

# Os porquês do Exame de Ordem ser constitucional

10/10/2011

O Supremo Tribunal Federal deverá julgar, em breve, o recurso extraordinário 603.583, no qual se debate a constitucionalidade da exigência de aprovação no Exame de Ordem, como requisito para a inscrição do bacharel em direito nos quadros da Ordem dos Advogados.

O nó Górdio do debate está em determinar se a exigência do Exame de Ordem viola o direito fundamental plasmado no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, ou se, ao revés, tal restrição estaria dentro do campo de limitação atribuído pelo próprio constituinte ao legislador ordinário, no que tange ao livre exercício profissional.

É indiscutível que a liberdade de profissão é uma garantia fundamental consagrada na generalidade dos Estados Democráticos de Direito e, como não poderia deixar de ser, em nossa Constituição. Contudo, igualmente evidente é o fato de que o constituinte delegou ao legislador ordinário a tarefa de limitar o direito fundamental em causa.

Todavia, na medida em que as leis restritivas de uma dada garantia constitucional sofrem, elas próprias, limitações, para o deslinde da controvérsia contida no referido recurso extraordinário é preciso verificar se a limitação consubstanciada na exigência de Exame de Ordem colocaria ou não em xeque o próprio núcleo da garantia fundamental que se pretendeu limitar.

Na lição de Canotilho:

“O princípio da proibição do excesso, atrás considerado como um subprincípio densificador do Estado de direito democrático (cfr., *supra*), significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida).”[1]

Na mesma senda, Zippelius afirma:

“De acordo a concepção liberal só se deve restringir a liberdade dos indivíduos na medida em que tal for necessário no sentido dos fins prevaletentes da comunidade. Cada um no Estado deveria ficar tão livre quanto possível. Neste sentido, p. ex., Blackstone definiu a liberdade do cidadão como ‘*natural liberty so far restrained by human laws and no farther as it is necessary and expedient for the general advantage of the public*’. A esta idéia correspondem hoje princípios da *proporcionalidade* e da *proibição de excesso*. O primeiro requer que os custos e benefícios das intervenções estatais se encontrem numa relação adequada em termos recíprocos e designadamente que os benefícios de um intervenção (naturalmente apropriada) prevaleçam sobre os seus inconvenientes. A proibição do excesso exige que dentro do quadro assim determinado também não se exceda a medida necessária de uma interferência nos interesses e de uma limitação das liberdades.”[2]

Assim, diante da limitação legal a um direito fundamental, é preciso indagar, em síntese, quanto a sua necessidade e adequação, sem descuidar que, como adverte Gilmar Mendes, amparado em Piero e Schlink, “a prova da *necessidade* tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste da adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final”.<sup>[3]</sup> Há, ainda, que examinar, como lembra Barroso, “se os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade em sentido estrito*)”<sup>[4]</sup>.

Na busca das razões que, eventualmente, tornariam necessário o Exame de Ordem, faz-se oportuno trazer ao debate o testemunho de Suzanne Darrow-Kleinhaus que – em um cenário em que os recursos materiais e humanos disponíveis são, sem dúvida, muito menos escassos – afirma:

*“In working with candidates preparing to retake the bar exam, what I found perhaps most incomprehensible was that after three and sometimes four years of law school, and presumably after reading hundreds of cases, these candidates sounded nothing like lawyers. The language of Holmes, Cardozo, Brennan, and Blackmun had not made the slightest impression on them. In their essays, there was not a scintilla of evidence that they had even attended law school.”*<sup>[5]</sup>

O trecho acima evidencia a perplexidade de uma especialista no equivalente americano (*bar examination*) a nosso Exame de Ordem, diante do fato de que os candidatos, após anos de estudo, simplesmente não haviam dominado sequer rudimentos da linguagem jurídica.

As razões para que essa situação ocorra, mesmo em um país avançado, estão abertas à discussão, mas um fato inegável é o de que, assim como nos EUA, no Brasil, muitos estudantes de Direito chegarão ao final de seus cursos despreparados para o exercício da advocacia.

Em Portugal, verifica-se que o artigo 188º do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei 15/2005, de 26 de janeiro de 2005) prevê a aplicação das denominadas “provas de aferição” ao término da primeira fase do estágio e, finalmente, a aprovação “em exame nacional de avaliação e agregação”, como condição para “a atribuição do título de advogado”.<sup>[6]</sup>

Registre-se, por oportuno, que o tribunal Constitucional de Portugal declarou a inconstitucionalidade somente do artigo 9º-A, nº 1 e 2, do Regulamento Nacional de Estágio, da Ordem dos Advogados daquele país, por vislumbrar a ocorrência de mero vício formal, derivado do fato de que o referido dispositivo estabeleceria, sem base legal, mais uma prova (para ingresso no estágio), além daquelas já previstas no mencionado art. 188º, que, assim, segue em vigor e com sua constitucionalidade livre de questionamentos.

Vê-se, pois – para ficar apenas em dois exemplos de países desenvolvidos sob o ponto de vista econômico, e que, indiscutivelmente, observam os princípios, direitos e garantias inseparáveis da idéia de democracia – que os EUA e Portugal admitem provas similares àquelas aplicadas pela OAB, sem que se questione sua compatibilidade com a garantia da liberdade de profissão, naturalmente, acolhida por seus respectivos sistemas jurídicos. Naqueles países, portanto, a exigência de provas para admissão na profissão de advogado não é considerada desnecessária,

inadequada ou desproporcional, muito menos inconstitucional.

Essa constatação aponta no sentido de que, mesmo em países com um sistema educacional mais aperfeiçoado do que o brasileiro e com uma proporção de advogados em relação à população certamente menor, a realização de provas como o Exame de Ordem é havida como necessária.

No entanto, em seu Parecer, proferido nos autos do recurso extraordinário já aludido, o Ministério Público Federal – MPF afirma:

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

Sustentou o representante do MPF que a restrição em debate seria, portanto, uma resposta à suposta saturação do mercado e à deficiência do ensino jurídico, para, a partir daí, concluir que o Exame de Ordem não passaria no teste da proporcionalidade e violaria o núcleo do direito fundamental à liberdade profissional, já que a saturação do mercado seria uma justificativa de cunho meramente corporativo, destinando-se a criar uma verdadeira reserva de mercado, ao passo que a proclamada deficiência do ensino jurídico seria um fato imputável exclusivamente ao Estado e à própria OAB, que falhariam em seus deveres de fiscalização dos cursos jurídicos.

Ora, para testar a constitucionalidade da medida restritiva em foco, muito além de suposições quanto a seus objetivos, é preciso verificar *in concreto* se o Exame de Ordem serve a alguma necessidade voltada ao interesse público e, portanto, apta a tornar compatível sua existência com o direito fundamental que se buscou limitar.

Segundo dados amplamente divulgados na imprensa, o Brasil teria 140 faculdades de Direito a mais do que o somatório de todos os demais países do mundo (1.240 *versus* 1.100)[7].

Ainda que não se deva presumir que tais faculdades, em sua esmagadora maioria, tenham um nível muito baixo de ensino, é razoável afirmar, com base em dados do próprio Ministério da Educação – MEC, que algumas, de fato, o têm e, talvez, sequer deveriam estar abertas.

Por mais que o MEC e a OAB se esforcem, o excessivo número de faculdades em funcionamento faz com que a fiscalização rigorosa de todas as instituições esbarre, à evidência, na reserva do possível, posto que esse objetivo exigiria uma quantidade de recursos humanos e materiais incompatível com a realidade de um país ainda em desenvolvimento.

Nessas circunstâncias, o próprio Exame de Ordem revela-se como poderoso instrumento de fiscalização, haja vista que aponta quais são as Faculdades cujos alunos são menos aprovados e que, por isso, merecem mais atenção.

Por sua vez, a ampla divulgação de *rankings* de Faculdades de Direito, a partir dos resultados obtidos por seus alunos no Exame em questão, favorece a transparência, permitindo que os cidadãos interessados no estudo do Direito façam escolhas conscientes quanto à instituição em

que buscarão se matricular. Em outras palavras, aquele que, mesmo sabendo que uma determinada faculdade jamais formou bacharéis que fossem aprovados no Exame de Ordem, busca, ainda assim, sua matrícula em tal instituição, tem perfeita consciência de que sua escolha implicará em dificuldades adicionais para seu futuro êxito naquele exame.

Ademais, dado o impressionante número de Faculdades de Direito em operação em nosso país e, por isso, de bacharéis formados a cada ano, é falaciosa a idéia de que bastaria melhorar o nível de ensino daquelas instituições para que rigorosamente todos os diplomados estivessem concretamente qualificados para o exercício da profissão de Advogado. Ainda que o quadro do ensino universitário no Brasil se tornasse comparável ao dos EUA, acreditar em tal resultado implicaria em desconhecer a natureza imperfeita do ser humano e de suas instituições e negar, dessa maneira, um fenômeno (a diplomação de bacharéis que ainda não estão aptos ao exercício da advocacia) que, como já referido anteriormente, não é uma exclusividade brasileira.

Releva acrescentar que o exercício da advocacia, por sua importância para o Estado de Direito, mereceu da Constituição pátria um tratamento diferenciado. Como bem explicitou Siqueira Castro:

“Observem que, ao lado da menção de órgãos, autoridades, funções públicas e atividades empresariais diversas empreendida pela Constituição da República, a única profissão em sentido estrito capaz de ser exercida em caráter privado que foi objeto da contemplação constituinte foi a profissão de advogado. Sem nenhum desmerecimento das demais profissões, o estatuto supremo da nação não se ocupa da profissão de médico, de engenheiro, de contador e das outras mais, que restaram amparadas sob a proteção geral do livre exercício de profissão, trabalho ou ofício, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º, XIII).

Tal se deve, a toda evidência, não em razão de interesses meramente corporativos da profissão de advogado, o que moralmente não se justificaria. Mas, sim, à associação íntima e impossível de ser desconectada entre o exercício dos direitos fundamentais, de uma lado e dentre outros, o direito ao acesso à Justiça, ao contraditório e à ampla defesa com os recursos a ela inerentes, ao devido processo legal, à presunção de inocência, à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, à incolumidade física e moral dos detentos e às condições de regularidade da prisão (v.g. Constituição Federal, art. 5º, incisos XXXV, XLIX, LIV, LV, LVI, LVII, LXI, LXV), e de outro lado, a inviolabilidade da profissão de advogado e dos meios, instrumentos, locais de trabalho e prerrogativas próprios ao seu pleno exercício.”[8]

Destarte, se a Constituição reconhece o advogado como indispensável à administração da Justiça, temos, então, que o mau exercício da advocacia pode colocar em causa os direitos fundamentais dos cidadãos, com gravíssimas e, muitas vezes, irreversíveis consequências para a Justiça e para a salvaguarda dos direitos humanos.

A eliminação do Exame de Ordem, que levaria, como corolário, à inscrição quase automática de todos os bacharéis em direito existentes nos quadros da OAB, teria o condão de substituir aquele Exame pelo temível teste da realidade – em regra, impiedosa – com a agravante de que, então, as principais vítimas seriam os cidadãos indefesos, que pagariam com seus bens, sua

liberdade e até mesmo com sua vida pelos erros de um advogado despreparado.

Pela imensa responsabilidade conferida por nosso sistema jurídico ao advogado, obviamente, não basta que o bacharel esteja “em tese” preparado para o exercício da advocacia, é preciso que tal preparo seja minimamente demonstrado *in concreto*, sendo essa a nítida função do Exame de Ordem: aferir se o bacharel, de fato, atingiu aquela qualificação minimamente necessária.

Também não se pode aceitar a tese de que a simples existência do Exame de Ordem interferiria na liberdade de escolha do ofício de Advogado, constitucionalmente garantida, haja vista que as regras estabelecidas pela OAB valem para todos os bacharéis, que poderão se submeter ao Exame de Ordem quantas vezes forem necessárias para alcançar a aprovação. Não há, portanto, qualquer barreira objetiva ou impedimento *a priori*, qualquer discriminação odiosa em razão de gênero, raça, religião, idade ou classe social. Ninguém que se mostre qualificado será impedido de exercer a advocacia.

Portanto, somente seria possível enxergar inconstitucionalidade em um Exame de Ordem que exigisse o conhecimento de matéria que não fosse pertinente à prática da Advocacia, ou seja, irrelevante para a qualificação do Advogado. Mas, quanto a esse ponto, não há controvérsia, eis que ninguém duvida que os conhecimentos exigidos nos sucessivos Exames de Ordem são necessários à prática da advocacia.

É curioso notar que o Tribunal Constitucional Alemão já se posicionava nesse sentido em precedentes datados de 1958 e 1961, respectivamente, dos quais é oportuno extrair os seguintes trechos:

“A regulamentação da admissão profissional pela fixação de pressupostos subjetivos é uma parte do ordenamento jurídico de uma profissão: ela possibilita a entrada para uma profissão, apenas de modo certo e na maioria das vezes formal, de candidatos qualificados. A legitimidade da limitação deriva de sua própria matéria objeto. Ela se baseia no fato de que muitas profissões exigem certos conhecimentos técnicos a serem adquiridos por cursos teóricos e práticos e certas habilidades (em sentido amplo), e que o exercício destas profissões sem a devida qualificação seria impossível ou inadequado, podendo provocar danos e perigos para a coletividade. O legislador concretiza e “formaliza” apenas essas exigências que se derivam das relações reais preexistentes. Do indivíduo, exige-se, na forma de uma formação específica, tão somente o que ele já precisaria passar segundo a própria matéria subjacente à escolha profissional, se ele quiser exercer a profissão regularmente. Essa limitação de liberdade mostra-se, assim, como o meio adequado para a prevenção contra possíveis riscos e desvantagens para bens jurídicos coletivos. Ela também não é inaceitável, porque em sendo igual para todos os candidatos e por eles previamente conhecida, o indivíduo poderá, antes mesmo da escolha profissional, avaliar se será a ele possível cumprir os pressupostos exigidos. Aqui vale o princípio da proporcionalidade no sentido de que os pressupostos subjetivos prescritos não devem estar “fora de relação” [serem inadequados] em face do propósito almejado do cumprimento regular da atividade profissional.”[9]

“Trata-se tão somente de uma formalização e concretização dos pressupostos de qualificação decorrentes da natureza da matéria, quando o legislador determina detalhadamente os conhecimentos e habilidades necessários, além do tipo e do modo como eles devem ser adquiridos. 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.”[10]

A acusação de corporativismo levantada contra a OAB, por sua vez, não tem qualquer sustentação na realidade de um país que já conta com mais de 700 mil Advogados, aos quais acrescenta outros 18 mil a cada novo exame.

Há que sublinhar que a absurda hipótese de utilização espúria do Exame de Ordem pela OAB – que possui uma inegável e admirável história de luta pela democracia e pelos direitos humanos – com o único objetivo de barrar, de forma injusta, a inscrição de bacharéis em seus quadros precisaria, além de tudo, contar com a cumplicidade de uma instituição respeitável como a Fundação Getúlio Vargas, encarregada de elaborar o último Exame de Ordem. É preciso convir que seria necessária uma imprudente dose de niilismo para não vislumbrar a inviabilidade prática de uma conspiração dessa monta.

Nesse quadro, portanto, verifica-se que o Exame de Ordem é constitucional, pois se revela como absolutamente necessário e constitui providência adequada e proporcional, em sentido estrito, para impedir que bacharéis que, por qualquer motivo, não tenham alcançado uma qualificação mínima venham a contribuir, no exercício da advocacia, ainda que involuntariamente, para a violação irreversível dos direitos fundamentais de seus clientes.

[1] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, , pg. 457.

[2] ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 389.

[3] MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 322.

[4] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 306.

[5] DARROW-KLEINHAUS, Suzanne. **A response to criticisms of the bar exam**. Sítio da *National Conference of Bar Examiners*. Disponível em: < [http://www.ncbex.org/uploads/user\\_docrepos/740205\\_darrowkleinhaus.pdf](http://www.ncbex.org/uploads/user_docrepos/740205_darrowkleinhaus.pdf) > Acesso em: 07 out.2011

[6] “Artigo188.º

## Duração do estágio, suas fases e exame final

1 - O estágio tem a duração global mínima de dois anos e tem início, pelo menos, duas vezes em cada ano civil, em datas a fixar pelo Conselho Geral.

2 - A primeira fase do estágio, com a duração mínima de seis meses, destina-se a fornecer aos estagiários os conhecimentos técnico-profissionais e deontológicos fundamentais e a habilitá-los para a prática de actos próprios de profissão de competência limitada e tutelada, após aprovação nas respectivas provas de aferição daqueles conhecimentos.

3 - Com a aprovação nas provas de aferição e subsequente passagem à segunda fase do estágio, são emitidas e entregues aos advogados estagiários as respectivas cédulas profissionais.

4 - A segunda fase do estágio visa uma formação alargada, complementar e progressiva dos advogados estagiários através da vivência da profissão, baseada no relacionamento com os patronos tradicionais, intervenções judiciais em práticas tuteladas, contactos com a vida judiciária e demais serviços relacionados com a actividade profissional, assim como o aprofundamento dos conhecimentos técnicos e apuramento da consciência deontológica mediante a frequência de acções de formação temática e participação no regime do acesso ao direito e à justiça no quadro legal vigente.

5 - O estágio termina com uma avaliação individualizada do respectivo processo de formação, dependendo a atribuição do título de advogado de aprovação em exame nacional de avaliação e agregação.”

[7] Brasil tem mais cursos de Direito do que todos os outros países do mundo juntos. Disponível em: Acesso em: 09 out. 2011.

[8] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Inviolabilidade de escritórios e advocacia e departamentos jurídicos das empresas - sigilo profissional e prerrogativas da profissão de advogado**. Sítio do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB. 2009. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-2809.pdf>> Acesso em: 07 out.2011.

[9] SCHWABE, Jüergen, MARTINS, Leonardo. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, *Bundesverfassungsgerichtsentscheidung* - BverfGE 7, 377, p. 593.

[10] **Op. cit.** BverfGE 13, 97, p. 623.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2011-out-10/porques-exame-ordem-constitucional/>