevalecer, mas sim a dos representantes da própria categoria. Vale trazer à balha passagem do voto do Ministro Eros Grau proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026/DF, quando Sua Excelência assentou:

Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça, nos termos do que dispõe o artigo 133 da Constituição do Brasil. Entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de

advogados não poderia vincular-se ou subordinar-se a qualquer órgão público.

A própria natureza das atividades exercidas pela Ordem dos Advogados do Brasil, decorrente da leitura que o Supremo faz do artigo 133 da Carta Federal, demanda e justifica o regime especial previsto pela Lei nº 8.906/94.

Por essas razões, sob o ângulo ora examinado, tenho como constitucional o § 1º do artigo 8º da Lei nº 8.906/94, seja porque não corresponde a autêntica delegação legislativa, a ponto de violar a parte final do inciso XIII do artigo 5º da Lei Maior, seja porque não representa usurpação da competência do Presidente da República versada no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal. A pretensão de exaurimento da matéria na lei não encontra respaldo no texto constitucional e tampouco parece medida de prudência.

Ante tais fundamentos, conheço do extraordinário e o desprovejo.