A constitucionalidade do exame de ordem

*Gustavo Binenbojm**
*Rodrigo Brandão***

No ano do sesquicentenário da fundação dos cursos jurídicos no Brasil, o ensino jurídico ainda se encontra à procura dos seus caminhos. Rebaixado da posição de primazia que ocupou durante o Império e mesmo no início da República, debate-se perplexo entre uma aspiração frustrada e impossível de pretender ministrar um tipo de cultura geral, para o qual não está preparado, ou converter-se de fato numa escola profissional de bom padrão, fornecendo o pessoal qualificado que os reclamos da sociedade brasileira está a exigir. Esta é a tarefa magna que o país espera do ensino jurídico, e o conhecimento exato do que foi o passado deve constituir guia e inspiração para o seu futuro.
Alberto Venâncio Filho

1. Introdução

A crise do ensino jurídico se tornou mais profunda, 31 anos após a precisa constatação de Venâncio Filho. Se já na década de 1970 o desenvolvimento econômico havia tornado as relações econômicas e sociais mais complexas, exigindo maior especialização do profissional do direito, que dirá a economia globalizada

* Professor adjunto de direito administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Doutor e mestre em direito público pela Uerj. Master of Laws (LLM) pela Yale Law School. Procurador do Estado, advogado e parecerista no Rio de Janeiro.
** Mestre e doutorando em direito público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Professor de direito constitucional da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj). Procurador do município do Rio de Janeiro.

que se expande, a todo vapor, na virada do século XXI. Efetivamente, o fenômeno da globalização econômica liquidifica as fronteiras entre Estados soberanos, já que se caracteriza pela transnacionalização das relações econômicas e dos meios de produção, e por um estrondoso avanço no desenvolvimento tecnológico, notadamente na área das comunicações. Assim, a circunstância de uma cadeia econômica envolver diversas etapas que perpassam uma série de Estados soberanos, e depender de recursos tecnológicos cuja complexidade cresce exponencialmente revela, entre outros fatores, que a formação generalista e legalista provida pela maioria das faculdades de direito se encontra desconectada das multifacetadas relações econômicas e sociais que o direito se destina atualmente a regular.

A análise da função e da validade do exame de ordem — objeto deste artigo — está ligada, de forma umbilical, à exata compreensão da evolução do ensino jurídico brasileiro. Somente através dessa incursão histórica podem ser identificadas importantes razões pelas quais o ensino do direito no Brasil, desde as suas origens, assumiu um caráter generalista, e se manteve contrário a mudanças, apesar das demandas de uma sociedade crescentemente complexa. Naturalmente, a maior complexidade das relações sociais exige do profissional do direito uma formação mais interdisciplinar e prática que, sem prejuízo da formação geral, qualifique o advogado. À vista da índole generalista de boa parte dos cursos de bacharelado, a especialização exigida pelo mercado tende a ser obtida cada vez mais no desempenho da profissão e nos cursos de extensão.

Tal análise histórica evidenciará que a postura omissa do poder público em supervisionar a qualidade do ensino superior — convenientemente respaldada por uma duvidosa profissão de fé nas leis impessoais do mercado — permitiu a profusão endêmica de cursos de ensino superior, sobretudo no âmbito das ciências sociais, cujos custos tendem a ser bem mais baixos do que os suportados pelas ciências exatas, com sérios prejuízos à qualificação profissional dos formados. Deve-se, ainda, salientar o caráter falacioso do argumento de que haveria um *bis in idem* entre as funções fiscalizatórias do MEC e da OAB; além de incidirem sobre áreas diversas (faculdades de direito e advogados, respectivamente), tais funções se reforçam mutuamente com para desconstruir uma secular cultura de complacência com a má qualidade do ensino superior.

Tais fatores permitem a conclusão, largamente compartilhada nos meios jurídicos e educacionais, de que boa parte das faculdades de direito não provê aos seus estudantes a formação teórica, prática e especializada que os desafios da sociedade brasileira contemporânea exigem do advogado, afigurando-se o exame de ordem, tal qual regulamentado e aplicado atualmente, absolutamente necessário para a concretização do dever constitucional de garantia da qualificação profissional.

Após o exame da evolução do ensino jurídico brasileiro e da sua regulamentação antes e depois da Constituição de 1988, será iniciado o estudo dogmático do

objeto deste artigo, mediante a síntese dos argumentos agitados em favor da arguição da — suposta — inconstitucionalidade do exame de ordem. Em seguida será desenvolvida a tese aqui defendida no sentido da patente constitucionalidade do exame de ordem, através de três fundamentos principais: o art. 5, XIII, não confere um direito absoluto ao exercício de profissão; ao contrário, admite "restrições" que visem garantir a qualidade do seu exercício. Situa-se, portanto, no espaço de livre descrição legislativa a previsão de exigências com o fito de zelar pela qualidade do exercício da profissão, desde que tais "restrições" observem o princípio da proporcionalidade e tenham pertinência com as peculiaridades do ofício. A previsão em lei formal do exame de ordem é uma legítima decisão do legislador, baseada na preservação da qualidade do exercício dos elevados e específicos misteres da advocacia, além de, na forma em que atualmente está regulamentada, encontrar-se em estrita consonância com o princípio da proporcionalidade.

Por outro lado, inexiste superposição entre as atribuições fiscalizatórias a cargo do MEC e da OAB, pois tais instituições exercem poder de polícia, respectivamente, ante instituições de ensino superior e de advogados. Por fim, o dispositivo legal que "delega" a regulamentação do exame de ordem ao Conselho Federal da OAB é constitucional, pois o constituinte não submeteu a matéria a uma reserva absoluta de lei, mas à reserva relativa e qualificada. Portanto, desde que a regulamentação se mantenha *secundum legem* e seja apta e necessária à garantia da qualificação profissional, como se verifica atualmente, inexiste qualquer vício de inconstitucionalidade a acometer o mencionado dispositivo.

2. Breve excurso histórico sobre o ensino jurídico no Brasil

Durante os debates travados por ocasião da Assembleia Constituinte de 1823, José Feliciano Fernandes Pinheiro propôs a criação de uma universidade no Império. Estimulado pela Independência do Brasil proclamada há menos de um ano, o futuro visconde de São Leopoldo canalizou o sentimento latente na antiga colônia de que a independência política de Portugal deveria ser acompanhada de uma independência cultural. Ante a inexistência de escolas superiores na colônia, as elites brasileiras concluíam a sua formação na Europa, sobretudo na Universidade de Coimbra. Além disso, com o retorno da Corte a Portugal, dom João VI levou consigo os burocratas portugueses que durante anos dirigiram a colônia, deixando uma "precária e desarticulada administração local", quase inexistente.

Tais fatores explicam a relevância adquirida pela proposta do visconde de São Leopoldo, já que não se tratava apenas de implantar cursos jurídicos no Brasil,

mas, essencialmente, da supressão — ou, ao menos, da mitigação — da dependência cultural que tínhamos em face de Portugal. Nesse viés, buscava-se reaparelhar a burocracia administrativa brasileira, através do controle do ensino superior por instituições nacionais e da formação de quadros competentes em solo brasileiro. Considerava-se fundamental à consolidação da nossa independência o fato de as decisões políticas serem tomadas por brasileiros educados no Brasil. [1]

As apaixonadas discussões travadas sobre a matéria foram frustradas pela dissolução da Assembleia Constituinte pelo decreto do imperador de 14 de junho de 1823. Somente após a outorga da Carta de 1824, o debate foi restabelecido, culminando com a edição da lei de 11 de agosto de 1827, que instituiu os primeiros cursos jurídicos brasileiros em São Paulo e Olinda.[2] Diante da referida necessidade de rearticulação da burocracia estatal e do fato da economia à época não ser complexa o suficiente para demandar a atuação, em número significativo, de profissionais especializados em solucionar litígios entre particulares (que eram, em boa medida, resolvidos pela Igreja e pelos senhores de terra), tais faculdades de direito não se destinavam, preferencialmente, a preparar advogados que atuassem como profissionais liberais no patrocínio de interesses subjetivos, mas a formar a elite política brasileira.

Segundo a arguta constatação de Joaquim Nabuco, "já então as faculdades de direito eram antessalas da Câmara". Com efeito, os cursos jurídicos exerceram importância destacada na constituição do Estado moderno brasileiro em suas dimensões ideológica e operacional: a primeira vem do protagonismo desempenhado por tais escolas na sistematização teórica e na difusão do novo ideário do liberalismo, que se opunha ao absolutismo; a segunda se relaciona com o fornecimento de quadros que iriam compor a primeira elite burocrática genuinamente nacional. As faculdades de direito atuaram, durante todo o Império, como o grande celeiro de ideias liberais e de deputados, senadores, diplomatas, ministros, magistrados e burocratas de alto escalão.

Trata-se de eloquente demonstração da contradição intrínseca ao liberalismo estatizante erigido em *terra brasilis*, pois precisamente aqueles formados segundo a doutrina das liberdades naturais foram incumbidos do manejo da coerção estatal em face dos indivíduos-súditos. Formam-se juristas não para bradarem perante os tribunais os direitos individuais como trunfos oponíveis ao arbítrio estatal, mas para exercerem o monopólio do uso legítimo da força. Tal paradoxo se fez sentir no âmbito específico dos cursos jurídicos: a propagação de cânones liberais por

[1] Joaquim Falcão assinala, com propriedade, que antes de uma efetiva independência cultural, verificou-se uma transferência da hegemonia cultural de Portugal para a França e para a Inglaterra.
[2] Os cursos de ciências jurídicas e sociais da Academia de São Paulo e de Olinda começaram a funcionar em 1º de março de 1828 e em 15 de maio de 1828, respectivamente.

meio de diversas disciplinas convivia com ferrenho controle exercido pelo poder central sobre o currículo, o método de ensino, a nomeação dos diretores e dos "lentes",[3] e mesmo sobre os compêndios doutrinários indicados aos alunos.

Diz-se, com razão, que o Império foi marcado pelo *bacharelismo,* termo que foi cunhado pelo pensamento político nacional para designar o período no qual os bacharéis gozaram de maior prestígio social e político na história brasileira. À vista da pouca sedução dos trabalhos manuais numa sociedade escravocrata e do declínio do senhor rural, a juventude urbana no Império se interessava crescentemente pela aquisição do título de bacharel, se não pela curiosidade em face do saber humanista, pelo status social adquirido. Cuidava-se da "aristocracia togada" a que aludiu Raimundo Faoro, cuja propensão nobilitante das suas becas de seda preta era tão forte a ponto de conferir um "atestado de branquidade" a negros e mulatos que logravam ter acesso às escolas jurídicas no seio de um regime escravocrata.

Sobretudo em virtude da influência coimbrã, da cultura liberal-humanista e do fornecimento de quadros predominantemente para carreiras parajurídicas (política e elite da burocracia administrativa) em detrimento das jurídicas, os cursos jurídicos se estruturaram sob o método de aulas expositivas, nas quais os professores transmitiam aos alunos um "conhecimento descritivo e sistemático das instituições jurídicas", de natureza formal, abstrata, generalista e desconectado da realidade econômica, social e cultural brasileira. Se já no Império e na Primeira República levantavam-se críticas acerca da inadequação de um ensinamento abstrato e de modelos teóricos vindos da Europa para a solução de problemas cotidianos em um país oligárquico, agrário e composto predominantemente por analfabetos, o processo de industrialização que se iniciou na primeira metade do século passado contribuiu decisivamente para a mudança do papel do bacharel na sociedade brasileira. Isso porque a formação legalista e o comportamento beletrista dos advogados se mostravam em descompasso com as demandas de uma sociedade cada vez mais industrializada e tecnologicamente complexa, ascendendo o prestígio de militares, economistas, engenheiros e tecnocratas em geral e, consequentemente, das ciências exatas em detrimento do direito.

Paralelamente à perda de importância do bacharel, verificou-se, de forma paradoxal, uma "epidemia de bacharelismo", decorrente da criação em série de novas escolas de direito. Trata-se de reflexo da aprovação da Reforma Rivadávia Correia (Decretos nº 8.659/11 e nº 8.662/11) que, na esteira das ideias de Carlos Leôncio de Carvalho, afirmadas na Reforma do Ensino Livre (Decreto nº 7.247/1879), confundia liberdade de cátedra com livre iniciativa dos proprietários de instituições privadas de ensino superior, na medida em que se, por um lado, consubstan-

[3] Nome então atribuído aos professores.

cia-se num inequívoco avanço ao livrar a administração das faculdades e o ensino do jugo do poder central, por outro, acabou por permitir a profusão de novas faculdades, sem que tal fenômeno fosse acompanhado de uma efetiva supervisão por parte do poder público acerca da qualidade do ensino ministrado nas novas escolas.

Tal situação se tornou mais aguda no período que se seguiu à Revolução de 1930. É marco fundamental na história brasileira, eis que foram abertas brechas profundas no regime oligárquico vigente na República Velha, a crise do capitalismo liberal[4] suscitou intensa intervenção do Estado no domínio econômico — segundo o modelo keynesiano do estado do bem-estar social —, a crescente industrialização tornou as relações econômicas mais complexas e deu origem a um proletariado e a uma classe média urbana consideráveis etc. No plano do ensino superior, foi aprovada a Reforma Francisco Campos que, no essencial, visava aglutinar institutos de ensino em verdadeiras universidades e separar os cursos de bacharelado e de doutorado que, respectivamente, deveriam formar práticos e professores em suas respectivas matérias.[5] Apesar da profundidade das transformações sociais, econômicas e educacionais, os cursos jurídicos pouco mudaram. O curso de doutorado, destinado aos estudos de alta cultura para a formação de professores, teve resultados científicos pífios, enquanto o de bacharelado se manteve generalista e descolado da realidade, não cumprindo os propósitos da reforma.

A incapacidade da grande maioria dos cursos jurídicos formar profissionais preparados para as exigências práticas do mercado foi denunciada magistralmente por San Thiago Dantas em três conferências denominadas "Renovação do direito" (1941), "Novos rumos para o direito" (1945) e, em especial, "A educação jurídica e a crise brasileira" (1955).[6] A última constitui precioso libelo contra "a aula-douta coimbrã", pois propunha uma "nova didática", que desse menos ênfase à exposição sistemática de institutos jurídicos em prol do "cabal desempenho do raciocínio jurídico". Nesse sentido, propugnava por um método que prestigiasse o estudo de casos e atentasse para a complexidade das relações sociais, acompanhado de um modelo de ensino baseado na simplificação das formalidades e na ampliação das liberdades de ensinar e de estudar. À medida que a sociedade se desenvolve — salientava já em 1955 San Thiago — as relações econômicas e sociais se tornam progressivamente mais complexas, gerando a necessidade de especialização do

[4] Simbolizada pelo *crack* da Bolsa de Nova York.

[5] Decretos nº 19.851/31 (Estatuto das Universidades Brasileiras) e nº 19.852/31 (reorganização da Universidade do Rio de Janeiro).

[6] Cuidam-se, respectivamente, dos discursos proferidos na sessão magna comemorativa do cinquentenário da Faculdade Nacional de Direito (1941), na colação de grau dos bacharéis em direito da Faculdade Nacional de Direito (1945), e na aula inaugural dos cursos da Faculdade Nacional de Direito (1955).

profissional do direito, objetivo que poderia ser atingido, sem prejuízo da formação geral, através da técnica do currículo flexível. Caio Mário da Silva Pereira, na esteira de San Thiago, denunciou em 1961 a "notória desconformidade entre o enquadramento educacional e as injunções da vida profissional. O recém-graduado sente-se desarmado diante da complexidade da "vida prática", porque lhe falta, em contraste com a sua apuração sensorial, mais positiva "prática da vida".

Ainda em 1961 foi editada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 4.024) que, em seu art. 70, acolhera a fórmula do currículo mínimo, que deveria ser fixado, de acordo com as especificidades de cada profissão, pelo Conselho Federal de Educação. Na estipulação de normas gerais sobre os currículos dos cursos superiores, prescrevera o conselho que o currículo mínimo era um núcleo de matérias necessário para a garantia de uma adequada formação cultural e profissional. Além do núcleo básico de disciplinas, caberia às instituições de ensino superior fixar a sua parte complementar, conforme as desigualdades entre regiões e alunos, e com vistas à expansão e à atualização do conhecimento.

Em relação ao currículo mínimo do direito, foram impostas mudanças apenas marginais no currículo anterior, como a concessão de autonomia ao direito financeiro e a permissão de ensino do direito romano juntamente com o direito civil. Apesar dos seus elevados propósitos, o passar do tempo nos revelou que o currículo mínimo do direito se convolara ao máximo, e que as disciplinas não incluídas por ele (teoria geral do estado e direito romano) foram incorporadas a outras disciplinas ou mantidas por força da tradição, de modo que a aplicação prática do currículo mínimo produziu resultados pouco auspiciosos.

Por outro lado, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação dotou o Conselho Federal de Educação de amplos poderes para decidir sobre a autorização do funcionamento de novas escolas de ensino superior. Todavia, o conselho adotou uma postura formalista, omissa e pouco atenta à aferição da qualidade efetiva do ensino ministrado, de modo que, por paradoxal que soe, foi precisamente a partir do momento em que se criou um órgão responsável por fiscalizar a abertura de novos cursos que se verificou sensível aumento da criação de novas escolas de direito, verdadeira "política de cogumelagem".[7]

---

[7] Como bem salienta Joaquim Falcão, fatores políticos contribuíram para tal postura permissiva. Em suas palavras: "O protesto dos estudantes excedentes, que não encontraram vaga na faculdade, iniciado na década de 1960, evidencia a precária capacidade de absorção do sistema universitário. Em 1968 esta precariedade contribuía para agravar a crise de legitimidade do governo. Os estudantes vão às ruas, a violência e a opressão se instauram. O governo precisa retirar os estudantes das ruas. Como fazê-lo se a força é insuficiente? Expandindo a oferta nas faculdades de direito, e no sistema universitário em geral. Obtém-se assim um momentâneo apaziguamento da classe média. (...) Vão-se os anéis, mas ficam os dedos. Abrem-se as universidades. Troca-se a crise da vaga de ontem, pela crise do emprego de hoje. Ambas faces da mesma moeda: a crise de legitimidade político-social do regime".

Considerava o conselho que o ensino de direito tem a função de prover uma cultura geral,[8] e que se afigurava "impossível a recusa à autorização para funcionamento (de instituição particular de ensino superior), quando se trata de um estabelecimento particular e não se comprometem recursos públicos".[9,10] Daí se vê que o conselho observou impassível a explosão do número de faculdades de direito, e a queda da qualidade, da remuneração e do prestígio dos formados, apesar da existência de vários estudos empíricos que relatavam o problema, como o elaborado em 1972 pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, onde se asseverou:

> para os advogados, por outro lado, parece haver um superávit de volume substancial. Mesmo sendo importante tomar em consideração as características da profissão no país, parece-nos aconselhável a não expansão da oferta desses profissionais e uma melhoria substancial nos cursos oferecidos. Caso se observe déficit profissional como decorrência desta medida, a correção pode ser feita rapidamente, já que a julgar pelo recente e elevado surgimento de escolas de direito, novos investimentos no setor são fáceis.

A Lei nº 4.215/63, que reformulou o Estatuto da OAB e disciplinou o exercício da advocacia, previu a obrigatoriedade do estágio profissional e do exame de ordem: o primeiro consistia em matrícula em curso de prática forense ou desempenho de funções de estagiário em escritórios de advocacia ou órgãos públicos afetos à área jurídica; já o segundo consistia em prova de ingresso à advocacia que, porém, poderia ser substituída pelo estágio profissional. Como salienta Venâncio Filho,

> entretanto, a realidade diferia da teoria, e o estágio e o exame da ordem nunca chegaram a funcionar satisfatoriamente. A grande resistência, entretanto, foi a dos bacharelandos, que pretendiam continuar no regime tradicional, com o simples título de bacharel em ciências jurídicas e sociais habilitando para o ingresso na ordem e o exercício profissional. Em consequência das pressões foi aprovada a Lei nº 5.846/1972, dispensando do exame de ordem e do exercício do estágio profissional os bacharéis em Direito que houvessem realizado junto às respectivas faculdades estágio de prática forense e organização profissional (...), fazendo recair sobre a

[8] Parecer nº 43/67.
[9] Vide o Parecer nº 365/67.
[10] Além disso, considerava que a saturação do mercado de trabalho não poderia ser critério idôneo a pautar o seu julgamento, pois "as faculdades de direito formam apenas bacharéis; para que se tornem profissionais, os bacharéis precisam habilitar-se perante a Ordem dos Advogados do Brasil" (Parecer nº 657/71).

> faculdade de Direito a responsabilidade por mais esse encargo. Se as faculdades de Direito não vinham já desempenhando a contento as suas funções normais, como se prepararem para essa tarefa extra, que fugia bastante da sua alçada? (sic)

A postura omissa do Conselho Federal de Educação no que toca à autorização e à fiscalização das faculdades associada à ineficácia do estágio e do exame de ordem revela que as leis de mercado não foram suficientes para prover, sequer aproximadamente, os ideais de adequação qualitativa e quantitativa no mercado de trabalho da advocacia: a formação de profissionais com bom padrão ético e capacitação profissional, e em número próximo às demandas do mercado. Ao contrário, o que se viu de décadas de observação dos efeitos da adoção de uma concepção libertária acerca da criação e do funcionamento das faculdades particulares foi a comercialização do ensino jurídico, e o convívio paradoxal entre o declínio do prestígio, da remuneração e das ofertas de vagas (em termos percentuais) na advocacia, com um vertiginoso crescimento das faculdades de direito.

As crises do direito e do ensino jurídico consistem, portanto, em típico exemplo de mau funcionamento do mercado, pois as leis da oferta e da demanda em muito distanciam o exercício da advocacia dos ideais de adequação quantitativa e qualitativa do respectivo mercado de trabalho. Antes, a timidez no exercício do poder de polícia por parte do Estado faz propagar um modelo de ensino jurídico que lança no mercado um número de profissionais muitíssimo superior à quantidade de vagas disponíveis que, em sua maioria, não recebem um treinamento especializado apto a atender às demandas de uma sociedade tecnológica e economicamente complexa, nem às exigências éticas de função qualificada constitucionalmente como essencial à Justiça.

Na virada da década de 1980, Joaquim Falcão descreveu, com precisão, os principais fundamentos da referida disfunção: mais da metade dos bacharéis em direito se dedica a atividades parajurídicas, de maneira que o estímulo recebido do mercado pelas faculdades não caminha para uma formação especializada, mas sim da manutenção de um ensino generalista, falsamente humanista, para não excluir qualquer eventual "cliente". Além disso, a redução do status, da remuneração e das vagas dos profissionais do direito foi acompanhada de um crescimento descomunal do número de estudantes de direito, não se guiando tal fenômeno pelas leis econômicas de oferta e demanda. Há razões que explicam tal patologia:

- a ascensão da classe média urbana criou um mercado consumidor para as faculdades particulares;
- a minoria dos bacharéis que, apesar da saturação do mercado, logra desempenhar funções jurídicas tende a obter maior renda do que os "técnicos";

- as faculdades de direito têm um baixo custo, ante a reduzida necessidade de investimentos em equipamentos e experiências (compare-se a uma faculdade de medicina), a superlotação das salas de aula, os baixos salários dos professores etc.

Por fim, não se deve descurar da importância simbólica atribuída pela cultura brasileira ao título de "doutor", símbolo de ascensão social — que, aliás, vem sendo cada vez mais reduzido à sua condição meramente simbólica.

3. A nova ordem constitucional e normas infraconstitucionais sobre a regulação do ensino superior

Tal cenário nos revela que, entre os vários desafios postos à Assembleia Nacional Constituinte, estava inserida a crise da educação superior e, em especial, do ensino do direito. Nessa esteira, a Constituição de 1988 contém mais uma tentativa de "emplacar" um efetivo controle do ensino ministrado pelas instituições superiores, quebrando "a cultura de leniência com a qualidade do ensino superior." A propósito, da letra do seu art. 206, VII, se percebe a preocupação do constituinte com a garantia da qualidade do ensino; no mesmo sentido o art. 209, ao dispor que "o ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: (...) II - autorização e avaliação de qualidade pelo poder público".

Em 1996 foi editada a nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96), que dispôs, em seu art. 46, que "a autorização e o reconhecimento de cursos, bem como o credenciamento de instituições de ensino superior, terão prazos limitados, sendo renovados, periodicamente, após o processo regular de avaliação". Por sua vez, o § 1º do dispositivo prescreve que:

> após um prazo para saneamento de deficiências eventualmente identificadas pela avaliação a que se refere este artigo, haverá reavaliação, que poderá resultar, conforme o caso, em desativação de cursos e habilitações, em intervenção na instituição, em suspensão temporária de prerrogativas de autonomia ou em descredenciamento.

Cerca de um ano antes havia sido editada a Lei nº 9.131/95 que, em seu art. 3º, criou o antigo exame nacional de cursos — o "provão"—, com o escopo de servir como instrumento para a realização da alvitrada avaliação dos cursos superiores. Porém, não se estabeleceu expressamente a vinculação entre autorização para funcionamento e resultado satisfatório no processo de avaliação — que parecia já vir implícita nas normas citadas, de maneira que a interpretação prevalecente foi a de

que avaliações insatisfatórias não implicavam o descredenciamento, nem mesmo impediam a expansão de faculdades por meio da criação de novas unidades.

A crença que inspirara tal postura era a mesma que grassara antes da Constituição de 1988: caberia ao livre mercado se autorregular, competindo ao poder público apenas informar a qualidade das instituições de ensino superior, por meio da divulgação dos resultados do "provão", para que o cidadão estivesse bem informado para fazer a escolha racional pela faculdade que melhor lhe aprouver. Como foi visto, a manutenção dessa postura passiva apenas agravou os problemas da baixa qualidade do profissional do direito e da saturação do mercado da advocacia, em frontal contrariedade aos comandos constitucionais e legais que exigem uma postura ativa do Estado na normatização, autorização e supervisão das atividades desempenhadas pelas instituições de ensino superior.

Nessa linha, assevera Maria Paula Dallari Bucci que "à sombra dele (art. 206, VIII, CF/88), numa manifestação patente de inefetividade, erigiu-se um sistema de educação superior em que parcela expressiva dos 75% de matrículas a cargo de instituições particulares se encontram em cursos com baixos indicadores de qualidade, segundo diversas fontes".

Prossegue a professora da FGV-SP e consultora do Ministério da Educação, afirmando que a reversão de tal cenário se inicia com o Decreto nº 5.773/06

> que passa a estruturar a ação do Poder Público em torno das funções de regulação, avaliação e supervisão, estabelecendo mecanismos de conexão necessária entre eles, de modo que os indicadores de qualidade insuficiente dos processos de avaliação passassem a gerar consequências em termos de regulação — impedindo a abertura de novas unidades ou cursos e de supervisão — dando origem à aplicação de penalidades e, no limite, ao fechamento de instituições e cursos.

Altera-se, assim, um sistema de controle formal e prévio da criação de novas instituições — baseado na análise do respectivo projeto —, por um mecanismo focado na supervisão do funcionamento real da instituição e, notadamente, da qualidade efetiva do ensino ali ministrado. Nessa linha, a Portaria Normativa nº 1/07 estabelece o "ciclo avaliativo do Sinaes", cuja avaliação positiva condiciona a renovação de qualquer ato autorizativo. A alteração de uma linha de atuação demissionária do Estado na regulação das instituições em tela — sobretudo na vertente da supervisão — para um controle efetivo da qualidade do ensino, embora haja superado boa parte dos questionamentos judiciais levantados em face da sua validade, ainda se revela bastante incipiente, e só o futuro poderá nos mostrar se a mudança foi, de fato, "para valer".

Entretanto, os números revelam, inequivocamente, a premência da quebra da cultura de leniência do poder público com a qualidade do ensino superior. Num caso patente de negativa de efetividade à constituição por omissão do poder público no exercício do seu poder-dever de polícia, foi exatamente a partir da vigência da nova ordem constitucional que o processo de crescimento dos cursos jurídicos se intensificou assustadoramente, com evidente prejuízo à qualidade do ensino ministrado e da formação dos bacharéis. Pois bem. Se em 1994 havia cerca de 220 cursos de direito, em 2003 chega-se a, aproximadamente, 700, e em 2007 atinge-se o número astronômico de mais de 1.100 (mil e cem) cursos jurídicos. Tal quantitativo se afigura em completo descompasso com a realidade econômica brasileira; basta aludir à existência de cerca de 180 faculdades de direito nos Estados Unidos da América, país mais rico do mundo, bastante populoso e dotado de uma das culturas mais judicialistas de que se tem notícia.

Um aspecto merece ser esclarecido. Não se descura da importância da ampliação do ensino superior para o desenvolvimento econômico do país. A experiência das maiores economias do mundo revela a existência de uma relação de direta proporcionalidade entre desenvolvimento econômico e população universitária. Porém, disso não é lícito concluir que a autorização indiscriminada para a ampliação das vagas universitárias seja um bom remédio para o Brasil. Ao revés, um olhar crítico sobre o nosso passado nos mostrou que a omissão do poder público na supervisão das faculdades tem agravado a crise do ensino jurídico. Com efeito, a falta de um controle efetivo sobre a qualidade dos cursos de direito, para além de contrastar frontalmente com o dever constitucional inscrito no art. 206, VII, apenas deixa vicejar um ciclo vicioso, oriundo de hipótese clássica de mau funcionamento do mercado. E pior: transforma boa parte das faculdades em "fábricas de ilusões", pois o ensino ali ministrado não habilita o formado a atender, satisfatoriamente, as demandas do mercado, como comprovam as estatísticas que demonstram o exponencial crescimento do desemprego e a redução da renda e do prestígio social dos advogados. Assim, defende-se, sim, a ampliação das vagas universitárias, mas desde que acompanhada de um efetivo controle de qualidade, algo que não requer mais do que o cumprimento das normas em vigor sobre a matéria.

4. O exame de ordem: síntese da discussão travada em torno da sua constitucionalidade

O art. 5º, XIII, da Constituição da República, por sua vez, dispõe ser "livre o exercício de qualquer trabalho, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer". Já o art. 21, XVI da CF/88 confere à União competência privativa para

legislar sobre "organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício das profissões". No exercício da referida competência na seara específica da advocacia, a Lei Federal nº 8.906, de 4 de julho de 1994 atribui à OAB a competência para selecionar os advogados (art. 44, I) e para proferir parecer prévio ao credenciamento de cursos jurídicos (art. 54, XV). A norma arrola, ainda, como requisitos cumulativos à inscrição como advogado, o diploma de graduação em direito (art. 8º, II), e a "aprovação em Exame de Ordem" (art. 8º, IV), que "é regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB" (art. 8º § 1º c/c Provimento nº 109/05 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil).

A experiência havida com a aplicação do exame de ordem desde o Estatuto da OAB tem revelado a baixa de qualidade e o caráter generalista do ensino jurídico, a par da sua incapacidade de transmitir os conhecimentos práticos necessários ao bom exercício da advocacia. Apesar de os exames aplicados pelas seccionais da OAB nos estados exigirem nada além de conhecimentos naturalmente adquiridos por quem frequentou por cinco anos um curso de direito dotado de razoável qualidade, os resultados têm se mostrado bastante baixos.[11] Além disso, a não resignação de um grande número de bacharéis com sucessivas reprovações no exame de ordem deu origem a uma significativa mobilização no âmbito da sociedade civil, que se destina a pressionar os poderes constituídos com vistas à supressão de tal exigência ao exercício da advocacia, sob o argumento principal de o exame e a competência da OAB para a seleção dos advogados padecerem de suposto vício de inconstitucionalidade.[12]

Os principais argumentos que supostamente fundamentam a tese da inconstitucionalidade do exame de ordem são os seguintes:[13]

- o art. 8º, IV, da Lei Federal nº 8.906/94 é inconstitucional, pois a exigência de aprovação no exame da OAB, como condição para o exercício regular da advocacia, viola o direito fundamental ao livre exercício de profissão;
- o art. 44, I, da Lei Federal nº 8.906/94, ao conferir à OAB competência para proceder à seleção dos advogados, padeceria de vício de inconstitucionalidade, tendo em vista que o art. 205 da Constituição de 1988 estabelece que a educação qualifica o indivíduo para o trabalho, de maneira a habilitar o bacharel ao exercício da respectiva profissão. Além do mais, o art. 209 da CRFB/88 confere ao poder público a missão de avaliar o ensino em instituições particulares, no

[11] Vide, a propósito, a análise comparativa dos exames de ordem aplicados no primeiro semestre de 2005 e dos seus resultados, por Aleksander Mendes Zakimi (Ederly, 2008).
[12] Tal mobilização se autointitula Movimento Nacional dos Bacharéis em Direito. Informações a respeito dos seus propósitos podem ser obtidas em seu sítio na internet: <www.mnbd-rs.com.br>.
[13] Conferir Lima.

âmbito específico do ensino superior. Tal atribuição deve ser desempenhada pelo Ministério da Educação e não pela OAB;

- a autorização contida no art. 8º, § 1º, Lei Federal nº 8.906/94 para que o Conselho Federal da OAB regulamente o exame de ordem é inconstitucional, por violação ao princípio da legalidade.

Embora o "movimento nacional dos bacharéis de direito" tenha obtido apoios pontuais no Congresso Nacional, a jurisprudência amplamente majoritária dos tribunais brasileiros afirma a patente constitucionalidade do exame de ordem, à vista da fragilidade — *permissa vênia* — dos argumentos expostos em favor da tese contrária, conforme será demonstrado nos subsequentes itens.

5. A constitucionalidade do exame da OAB

A natureza da norma inscrita no art. 5º, XIII, da CRFB/88 e a proporcionalidade da exigência do exame de ordem

Há forte confluência na doutrina e na jurisprudência acerca do art. 5º, XIII, da CRFB/88 veicular norma constitucional de eficácia contida, assim entendida "aquela em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados". De fato, o dispositivo constitucional em exame possui grau de densidade normativa suficiente para garantir a aplicabilidade imediata do princípio da liberdade de exercício profissional, com ressalva da possibilidade do legislador vir a restringir a plenitude da sua eficácia, limitando os direitos subjetivos dele decorrentes ao definir as "qualificações profissionais".

Em sentido bastante próximo, mas com nomenclatura diversa, a doutrina contemporânea sustenta que o inciso XIII do art. 5º da CF/88 veicula típico exemplo de norma constitucional que contém reserva legal qualificada, na medida em que, não apenas prevê a possibilidade da lei restringir, no futuro, o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, como também predetermina a finalidade da limitação — aferição da qualificação profissional.

De uma forma ou de outra, a doutrina e a jurisprudência, em uníssono, afirmam que a liberdade de profissão não encerra um direito absoluto, impassível de ponderação, porquanto supostamente aplicável segundo a lógica do "tudo ou nada", típica das regras. Tal liberdade consiste, ao contrário, em princípio que se sujeita a restrições que sejam aptas a garantir a qualificação adequada de um de-

terminado profissional. É importante, portanto, perquirir se as alvitradas condições ao exercício regular da profissão observam o princípio da proporcionalidade que, como se sabe, decompõe-se em três subprincípios:

- adequação — aptidão do meio eleito em fomentar a promoção da finalidade pretendida;
- necessidade — aferição da impossibilidade do objetivo pretendido ser promovido, com a mesma intensidade, por intermédio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido;
- proporcionalidade em sentido estrito — sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

Em análise perfunctória que seja, pode-se inferir que o exame de ordem, além de previsto em lei federal, observa irrestritamente o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A exigência de aprovação em exame que afira conhecimentos mínimos relativos aos conteúdos que integram o eixo de formação profissional do curso de graduação em direito, conforme as diretrizes curriculares do Conselho Nacional de Educação, passa pelo teste da adequação, na medida em que se revela apta para a seleção de profissionais que possuam qualificação suficiente para o bom exercício da profissão. Com efeito, o exame de ordem em sua conformação atual consiste, em tese, aferir se o bacharel em direito conhece razoavelmente as disciplinas que compõem os cursos de graduação em direito, bem como se domina a elaboração de peças profissionais, pareceres e questões relativas ao ramo do direito em que resolveu se especializar.

Da leitura do Provimento nº 109/05 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil comprova-se o que acabou de ser exposto. Em seu teor verifica-se a preocupação havida com a escolha de profissionais qualificados para a composição das bancas examinadoras (art. 3º, § 3º) e com a aferição de conhecimentos teóricos e práticos suficientes ao desempenho responsável da advocacia (art. 5º *caput,* I, II, "a", "b", e §§1º a 3º). Confira os mencionados dispositivos:

> Art. 3º (*omissis...*). § 3º As bancas examinadoras são compostas de, no mínimo, três membros titulares, advogados no efetivo exercício da profissão e que tenham, preferencialmente, experiência didática, com, pelo menos, cinco anos de inscrição na OAB, designados pelo presidente do Conselho Seccional, ouvida a Comissão de Estágio e Exame de Ordem.
>
> Art. 5º. O Exame de Ordem abrange duas provas, a saber:
>
> I - Prova objetiva, contendo 100 questões de múltipla escolha, com quatro opções cada, elaborada e aplicada sem consulta, de caráter eliminatório, exi-

gindo-se a nota mínima de cinquenta por cento de acertos para submeter-se à prova subsequente, devendo as Comissões de Estágio e Exame de Ordem adotar providências para a unificação das datas dessa prova, procurando conciliar os interesses de cada Seccional, de forma a que a mesma se realize sempre no mesmo dia e horário;

II - Prova prático-profissional, acessível apenas aos aprovados na prova objetiva, composta, necessariamente, de duas partes distintas, compreendendo:

a) redação de peça profissional, privativa de advogado (petição ou parecer sobre assunto constante do Programa Anexo ao presente Provimento), em uma das áreas de opção do examinando, quando da sua inscrição, entre as indicadas pela Comissão de Estágio e Exame de Ordem no edital de convocação, retiradas das matérias Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Penal, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Tributário ou Direito Administrativo e do correspondente Direito Processual;

b) respostas a cinco questões práticas, sob a forma de situações-problemas, dentro da área de opção.

§ 1º A Prova Objetiva compreende as disciplinas correspondentes aos conteúdos que integram o Eixo de Formação Profissional do curso de graduação em Direito, conforme as diretrizes curriculares instituídas pelo Conselho Nacional de Educação, devendo contar com, pelo menos, dez por cento de questões sobre o Estatuto da Advocacia e da OAB, o Regulamento Geral e o Código de Ética e Disciplina.

§ 2º A Prova Prático-Profissional, elaborada conforme os itens constantes do Programa Anexo ao presente Provimento, tem a duração determinada no edital pela respectiva banca examinadora, permitidas consultas à legislação, livros de doutrina e repertórios jurisprudenciais, vedada a utilização de obras que contenham formulários e modelos.

§ 3º Na Prova Prático-Profissional, os examinadores avaliarão o raciocínio jurídico, a fundamentação e sua consistência, a capacidade de interpretação e exposição, a correção gramatical e a técnica profissional demonstrada, considerando-se aprovado o examinando que obtiver nota igual ou superior a seis.

Por outro lado, a exigência de aprovação no exame de ordem também supera o teste da necessidade, visto que eventuais medidas alternativas (como a exigência apenas do diploma de curso de graduação em instituição de ensino superior), ainda que restrinjam menos o acesso a determinada profissão, não são aptas a garantir a presença de uma qualificação técnica suficiente ao exercício adequado

da advocacia. Tal finalidade se mostra especialmente relevante para o desempenho do elevado ofício a cargo do advogado, por tratar-se de "função essencial à Justiça" (art. 133, da CF/88), cujo adequado exercício tem repercussão direta sobre a fruição dos direitos fundamentais do cidadão.

A bem da verdade, o legislador federal realizou, por intermédio do art. 8º, IV, da Lei Federal nº 8.906/94, um juízo de prognose,[14] que em curto espaço de tempo se revelou um diagnóstico preciso da dramática situação vivenciada atualmente no Brasil na área do ensino jurídico. Refere-se à proliferação de faculdades particulares que, em significativo número, além de não se guiarem pelos valores constitucionais do pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205, CRFB/88), por uma lógica mercantilista, não proveem a formação necessária para o desempenho satisfatório das atribuições inerentes a várias carreiras jurídicas como, por exemplo, a magistratura, o Ministério Público, as defensorias públicas, as procuradorias públicas e também a advocacia privada.

Se em 1994 esse processo deletério já iniciava o seu curso com as cerca de 220 faculdades existentes à época, em 2008, à vista do funcionamento de mais de 1.100 faculdades, pode-se asseverar ter atingido índices alarmantes, fenômeno especialmente grave na seara jurídica, dada a relevância social e política das funções desempenhadas pelo profissional do direito. Trata-se, portanto, de inequívoca demonstração do acerto da prognose legislativa, pois se o fato negativo contra o qual o legislador se insurgira ainda se encontrava em estágio inicial no momento da edição da lei, com o decurso do tempo apenas ganhou corpo e confirmou os seus presumíveis efeitos maléficos à tutela dos direitos fundamentais do cidadão, representados por advogados despreparados. Evidente, assim, a constitucionalidade da norma inscrita no art. 8º, IV, da Lei nº 8.906/94.

É importante notar que, ao prever o exame de ordem, o poder público não apenas exigiu condição necessária à qualificação profissional dos advogados (*ex vi* art. 5º, XIII, da CF/88), como também buscou, em sua regulamentação, delinear concretamente o exame admissório à advocacia de forma a estabelecer a mínima restrição possível ao acesso à profissão, em consonância ao princípio constitucional implícito da concordância prática.[15] Com efeito, vê-se no Provimento nº 109/05

---

[14] Sobre o controle judicial das prognoses legislativas, ver Mendes.

[15] Segundo o magistério de Canotilho, o núcleo essencial do princípio da concordância prática determina ao intérprete da constituição "(a) coordenação e combinação dos bens jurídicos de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação a outros. O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação a outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens".

do Conselho Federal da OAB uma série de cautelas nesse sentido: a admissão de que "concluinte" do curso de direito faça a prova caso a sua formatura estiver marcada para data posterior à do exame (art. 2º, § 1º), a realização de três exames por ano, sem que haja fixação de número máximo de reprovações permitidas (art. 4º), a fixação de nota de aprovação em 50 pontos para a prova objetiva e 60 para a prova prático-profissional, de um total de 100 pontos, a realização de prova prático-profissional na matéria de eleição do candidato (art. 5º), a previsão de recurso não apenas de erros materiais, mas também pelo conteúdo das questões e das respostas, permitindo-se o controle da sua correção (art. 6º) etc.[16]

Por fim, o próprio constituinte originário promoveu o sopesamento entre o direito ao acesso a determinada profissão e o interesse público em recrutar profissionais capazes, na medida em que autorizou que norma infraconstitucional restringisse o primeiro em ordem a instituir garantias de qualificação profissional. Tal cautela, aliás, sequer seria necessária, ante a natureza principiológica das referidas normas, e a consequente necessidade do poder público harmonizá-las. O legislador federal, na esteira da autorização constitucional para a definição de condições de qualificação profissional, exigiu como requisitos cumulativos à inscrição do bacharel em direito como advogado a apresentação de diploma de graduação e a aprovação em exame de ordem (art. 8º, II e IV, da Lei nº 8906/94). A decisão legislativa pela obrigatoriedade do exame de ordem, como demonstra a sua adoção em diversos países e, principalmente, a evolução do ensino jurídico pátrio, traz sensíveis benefícios para a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos que

[16] "Art. 2º. O Exame de Ordem é prestado pelo bacharel em Direito, formado em instituição reconhecida pelo MEC, na Seção do Estado onde concluiu seu curso de graduação em Direito ou na de seu domicílio eleitoral. § 1º Poderá ser deferida a inscrição do concluinte do curso de Direito, em instituição reconhecida pelo MEC, desde que o candidato: I - comprove, mediante certidão expedida pela instituição de ensino, que concluíra o curso; II - comprove que a formatura fora marcada para data posterior à de realização do Exame de Ordem; III - assine compromisso dando ciência de que somente receberá o certificado de comprovação do Exame de Ordem com a formatura. § 2º É facultado aos bacharéis em direito que exercerem cargos ou funções incompatíveis com a advocacia prestar Exame de Ordem, mesmo estando vedada sua inscrição na OAB.
Art. 4º. O Exame de Ordem ocorrerá três vezes por ano, preferencialmente nos meses de abril, agosto e dezembro, em calendário fixado pelos Conselhos Seccionais, que o realizarão em período único, em todo o território estadual, devendo o edital respectivo ser publicado com o prazo mínimo de 30 dias de antecedência.
Art. 5º. (ver transcrição acima, no corpo do parecer).
Art. 6º. Do resultado da Prova Objetiva ou da Prova Prático-Profissional cabe recurso para a Comissão de Estágio e Exame de Ordem, no prazo de três dias úteis, após a divulgação do resultado, sendo irrecorrível a decisão. § 1º O recurso do Exame de Ordem, devidamente fundamentado e tempestivamente entregue no protocolo do Conselho Seccional ou da Subseção, abrangerá o conteúdo das questões e das respostas da Prova Objetiva ou da Prático-Profissional ou versará sobre erro na contagem de pontos para atribuição da nota. § 2º Os recursos serão apreciados por uma comissão constituída por três membros, indicados pelo Presidente da Comissão de Exame de Ordem, obedecidos os critérios do § 3º do art. 3º deste Provimento, excluídos aqueles que participaram da correção inicial da prova recorrida."

recorrem aos serviços dos advogados. Tais benefícios superam, em muito, os dissabores dos aspirantes à advocacia que não logram aprovação em teste que exige conhecimentos mínimos em teoria e prática jurídicas, de modo a evidenciar que a lei em comentário supera o exame da proporcionalidade em sentido estrito.

Como o teste da proporcionalidade implica exame do mérito do ato editado pelo legislador democraticamente eleito, deve o Judiciário adotar postura de sensível autorrestrição (*judicial self-restraint)*, apenas invalidando atos inequivocamente despidos de fundamentos razoáveis. Trata-se de corolário dos princípios democrático e da segurança jurídica, pois a substituição do julgamento político proferido pela maioria dos representantes do povo pelo juízo do Judiciário colocaria em risco a tutela dos ideais de autogoverno do povo e de previsibilidade mínima do direito, que integram o núcleo essencial dos referidos princípios.

A bem da verdade, no exercício do controle da constitucionalidade das leis compete aos juízes e tribunais zelarem pela intangibilidade de normas que, reputadas essenciais pelo constituinte, foram colocadas além do alcance do legislador ordinário, para que este, vítima das suas próprias fraquezas ou de interesses políticos momentâneos, não coloque em risco a sua tutela. Na hipótese vertente, percebe-se que o constituinte originário, no processo altamente deliberativo que deu origem à Constituição de 1988, não descurou da necessidade de assegurar o preenchimento de qualificação técnica mínima para o exercício regular de profissão, em que pese às inevitáveis pressões sociais pela ampliação do acesso ao desempenho dos mais variados ofícios, especialmente daqueles tidos como de maior relevância social e tradicionalmente mais bem remunerados.

Entretanto, o que se percebe atualmente é que, bacharéis insatisfeitos com a reprovação no exame da OAB vêm se mobilizando com o fito de exercer, perante os mais diversos foros — sobretudo, Congresso Nacional, OAB e Judiciário —, pressão pela derrubada do exame. Busca-se assim fazer prevalecer o interesse individual relativo à obtenção de autorização para o exercício da advocacia (despido de lastro jurídico) sobre o interesse público na habilitação de pessoas qualificadas para o desempenho de profissão, reconhecido expressamente, e, por duas vezes, pelo constituinte originário (art. 5º, XIII, e 21, XVI). Ora, tal pressão claramente encontra obstáculo nos dispositivos citados, pois da sua literalidade se pode concluir que o constituinte decidiu por entrincheirar em seu corpo a exigência de que o aspirante ao exercício de profissão exiba qualificação profissional adequada. O constituinte parece ter antevisto as pressões sociais que adviriam pela ampliação do acesso às profissões em detrimento do interesse público no recrutamento apenas de profissionais competentes que, caso lograssem prevalecer no âmbito da advocacia, causariam danos seríssimos aos direitos fundamentais dos cidadãos que ficariam à mercê de advogados despreparados.

A legitimidade jurídico-constitucional do art. 44, I, do Estatuto da Advocacia. Competência da OAB para realizar a seleção dos advogados

Também não procede o argumento de que o art. 44, I, do Estatuto da Advocacia, ao conferir à Ordem dos Advogados do Brasil o poder de selecionar os advogados em toda a República Federativa do Brasil, apresentaria vício de inconstitucionalidade, na medida em que supostamente violaria os arts. 205 e 209, II, da Constituição de 1988, *in verbis:*

> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (...)
>
> Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: (...)
>
> II - autorização e avaliação de qualidade pelo poder público.

Mesmo diante da leitura isolada do art. 205 da Constituição pode se inferir que o referido dispositivo não conduz à ilação de que "o bacharel, diplomado, está apto a exercer a sua profissão liberal, qualquer que seja ela: médico, administrador, engenheiro, assistente social, bibliotecário, biólogo, contabilista, corretor de imóveis, corretor de seguros, economista etc.". Ao contrário, trata-se de norma programática que se limita a arrolar entre as finalidades que devem ser perseguidas pelas instituições públicas e privadas de ensino a busca da qualificação para o trabalho, mas que, absolutamente, não afirma que o diploma de bacharel constitui a única exigência de qualificação idônea a habilitar indivíduo para o exercício da respectiva profissão.

Tal conclusão é confirmada pela interpretação sistemática da Constituição de 1988, a qual se consubstancia em corolário natural do princípio da unidade da Constituição. Interpretando-se de modo harmônico os arts. 5º, XIII, e 205 da Constituição Federal, conclui-se que o primeiro dispositivo delega à lei a disciplina das condições de qualificação que habilitam os indivíduos ao exercício das profissões. Aliás, não poderia deixar de ser assim, já que por mais analítica que seja uma Constituição — e a Carta de 1988 não peca por ser excessivamente sintética, muito pelo contrário — não parece razoável supor que o diploma normativo de maior hierarquia na ordem jurídica nacional se digne a tratar, em todas as suas minúcias e sutilezas, da matéria em apreço.

Ao contrário, cabe ao legislador, para estabelecer as multicitadas condições de qualificação, pesar as características específicas de cada profissão — grau de complexidade técnica, relevância social, repercussão maléfica do seu mau desempenho etc. Evidente que esse tema escapa, em muito, ao espectro da normativa constitucional, especialmente em virtude do risco de entrincheirar-se na constituição requisitos específicos ao regular desempenho de profissões que podem se tornar, em lapso de tempo reduzido, obsoletos. Cuidando-se, portanto, de matéria que se insere na margem de livre conformação do legislador, e tendo a disciplina normativa do exame de ordem observado irrestritamente o princípio da proporcionalidade, nada há para manchar a sua validade. Assim, a previsão de igual exigência para outras profissões compete ao juízo político do legislador, devendo, contudo, observar as peculiaridades da profissão e o princípio da proporcionalidade.

Também não se verifica qualquer conflito entre os arts. 209, II, da Constituição e 44, I, do Estatuto da Advocacia, por serem inconfundíveis as prerrogativas de autorizar e avaliar a qualidade do ensino, a cargo do Ministério da Educação,[17] e de selecionar os advogados, sob a responsabilidade da Ordem dos Advogados do Brasil.

Para ilustrar a distinção entre os dois campos de atuação, basta pensar em quão singela seria a inconstitucionalidade da instituição de exame de habilitação de advogados pelo Ministério da Educação, assim como o seria a prolação de decisão de descredenciamento de curso de graduação em direito pela OAB. Enquanto compete ao Ministério da Educação a autorização e o reconhecimento de cursos, bem como o credenciamento de instituições de educação superior, mediante processos periódicos de avaliação (art. 46 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação), à OAB cabe, dentro do espectro das suas funções corporativas,[18] o exercício de poder de polícia acerca da qualidade e da probidade do exercício da advocacia, na qual se inclui a prerrogativa de promover, com exclusividade, a seleção dos advogados, habilitando-os ao desempenho das atividades privativas da advocacia (art. 44, I, c/c art. 1º da Lei nº 8.906/94). Em poucas palavras: o Ministério da Educação exerce poder de polícia sobre a atividade desempenhada pelas instituições de ensino

[17] Quanto à abertura de novos cursos jurídicos, compete à OAB somente a prolação de parecer opinativo, de maneira que a última palavra cabe ao Ministério da Educação.

[18] Além das aludidas funções corporativas, comuns aos demais conselhos de fiscalização profissional, a OAB desempenha funções de alto relevo social, conforme estatuído no art. 44, I, do Estatuto da Advocacia, *in verbis*: "art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça, e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas". Ademais, a Constituição conferiu ao Conselho Federal da OAB legitimidade ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade (*ex vi* art. 103, VII, da CRFB/88).

superior, enquanto à OAB cumpre desempenhar o poder de polícia em face da advocacia.

São áreas de atuação fiscalizatória distintas e complementares, que de forma alguma se confundem. Tal circunstância, somada à da proporcionalidade do juízo de prognose legislativa acerca da insuficiência do título de bacharel em direito para a garantia da qualificação mínima do advogado,[19] revelam que inexiste qualquer *bis in idem* na exigência cumulativa do diploma em curso superior de direito e da aprovação em exame de ordem para a inscrição de indivíduo nos quadros da OAB (art. 8º, II e IV, do Estatuto da Advocacia).

Além do mais, pôde-se confirmar que inexiste superposição de competências ou mesmo confronto institucional entre o Ministério da Educação e da OAB. Ao contrário, a verdadeira oposição se verifica entre, de um lado, o Ministério da Educação e a OAB — cujas funções de supervisão sobre o ensino jurídico e sobre a advocacia se reforçam mutuamente, e de outro, algumas instituições particulares de ensino e bacharéis, que temem eventuais penalidades do MEC e/ou insucessos no exame de ordem. Os últimos, por sua vez, defendem, de forma autointeressada, uma absolutização dos direitos à livre iniciativa e ao livre exercício de profissões, com nítido prejuízo ao interesse público na qualidade do ensino jurídico e do exercício da advocacia e, consequentemente, por causa da tutela dos direitos fundamentais de cidadãos representados por advogados despreparados.

Vários exemplos de atuação conjunta e de soma de esforços e experiências entre a Comissão de Ensino Jurídico da OAB (CEJ) e a Comissão de Especialistas do Ensino do Direito no MEC comprovam o exposto. Cite-se os seminários cujas conclusões deram origem ao novo currículo mínimo do direito, implantado pela Portaria MEC nº 1.886/94, com início de vigência a partir de 1997; os grupos de trabalho que concluíram pela utilização de novos parâmetros para a análise dos pedidos de autorização de novos cursos jurídicos, destacando-se a atribuição de maior relevância ao parecer prévio proferido pela OAB.

Neste ponto, é relevante trazer à baila os modos de atuação do poder de polícia:

- ordem de polícia — é a norma que restringe a liberdade individual, por meio da exigência ou do impedimento da prática de uma conduta, com o escopo de concretizar o interesse público;
- consentimento de polícia — ato administrativo de anuência da prática de uma atividade privada, quando o seu desempenho estiver sujeito a um controle prévio do órgão fiscalizador destinado a garantir a sua conformidade ao interesse público, materializando-se mediante alvará de licença ou de autori-

[19] Ver item 2.3.1, especialmente na parte em que foi aplicado, à espécie, o subprincípio da necessidade.

zação, conforme se cuide de ato administrativo vinculado ou discricionário, respectivamente;
- fiscalização de polícia — verificação do cumprimento dos atos que veiculem ordens e consentimentos de polícia;
- sanção de polícia — referente à aplicação de instrumentos de intervenção punitiva pelo órgão fiscalizador em face daquele que exerce, em dissonância à ordem e ao consentimento de polícia, a atividade privada objeto de supervisão.

Da análise sistêmica do Estatuto da Advocacia verifica-se que a atribuição à OAB do poder de polícia sobre o exercício da advocacia abrange os quatro momentos do ciclo de polícia. Veja-se os seguintes exemplos:

- ordem de polícia — promover, com exclusividade, a seleção dos advogados no Brasil, por meio da aplicação do exame de ordem (arts. 44, I, e 8º, IV);
- consentimento de polícia — inscrever o bacharel em direito como advogado, habilitando-lhe ao exercício dos atos que lhe são privativos, caso restem preenchidos os requisitos estabelecidos nos arts. 8º e 9º, I e II do Estatuto (cuida-se de ato vinculado);
- fiscalização de polícia — poder dos presidentes dos conselhos da OAB e das subseções requisitarem cópia de peças de autos e documentos a órgãos judiciais e administrativos, desde que a requisição esteja devidamente motivada à luz das suas finalidades, especialmente das fiscalizatórias (art. 50 do Estatuto c/c com a interpretação conforme a constituição que lhe foi conferida pelo STF na ADI nº 1127-8 (*DOU*, 26 maio 2006);
- sanção de polícia — processamento e julgamento de advogados por infrações ético-disciplinares, nos termos dos arts. 68 a 77 do Estatuto.

A distinção entre as esferas de fiscalização do MEC e da OAB é confirmada pelo exame da disciplina conferida à matéria pela Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), que em seu art. 48 contém norma genérica:

> Art. 48. Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular.
>
> §1º Os diplomas expedidos pelas universidades serão por elas próprias registrados, e aqueles conferidos por instituições não universitárias serão registrados em universidades indicadas pelo Conselho Nacional de Educação.

Tais dispositivos também não afirmam que o diploma de bacharel consiste na única exigência de qualificação para o exercício de determinada profissão, qualquer que seja ela. Mesmo que o fizessem — o que só se admite para fins argumen-

tativos, à vista da clareza das normas em foco — não poderiam de forma juridicamente legítima excluir a possibilidade de outra lei ordinária instituir exigência adicional à profissão específica que, à luz do princípio da proporcionalidade, se justifique ante as peculiaridades das funções a ela inerentes. Assim, o art. 8º da Lei nº 8.906/94 arrola, em absoluta consonância com o princípio da proporcionalidade, a apresentação de diploma em direito (art. 8º, II), e a aprovação em exame de ordem (art. 8º, IV) como requisitos cumulativos à inscrição do bacharel como advogado. Cuida-se de norma específica, incidente sobre a advocacia e não em face das demais profissões, devendo, portanto, no seu âmbito mais restrito de incidência, prevalecer sobre norma geral de mesma hierarquia.

Ademais, é prova inequívoca da ausência de efetivo conflito entre o art. 48 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação e o art. 8º, IV, do Estatuto da Advocacia, a circunstância da conclusão de curso de direito não conferir ao indivíduo a condição de bacharel em advocacia, mas de bacharel em direito. Segundo a legislação e a tradição pátrias, tal diploma fornece uma formação geral para o desempenho de atividades parajurídicas, habilita *per se* o bacharel a prestar concursos públicos para cargos que não exijam prévia atuação como advogado, e a inscrever-se no exame de ordem. Todavia, a inscrição do bacharel em direito como advogado não é ato meramente declaratório, homologatório ou corolário natural da condição de bacharel, mas ato constitutivo, típico consentimento de polícia, na medida em que, ao convolar o bacharel em advogado, habilita-lhe ao desempenho das atividades privativas da advocacia (art. 1º, do Estatuto da Advocacia). Tal ato, embora constitutivo, não se reveste de discricionariedade, porquanto se encontra vinculado ao preenchimento dos requisitos inscritos nos arts. 8º e 9º do Estatuto (entre os quais se insere a aprovação do bacharel no exame da ordem), qualificando-se pois, como alvará de licença para o exercício de profissão.

Assim, revela-se correto o acórdão da relatoria do ministro Humberto Gomes de Barros, assim ementado:

> ADMINISTRATIVO — ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. EXAME DE ORDEM — DISPENSA — BACHAREL QUE POR INCOMPATIBILIDADE NÃO SE INSCREVEU NO QUADRO DE ESTAGIÁRIOS — NECESSIDADE DO EXAME DE ORDEM.
>
> I. Não é lícito confundir o *status* de bacharel em direito, com aquele de advogado. Bacharel é o diplomado em curso de Direito. Advogado é o bacharel credenciado pelo Estado ao exercício do *jus postulandi*.
>
> II. 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.

III. 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.

IV. O estágio profissional constitui um noviciado, pelo qual o aprendiz toma contato com os costumes forenses, perde a timidez (um dos grandes defeitos do causídico) e efetua autoavaliação de seus pendores para a carreira que pretende seguir.

V. A inscrição no quadro de advogados pressupõe, a submissão do bacharel em Direito ao Exame de Ordem. Esta, a regra. As execuções estão catalogadas, exaustivamente, em regulamento baixado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.[20]

Constitucionalidade da "regulamentação" do exame de ordem por ato normativo do Conselho Federal da OAB

Argumenta-se ainda que a previsão legal de que o exame de ordem seja regulamentado por provimento do Conselho Federal da OAB (art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.906/94) seria inconstitucional, por violação ao princípio da legalidade, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei" (art. 5º, II, da CRFB/88). Tal argumento revela verdadeiro "fetiche legalista", ao pressupor que todas as matérias, por mais complexas, pormenorizadas e mutáveis que sejam, possam receber disciplina normativa exauriente em lei formal. Compreende-se, equivocadamente, como corolário natural da legalidade o dever do legislador esgotar o regramento das condições para a qualificação profissional, não deixando qualquer espaço para o desenvolvimento, especificação ou esclarecimento dos ditames legais por órgãos ou entidades dotados de poder normativo.[21] Evidentemente que tal concepção "holística" da legalidade exige demais do legislador, não causando espanto nunca ter encontrado lastro na prática jurídica, ou no adequado delineamento doutrinário do conteúdo jurídico do princípio em tela.[22]

Quanto ao último aspecto, Luís Roberto Barroso salienta que a legalidade subdivide-se em dois princípios:

---

[20] REsp. nº 214.671/RS, rel min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, unânime, DJU, 1º de agosto de 2000, p. 197.

[21] Sobre os órgãos dotados de poder normativo em administrações públicas policêntricas, como as atuais, conferir Binenbojm.

[22] Sobre a chamada "crise da lei", ver Clève.

- preeminência da lei —hierarquia entre as fontes do direito, na medida em que acarreta a invalidade dos atos infralegais (ou secundários) que contrastarem com a lei (ato primário);
- a reserva de lei — se refere à partilha de competências entre os poderes constituídos, eis que exige lei para a disciplina de determinada matéria, excluído o emprego de outras espécies normativas.

A reserva de lei decompõe-se em material ou formal; e absoluta ou relativa. Haverá reserva de lei formal quando determinada matéria só puder ser tratada por lei em sentido estrito, ou seja, por norma editada pelo Poder Legislativo em observância ao processo legislativo estabelecido nos arts. 61 e seguintes da Constituição Federal; em matérias em que seja admitida a disciplina não apenas por lei formal, mas também por outras espécies normativas primárias ou com força de lei (medidas provisórias e leis delegadas) verificar-se-á meramente reserva de lei material.

Segundo Barroso (2001):

> Por outro lado, a reserva de lei será absoluta quando se exija do legislador que esgote o tratamento da matéria no relato da norma, sem deixar espaço remanescente para a atuação discricionária dos agentes públicos que vão aplicá-la. Será relativa a reserva legal quando se admitir a atuação subjetiva integradora do aplicador da norma ao dar-lhe concreção.

Deve-se ainda acrescentar as reservas de lei qualificada e simples: na primeira, ao contrário da segunda, a própria constituição predetermina a finalidade que deverá ser perseguida pela regulamentação da respectiva norma constitucional.

O art. 5º, XIII, da Constituição da República, ao condicionar o exercício de qualquer trabalho às "qualificações profissionais que a lei estabelecer", evidentemente traz à baila hipótese de reserva de lei relativa e qualificada. Assim, compete à lei federal somente a definição de condição que seja apta a garantir a qualificação profissional (finalidade predeterminada pelo constituinte) à luz das peculiaridades do respectivo ofício, não sendo razoável exigir — sobretudo porque o constituinte não estabeleceu hipótese de reserva absoluta de lei, como o fez em relação às normas penais incriminadoras — que lei formal esgote o regramento da matéria.

Em razão da já suficientemente demonstrada adequação do exame de ordem para a aferição de conhecimentos teóricos e práticos em direito que garantam qualificação mínima para o exercício responsável da advocacia, revela-se constitucional a instituição do exame de ordem (art. 8º, IV, da Lei nº 8.906/94), pois trata-se de condição estabelecida em lei formal apta a realizar a finalidade predeterminada pelo constituinte no art. 5º, XIII. Por outro lado, por ser reserva de lei relativa, e não

absoluta, e da Constituição e lei formal terem fixado princípios inteligíveis aptos a pautar o exercício legítimo da potestade "regulamentar" (aferição da qualificação profissional por meio de teste escrito de conhecimentos jurídicos de índole teórica e prática), afigura-se igualmente constitucional a delegação do delineamento da concreta execução do exame de ordem ao Conselho Federal da OAB. De fato, cumpre repisar que, à míngua de reserva absoluta de lei, não há suporte jurídico-constitucional, ou mesmo razoabilidade mínima, para a tese de que lei formal deveria definir todos os critérios necessários à aplicação do exame de ordem (composição da banca examinadora, perfil das provas, conteúdo programático, periodicidade, nota mínima para a aprovação etc.).

Nem se venha dizer que a Ordem dos Advogados do Brasil, por não integrar a administração pública, não poderia ser destinatária de tal delegação de poder normativo. O argumento nitidamente não procede, eis que, como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, a OAB, assim como os demais conselhos de fiscalização profissional, possui prerrogativas típicas de pessoas jurídicas de direito público, notadamente no que tange ao exercício do poder de polícia nos quatro elementos do seu ciclo: ordem, consentimento, fiscalização e sanção de polícia (ADI nº 1717-6, DJU, 28 de março de 2003).

Contudo, ao contrário dos demais conselhos de fiscalização profissional, a Ordem dos Advogados do Brasil não possui natureza autárquica, antes se consubstanciando "*serviço público independente,* categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro".[23] A OAB, portanto, não se encontra ligada à administração direta por vínculos de tutela administrativa, tendo a sua autonomia limitada apenas pela Constituição e pelas leis, e pela inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB/88). Isso porque, enquanto os demais conselhos de fiscalização profissional têm apenas finalidades corporativas, a OAB, além da defesa das prerrogativas dos advogados e do exercício do poder de polícia sobre a sua atividade profissional, destina-se também, segundo o art. 44, I, do Estatuto da Advocacia, a "defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça, e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas". Além disso, o art. 103, VII, da CF/88 conferiu ao Conselho Federal da OAB legitimidade ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade (ADI nº 3.026, DJU, 29 de setembro de 2006).

---

[23] Ver o voto do ministro Eros Grau, na ADI 3.026, DJU, 29 de setembro de 2006. Na doutrina, ver Lobo.

Se os demais conselhos de fiscalização profissional possuem prerrogativas de pessoas jurídicas de direito público, nos quais se inclui o poder de polícia em seus quatro modos de expressão e, sobretudo, o poder normativo, com muito mais razão a OAB ostenta idênticas prerrogativas, diante da especial posição que ocupa entre os seus pares, decorrente da especificidade e da relevância jurídico-constitucional das suas funções. Assim, não há qualquer laivo de inconstitucionalidade na atribuição ao Conselho Federal da OAB do "poder de regulamentar" o exame da OAB (art. 8º, § 1º do Estatuto), restando igualmente incólume o respectivo ato normativo secundário (Provimento nº 109/05 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil).

6. Síntese conclusiva

Ao longo deste artigo, acredita-se terem sido refutados, de maneira consistente, os principais fundamentos empregados na tese da inconstitucionalidade dos arts. 8º, IV, § 1º, e 44, I, do Estatuto da Advocacia, com base nas contrarrazões ora sinteticamente reproduzidas, para fins didáticos.

Desde as suas origens, o ensino do direito no Brasil se caracterizou pela exposição sistemática dos institutos jurídicos, segundo um modelo de aulas teóricas expositivas que dava pouca atenção à complexidade do fato social, à necessidade de especialização e ao desenvolvimento do raciocínio jurídico. Se tais "aulas-doutas coimbrãs" se justificavam pela função inicial dos cursos jurídicos de fornecer quadros para a elite burocrática nacional e de propagar ideais liberais-humanistas, acabou se perpetuando por diversos fatores, notadamente pela circunstância das faculdades formarem bacharéis que, em grande número, se dedicam a atividades parajurídicas. Com a evolução econômica e tecnológica, esse modelo teórico de ensino se mostrou, cada vez mais, em descompasso com as demandas da sociedade. Por outro lado, verificou-se um impressionante aumento do número de faculdades de direito, sem que o poder público exercesse uma efetiva supervisão acerca da qualidade do ensino jurídico. Tais fatores, entre outros, revelam que os bacharéis em direito, em grande parte, não obtêm nas faculdades os conhecimentos teóricos e práticos que os habilitem a exercer, com qualidade e responsabilidade, os elevados e específicos misteres da advocacia. Assim, o exame de ordem, para além de fundado em expressa previsão legal, consiste em medida absolutamente imprescindível para a garantia da qualidade no exercício da advocacia.

O art. 5º, XIII, não confere aos seus destinatários um direito absoluto e irrestringível ao desempenho de qualquer trabalho, ofício ou profissão, esteja ou não o indivíduo habilitado tecnicamente a exercê-la. Como deriva da literalidade da referida norma e da própria necessidade de harmonização entre o interesse

individual ao acesso à profissão e o interesse público em que apenas pessoas tecnicamente competentes possam desempenhá-la, compete ao legislador ponderar os respectivos interesses. Assim, a matéria relativa à definição das condições de qualificação profissional situa-se no campo da liberdade de conformação legislativa, embora o legislador esteja compelido a guiar-se por um juízo de proporcionalidade, à luz das peculiaridades do respectivo ofício.

O art. 8º, IV, da Lei Federal nº 8.906/94 é constitucional, uma vez que o exame de ordem, por ele erigido à condição para a inscrição do bacharel em direito como advogado, observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. É *adequado*, pois consiste em meio, em tese, idôneo à aferição de conhecimentos teóricos e práticos mínimos para a seleção de bacharéis aptos a praticarem, com responsabilidade, a advocacia, que consiste em função essencial à Justiça (art. 133, da CRFB/88. É necessário, pois não se vislumbra medida que seja, a um só tempo, mais protetiva ao interesse público na escolha de advogados competentes, e menos restritiva à liberdade de profissão. Efetivamente, medidas alternativas, como a exigência apenas do diploma de bacharel em direito, protegem significativamente menos o primeiro interesse, podendo causar danos irremediáveis aos direitos fundamentais dos cidadãos representados por advogados despreparados.

Além disso, cuidou-se de delinear o exame de ordem de maneira a, sem colocar em risco a exigência de qualificação profissional mínima, promover-se a menor restrição possível ao acesso à advocacia. Cumpre citar, por exemplo, a ausência de limite de reprovações toleradas, a fixação de nota de aprovação razoável, o cabimento de recursos do teor das questões e respostas, a realização de prova prático-profissional em matéria de eleição do candidato etc. O exame de ordem observa, também, a *proporcionalidade em sentido estrito,* já que, por um lado, impõe restrição relativamente suave ao acesso à profissão (vide as mencionadas cautelas), mas, por outro, revela-se absolutamente essencial para a realização concreta da finalidade constitucional da garantia de qualificação mínima do profissional da advocacia.

Não há conflito entre o art. 44, I, da Lei nº 8.906/94 e os arts. 205 e 209, II, da Constituição Federal de 1988, nem se verifica *bis in idem* em arrolar-se como requisitos cumulativos ao desempenho da advocacia "diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada" (art. 8º, II), e a "aprovação em exame de ordem" (art. 8º, IV). De fato, o art. 205 da CRFB/88 não afirma que o diploma é o único requisito de qualificação para qualquer profissão, não vedando que o legislador ordinário, ao concretizar o art. 5º, XIII, estabeleça exigências adicionais para profissões específicas, em juízo guiado pela proporcionalidade e pelas especificidades do ofício.

Ademais, o art. 209, II, da CF/88, combinado com o art. 46 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, confere ao Ministério da Educação poder de polícia sobre as entidades de ensino superior, o que lhe permite credenciá-las ou descredenciá-las,

enquanto a Lei nº 8.906/94 atribui à OAB poder de polícia em face das atividades desempenhadas pelos advogados, que abrange os quatro momentos típicos do poder de polícia: ordem, consentimento, fiscalização e sanção de política. O poder-dever de selecionar advogados (art. 44, I, da Lei nº 8.906/94) situa-se na seara do consentimento de polícia que, por sua vez, encontra-se vinculado ao preenchimento das condições estabelecidas na ordem de polícia como suficientes à inscrição de bacharel como advogado (arts. 8º e 9º, da Lei nº 8.906/94). As áreas de atuação fiscalizatória do MEC e da OAB são, portanto, inconfundíveis e complementares, não precisando se falar em superposição ou *bis in idem.*

A previsão legal de que o exame de ordem será regulamentado por provimento do Conselho Federal da OAB (art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.906/94) é constitucional, pois o art. 5º, XIII, prevê hipótese de reserva qualificada e relativa de lei, na medida em que predetermina a finalidade da regulamentação legal (qualificação profissional), mas não exige que lei esgote o tratamento da matéria, apenas que defina condição que seja apta a realizar, potencialmente, o referido fim. Nada impede, então, que lei formal delegue a ato normativo secundário a "regulamentação" da matéria, cabendo aos respectivos provimentos atuar *secundum legem.* Tal agir, na hipótese específica em foco, significa "regulamentar" e aplicar o exame de ordem de forma a aferir a presença de conhecimentos teóricos e práticos necessários ao desempenho competente da advocacia, impondo, sem prejuízo da satisfação deste objetivo, a mínima restrição possível ao acesso à profissão.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 86-87.

BARROS, Roque Spencer Maciel. A ilustração brasileira e a ideia de universidade. In: VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 276.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

_____. Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional de competências legislativas). In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 169.

BASTOS, Aurélio Wander. *O ensino jurídico no Brasil.* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000. p. 360.

BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo* — direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O art. 209 da Constituição 20 anos depois.* O papel do Estado na sua efetivação. Colóquio de Direito Constitucional em comemoração aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. Petrópolis, Rio de Janeiro, ago. 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1225.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 45-99.

COMISSÃO DE ENSINO JURÍDICO DA OAB. *OAB recomenda 2007*: em defesa do ensino jurídico. Brasília: OAB — Conselho Federal, 2004.

DANTAS, San Thiago. A educação jurídica e a crise brasileira. In: *Palavras de um professor.* Rio de Janeiro: Forense, 1975.

D'URSO, Luis Flávio Borges. *Papel do ensino jurídico no futuro da advocacia*. Disponível em: <oabsp.org.br>. Acesso em: 2 set. 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

EDERLY, Maria Fernanda. *Teste do exame*. Disponível em: www.conjur.br>. Acesso em: 3 set. 2008.

FALCÃO, Joaquim. Os cursos jurídicos e a formação do Estado nacional. In: *Os advogados*: ensino jurídico e mercado de trabalho. Recife: Fundação Joaquim Nabuco — Massangana, 1984a. p. 26.

_____. Mercado de trabalho e ensino jurídico. In: *Os advogados* – ensino jurídico e mercado de trabalho. Recife: Fundação Joaquim Nabuco — Massangana, 1984b. p. 97-99.

GUIMARÃES, José de Freitas. *A inconstitucionalidade do exame de ordem*. Disponível em: <www.tex.pro.br/wwwroot/00/060720ainconstitucionalidade.php>.

LIMA, Fernando. *Resposta à OAB*: a liminar do exame de ordem. Disponível em: <http://sedlex.wordpress.com/2008/02/01/resposta-a-oabrj-a-liminar-do-exame-de-ordem/>.

_____. *A inconstitucionalidade do exame de ordem*. Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos905/a-inconstitucionalidade-examen/a-inconstitucionalidade-examen.shtml>.

LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de et al. *Mercado de trabalho de nível superior* – oferta e demanda de advogados, engenheiros, economistas e administradores. Rio de Janeiro: Dados, 1972. p. 123-124.

LIMA, Margarete Rodrigues de. *A inconstitucionalidade do exame da OAB*. Disponível em: <www.profpito.com/AINCONSTITUDOEXAMEDAOAB.html>. Acesso em: 27 maio 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Indicadores de avaliação de cursos jurídicos. In: *Ensino jurídico OAB* – 170 anos de cursos jurídicos no Brasil. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1997. p. 56-77.

_____. *Comentários ao Estatuto da Advocacia*. Brasília: Conselho Federal da OAB, Brasília Jurídica, 1999. p. 180.

MACHADO, Rubens Aprobbato. Em defesa da qualidade do ensino. In: *OAB recomenda 2003:* em defesa do ensino jurídico. Brasília: OAB — Conselho Federal, 2004. p. 7.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativas pelo órgão judicial. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional, 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 493-517.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. 11. ed. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 300-304.

NABUCO, Joaquim. *Um estadista do Império*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1936. v. 1, p. 13.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Relatório sobre o ensino jurídico no Brasil*. Encontros regionais dos educadores brasileiros. Rio de Janeiro, 1961. p. 17.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 273.