

Fundamentos da constitucionalidade do exame de ordem

Questão constitucional de grande relevância está em pauta no Supremo Tribunal Federal. Trata-se de controvérsia sobre a constitucionalidade do artigo 8º, § 1º, da Lei nº 8.906/94 e dos Provimentos nº 81/96 e 109/05 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no que condicionam o exercício da advocacia a prévia aprovação no Exame de Ordem. O tema merece atenção de toda sociedade, porque o exercício da advocacia tem direta relação de identidade com o modelo de Estado brasileiro.

Prima facie, as normas legais impugnadas encontram seu fundamento no poder outorgado pelo Constituinte ao Congresso Nacional para regulamentar o exercício profissional (artigo 22, XVI, da Carta de 5 de outubro). De fato, não há direito absoluto ou incondicionado à prática de profissões, admitindo o artigo 5º, XIII, CF a possibilidade de imposição por lei de requisitos para o exercício desses misteres, *in verbis*:

“É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

As normas do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil atendem rigorosamente à parte final do ditame constitucional reproduzido, já que **veiculadas por lei em sentido formal**, cabendo recordar a lição de José Afonso da Silva, no sentido de ser “absoluta a reserva constitucional de lei quando a disciplina da matéria é reservada pela Constituição à lei”¹.

Mesmo que inexistente fosse, na parte final do dispositivo do artigo 5º, XIII CF, a expressão “que a lei estabelecer”, a necessidade de ato do legislativo para estabelecer restrição de acesso a exercício de ofício derivaria dos princípios constitucionais, em especial do Princípio da Legalidade, mandamento “*específico do Estado de Direito*”, na dicção de Celso Antônio Bandeira de Mello.²

Com efeito, versando os dispositivos do artigo 8º, IV, e 58, VI, da Lei 8.906/84, regramento de liberdade constitucional, havia de se respeitar - como de fato o foi - o princípio da reserva legal, que determina “*a necessidade de lei em caso de limitação ou restrição a direitos individuais, de modo que a ruptura desse princípio por normas inferiores configura ofensa constitucional*”.³

Ainda sob o prisma da constitucionalidade formal, **respeitou-se a competência exclusiva da União**, integrando as normas impugnadas no recurso extraordinário Lei Nacional - o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil - , emanada do Poder Legislativo federal.

¹ SILVA, José Afonso da, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 18ª. Edição, Malheiros, pág. 426.

²BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio “Curso de Direito Administrativo”, pág. 89, 20ª Edição, Malheiros, São Paulo, 2006.

³ MENDES, Gilmar. Jurisdição Constitucional, 5ª. Edição. São Paulo, Saraiva, 2007, pág. 227.

A autorização constitucional expressa para o regramento do exercício de profissões contempla, forçosamente, três diferentes dimensões:

- a) pode-se estabelecer requisitos para o ingresso na profissão, tais como a aprovação em Exame de Ordem, ora *sub examine*,
- b) admite-se o estabelecimento de condições para a continuidade do exercício do ofício;
- c) como consectário lógico do referido no item b, pode ser regado procedimento de exclusão dos quadros da profissão regulamentada pelo não atendimento das condições de exercício, ou por medida disciplinar, conduzida no seio do conselho ou entidade profissional criada por lei.

A atribuição pelo legislador da competência administrativa aos Conselhos Seccionais da OAB para a realização dos Exames de Ordem – posta no artigo 58, VI, da Lei 8906/94 – tampouco pode ser impugnada, pois igualmente efetivada por lei em sentido formal.⁴

Constitucionalidade substancial: Da compatibilidade do exame de ordem com os princípios da carta de 5 de outubro e com a dignidade constitucional da advocacia

O conteúdo axiológico do Princípio da Razoabilidade foi bem expresso por Luis Roberto Barroso, que o enuncia como *“um parâmetro de valoração dos atos do poder público para aferir se eles estão informados pelo valor superior a todo ordenamento jurídico: a Justiça.”*⁵.

Prossegue o professor fluminense, distinguindo entre as dimensões interna e externa desse Princípio:

“Essa razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei: é a chamada razoabilidade interna, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. Aí está incluída a razoabilidade técnica da medida (...) De outra parte, havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é, sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional”⁶.

Sob o prisma da razoabilidade interna do Exame da Ordem, parece não haver dúvida de que tal requisito de exercício profissional é necessário e adequado.

⁴ “Somente a lei poderá atribuir a outras entidades, que não escolas e universidades, capacidade e legitimidade para dizer sobre a aptidão para essa ou aquela profissão (...). O legislador, quando entende ser indispensável a realização dos aludidos exames para inscrição no respectivo órgão de fiscalização da categoria profissional, determina-o de modo expresso”., (Resp 503.918 MT 2 t, j 24.6.03, rel. Min. Franciulli Neto)

⁵ BARROSO, Luis Roberto, “Interpretação e Aplicação da Constituição”, 7ª. Edição, Saraiva. 2009, pags. 230/1.

⁶ BARROSO, Luis Roberto, op. cit., pág. 231/3.

A proliferação de Faculdades de Direito, sem estrutura administrativa e adequada capacitação de professores, gera legiões de graduados, que não reuniriam condições mínimas para a obtenção do próprio título de bacharel. Tal titulação – em lugar da reprovação que se impunha - é-lhes atribuída pela instituição de ensino para mascarar a sua própria ineficiência. Em situação de mascarado conflito de interesse, para não revelar os defeitos do curso, o vazio canudo do bacharelado é conferido pela escola que frustrou ao estudante a formação digna de que era merecedor.

As estatísticas de elevada reprovação nos sucessivos Exames de Ordem, em todos os estados brasileiros, evidenciam de forma candente a crise das Faculdades de Direito. O noticiário sobre os resultados dos concursos para as carreiras jurídicas – inclusive da Magistratura e do Ministério Público - corroboram as mesmas conclusões: não obstante milhares de candidatos, remanesce sem preenchimento volume significativo de vagas, pelo não-atingimento das notas mínimas de admissão.

Em lugar de se reformar o ensino jurídico, com o objetivo de que o sacrificado e suado valor das mensalidades pagas pelos bacharelados redunde em formação científica sólida, pretendem alguns que se faça verdadeira *fuite en avant*, dando-se automaticamente ao graduado despreparado o direito de ingresso nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil ou, mais precisamente, o direito de atuar profissionalmente como advogado.

Os que postulam tal posição minoritária **ignoram que ao interesse do bacharel contrapõe-se o direito da coletividade de impedir que profissionais desprovidos de capacitação venham a pôr em risco a liberdade, o patrimônio e os direitos de terceiros que os venham a contratar.**

De fato, ainda sob o pálio da Constituição Republicana de 1891 – que garantia, sem ressalvas explícitas, ampla liberdade de exercício profissional –, Ruy Barbosa propugnava pela viabilidade de fixação de condições legais **para o exercício profissional “impostas pela necessidade correlata de anteparar outros direitos”**.⁷

Conclui-se pela necessidade de aferição da qualificação profissional do bacharel como requisito de exercício da nobre função da advocacia – já pela crise do ensino jurídico, já pelo imperativo de compatibilização entre o direito de exercício do ofício e os interesses dos potenciais patrocinados ou representados.

Tal necessidade vem atendida, de modo adequado e proporcional, pelo Exame de Ordem. O bacharelado, por si só, não evidencia a capacitação para o exercício da profissão. No julgamento do Recurso Especial 214.671/RS, o Min.

⁷ BARBOSA, Ruy. “Commentarios a Constituição Federal Brasileira” coligidos e ordenados por Homero Pires, Saraiva, vol. VI, pág. 38, 1934.

Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, bem enfatizou **“não ser lícito confundir o *status de bacharel em Direito* com aquele de advogado. Bacharel é o diplomado em curso em curso de Direito. Advogado é o bacharel credenciado pelo Estado ao exercício do *ius postuland* (...) A inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil não constitui mero título honorífico, necessariamente agregado ao diploma de bacharel. Nela se consuma ato-condição que transforma o bacharel em advogado (...) A seleção de bacharéis para o exercício da advocacia deve ser tão rigorosa como o procedimento de escolha de magistrados e agentes do Ministério Público. Não é de bom aviso liberalizá-la”**.

Atente-se ainda à lição doutrinária de Ruy Sodré⁸:

“(...) Realmente o excesso de bacharéis, em grande parte mal preparados, jurídica e moralmente falando, em Faculdades que não possuíam estrutura suficiente, tanto nas faixas do corpo docente como no discente, encontrava, no estágio ou no exame de Ordem, um sério óbice ao ingresso nos quadros da Ordem dos Advogados. Daí, avolumar-se a campanha contra esses dois institutos moralizadores da profissão, que encontrou eco no Parlamento, onde o problema foi distorcido, bafejado por uma demagogia política, ou mesmo por interesses de proprietários de Faculdades.

Argumenta-se que o diploma de bacharel já constituía uma presunção legal de habilitação, não competindo à Ordem dos Advogados imiscuir-se no exame de disciplinas lecionadas nas Faculdades, revendo o aproveitamento do aluno.

A presunção legal, no entanto, consiste em que a habilitação é para bacharel em direito, e não para advogado, pois que os dois institutos – estágio e exame de Ordem – visam exclusivamente à demonstração de aptidão para exercício da profissão de advogado.

Pelo currículo das Faculdades, onde o ensino é meramente teórico, não se diplomam advogados e sim e tão-somente bacharéis em direito”.

O concurso de provas objetivas atende aos mandamentos de isonomia e impessoalidade, restringindo-se à comprovação de capacidade técnica. Retomando-se a lição de Ruy Barbosa, as condições de exercício profissional ***“forçosamente se hão de cingir à prova de capacidade, limite dentro do qual a exigência legislativa ou regulamentar não offende a essência do direito, nem lhe desfalca ao legítimo gozo.”***⁹

⁸SODRÉ, Ruy A. A Ética Profissional e o Estatuto do Advogado. São Paulo, Ltr:1975, pg.298.

⁹ Nesse sentido: *“a limitação legal deve ater-se às condições técnicas, intelectuais e científicas do profissional”* (AC 89.04.181410 PR, 1 t, TRF 4 R, j 2.4.92, Rel. Juiz Haddad Vianna)

As características do Exame de Ordem são expostas no excerto abaixo, extraído de Gisela Ramos¹⁰:

“(...) De acordo com os termos deste provimento, o Exame de Ordem abrange duas provas. A primeira delas, OBJETIVA, com questões de múltipla escolha, é de caráter eliminatório, e visa a avaliar os conhecimentos gerais do candidato. A segunda, PRÁTICO-PROFISSIONAL, acessível apenas aos aprovados na prova objetiva, exige a redação de uma peça profissional privativa de advogados(petição ou parecer) e respostas a questões práticas sob a forma de situações-problemas. Do resultado de ambas nas provas cabe Recurso à Comissão de Exame de Ordem, cuja decisão é irrecorrível”.

Ainda sobre a proporcionalidade, enfatize-se que o Exame de Ordem não contempla qualquer restrição ou impedimento absoluto ao exercício profissional. Não há número preestabelecido de admitidos, ou limite para ingressantes. As provas são de caráter eliminatório e não classificatório. Em outras palavras, o destino do candidato está em suas próprias mãos. **Comprovando per se conhecimento jurídico, logrará o bacharel aprovação, independentemente dos resultados dos demais candidatos.**

Do exame de ordem como instrumento para a efetivação da missão constitucional da advocacia

Ao longo da milenar história da advocacia, os exames de admissão profissional revelaram-se instrumentos-chave para a institucionalização da profissão. O desenvolvimento de uma função social especializada na defesa de direitos de terceiros exigiu aferição de conhecimentos técnicos e de valores éticos comuns daqueles que pretendiam se dedicar àquele mister.

Tratando do *collegium* - a primeira ordem dos advogados, ao tempo do Império Romano -, Luiz Carlos de Azevedo observava que a nomenclatura era diversa de um corporação de ofícios, ***“pois a “ordem” se acomodava, como hoje também se ajusta, ao conceito de disciplina que aqueles juristas do século VI haviam se imposto – como os advogados de hoje igualmente observam -, com vistas à defesa do exercício pleno de seu ministério, no firme propósito de manter e conservar, em toda a sua integridade, a soma daqueles princípios que os impulsionam e os conduzem”.***¹¹

A partir de Constantino, a matrícula nos *Collegia* de advogados exigia a submissão a exame.¹² No medievo, enfatiza James Brundage que, além do

¹⁰RAMOS, Gisela Gondin. Estatuto da Advocacia – Comentários e Jurisprudência Seleccionada. Rio de Janeiro, Forense: 2009, 5ª ed. pg.147).

¹¹AZEVEDO, Luis Carlos de. Prefácio à Obra “História da Advocacia”, de Hécio Maciel França Madeira, RT 2002, pág. 10.

¹² BRUNDAGE, James. “The Medieval Origins of the Legal Profession: canonists, civilians and courts”. The University of Chicago Press, 2008, pag. 26

título universitário, os advogados e procuradores tinham de se submeter a exames para poder atuar nas cortes reais, imperiais e eclesiásticas.¹³

No Brasil, a Lei 4215/63 já previa, em seu artigo 53, o Exame de Ordem. Foi sob o pálio desse diploma legal que a Advocacia Brasileira estruturou-se e organizou-se em âmbito nacional, preparando-se para a heróica luta pelo Estado de Direito que lideraria nos anos subseqüentes.

A história brasileira reflete assim essa verdadeira lei da história universal: a estruturação da advocacia acha-se indelevelmente ligada à existência de mecanismos de aferição da idoneidade daqueles que abraçarão esse ofício.

A dignidade constitucional da Advocacia e a sua natureza de função pública têm sido reiteradamente enfatizadas pelo Supremo Tribunal Federal. *Verbi gratia*, transcrevem-se as cristalinas palavras constantes do voto do Ministro Carlos Ayres Brito, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.127 DF (j. em 17 de maio de 2006, RTJ 215/551):

“O advogado, no seu munus privado – todos nós dizemos isso –, presta uma função pública. Se a jurisdição é função pública genuína, virginal e depuradamente pública, e o advogado é essencial à prestação dessa atividade estatal, é porque ele coexerce uma função pública. E a dignidade da advocacia está exatamente nessa adjutória coparticipação. Daí por que a Constituição fala quatorze vezes de advogado, parece que três vezes de advocacia, numerosas vezes de Conselho Federal da Ordem. Nenhum outro conselho federal mereceu, da Constituição, uma única menção.”

A ligação visceral entre o Exame de Ordem e a Função Pública da Advocacia é enfatizada pela doutrina de modo uníssono, valendo por todos Gladston Mamed¹⁴ e Paulo Lobo¹⁵, respectivamente:

“Exige-se, ainda, para a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil que o bacharel seja aprovado em exame de admissão, o Exame de Ordem. A existência dessa avaliação necessária para a concessão de status de advogado, ou seja, o poder/dever de exercer a advocacia, de representar o interesse de terceiros, de participar da administração da Justiça (do ius dicere) parte da percepção de que apenas os estudos superiores não formam o juristas com a envergadura suficiente para a função social de advogado”.

“Para Carnelutti não há dúvida de que o patrocínio, estreitamente ligado à ação no processo, serve a um interesse público, segundo o

¹³“Prospective advocates and proctors faced the additional hurdle of passing on admissions examinations” (Brundage, James, op. cit., pág. 262).

¹⁴ MAMED, Gladston. **A Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. São Paulo, Atlas: 2003. pg. 101/102

¹⁵ LOBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. São Paulo, São Paulo, Saraiva: 2009, 5ª ed. pg.29

critério, ou correspondente a uma função pública ou mesmo a um serviço público, segundo o critério de distinção entre estas suas espécies de atividade pública. Diz Fabio Konder Comparato que o múnus público da advocacia, marcado pelo monopólio do jus postulandi privado em todas as instâncias, com raras exceções, bem demonstra que a atividade judicial do advogado não visa, apenas ou primariamente, à satisfação de interesses privados, mas à realização da justiça, finalidade última de todo processo litigioso.(...)A Advocacia, sobretudo quando ministrada em caráter privado, é exercida segundo uma função social intrínseca. A função social é a sua mais importante e dignificante característica”.

Assim, o provimento do Recurso Extraordinário 603.583 em muito comprometerá a efetividade dessa função pública. Poucas vezes terá a advocacia se defrontado com um risco tão dramático de desestruturação de seu regime jurídico. A organicidade da classe dos advogados, sob o pálio da OAB, ficará irremediavelmente comprometida. E, abalada e fragilizada a advocacia, abre-se o flanco do Estado de Direito para as investidas do arbítrio e do abuso político e econômico.

Ademais, a abertura irrestrita dos quadros profissionais a bacharéis formados por Faculdades em que o ensino é fragilíssimo, sem outros controles de aptidão que não os da própria instituição educacional – a primeira interessada em mascarar sua inépcia -, aportará riscos incalculáveis aos terceiros que os constituírem mandatários. As liberdades públicas e o patrimônio pessoal da população padecerão em mãos incapazes, uma vez afastada a OAB do controle da aptidão dos bacharéis.

Nenhuma incompatibilidade existe entre o estabelecimento pelo legislador do Exame de Ordem e a Constituição. O artigo 53 da revogada lei 4215/63, bem como os artigos 8, IV e 58 VI, da Lei 8906/94 foram editados em momento de pleno exercício da liberdades públicas, e sob a égide de constituições democráticas.

Iguais exigências colocam-se no ordenamento jurídico de nações avançadas, consoante a lição da doutrina já mencionada de Paulo Lobo:

“A exigência de Exame de Ordem ou do equivalente Exame de Estado(prestado perante tribunais ou outros órgãos públicos)para os que desejam exercer a advocacia é procedimento comum em quase todos os países do mundo. Segundo levantamento feito pelo Conselho Federal da OAB junto às embaixadas instaladas em Brasília, na maioria dos países o Exame de Ordem ou equivalente é exigível juntamente com um estágio realizado após a graduação, durante dois anos, em média”.

O artigo 53 do antigo Estatuto da OAB, em seus 30 anos de vigência, não sofreu questionamento relevante na seara jurisprudencial ou suscitou polêmicas no âmbito doutrinário. De igual modo, as Cortes brasileiras, em sua quase unanimidade, afirmam a legitimidade e constitucionalidade do Exame de Ordem previsto na Lei 8906/94, desde a promulgação desse diploma, há mais de 17 anos.

Linha principiológica do supremo tribunal federal

Essas questões constitucionais relativas ao exercício profissional não são novas no Supremo Tribunal Federal. O modelo de Estado adotado pelo Brasil, ao privilegiar a Ordem Econômica e Financeira, fez inserir princípios gerais da atividade econômica que devem ser seguidos, respeitados e cobrados.

Não há dúvida alguma que o Brasil está comprometido com a liberdade de exercício de atividades econômicas, nem poderia ser diferente nessa quadra da história, quer se avalie pela perspectiva da globalização, quer pelo relevante crescimento de nossa democracia intramuros.

Quando o art. 170, único, estabelece que é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei, nada mais faz do que concretizar fundamento da República antes e em boa hora expresso no art. 1º, IV, relativo aos fundamentos sociais do trabalho e da livre iniciativa.

O intérprete deverá alcançar a pretensão do constituinte ao elevar a fundamento da República os “valores sociais” do trabalho e da livre iniciativa.

Parece fora de dúvida que a solução da questão constitucional possa estar muito mais nesse irrecusável atributo de **valoração social** do trabalho e da livre iniciativa do que na concepção dissociada de ser genericamente liberto o exercício de atividade econômica, enquanto princípio geral econômico e financeiro.

É preciso compreender que a Constituição objetiva bem maior, que é sempre colocar em evidência o interesse coletivo ao particular. Ainda que a Carta constitucional possua um dos mais belos e extensos rol de garantias individuais que se tenha notícia na humanidade – e que deve ser paradigma para a construção de novos Estados na sulamérica ainda não totalmente democrática ou nos países do leste europeu e os regimes fechados que começam a ruir com as ditaduras derrubadas de Saddam, Kadafi e outros – **não há receio em afirmar que prevalece o coletivo em detrimento ao individual.**

Não a rigor pela conhecida supremacia do interesse público sobre o particular, como se vê em aulas iniciais de Direito Administrativo, mas, notadamente, porque o Estado tem razão de existir para garantir a todos o bem comum, não apenas a alguns ou individualmente considerados de seus jurisdicionados.

Talvez aí esteja a explicação mais convincente para se afirmar que nenhum direito tenha natureza absoluta, porque sempre haverá necessidade de pô-lo em confronto com direitos que sejam não maiores, mas, essencialmente, mais condizentes ao Estado. Basta ver o maior direito existente, que é o da vida (de caráter individual), e a sua limitação contida de forma expressa no art. 5º, XLVII, “a”, permissivo de pena de morte em caso de guerra declarada (v. art. 84, XIX).

Se o direito à vida sucumbe em caso de necessidade social, mostrando, outrossim, a natureza sempre relativa de qualquer direito, a começar pelo maior deles, é bastante confortável sustentar que também o direito à livre iniciativa e o direito ao trabalho devem estar norteados por **valores coletivos**.

Esse “valor coletivo” que tem permissão constitucional para imiscuir-se na seara individual de direitos, a ponto de restringi-los, a ponto mesmo de permitir a pena de morte em desabono do supremo direito de viver, é sem dúvida a linha mestra estatal. O objetivo mais essencial do Estado outro não pode ser senão o de garantir sua coesão, fazendo a todos ver que o coletivo está acima do individual. É por isso que se diz que o Estado é de todos, não apenas de alguns.

No caso em tela, a questão constitucional nem chega a ser complexa, embora sobre ela recaia forte conotação subjetiva, alguma antipatia, mediante construção de tese em absoluto equivocada, de que o Exame de Ordem para os advogados constitua vilipêndio ao direito individual de ser advogado. Ainda que a premissa de o Exame restringir a atividade econômica e profissional pudesse ser aceita (quando já se mostrou que não é, porque ele confere tantas “vagas” quantos candidatos aprovados haja) é bastante precipitado e equivocado considerar que tal direito de ser advogado possa ser de natureza absoluta, especialmente se lembrarmos que nem o direito a vida o é.

Exatamente aqui o ponto da solução constitucional: que valor busca a Constituição Federal mais preponderantemente: o de permitir indistintamente a todos a possibilidade de serem advogados sem, portanto, a necessidade do Exame de Ordem ou conferir o regramento profissional, atribuindo à Ordem dos Advogados do Brasil a disciplina da atividade da advocacia, a começar pelo ingresso e a culminar com as penalidades, até mesmo a de exclusão, daquele que se portar ilegalmente no exercício da profissão?

Não fossem os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa fundamentos da República (art. 1º, IV) talvez a resposta não estivesse tão claramente à vista como esteja. Talvez aí nesse caso o intérprete devesse socorrer-se a princípios e a valores decerto implícitos no texto constitucional para conseguir responder se o Exame de Ordem é constitucional ou inconstitucional.

Mas estamos em caso de menor complexidade intelectual, pois a própria Constituição já está dizendo que o Exame de Ordem para advogados é

constitucional, se levarmos em conta que a **valoração social** de trabalho e da livre iniciativa é fundamento da República.

Na medida em que não há direito absoluto e também na medida em que a prevalência do interesse coletivo ao individual é razão fundante do Estado, é preciso necessariamente examinar a constitucionalidade do Exame de Ordem para os advogados em função de sua **valoração social**.

E disto não escapa dizer que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei (art. 133, CR). Portanto, **trata-se de profissão que tem inquestionável compromisso social**. É este o fundamento da constitucionalidade do Exame de Ordem para advogados: serão profissionais que se encarregarão da administração da justiça. Talvez se o Estado não tivesse privilegiado o Direito, a profissão pudesse ser exercida sem se levar em consideração seu aspecto social e, outrossim, pudesse enquadrar-se na regra usual da livre iniciativa.

Mas não foi esta a opção constitucional de 1988. O art. 1º, *caput*, da Constituição da República deixa expresso que **a República Federativa do Brasil [...] constituiu-se em Estado Democrático de Direito**. É exatamente aqui que se encontra a motivação constitucional primária da importância social da advocacia. E é exatamente essa **importância social** (decorrente do próprio regime jurídico do Estado brasileiro) que permite, para não dizer obriga, o legislador federal a estabelecer a necessidade de Exame de Ordem para advogados. Isso não é senão a evidência de que o coletivo (importância social da advocacia) prevalece sobre o individual (regra da livre iniciativa dissociada dos valores sociais).

É preciso perquirir, nesse plano de ideia, o alcance da expressão “valores sociais” do trabalho e da livre iniciativa. É inconcebível supor que por “valores sociais” compreenda-se tão e somente a faceta individual do direito a determinada profissão. Nessa expressão, é necessário encontrar onde reside a prevalência do coletivo sobre o individual para aí sim extrair a relativização constitucional do direito a determinada profissão.

Dito por outra forma: é equívoco pensar que o valor social diz respeito apenas àquele que exercerá a profissão da advocacia, como forma de inserção na cadeia econômica e do próprio desenvolvimento social. É preciso por em evidência a sua atividade, a destinação social da sua atividade, a missão constitucional da sua atividade para extrair o outro lado, isto é, a valoração social da advocacia já não mais pelo prisma individual do advogado, mas, essencialmente, pela coletividade que atenderá.

Essa linha já vem sendo seguida pelo Supremo Tribunal Federal. No recente julgamento do RE 414.426/SC (Min. Ellen Gracie, DJe 10.10.11) **foi estabelecida premissa que levou em consideração os valores sociais da**

livre iniciativa e do trabalho quando o Tribunal apreciou a questão da constitucionalidade do regramento dos músicos junto à Ordem dos Músicos do Brasil. Naquele julgamento, já como ementa, foi fixado entendimento no sentido de que **“nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionados ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional”**.

Mede-se o “potencial lesivo” a que se reporta a ementa acima para dizer que a atividade deva ou não precise ser protegida e regradada por Lei **em função de sua natureza social**. É exatamente a faceta pública do “valor social” do art. 1º, IV, da Constituição que distinguirá, dentre as profissões, aquelas que podem ser exercidas livremente (regra) daquelas que devem passar por critérios aferidos por lei e mediante Conselhos ou... Ordens (exceção).

Não se está a dizer que uma profissão mereça mais encômios que outra, nem que o advogado seja melhor que o músico, a ponto de ter sua profissão disciplinada por lei em contrapartida à dele, que o Supremo Tribunal Federal acabou de reconhecer como regra, não a situando enquanto exceção. Pensamento dessa envergadura, além de equivocado, diminuiria sensivelmente a necessidade de respeito às vocações, porque nesse desiderato têm valor tanto um quanto outro ofício.

Mas distinguir as profissões é adequado. Distinguir a música da advocacia faz todo sentido sob a perspectiva do Estado de Direito. E tratar o advogado na mesma linha de ser atividade “regra” e não lhe reconhecer seu aspecto de “exceção” contraposto ao músico é desatender a isonomia que há muito Ruy Barbosa difundiu entre nós, a partir de Aristóteles, ensinando a tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, no limite.

O limite está na valoração social de uma e de outra profissões, não por aquilo que valem frente ao seu aspecto individual, no contexto da vocação, mas, essencialmente, aquilo que dizem ao Brasil, pela perspectiva coletiva, ao se considerar que o Advogado é essencial à administração da Justiça (**e o músico não**) e que o Direito (**e não a Arte**) é valor sobre o qual se funda o regime jurídico do estado brasileiro.

É por isso que o músico segue a regra da liberdade e **o advogado segue o rito da exceção**, porque a sociedade espera de um muito menos que cobrará do outro.

Essa importância que o Direito tem para o regime jurídico do Estado brasileiro (Estado Democrático de Direito) acaba por conferir-lhe singular magnitude social. Sempre na linha do art. 1º, IV, da Constituição, deve ser reconhecida **p a singularidade da profissão do advogado**, exatamente na linha do acórdão relativo aos músicos quando, com superioridade de razão, o Tribunal afirmou que **“é verdade que a Constituição em vigor, assim como as anteriores, ao**

garantir a liberdade do exercício de profissão, não o fez de forma absoluta. A liberdade está sujeita às qualificações profissionais que a lei exigir. Essa limitação há que ser posta, entretanto, sempre, com vistas ao interesse público".

Então, quando se cogita de Exame de Ordem para a advocacia, a análise não pode ser simplista a ponto de limitar-se à defesa de direito individual, mas, necessariamente, à luz dos valores sociais envolvidos, parafraseando o Supremo, "***sempre com vistas ao interesse público***."

E nesse passo, é irrecusável também transportar para o presente estudo a assertiva contida na questão dos músicos, quando com segurança a Min. Ellen Gracie afirmou que "***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***."

Vai-se além. **O domicílio natural dessas limitações de exercício profissional é o interesse coletivo.** O interesse coletivo mede-se em função da importância social do trabalho. Ainda que a Lei confira proteção ao patrimônio artístico, não se pode afirmar que a execução inadequada de determinada música comprometa a sociedade brasileira. Seria insustentável pensamento desse jaez. Mas colocado em perspectiva, é forçoso concluir que **o exercício inadequado da advocacia compromete sim (e muito) o Estado brasileiro**, não só porque alicerçado no Direito, mas também por ser o advogado essencial à administração da justiça.

A linha que se espera venha a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento que se inicia em 26 de outubro de 2011 já veio, *incidenter tantum*, exposta na questão dos músicos, quando a advocacia foi diferenciada dessa profissão, ao se afirmar que "há atividades cujo mau exercício pode implicar sério dano" coletivo. Adiante, o acórdão reporta-se à advocacia como uma delas: "***daí a exigência de que médicos, psicólogos e enfermeiras, engenheiros e arquitetos, advogados e professores ostentem curso superior como requisito para o exercício dessas atividades. Exige-se o registro do diploma e, na maioria dos casos, também o registro profissional perante o conselho criado para a fiscalização da atividade***".

Mais do que esses atributos, o legislador quis inserir para a advocacia o Exame de Ordem. **Exatamente por reconhecer a importância da advocacia como um todo.** Não é à toa que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil sustentou, em campanha muito bem elaborada, que entre a Ordem e o Brasil está o Advogado. O advogado e a advocacia são relevantes não mais como profissão e atividade profissional, mas, muito mais do que isso, **têm inegável relevância para a manutenção do Estado de Direito**, não sendo demasiado lembrar que já o foram importantes também para a sua própria conquista.

Não há tanto sabor de novidade nessa discussão. Ainda as Constituições de 1946 e 1967 tratavam do livre exercício profissional, entendendo o Supremo Tribunal Federal que “**essa liberdade não é absoluta**”. (Representação 930/DF, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJ 5.5.76), competindo ao Judiciário avaliar as circunstâncias pelas quais se passaria do regime da regra para o tratamento excepcional do exercício profissional.

Espera-se que o Supremo Tribunal Federal possa reconhecer que **o trabalho do advogado possui relevância social bastante aguçada**. E isto se diz não por propósitos menores, corporativistas, mas porque o advogado tem como missões a construção da interpretação do Direito, mais a garantia da segurança jurídica, tudo isto a culminar na pacificação social não pelo uso da força, mas, pelo rito da democracia, pela força da lei.

A Lei, aliás e para finalizar, estabeleceu que “**no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social**” (Lei 8.906/94, art. 2º, §1º). É exatamente por tal conferência legislativa que a situação deve ser encarada não mais como a regra da liberdade profissional, no que refere ao exercício da atividade, mas consentaneamente com seus atributos, no regime das exceções, para se entender constitucional a exigência do Exame de Ordem para advogados.

Conclusão

Outra não poderia ser a conclusão senão a de que **o Exame de Ordem para advogados**, por meio do qual o bacharel seja habilitado ao exercício profissional, **é constitucional**. Seja pelos aspectos formais, seja pelos aspectos materiais deduzidos neste estudo. A importância social da advocacia a distingue enquanto exceção da regra da livre iniciativa e trabalho, inserindo a carreira dentre aquelas poucas que exigem cuidados especiais pela importância e pela repercussão sociais que possui, tanto mais se considerada a grave crise do ensino jurídico no Brasil.

Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa

Diretor Secretário do IASP.

Ruy Pereira Camilo Jr

Diretor Financeiro do IASP.