



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS

A COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS DA OAB/DF APRESENTA AS SEGUINTESS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PARECER MINISTERIAL OFERTADO AO RE 603.583/RS (REL. MIN. MARCO AURÉLIO), QUE TRAMITA NO STF, DEBATENDO A CONSTITUCIONALIDADE DO EXAME DE ORDEM.

PONTOS CONCLUSIVOS

- 1. O Parecer ministerial ofertado à discussão sobre a constitucionalidade do Exame de Ordem não fornece elementos robustos quanto à opinião sustentada, qual seja, a de que o Exame viola a liberdade de ofício e profissão amparada pela Constituição Federal de 1988.*
- 2. Os precedentes brasileiros invocados não servem de referência, seja porque promoveram expresso distinguish quanto à OAB (RP 930), seja porque os elementos fáticos que os constitui são em tudo distintos do debate em análise (“Caso Diploma dos Jornalistas”).*
- 3. A Teoria dos Degraus, utilizada como suporte teórico a fundamentar a inconstitucionalidade da prova para ingresso na carreira de advogado, foi apresentada lastreada em um precedente do Tribunal Constitucional Federal alemão que, posteriormente sofreu uma releitura. O Parquet não contemplou esse elemento informacional fundamental para a discussão.*
- 4. Fez-se menção à decisão da Corte Constitucional de Portugal, quando, em verdade, esta entende que o Exame não fere a Constituição caso seja implementado por meio de lei, como ocorre no Brasil.*



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS

5. *O vício de proporcionalidade do Exame precisa ser comprovado. Para tal, é possível se valer de fórmulas como a Fórmula do Sopesamento, do jurista Robert Alexy. O Parecer alega o vício, sem demonstrá-lo.*
6. *Há, no Parecer, sugestões quanto a um modelo ideal de aferição da qualificação para o exercício da advocacia. O estágio profissional é um deles. Esse tipo de abordagem é inerente aos debates legislativos quanto ao tema e já foi afastado quando da rejeição da PEC nº 1, de 2010, que tinha, como pretensão, acabar com o Exame da OAB.*
7. *A experiência francesa prova o risco para a sociedade em se tentar dismantelar as importantes regras de acesso à profissão de advogado. Nesse país, no século XVIII, após um gradual esfacelamento das regras da Ordem, o resultado aferido por importante estudo registrou que “a justiça ficou praticamente sem apoio, e os jurisdicionados sem justiça”¹.*
8. *O Exame para ingresso nos quadros da OAB não viola a Constituição Federal de 1988, estando, o seu fundamento de validade, em norma legal que confere efeito a dispositivo constitucional de eficácia contida.*

Brasília-DF, 11 de agosto de 2011.

FRANCISCO QUEIROZ CAPUTO NETO

Presidente da OAB/DF

IGOR CARNEIRO DE MATOS

Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais da OAB/DF

SAUL TOURINHO LEAL

Secretário-Geral da Comissão de Assuntos Constitucionais da OAB/DF

¹ ROBERT, Henri. O advogado. Tradução Rosemary Costhek Abílio. Revisão da tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 94.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS

1. SOBRE a “EMENTA”

A ementa do Parecer faz alusão a dois precedentes do STF que são tidos como argumento de reforço para a suposta inconstitucionalidade do Exame para ingresso na carreira de advogado.

Invoca-se a Representação de Inconstitucionalidade nº 930, apreciada pelo STF, na década de 70, que debateu a regulamentação da profissão de corretor de imóveis.

O acórdão desse precedente registrou que “há profissões cujo exercício diz diretamente com a vida, a saúde, a liberdade, a honra e a segurança do cidadão, e por isso, a lei cerca seu exercício de determinadas condições de capacidade”, numa alusão aos médicos e advogados, deixando claro não servir para ser utilizado como elemento argumentativo favorável à inconstitucionalidade do Exame à luz da Constituição Federal de 1988.

Cita também o precedente do “Caso do Diploma dos Jornalistas” (RE 511.961/SP), outro que difere – fática e juridicamente – da discussão sobre o Exame. Consta do acórdão a ressalva quanto a peculiaridade do caso: “o jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação”.

Logo, ambos precedentes são inadequados para ilustrar a discussão atual.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS

I – SOBRE O ITEM “DA COMPETÊNCIA ATRIBUÍDA AO CONSELHO FEDERAL DA OAB PARA A REGULAMENTAÇÃO DO EXAME DE ORDEM”

O Parecer reconhece que a Lei nº 8.906/94, ao estabelecer o Exame como critério de ingresso aos quadros da advocacia brasileira “atendeu o princípio da reserva de lei”. Do mesmo modo, “ao delegar ao Conselho Federal da OAB a deliberação sobre as regras aplicáveis ao exame de ordem, não infringiu princípio da legalidade, pois ao provimento compete a definição das normas e diretrizes a serem observadas na sua aplicação (reserva de norma)”.

Segundo o Parecer, a delegação “também não atenta ou invade a competência privativa atribuída ao Presidente da República para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis (CF, art. 84, IV)”.

Concorda-se, portanto, que o Exame não foi criado por meio de um provimento da Ordem. O seu fundamento de validade é o Estatuto da OAB. O que se remeteu aos provimentos do Conselho Federal foram disposições de logística acerca da realização da prova, não havendo ingresso indevido no poder regulamentar constitucionalmente endereçado ao Executivo.

II – SOBRE O ITEM “DAS LIBERDADES PÚBLICAS E DA LIBERDADE PROFISSIONAL NAS CONSTITUIÇÕES LIBERAIS E PÓS-LIBERAIS”

Esse item introduz reflexões acerca da inadequação do modelo das chamadas corporações de ofício, além de traçar um histórico constitucional no Brasil quando à liberdade de ofício e profissão. Tem muito mais um caráter histórico-ilustrativo do que jurídico.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS

III – SOBRE O ITEM “DA LIBERDADE DE ESCOLHA, DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO E O CONTEÚDO ESSENCIAL DA LIBERDADE DE PROFISSÃO”

III.1 – Norma Constitucional de Eficácia Contida

O Parecer discorre sobre o art. 5º XIII, da Constituição Federal, que diz ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Sobre esse dispositivo, André Ramos Tavares diz que “trata-se de norma constitucional de eficácia contida, pois prevê a possibilidade de lei regulamentadora restritiva, vale dizer, que estabelecerá as qualificações e requisitos necessários para exercer determinadas profissões”². Já José Afonso da Silva afirma que “a lei referida não cria o direito, nem atribui eficácia à norma. Ao contrário, ela importa em conter essa eficácia e aplicabilidade, trazendo-lhes norma de restrição”³.

Dentro desse contexto é que surge o Estatuto da OAB.

Não sem razão, Kildare Gonçalves Carvalho afirma que “a liberdade de trabalho está condicionada às qualificações profissionais previstas em lei federal (cabe à União legislar sobre ‘condições para o exercício de profissões’ – art. 22, XVI, parte final)”, sendo que, estas qualificações profissionais correspondem ao “conjunto de conhecimentos necessários e suficientes para a prática de alguma profissão”.

² TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 588.

³ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 108.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS

Kildare Gonçalves alerta que “as qualificações profissionais a que se refere o texto constitucional não dizem respeito apenas à habilitação presumida pelo diploma, mas ao cumprimento de exigências formais, estabelecidas e fundadas em lei, pelas autarquias fiscalizadoras do exercício da profissão, como, v.g., a inscrição nos quadros da OAB para a advocacia”⁴.

Mesmo Virgílio Afonso da Silva, citado duas vezes no Parecer ministerial, confere a possibilidade de restrição ao comando constitucional contido. O argumento adicional que o jurista traz é a necessidade de fundamentação por parte do legislador, fundamentação esta amplamente divulgada no caso do Exame para ingresso na carreira de advogado.

Segundo Virgílio, “qualquer possibilidade de restrição a direitos fundamentais, autorizada ou não textualmente pela constituição, impõe sérios ônus de fundamentação ao legislador e está sempre submetida ao controle da proporcionalidade. Essa imposição extra, inexistente nas classificações tradicionais, confere exigências maiores à atividade do legislador que restringe ou regulamenta direitos fundamentais. Daí uma tendência também a um maior grau de proteção”⁵.

Portanto, há comando constitucional a permitir que, por meio de lei, seja introduzida, na carreira de advogado, exame de qualificação voltado para a aferição de conhecimentos básicos para o exercício do ofício.

⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 821.

⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 249.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS

III.2 – Sobre o Uso Inadequado da “Teoria dos Degraus”

A denominada “Teoria dos Degraus” (*Stufentheorie*), de matriz alemã, bem como o julgamento pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*) do célebre “Caso das Farmácias” (*Apothekenurteil*), serviu de suporte a embasar o raciocínio do Parecer no tocante à limitação a direito fundamental de exercício de uma profissão.

O “Caso das Farmácias”, de 11/06/1958, teve releitura em 17/07/1961, no “Caso do Exame para Mestres de Ofício” (*Handwerksordnung*), fato relevante não mencionado no Parecer.

Os elementos fáticos e jurídicos esboçados no “Caso das Farmácias” se distanciam do debate realizado no Brasil quanto à constitucionalidade do Exame para ingresso na advocacia. São as premissas teóricas, fáticas e jurídicas constantes do “Caso do Exame para Mestres de Ofício” que constituem material adequado.

O “Caso das Farmácias” tratou de alvarás de funcionamento para a abertura de farmácias após o advento de uma lei bávara de 1940 para o setor farmacêutico (*BayApothekenG*), enquanto o “Caso do Exame para Mestres de Ofício” (1961) debateu a constitucionalidade de dispositivo do Código de Regulamentação da Profissão do Mestre de Ofício (*Handwerksordnung*) que exigia a realização de um exame para o exercício da profissão liberal⁶.

Entendendo esse último como o referencial jurisprudencial adequado a

⁶ Toda a descrição do julgamento consta da decisão (*Beshluss*) do Primeiro Senado de 17 de julho de 1961 – 1 BvL 44/55.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS

reforçar os argumentos aqui trazidos, bem como por compreender como sendo a raiz da matriz teórica mais recente acerca da *Teoria dos Degraus*, faremos uma apresentação dos elementos que ilustraram esse julgamento, comparando-os com a realidade brasileira relativa ao Exame da OAB.

Em 1953 entrou em vigor, na Alemanha, o novo Código de Regulamentação da Profissão do Mestre de Ofício, que passou a exigir a realização de um exame para o registro como mestre de ofício.

O Exame visava aferir “se o candidato é capaz de administrar, autonomamente, uma oficina e de ensinar devidamente o ofício a aprendizes” e “identificar qualificações teóricas e práticas no candidato, que o habilitariam a exercer o seu ofício”. Proposta igual ao Exame da OAB.

Havia ainda disposição assegurando que, em casos excepcionais, órgãos competentes da cúpula da Administração poderiam conceder autorização extraordinária para os mestres de ofício.

Um artesão com problemas físicos (no ombro e na mão esquerda), que trabalhava há duas décadas, afirmou não poder continuar oficiando normalmente, mas, ainda assim, queria a autorização, independente do Exame. Após ter seu pedido indeferido nas instâncias administrativas, o debate foi encaminhado ao Tribunal Constitucional.

A Corte confirmou a constitucionalidade do Exame.

Segundo o Tribunal, a prova de habilitação para a profissão seria compatível com a Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*), uma vez que pressupostos



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS

subjetivos para a admissão são justificados “para a proteção de importantes bens da coletividade”. Discorrendo acerca das metas sociais do legislador a serem dignas de tutela, mencionou, além dos valores da coletividade, “a manutenção da qualidade da prestação do serviço e da capacidade da prestação do serviço”.

Trazendo à tona o “Caso das Farmácias” (*Apothekenurteil - BVerfGE 7, 377*), entendeu que a liberdade profissional constitui um desdobramento especial do mais abrangente direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Todavia, tal direito “deve ser harmonizado com os interesses da coletividade que [eventualmente, no caso concreto] possam se opor ao seu exercício ilimitado”. Essa harmonização vem da ação do legislador.

O Tribunal discorreu – como o fez o parecer ministerial brasileiro – sobre a chamada “Teoria dos Degraus” (*Stufentheorie*), destacando sê-la “o resultado da aplicação estrita do princípio da proporcionalidade junto às intervenções na liberdade profissional ordenadas pelo em comum”.

Segundo a Corte “a personalidade humana livre é o valor jurídico supremo, que, por isso, no momento da escolha profissional, a ela tem que ser reservada a maior liberdade possível”. Daí a “diferenciação entre as simples regras do exercício profissional e as limitações da escolha profissional, junto às quais, de novo [diferencia-se] entre os pressupostos subjetivos o qual intervenções somente serão respectivamente justificadas no ‘degrau’ que consigo trazer a menor limitação da liberdade profissional do indivíduo”.

A limitação legal à liberdade de profissão, portanto, impunha uma “ponderação entre os interesses contrapostos do indivíduo e da coletividade”.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS

O que interessou à Corte foi aferir “se os interesses públicos, a cuja proteção serve a regulamentação legal, podem, em geral, representar valores da coletividade de tal importância que justifiquem uma limitação da livre escolha profissional”. A inconstitucionalidade da lei só poderia ser declarada se suas razões “forem evidentemente errôneas ou incompatíveis com a ordem axiológica da Lei Fundamental (*Grundgesetz*)”.

A Corte reconheceu que o Exame “limita – em geral – sensivelmente a pretensão de liberdade do indivíduo, na medida em que proíbe ao indivíduo o início das atividades na profissão escolhida até que ele apresente a prova de que se sujeitou a uma formação que exige longo tempo e que passou em uma prova específica”. Também não negou que “o número dos atingidos pela regulamentação é proporcionalmente alto”.

Essa realidade destacada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão também é sentida no Brasil. Não se desconhece a abrangência das reprovações no Exame, como também o rigor exigido para o ingresso nos quadros da advocacia brasileira. Contudo, na Alemanha, o Tribunal realçou que não poderia “contestar as regulamentações profissionais só porque são controversas as opiniões políticas nas quais se baseiam”. Ou seja, não serve de elemento sindicável ao STF o desgosto pelo Exame, mas sim a sua sintonia com a Constituição Federal de 1988 ou não.

Para o Tribunal alemão “a exigência da prova de habilitação é um pressuposto subjetivo da admissão profissional”, sendo que, o registro da atividade profissional torna-se dependente da posse de competência e habilidades profissionais que o indivíduo tem de provar “por princípio, em um exame específico”. Situação idêntica à do Brasil, com o Exame da OAB.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS

O raciocínio desenvolvido é o mesmo do Parecer. Todavia, o resultado é oposto a ele, ou seja, conclui-se pela constitucionalidade do Exame.

No “Caso dos Mestres de Ofício”, a Corte compreendeu que o que o legislador buscava não era “afastar os riscos para a coletividade ou para o indivíduo, decorrentes do exercício inapropriado da profissão”, mas preservar “a conservação e fomento do saudável e prestativo artesanato como um todo”. Daí porque o Exame “não se choca nem com os princípios fundamentais nem com as decisões axiológicas específicas da Constituição”.

Um dos pontos abordados na decisão consistiu na possibilidade de o legislador, não exigindo o Exame, deixar para as forças da concorrência a apuração acerca da qualidade do profissional e, deste modo, ir fazendo a sua própria seleção quanto aos bons e aos maus profissionais. Esse é um dos argumentos daqueles que militam em favor do fim do Exame da OAB.

Para o Tribunal, regulamentações do exercício profissional “só se tornam eficazes para aquele que já iniciou a atividade profissional autônoma. Eles não asseguram nada contra a entrada de pessoas não-qualificadas na profissão”. Para a Corte, “até que estas sejam retidas [do mercado] ou ainda que sejam trazidas à qualidade produtiva desejável, tanto a clientela (por produções deficitárias), quanto a própria classe profissional (pelo deslocamento e bloqueio de oficinas realmente produtivas ou pela diminuição da reputação do ofício como um todo) poderão sofrer consideráveis danos”.

O caso do Exame da OAB tem perspectiva semelhante. Até que o mau profissional, para quem não se exigiu Exame, saia do ambiente jurídico no qual sobrevive, muitos danos já teriam sido causados a todos.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS

O Parecer brasileiro tem razão ao afirmar que o debate transita na própria “escolha profissional”. Todavia, ao discorrer sobre esse ponto, o Tribunal Constitucional Federal alemão afirmou que o legislador simplesmente “acreditou precisar implementar limitações da liberdade já no estágio da escolha profissional de pessoas inaptas”, razão pela qual não seria possível “contestá-lo, pressupondo-se, sempre, que essas medidas se pautem nos limites constitucionais e, especialmente, que observem o princípio da proporcionalidade”. Vê-se que é o caso de mera política legislativa, ou seja, os representantes dos cidadãos brasileiros, ao conferir eficácia ao comando constitucional, optaram pela realização de um Exame jurídico.

Para a Corte alemã, o Exame é “a forma de limitação à livre escolha profissional mais amena e que menos onera os candidatos”, uma vez que “limitações com um tal conteúdo legitimam-se a partir da matéria em si”.

Entendeu-se que “o devido exercício profissional de um ofício pressupõe conhecimentos e habilidades que podem ser adquiridos somente por meio da formação teórica e prática”. Ademais, “quando se concede o acesso a uma tal profissão somente àquele que adquiriu as capacidades necessárias para o devido cumprimento da atividade profissional, está-se exigindo do candidato apenas aquilo que ele, de qualquer maneira, a partir de uma avaliação racional e por iniciativa própria, deveria fazer”.

Para o Tribunal alemão, o sucesso da prestação de serviço do profissional liberal depende “de forma decisiva justamente de suas habilidades e conhecimentos pessoais”. Daí porque “uma regulamentação que exija apenas que ele comprove exatamente essas habilidades e conhecimentos, adequa-se tão perfeitamente à situação específica dessas profissões, que a limitação de



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS

liberdade como tal aí existente quase não é perceptível por parte do indivíduo, tendo apenas um pequeno peso, pelo menos quando comparada à proteção de importantes interesses da coletividade”.

Portanto, a construção teórica do Parecer ministerial acerca do indevido grau de limitação legal da liberdade de profissão no caso dos advogados, baseia-se em precedente afastado – fática e juridicamente – da realidade brasileira, não tendo tido, o *Parquet*, o cuidado de empreender esforço na análise de outro precedente alemão mais recente e faticamente próximo do debate quanto ao Exame brasileiro para ingresso na advocacia.

IV – SOBRE OS ITENS “DA INSCRIÇÃO DO BACHAREL EM DIREITO NOS QUADROS DA OAB” E “DA EXIGÊNCIA DE APROVAÇÃO NO EXAME DE ORDEM: OUTROS ASPECTOS RELEVANTES”

O Parecer ministerial brasileiro aponta divergências na doutrina e jurisprudência portuguesas acerca do Exame de Ordem. Todavia, a inspiração brasileira vem do ambiente luso-brasileiro, por meio do “exame que as Ordenações Filipinas (Livro 1, Título XLVIII) exigiam para os que desejassem atuar como procuradores na Casa de Suplicação, em Portugal”⁷.

O Parecer também menciona posição da Corte Constitucional portuguesa acerca do Exame. Todavia, o que a Corte definiu foi a necessidade de o Exame ser estabelecido por lei e não por mero ato administrativo (Proc. 561/10).

Segundo a Corte “a liberdade de escolha de profissão faz parte do elenco

⁷ LÔBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da advocacia e da OAB. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS

dos direitos, liberdades e garantias cuja restrição só pode, nos termos do artigo 18º, 2º e 3º, do texto constitucional, ser operada por via de lei formal, isto é, lei da Assembléia da República ou decreto-lei do Governo”.

Inadequada, portanto, a referência à realidade constitucional portuguesa.

V – SOBRE O ITEM “A EXIGÊNCIA DE APROVAÇÃO NO EXAME DE ORDEM COMO RESTRIÇÃO AO ACESSO À PROFISSÃO DE ADVOGADO”

Nesse item o Parecer ministerial introduz inúmeras sugestões acerca da qualificação ideal a ser exigida para os candidatos a ingresso na carreira da advocacia. O estágio de prática jurídica é uma dessas sugestões. Na maior parte do tópico não se tem o desenvolvimento de argumentos jurídicos a embasar a inconstitucionalidade do Exame, mas sugestões a serem endereçadas ao Poder Legislativo e que, de certo modo, já o foram quando do debate sobre a PEC nº 1, de 2010, que punha fim ao Exame da OAB e que foi rejeitada no Senado da República.

Quanto aos parágrafos dedicados ao conteúdo formador do Exame, vale contrapô-los com Paulo Lôbo, dedicado estudioso sobre os temas correlatos à OAB, que aponta que o “Exame de Ordem é um exame de aferição de conhecimentos jurídicos básicos e de prática profissional do bacharel em direito que deseja exercer a advocacia. Encarta-se entre as atribuições da OAB de seleção dos profissionais da advocacia”⁸.

⁸ LÔBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da advocacia e da OAB. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 93.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS

O Exame é composto de duas provas, sendo que, submete-se à segunda o candidato que lograr êxito na primeira.

As provas são: **i)** de conhecimentos jurídicos gerais relacionados às matérias profissionalizantes previstas nas diretrizes curriculares estabelecidas pelo Conselho Nacional de Educação, que todos os cursos jurídicos devem observar quando estabelecem seus currículos plenos; **ii)** de redação de peça profissional e de conhecimento práticos, na área especializada de escolha do examinando (direito constitucional, direito civil, direito penal, direito empresarial, direito do trabalho, direito tributário ou direito administrativo, além do correspondente direito processual).

O Exame não é desproporcional. Não há número de vagas. Para a primeira prova, de oitenta questões o candidato precisa acertar quarenta. Em caso de reprovação, cabe recurso. Na segunda fase ele será tido como aprovado se obtiver nota seis de um máximo de dez. Havendo reprovação, são cabíveis novos recursos. São realizados três exames por ano e o candidato reprovado não fica impedido de se submeter a tantos exames quanto queira.

VI – SOBRE O ITEM “DA LIBERDADE DE ACESSO A PROFISSÕES LIBERAIS E DOS PRINCÍPIOS DA ESSENCIALIDADE OU INDISPENSABILIDADE DO ADVOGADO PARA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA (CF, ARTS. 5º, XIII E 133)”

O Parecer ministerial sustenta a inconstitucionalidade do Exame para ingresso na carreira de advogado no Brasil em razão de vício de proporcionalidade. Menciona, inclusive, o jurista alemão Robert Alexy,



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS

conhecido internacionalmente pela sua teoria para aplicabilidade desse princípio baseado na sua *Fórmula de Sopesamento*.

Todavia, o Parecer não aplica a fórmula de Alexy como forma de demonstrar qual vetor constitucional há de prevalecer ou, então, que a intervenção legislativa sobre a liberdade de ofício ou profissão é excessiva. Simplesmente aduz-se ferimento ao princípio da proporcionalidade, muito mais como um argumento retórico do que jurídico, uma vez que não se demonstra, na teoria de Alexy – que foi a utilizada – o excesso.

Alexy é mencionado no Parecer em duas oportunidades. Contudo, passou ao largo da estruturação do Parecer a opinião do jurista sobre o debate, qual seja, a restrição ao direito fundamental de exercício de ofício ou profissão.

Alexy relembra que “há casos nos quais o legislador pode ser mais generoso do que teria que ser em favor de direitos individuais, em detrimento de interesses coletivos”. O exemplo é o “Caso da Exame para Mestres de Ofício”.

Para ele, a decisão mostra que “é possível falar que o legislador tem uma competência constitutiva para a imposição de restrições. No primeiro caso isso ocorre na medida em que ao legislador é concedido o poder de decisão sobre as interpretações concorrentes; no segundo caso, porque a reserva legal dá ao legislador a possibilidade de realizar o direito fundamental em um grau maior que aquele que a Constituição exige em vista de princípios colidentes. O legislador tem, portanto, uma competência constitutiva para a imposição de restrições”⁹.

⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 294.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS

O marco teórico utilizado pelo Parecer como fornecedor de elementos suficientes a demonstrar o vício de inconstitucionalidade do Exame por ausência de proporcionalidade, foi, na verdade, mal utilizado, pois a *Fórmula do Sopesamento* ofertada pelo teórico não foi contemplada. Ademais, considerações específicas do autor acerca do tema em debate – imposição legal de Exame para o exercício de profissão – foram abandonadas, o que empobrece o debate por sonegar informações da literatura especializada.

Noutra direção, o Parecer ministerial refuta o raciocínio segundo o qual o advogado teria uma função pública a tal ponto de o ingresso na carreira equivaler ao ingresso nas carreiras de Estado.

Vale rememorar a posição do STF quanto à natureza da OAB e dos advogados: "(...) A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. (...) 7. A Ordem, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional". (ADI 3026/DF (Rel. Min. Eros Grau – 08/06/2006).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 fez reverência ao exercício da advocacia. O artigo 133 da Carta da República enuncia: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS

O advogado é um homem público. Assim o é por expressa disposição legal.

O artigo 2º do Código de Ética da OAB no Brasil determina que o advogado é muito mais do que um mero defensor da causa por ele patrocinada. O *caput* do artigo diz que o advogado é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social.

Ainda no *caput* do artigo 2º do Código de Ética da OAB temos a expressa determinação de que o advogado deve subordinar a atividade do seu ministério privado à elevada função pública que exerce.

Com a leitura do Código de Ética da OAB há, no parágrafo único do artigo 2º, um rol de deveres a serem observados pelo advogado. Basta a leitura do inciso III. Ele nos diz que o profissional deve zelar pela sua reputação profissional. Entretanto, diz que o advogado deve zelar também pela sua reputação pessoal. E por quê assim o é? Pelo fato do advogado se revestir de características muito peculiares e todas elas se voltarem para a coletividade.

Por fim, para deixar ainda mais claro que o advogado está necessariamente inserido na comunidade exatamente pela importância do papel que ele exerce o inciso IX do artigo 2º do Código de Ética dispõe como sendo um dever do advogado: “pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade”.

O papel do advogado tem natureza pública, por estar ele colocado, pela Constituição Federal, de igual para igual entre os atores envolvidos no processo judicial, seja o juiz, o membro do *Parquet*, o defensor público ou os advogados públicos. Nada obstante sua atividade ter natureza de profissional



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS

liberal, não o é na mesma medida das demais, tendo, em si, um caráter público substancial que em tudo recomenda rigoroso zelo para com o ingresso de novos profissionais em seus quadros.

ADENDO 1 – PONTES DE MIRANDA: LIÇÃO SOBRE LIBERDADE

O Parecer ministerial se vale, em sete oportunidades, das lições de Pontes de Miranda. O pensamento desse importante jurista brasileiro acerca da liberdade pode ser resumido pela seguinte passagem de sua autoria: “O homem não deixa de ser livre se aceita regra que o não desnivela, como homem, abaixo dos outros homens. Entendamos: se a aceitou por decisão própria, ou em processo de votação em que a sua vontade atuou, igual e livremente, ainda que não vencesse”¹⁰.

É essa a situação do Exame da OAB, decorrente de norma legal geral e abstrata incidente sobre os que pretendem compor a nobre advocacia.

ADENDO 2 – A INTRODUÇÃO DA ÉTICA COMO DISCIPLINA AUTÔNOMA DO EXAME A ENSEJAR REFORÇO NA LEGITIMIDADE DA ORDEM NA FISCALIZAÇÃO ÉTICO-PROFISSIONAL DOS ADVOGADOS

Há, ainda, questão não abordada no Parecer ministerial. A OAB exerce uma rigorosa fiscalização ética sobre os advogados, baseada no seu próprio Estatuto e Código de Ética. Tal fiscalização tem por premissa conhecimentos básicos que o candidato a advogado tenha sobre ética,

¹⁰ MIRANDA, Pontes de. Democracia, liberdade, igualdade. Atualizador: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002, p. 729.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
 CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
 COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS

quando do Exame, constituindo, este – que traz a Ética como disciplina específica -, um reforço à legitimidade do poder fiscalizador da OAB.

Não há condições de a advocacia aferir se os postulados éticos necessários ao exercício da OAB têm sido ofertados a contento pelas instituições de ensino superior que oferecem cursos de Direito. Essa realidade não é somente brasileira. Walter Bennet, fazendo considerações quanto aos Estados Unidos, afirma que “as atitudes propiciadas pela própria cultura da faculdade de direito não estimulava os alunos a pensarem na ética com seriedade. Os estudantes de direito aprendem a ver a leis de maneira crítica e cética, bem como a analisar os códigos e casos em busca dos limites e exceções a essas leis. Também aprendem que a advocacia agressiva é essencial para o sucesso do advogado. Um dos efeitos dessas lições autoritárias é fomentar nos alunos uma atitude de minimalismo moral: as predileções morais devem ser reprimidas para que não compliquem a análise jurídica e inibam a ação decisiva e vitoriosa. Esta não é uma atitude capaz de promover uma séria aplicação das leis da ética, amiúde mais ideais que normáticas”¹¹.

Inserir a disciplina Ética no Exame reforça a exigência, pela Ordem, de um comportamento idôneo por parte dos seus inscritos. Quando se confere uma finalidade a um órgão, implicitamente lhe é dado os meios para alcançá-la¹². A roupagem ética da OAB é densa, constituindo-se de um

¹¹ BENNET, Walter. O mito do advogado: reavivando ideais da profissão de advogado. Tradução de Valter Lellis Siqueira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 4/5.

¹² Em 1819, o *Chief Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, John Marshall, estabeleceu a teoria dos poderes implícitos, reafirmada em 1926 no caso Myers pela frase do *Chief Justice* William Howard Taft: “O poder de destituir é implícito no de nomear”. Em 1935 e 1958, a Suprema Corte rejeitou a aplicação desse precedente às nomeações de prazo certo para órgãos dotados de autonomia administrativa. Tanto no caso *Humphrey's Executor v. United States*, como em *Myron Wiener v. United States* garantiu-se o exercício das funções e atribuições dos órgãos autônomos com a necessária independência, em face do Poder



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS

Código, seguido de vários provimentos, além de um Tribunal de Ética com poderes sancionadores. Exigir, no Exame, que o candidato comprove, também, o conhecimento acerca de postulados éticos básicos, reforça esse conjunto de instrumentos disponível a exercer o poder fiscalizador.

ADENDO 3 – OS EFEITOS COLATERAIS NAS TENTATIVAS DE SUPERAÇÃO DAS REGRAS DO EXAME PARA INGRESSO NA CARREIRA DE ADVOGADO – A EXPERIÊNCIA FRANCESA

De tempos em tempos, tenta-se por fim às rígidas regras da Ordem dos Advogados, no Brasil e no mundo. O exemplo francês é ilustrativo.

A Revolução no século XVIII suprimiu a Ordem dos Advogados.

Em 2 de setembro de 1790, um decreto dispôs: “Por não deverem formar nem ordem nem corporação, os homens de lei anteriormente chamados advogados não usarão em suas funções nenhuma indumentária particular”. Era o fim do uso da beca e o início do desmantelamento das regras da Ordem.

Em 16 de dezembro de 1790, outro decreto permitiu que litigantes se defendessem pessoalmente ou por meio de um “defensor oficioso”, sendo que, para se tornar um, bastava um certificado de civismo dizendo ser ‘bom patriota’. O argumento era o mesmo do Parecer aqui analisado: a liberdade¹³.

O resultado da manobra foi descrito num minucioso relatório em 1795: “A

Executivo, para que pudessem cumprir, a salvo de ingerências, a política ou orientação fixada pelo Poder Legislativo ao instituir tais entidades autônomas.

¹³ ROBERT, Henri. O advogado. Tradução Rosemary Costhek Abílio. revisão da tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 93.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS

justiça ficou praticamente sem apoio, e os jurisdicionados sem justiça”¹⁴.

Em 1811 a Ordem dos Advogados foi restabelecida. Daí o estudioso francês, Henri Robert, ponderar que “esse respeito a nossas tradições constitui nossa força e nossa grandeza (...), essa nossa severidade para conosco mesmos constitui nossa própria honra”¹⁵.

Ao final, Henri Robert faz uma pergunta acerca das rígidas regras de ingresso na Ordem dos Advogados: “por mais rígidas que sejam, algum dia elas impediram um advogado de mérito de mostrar seu valor e cumprir sua missão? Algum dia elas estorvaram o verdadeiro talento?”¹⁶

Hoje, são dois os exames para o C.A.P.A. (*Certificat d’aptitude à la profession d’avocat*): i) ingresso na Escola de Formação Profissional de Advogados (EFB); ii) um ano de estudos de prática profissional. Após prestar o compromisso, “o advogado deve realizar estágio de dois anos na Escola, em escritórios, empresas, órgãos públicos, defendendo causas e dando consultas”¹⁷.

CONCLUSÃO

O Exame para ingresso nos quadros da OAB não viola a Constituição Federal de 1988, estando, o seu fundamento de

¹⁴ ROBERT, Henri. O advogado. Tradução Rosemary Costhek Abílio. Revisão da tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 94.

¹⁵ ROBERT, Henri. O advogado. Tradução Rosemary Costhek Abílio. Revisão da tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 94.

¹⁶ ROBERT, Henri. O advogado. Tradução Rosemary Costhek Abílio. Revisão da tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 94.

¹⁷ LÔBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da advocacia e da OAB. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 98.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS

validade, em norma legal que simplesmente dá efeito a dispositivo constitucional de eficácia contida.

Brasília, 11 de agosto de 2011.

FRANCISCO QUEIROZ CAPUTO NETO
Presidente da OAB/DF

IGOR CARNEIRO DE MATOS
Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais da OAB/DF

SAUL TOURINHO LEAL
Secretário-Geral da Comissão de Assuntos Constitucionais da OAB/DF