

## TEMAS RELATIVOS À ATIVIDADE PROFISSIONAL

### O EXAME DE ORDEM E SUA AVALIAÇÃO JURÍDICA

\* *FELICÍSSIMO SENA*

\*\* *LUIZ FORTINI*

O Conselho Seccional de Goiás da OAB tem enfrentado nos últimos meses algumas ações ordinárias e mandados de segurança contra o exame de Ordem. Nos seus argumentos de base, em geral os autores dessas ações pretendem dar à ORDEM natureza de autarquia federal, contestam a constitucionalidade do art. 78, que deu competência ao Conselho Federal da Ordem para editar o Regulamento Geral, e do inciso IV do art. 8º da Lei nº 8.906/94, por considerarem atentatória aos princípios da isonomia, da liberdade de trabalho e da proporcionalidade das leis e à autonomia universitária a exigência do Exame de Ordem.

Conscientes de que a ORDEM tem grande responsabilidade na seleção dos Advogados, principalmente porque a Constituição os declara indispensáveis à administração da Justiça (CF, art. 133) e a lei confere a seu ministério privado caráter de prestação de serviço público e exercício de função social (Lei nº 8.906/94, art. 2º, § 1º), para as informações e respostas rebatem as argumentações apresentadas, não só com teses de nossa formulação, mas com base em afirmações de juristas competentes e sérios e em decisões judiciais de conteúdo abrangente e profundo, com bom nível de compreensão dos direitos e necessidades sociais.

Queremos compartilhar com os profissionais do direito nossos breves estudos, não exaustivos mas, certamente, feitos com honestidade intelectual e com o propósito de, com respeito aos direitos individuais, resguardar as garantias individuais e da sociedade.

\* Presidente da OAB-GO.

\*\* Assessor Jurídico da OAB-GO.

Assim:

## I – Natureza Jurídica da OAB

A Lei nº 8.906/94, ao institucionalizar a Ordem dos Advogados do Brasil, fê-lo através de seu artigo 44, para dizê-la “*serviço público, dotado de personalidade jurídica e forma federativa*”.

O § 1º do mesmo artigo e lei conceituou a autonomia da ORDEM, fazendo-o com a seguinte redação:

*“A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico”.*

Essa, aliás, uma disposição atualizada do que já constava da anterior Lei nº 4.215/63, cujo § 1º do artigo 139 estabelecia “*não se aplicarem à ORDEM as disposições legais referentes às autarquias ou entidades paraestatais.*”

Tratando da matéria, Paulo Netto Lôbo, em *Comentários ao Estatuto da Advocacia*, 2ª ed./Brasília Jurídica/96, pág. 176, registra:

*“O Estatuto estabelece que a OAB é serviço público, sem vínculo funcional ou hierárquico com órgãos da Administração Pública. Sua independência só encontra limite na subordinação à lei”.*

Demonstrando lucidez quanto à figura jurídica típica e quase exclusiva da OAB, lembra ainda Netto Lôbo:

*“Serviço público não significa necessariamente serviço estatal, este assim entendido como atividade típica exercida pela administração pública. Serviço público é gênero, do qual serviço estatal é espécie. A evolução dos conceitos e da experiência jurídica, mercê da transformação do Estado Moderno, fortalece a afirmação corrente de que nem tudo o que é público é estatal.”* (pág. 177)

Na mesma obra, o autor ainda registra:

*“DARIO DE ALMEIDA MAGALHÃES afirma ser a OAB entidade jurídica sui generis, que não se inclui nem entre as autarquias administrativas nem entre as entidades exclusivamente privadas, por não gerir qualquer parcela do patrimônio público ou se manter com*

*dinheiros públicos. No mesmo sentido manifestou-se Miguel Reale, para quem a OAB é entidade singular, na qual característicos públicos e privados se coordenam e se completam.*

*Em suma, a OAB não é nem autarquia nem entidade genuinamente privada, mas serviço público independente, categoria sui generis, submetida ao direito público (exercício do poder de polícia administrativa da profissão) e ao direito privado (demais finalidades).” (págs. 179/181)*

Por sua vez, Elcias Ferreira da Costa, na obra *Deontologia Jurídica*, Ed. Forense/96, destaca:

*“Não é a ORDEM uma sociedade puramente civil, tendo a sua existência criada por lei. Não é autarquia, não estando juridicamente atrelada a nenhum órgão público.*

.....

*Associação sui generis, regulada em parte pelo direito público, com atribuições de sujeito de poder de imperium, e, por outro lado, sujeita ao direito privado, ...” (pág. 87)*

Não é muito lembrar que a ORDEM dos Advogados não integra qualquer dos orçamentos da administração pública brasileira, vivendo apenas e tão-só das contribuições obrigatórias e facultativas daqueles que se acham inscritos em seus quadros e dos preços de serviços que presta a terceiros, ainda que eventualmente, tais como locação de bens patrimoniais e cessão de cadastros de advogados, além de outros raros exemplos.

Vê-se, portanto, que à ORDEM não se deve dar tratamento de autarquia, sob qualquer aspecto.

## II – Regulamento Geral da Advocacia

Paulo Luiz Netto Lôbo, na obra referida, páginas 254 e 255, comenta:

*“O Estatuto é uma lei compacta, que procurou tratar apenas das matérias que se encartassem na denominada reserva legal (criação, modificação ou extinção de direitos e obrigações). Todas as demais foram remetidas ao seu Regulamento Geral, mediante*

*delegação de competência legal ao Conselho Federal da OAB, cumprindo-lhe editá-lo ou alterá-lo, com idêntica força de obrigatoriedade a todos os órgãos da instituição e a todos os inscritos.*

*A delegação legal é compatível com o artigo 84, IV, da Constituição, que tem finalidade diversa, porque tem conteúdo delimitador do Poder Executivo, em face dos demais Poderes da República.*

*Com o desenvolvimento do Estado Moderno, e a complexidade das relações sócio-jurídicas, o princípio do monopólio estatal da produção jurídica flexibilizou-se para admitir delegações, descentralizações e reconhecimento de ordenamentos complementares, estes delimitados a grupos e classes de pessoas. Neste sentido, aponta a Constituição de 1988.*

*Apesar da denominação utilizada na Lei nº 8.906, o Regulamento Geral tem forma e natureza de resolução e de regimento interno e foi editado dentro desses precisos limites. A regulamentação de matérias e campos específicos, quando prevista em lei, não é novidade no direito brasileiro. Exemplos de delegações regulamentares foram as Leis nºs 5.842/72 e 8.195/91. É da competência das entidades e órgãos de deliberação coletiva a edição de resoluções de alcance geral e abstrato, desde que não criem, modifiquem ou extingam direitos e obrigações. Todos os dispositivos do Estatuto que são remetidos à regulamentação definem os direitos e obrigações correspondentes”.*

A exposição do ilustre jurista é suficientemente clara na indicação dos motivos pelos quais está revestido de constitucionalidade, legalidade e eficácia o Regulamento Geral do EAOAB.

Convém acrescentar que o disposto no art. 78 do Estatuto diz apenas de normas procedimentais ou elucidativas das condições para o exercício da profissão de Advogado – competência da União e não privativa do Presidente da República (CF, art. 22, XVI). Não diz respeito à matéria envolvente da independência dos Poderes da União, esta, sim, protegida pelo art. 84, IV, da Constituição Federal.

Ademais, não é no Regulamento que existe a exigência do exame de Ordem, mas na própria Lei nº 8.906/94, conforme disposição do inciso IV de seu artigo 8º.

### III – Estágio profissional

O art. 84 da Lei nº 8.906/94 estabelece:

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

Esta norma deixa claro que:

1 – os estágios nela previstos deviam ter sido realizados até, no máximo, dois anos após o início da vigência da lei, o que ocorreu em 5 de julho de 1994, com sua publicação no Diário Oficial da União da mesma data, Seção I, página 10.093. Esses dois anos findaram-se em 6 de julho de 1996;

2 – os estagiários nela referidos eram os inscritos no quadro próprio da OAB e não os matriculados em cursos de estágio das respectivas faculdades, destinados ao desenvolvimento do aprendizado de práticas jurídicas, curriculares, objetivando a habilitar o graduado para o exercício de profissões jurídicas – Magistrado, membro do Ministério Público, Procurador Autárquico, Delegado de Polícia e outros –, não especificamente a Advocacia;

3 – os que não tenham preenchido as condições do artigo, cujo intuito evidente é o de agasalhar situações de transição entre o Estatuto anterior e o atual, para se inscreverem no Quadro de Advogados devem submeter-se ao Exame de Ordem, já que os estágios, na conformidade das disposições legais agora vigentes (principalmente o art. 9º da Lei nº 8.906/94), não o elidem.

### IV – Exame de Ordem

O exame de Ordem é determinação legal constitucionalmente amparada e é à OAB que a lei confere, com exclusividade, a competência para selecionar os advogados (Lei 8.906/94, art. 44, II) – e a nenhum outro

órgão ou Poder. As exigências do art. 8º de seu Estatuto (*Lei, e não regulamento*) devem ser lidas com a compreensão de que a norma do art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, deve ser avaliada em harmonia com o art. 22, inciso XVI, dela mesma, isto é: é livre o exercício de qualquer profissão, “*atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”, e que compete privativamente à União legislar sobre “*condições para o exercício de profissões*” – o que fez, relativamente à profissão de Advogado, através do Estatuto da Advocacia e da OAB. “*Bacharel em Direito*” não é profissão, é grau acadêmico. O Bacharel em Direito pode optar entre várias profissões, dentre elas a de Advogado. Mas, enquanto Bacharel, não é Advogado, ou Magistrado, ou professor de Direito ou qualquer outro profissional que seu grau lhe permite ser – desde que preenchidas as condições legais para o exercício, não sendo a única delas possuir o grau.

Cabe, a respeito disso, transcrever da sentença proferida pela Mma. Juíza da Primeira Vara da Justiça Federal, Seção Judiciária de Goiás, Dra. Maria Maura Martins Moraes Tayer, no Processo nº 969160-9, de Mandado de Segurança, o seguinte conteúdo:

“*O art. 5º, XIII, da Constituição da República dispõe que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.*”

*CELSO RIBEIRO BASTOS, discorrendo sobre a matéria, assevera que duas são as condições necessárias para que a atividade exija qualificação profissional para o seu desempenho: uma, consistente no fato de a atividade demandar conhecimentos técnicos e científicos avançados; outra, que a profissão a ser regulamentada possa trazer sério dano social.*

*E continua:*

“*É óbvio que determinadas atividades ligadas à medicina, à engenharia, nas suas diversas modalidades, ao direito, poderão ser geradoras de grandes malefícios, quer quanto à liberdade e quer ainda quanto à saúde do ente humano. Nestes casos, a exigência de cumprimento de cursos específicos se impõe como uma garantia oferecida à sociedade*” (Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol., p. 78).

*No caso do exercício da Advocacia, as duas condições estão presentes. Há necessidade, para seu exercício, de conhecimentos técnicos e científicos avançados e seu exercício pode ocasionar dano social.*

*Dessa forma, é indiscutível que a lei federal possa disciplinar o exercício profissional. Há de se indagar, entretanto, quais são as exigências que a lei pode estabelecer sem agredir os princípios do livre exercício profissional e da isonomia.*

*A liberdade profissional sempre foi objeto de preocupação do legislador constituinte no Brasil. No regime anterior da Constituição de 1967, o art. 153, § 23, dispunha sobre essa liberdade, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecesse.*

*E mais:*

*“A Constituição de 1988 não repetiu mais a expressão condições de capacidade, preferindo outra, isto é, qualificações profissionais. Entretanto, ao dispor sobre a competência legislativa, estabelece que à União compete legislar sobre condições para o exercício das profissões (art. 22, XVI).*

*Não se pode dizer que a modificação tenha sido significativa. Para CELSO RIBEIRO BASTOS, ‘a atual redação deste artigo deixa claro que o papel da lei na criação de requisitos para o exercício da profissão há de ater-se exclusivamente às qualificações profissionais. Trata-se, portanto, de um problema de capacitação técnica, científica, ou moral. Não há dúvida que dentre as qualificações profissionais há de compreender-se requisitos pertinentes à idoneidade moral do profissional.’ (Comentários à Constituição do Brasil, Saraiva, vol. 2, 1989, p.78).*

*Quando a Constituição permite ao legislador que discipline as condições para o exercício das profissões ou manda observar as qualificações profissionais que a lei estabelecer, permite que se criem pressupostos referentes a conhecimentos técnicos para o exercício da profissão. A preocupação do legislador constituinte foi a de proteger a sociedade contra os profissionais em habilitação técnica.*

*Verdadeiro pressuposto para o exercício da profissão de advogado é o diploma expedido por estabelecimento de ensino autorizado. O legislador, entretanto, não se limitou a exigir o título de bacharel em Direito, tendo estabelecido, entre outros requisitos, para o exercício da profissão de Advogado, a aprovação em Exame de Ordem (art. 8º, IV, Lei nº 8.906, de 1994).”*

*Ainda:*

*“O objetivo do Exame de Ordem é aferir a capacidade técnica para o exercício da profissão. Sob esse aspecto, não parece desarrazoado o requisito estabelecido em lei.*

*Também não parece haver discriminação não consentida pelo fato de não exigir esse exame para as demais profissões regulamentadas.*

*É certo que o Curso de Direito não forma advogados, mas bacharéis em Direito. Isto ocorre com outras profissões. Somente após o registro no órgão de fiscalização profissional é que se pode dizer que o bacharel está apto ao exercício da profissão.*

*Para os profissionais da Advocacia, entretanto, o legislador exigiu mais. Com isso teria sido agredido o princípio da isonomia?*

*O princípio da isonomia foi acolhido, em nosso sistema constitucional, com feições próprias. Não é dirigido somente ao aplicador da lei, mas ao próprio legislador.”*

**Também:**

*“A igualdade exigida pelo legislador constituinte não se exaure na igualdade formal quanto à aplicação da lei. A Constituição pretendeu, ao enunciar a igualdade em direitos e obrigações, assegurar a isonomia quanto ao conteúdo da própria lei, proibindo ao legislador infraconstitucional estabelecer discriminações entre pessoas, a não ser para ‘aquinhoá-las ou gravá-las em proporção de suas diversidades”.*

**E, afinal:**

*“A importância do exercício da advocacia no sistema brasileiro foi reconhecida pela Constituição da República. O art. 133 dispõe que o advogado é indispensável à administração da justiça.*

*Pela natureza e importância do exercício da advocacia, no mecanismo da ordem jurídica, tudo aquilo que puder significar salvaguarda de seu bom desempenho merece amparo da lei e da Constituição, em nome dos superiores interesses da coletividade.*

*Ademais, a exigência de exame de ordem não implica em qualquer discriminação vedada na Constituição já que se dirige a todos, indistintamente.*

*Dessa forma, a exigência contida na lei não se apresenta em conflito com a Constituição, seja considerando princípio do livre exercício profissional, seja considerando o princípio da isonomia.”*

São também de importância, neste aspecto, duas referências:

1ª – Em sentença proferida no Mandado de Segurança nº 96.0018370-8, impetrado por Cláudia Sabataski e Sérgio Luiz Dolenga contra o Presidente da OAB-PR, o MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária de Curitiba dá o seguinte Magistério:

“A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, em seu artigo 8º estabeleceu os requisitos necessários para a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil. Seu inciso IV, por sua vez, estabelece como uma destas condições a aprovação prévia em Exame de Ordem, regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB (§ 1º), e realizado pelo Conselho Seccional (art. 38, VI). Neste aspecto, é notória a modificação nos critérios para o deferimento da inscrição na OAB, pois que suprimida a hipótese prevista no revogado Estatuto (Lei nº 4.215/63, art. 53 c/c a Lei nº 5.960/73) que dispensava os bacharéis em direito que comprovassem o exercício e resultado do estágio profissional ou que concluíssem, com aproveitamento, junto à respectiva Faculdade, o estágio de ‘Prática Forense e Organização Judiciária’, instituído pela Lei nº 5.842/72.

A Constituição Federal de 1988 garante a liberdade de profissão (art. 5º, inciso XIII), da mesma forma que já o fazia a Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional de 1969 (art. 153, § 23), a Constituição Federal de 1946 (art. 141, § 14), a de 1937 (art. 122, inciso 8), a de 1934 (art. 113, inciso 13) e a Constituição Federal de 1891 (art. 72, § 24).

Esta liberdade de profissão, de início, significou o fim das corporações de ofício, com a extinção dos privilégios daí decorrentes. Nesse contexto é que se deve entender a falta de previsão no texto da primeira Carta Republicana da necessária qualificação e capacidade técnica a ser definida em lei. É que, desejando afastar qualquer exigência que pudesse significar uma inacessibilidade de determinado segmento social ao exercício de determinada profissão, afastou, inclusive, a exigência de títulos ou diplomas de qualquer natureza.

Mas as Constituições que a sucederam não trataram assim do tema. A partir da Carta de 1934, como dito, ficou estabelecido que a liberdade de profissão consiste na livre escolha de trabalho, pelo indivíduo, sem afastar, no entanto, o poder legal de estabelecer pressupostos necessários para o seu exercício. Passava a prevalecer, portanto, o interesse coletivo de ser bem servido por profissionais capacitados para o desempenho da atividade a que estavam habilitados tecnicamente.

Desta forma, cabe à lei estabelecer a regulamentação das profissões, tendo em vista as qualidades técnicas necessárias e outros requisitos que forem substancialmente convenientes. Confira-se o dispositivo constitucional, sob a égide da Constituição anterior:

‘Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à prosperidade, nos termos seguintes:

(...)

§ 23. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.’

Trata-se, como se vê, segundo a tradicional classificação de José Afonso da Silva, em seu *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, de norma constitucional de aplicabilidade imediata e eficácia contida. Ou seja, ‘normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restrita da competência discricionária do poder público nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados’ (RT. 1968, pág. 108).

Traçando o seu perfil, assim nos ensina as características dessas normas:

*A peculiaridade das normas de eficácia contida configura-se nos seguintes pontos:*

*I – são normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura, mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos;*

*II – enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena; nisso também diferem das normas de eficácia limitada, de vez que interferência do legislador ordinário, em relação a estas, tem o escape de lhes conferir plena eficácia e aplicabilidade concreta e positiva;*

*III – são de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam; (Ob. cit., pág. 96).*

E, quando a Constituição Federal exige a expedição de lei, está a se referir à lei, em sentido formal, ou seja, ao ato jurídico produzido pelo Poder Legislativo que é quem tem competência constitucional para expedir atos dessa natureza. ‘No fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura, ao particular, a prerrogativa de repelir as injunções que lhes sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei’ (Celso Ribeiro Bastos, *in Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., Saraiva, 1989, p. 23). Com mais razão quando está a se tratar de norma constitucional de eficácia contida, em que a função da legislação infraconstitucional superveniente só virá para restringir o exercício de determinada profissão que, sem regulamentação legal, era amplíssimo.

No entanto, deve ser ressaltado que não é necessária a edição de lei complementar para tanto. A Constituição Federal de 1988 faz apenas distinção formal entre a lei complementar e a lei ordinária, submetendo aquelas a um quórum especial da maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso Nacional, enquanto que a lei ordinária reclama tão-só a maioria dos presentes no momento da votação. É dizer, não se pode afirmar que exista diferença substancial, entre as duas espécies legais, de modo que uma determinada matéria, por si só, estaria a reclamar a sua regulamentação por esta via. Em verdade, é a própria Constituição Federal que elege expressamente as matérias a serem disciplinadas por lei complementar, de modo que, em seu silêncio, o veículo exigido é a lei ordinária. ‘Um dos traços que individualizam a lei complementar é o fato de só poder tratar das matérias que expressamente a Constituição diz ser própria dessa espécie normativa. Nenhuma outra pode cuidar dos assuntos afetos a essa sorte de lei. Daí a razão de ser ele imodificável pelas leis em geral. É que ela (lei complementar) desfruta de matéria própria, subtraída da competência das demais normas’ (Celso Ribeiro Bastos, *in Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, 13ª ed., pág. 309).

No caso, a regulamentação da profissão de advogado decorre do que dispõe a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XIII, que prevê o estabelecimento de qualificações profissionais, através de LEI. Não tendo sido adjetivado o termo, é porque o diploma exigido é apenas o da lei ordinária.

Vencida esta tese, tenho que a discussão final se prende à investigação do poder legal de impor prévia aprovação em exame de Ordem para fins de exercício da profissão de advogado.

O exame da constitucionalidade da norma comporta a investigação da sua conformidade tanto no aspecto substancial quanto formal. Este último, que se relaciona de perto com o órgão com poder para instituir a lei e o atendimento do processo constitucional preestabelecido, já foi enfrentado por ocasião da análise da inexistência de lei complementar. Substancialmente, é necessário investigar a conformidade da exigência legal com o sistema jurídico em que está inserida.

Como dito linhas atrás, a liberdade do exercício de profissão foi consagrada pela Constituição Federal no art. 5º, inciso XIII, que não o fez, porém, de forma absoluta. A relatividade do seu exercício está na estipulação de limites da exigência de determinadas qualificações. Portanto, o só fato da lei impor estes requisitos não pode ser causa suficiente para a sua inconstitucionalidade. Esta poderia se originar, portanto, da falta de razoabilidade entre o requisito estabelecido e a função a ser exercida posteriormente pelo impetrado.

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, embutido que está no princípio constitucional da legalidade, determina a vinculação do legislador e do intérprete à fiel harmonia entre os meios e os fins, de modo que haja comunhão entre a finalidade da lei e o seu conteúdo. Neste passo, não vejo qualquer disparate entre o exercício da atividade advocatícia com a exigência legal de prévia aprovação em Exame de Ordem, aplicado pelas Seccionais. É nítido o propósito da lei em oferecer aos jurisdicionados um corpo de profissionais comprovadamente habilitados para o seu exercício.

Toda discussão quanto à eficiência prática destes exames pela falta de estrutura ou método, ou mesmo da suficiente qualidade dos cursos jurídicos no Brasil, refoge à apreciação do Poder Judiciário. Os argumentos trazidos pelos impetrantes, especialmente o artigo do Diretor Executivo da ADECI – Associação de Defesa da Cidadania – apesar de demonstrar uma opinião contrária acerca da eficiência do exame, não pode servir de pretexto à desconsideração da presunção legal (*juris et de jure*) de sua necessidade e fator eficaz de avaliação.”

2ª – Nas informações prestadas na ADIn nº 1.511-7/600, publicadas no *Diário Oficial da União* nº 237, sexta-feira, 06/12/96, págs. 25.984 a 25.988, o eminente Consultor da União, Dr. Osvaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, a respeito da razoabilidade e da proporcionalidade das leis, aduz o seguinte:

“No que concerne aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, inseridos no devido processo de Direito do art. 5º, inciso LIV, da Carta Política de 1988, insta, como prelúdio, trazermos à colocação os seguintes pronunciamentos da doutrina pátria.

Carlos Roberto de Siqueira Castro, no seu magnífico *Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*, 2ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1989, págs. 382 a 384, concluiu:

“... o instituto do devido processo legal remonta do ponto de vista histórico ao velho direito medieval saxônico, tendo sua matriz originária na cláusula *law of the land*, encontrada na célebre Magna Carta de 1215. Sua transfiguração na garantia do *due process of law* deu-se ainda na própria Inglaterra, de onde irradiou-se para as colônias britânicas da América do Norte, que desde cedo formalizaram essa garantia de liberdade do indivíduo em face do Estado em diversas Declarações de Direito (*Bill of Rights*) e Cartas Coloniais. Aí floresceu sob o adubo libertário dos pioneiros e dos *Founding Fathers* da grande nação do hemisfério norte, até encontrar o endereço permanente e oficial na 5ª e 14ª Emendas à Constituição dos Estados Unidos. A partir daí, encarregou-se a criativa e incomparável jurisprudência da Suprema Corte daquele País em extrair da cláusula *due process of law* o máximo de suas potencialidades exegeticas, adaptando-a às realidades emergentes, sobretudo à nova visão de mundo trazida na esteira da transformação do Estado Liberal em Estado Social, de cunho igualitarista e voltada à coletivização dos interesses. A fantástica evolução desse instituto no Direito Constitucional estadunidense foi ao ponto de transmutar uma garantia na origem destinada a assegurar a regularidade do processo penal, depois estendida ao processo civil e administrativo, em particular no que tange ao princípio do contraditório e da ampla defesa (*procedural due process*), num postulado de caráter substantivo (*substantive due process*), num postulado de caráter substantivo das leis e da generalidade das ações (e omissões) do Poder Público. A cláusula erigiu-se, com isso, num requisito da ‘razoabilidade’ (*reasonableness*) e de ‘racionalidade’ (*rationality*) dos atos estatais, o que importa num papel de termômetro axiológico acerca da justiça das regras de direito. Em consequência, firmou-se no plano institucional, nos sistemas constitucionais que adotam o mecanismo da *judicial review* para o controle da constitucionalidade dos atos normativos, a proeminência do Poder Judiciário como órgão constitucionalmente incumbido de declarar de forma conclusiva *what the law is*, ou seja, de revelar valorativamente o sentido e o alcance das leis para a garantia da supremacia da Constituição rígida. A discrição

jurisdicional atinge os limites mais extremos no campo das chamadas ‘questões públicas’, onde constitui função insuperável do Poder Judiciário traçar as fronteiras entre as questões que são e as que não são judicáveis, isto segundo o seu próprio entendimento do que seja em cada caso concreto, uma ‘questão política’ como tal insuscetível de deslinde judicial.’

CAIO TÁCITO, em precioso artigo intitulado “A razoabilidade das leis” (*Revista de Direito Administrativo* nº 204, pág. 2), após cuidar do chamado *substantive due process* e seus critérios da racionalidade e razoabilidade, informa, fazendo referência ao trabalho do acreditado constitucionalista GILMAR FERREIRA MENDES (*in Controle da Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos*, São Paulo, Saraiva, 1990, págs. 43 e seguintes), que ‘em sentido equivalente, o direito alemão adotou o princípio da proporcionalidade, ou o princípio da proibição de excesso, conferindo-lhe a natureza de norma constitucional não escrita, que permite ao intérprete aferir a compatibilidade entre meios e fins, de modo a evitar as restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais.’

CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, tratou, também, do assunto no seu excelente livro *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte, Del Rey, 1994, págs. 52 a 54, explicitando os dois aspectos em que o princípio da proporcionalidade pode ser tomado: ‘Pelo primeiro, enfoca-se a proporcionalidade dos valores protegidos pelos princípios constitucionais e daí se esclarece a sua aplicação... Pelo segundo aspecto, também muito utilizado, enfatiza-se o aspecto da proporção entre o quanto contido no princípio e a sua aplicação, proibindo-se qualquer excesso na prática dos princípios, donde ser ele também chamado de princípio da vedação de excessos.’ Já no que tange ao princípio da razoabilidade, chama à atenção de que ‘cada norma tem uma razão de ser’. Por fim, distingue os dois princípios: enquanto a proporcionalidade impede excessos, a razoabilidade permite que se conheça o espírito dos princípios constitucionais a serem aplicados.

.....

Nessa senda, merece mais cuidadosa reflexão a seguinte ponderação do eminente jurista CAIO TÁCITO:

‘A atribuição ao Judiciário do controle das leis mediante o juízo de valor da proporcionalidade e da razoabilidade da norma legal não pretende substituir a vontade da lei pela vontade do juiz. Antes, a este cabe pesquisar

*a fidelidade do ato legislativo aos objetivos essenciais da ordem jurídica na busca da estabilidade entre o poder e a liberdade.*

*Protegendo direitos e liberdades contra a incongruência de leis injustas, não devem os juízes ingressar em desvio equivalente, convertendo-se em legislador alternativo, tão desarrazoado quanto o condenável despautério legislativo.* (trabalho e revista citados, pág. 7).

Também, nesse diapasão, é o magistério abalizado de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, no que concerne ao princípio da razoabilidade (*in Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1995): ‘Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade’.

Estou entre aqueles que acreditam que o exame da constitucionalidade ou não de uma lei, em face dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, deve ser realizado com a máxima prudência, com o cotejo, essencialmente, com os princípios da separação e a harmonia dos poderes (art. 2º, CF), da legalidade (art. 5º, II, CF), da igualdade (art. 5º, *caput*, I, CF) e, como seus corolários, com o da segurança jurídica, de modo a não se enxergar neles (princípios da razoabilidade e da proporcionalidade), usando uma linguagem hiperbólica, a constitucionalização do chamado *direito alternativo*.

Nessa linha, opina o renomado publicista CELSO BASTOS (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1994, pág. 37) – ‘*Nem para o próprio Judiciário, a nosso ver, convém um alargamento desmesurado da sua competência nessa matéria, que o transformará, de aplicador da lei que é, num administrador de segundo grau.*’

Dessarte, em nome dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pode o Poder Judiciário, em casos extremos, declarar a inconstitucionalidade de lei, quando, examinando-se o seu mérito, não pelo critério político pessoal do magistrado, mas pelo padrão do homem comum de determinados período e local, em face, ainda, de outros valores protegidos pelo ordenamento jurídico, verificar-se que o ato normativo apresenta-se caprichoso, desarrazoado ou desproporcional, vale dizer, absolutamente sem razão, ou com a clara distorção entre os meios escolhidos e os fins desejados ou com a insuportável onerosidade para os direitos e liberdades.

No entanto, se a lei enquadra-se, de algum modo, dentro da razoabilidade e da proporcionalidade, mesmo que, eventualmente, possa haver divergência de opinião a respeito do juízo valorativo de que esta ou aquela política transfigurada na norma parece ou não a mais adequada ou a mais eficiente, ela deve ser mantida, em homenagem, sobretudo, à regra da independência e harmonia dos poderes.”

Sobre a autonomia universitária, leciona:

“É razoável afirmar que a autonomia universitária não chega ao ponto de impedir que o Governo, especialmente o Ministério da Educação e do Desporto, com a indispensável e salutar participação da sociedade, o que é corriqueiro no Estado de Direito, possa fiscalizar as instituições e os cursos de nível superior, zelando, assim, para satisfatória qualidade do ensino ministrado.

Aliás, tanto a fiscalização, quanto essa avaliação encontram respaldo nos seguintes mandamentos constitucionais: a) no art. 22, XXIV – atribui competência para a União legislar, privativamente, sobre diretrizes e bases da educação nacional; b) no art. 87, parágrafo único, e incisos I e II – confere competência ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas na Constituição e na lei, para exercer a orientação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos; c) no art. 205 – estabelece que a educação deve ser suficientemente competente para qualificar as pessoas para o trabalho; d) no art. 206, inciso VII – prevê, como um dos princípios que devem orientar a prestação do ensino, a garantia de padrão de qualidade; e) no art. 209 – estipula, como condição para que o ensino seja ministrado pela iniciativa privada, o atendimento, por parte do setor, das normas gerais da educação nacional, e submissão por parte das instituições privadas de educação à autorização e à avaliação de qualidade pelo Poder Público; f) no art. 214, *caput*, e inciso III – em relação ao plano nacional de educação, a respectiva lei deverá colimar, entre outras finalidades, a melhoria da qualidade de ensino”

e

“O que é relevante aduzir é que, no momento, já se encontra assente, na doutrina e na jurisprudência pátrias, o entendimento no sentido de que

autonomia universitária não pode ser concebida de forma absoluta, já que esta reclama perfeita convivência com os poderes de controle do Estado: autonomia não se confunde com independência.

A título exemplificativo, peço vênha para trazer à colocação a seguinte ementa do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“MANDADO DE SEGURANÇA Nº 3.318-2-DF 994.0003012-6)

RELATOR: SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO

IMPETRANTE: UNIVERSIDADE DE BRAZ CUBAS - UBC

ADVOGADOS: DRA. ADA PELLEGRINI GRINOVER E OUTROS

IMPETRADO: MINISTRO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO E DO ESPORTO

Ementa: UNIVERSIDADE BRAZ CUBAS. CURSO DE ODONTOLOGIA. FECHAMENTO POR INOBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA: PORTARIA Nº 196, DE 3.2.94, DO MINISTRO DA EDUCAÇÃO E DO ESPORTO.

*I – O ato ministerial atacado, apoiado no art. 209, II, da Constituição Federal, no art. 2º do Decreto nº 359, de 9.12.91, no art. 2º do Decreto nº 98.377, de 8.11.89, e no art. 3º de Decreto nº 77.797, de 9.6.76, está ao amparo da legislação de regência e os decretos que lhe servem de fundamento não infringem o princípio da legalidade, não violam o princípio da autonomia universitária, nem exorbitam o poder regulamentar.*

II – A autonomia universitária, prevista no art. 207 da Constituição Federal, não pode ser interpretada como independência, e muito menos, como soberania. A sua constitucionalização não teve o condão de alterar o seu conceito ou ampliar o seu alcance, nem de afastar as universidades do poder normativo e de controle dos órgãos federais competentes.

III – Ademais, o ensino universitário, administrado pela iniciativa privada, há de atender aos requisitos previstos no art. 209 da Constituição Federal: cumprimento das normas de educação nacional e autorização e avaliação de qualidade de Poder Público.

IV – Mandado de segurança denegado.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a Primeira Seção do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, denegar o mandado de segurança, nos termos do voto Sr. Ministro-Relator.

Os Srs. Ministros Garcia Vieira, Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, Milton Luiz Pereira, César Asfor Rocha e Américo Luz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília, 31 de maio de 1994 (data do julgamento).“ (DJU de 15.8.94).”

A nossa excelsa Corte Constitucional, no dia 10 de abril de 1996, teve oportunidade de mais uma vez assentar a relatividade da autonomia universitária. Foi justamente no caso do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 22.111-2-DF, interposto pela Universidade Braz Cubas contra a Decisão do Mandado de Segurança nº 3.318-2-DF, cuja ementa acabamos de transcrever.

Conforme noticia o *Informativo STF* nº 53, Brasília, 11 a 14 de novembro de 1996, o referido *recurso ordinário em mandado de segurança discutia, à luz do princípio da autonomia universitária (CF, art. 207) e do direito adquirido, sobre a possibilidade de ser determinado pelo poder público o fechamento de curso superior. O Tribunal decidiu, por unanimidade, confirmar a decisão indeferitória do writ. Tratava-se de segurança impetrada perante o STJ por universidade particular contra Portaria do Ministério da Educação que determinara o fechamento de curso de odontologia criado sem autorização do Presidente da República e, portanto, em desconformidade com o Decreto nº 359/91. RMS 22.111-DF. Rel. Min. SYDNEY SANCHES, 10.4.96.*”

E, em boa lembrança, esclarece:

“... como bem lembrou o conspicuo ministro SYDNEY SANCHES, por ocasião da apreciação do pedido de medida liminar para suspender os efeitos das normas jurídicas do art. 3º, caput e seus parágrafos, da Lei

*nº 9.131, (que trata do “provão” instituído pelo MEC) e das conseqüentes Portarias expedidas pelo Titular da pasta da Educação e do Desporto: no Brasil, mesmo o Bacharel em Direito, ou seja, já diplomado, tem de se submeter ao Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, para exercer a advocacia. Se não for aprovado, não poderá exercê-la, o que é muito mais grave. E não me consta que essa lei haja sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.”*

Vejam-se, ainda, as seguintes decisões:

a) Apelação em Mandado de Segurança, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Processo nº 0122008/89. Relator o Juiz Hermenito Dourado, DJ 20/11/89:

“Ementa: ADMINISTRATIVO - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - INSCRIÇÃO - EXAME DE ORDEM - ESTÁGIO - LEI Nº 4.215/63 - ARTS. 48 E 53 E LEI Nº 5.842/72, ART. 1º.

*I - Inexiste incompatibilidade entre as Leis nºs 4.215/63 e 5.842/72 no tocante à exigibilidade de estágio ou exame: de Ordem, para a inscrição no quadro dos advogados.*

*II - A partir do advento da Lei nº 5.842/72 ampliou-se com mais uma opção a excusa à prestação do exame de Ordem.*

*III - Atualmente, a inscrição no quadro dos advogados impõe como pressuposto necessário: estágio regulamentado pelo Conselho Federal da Ordem, ou exame de Ordem Lei nº 4.215/63, arts. 48 e 53); ou estágio de Prática Forense e Organização Judiciária, Disciplinado pelo CPE (Lei nº 5.842/72, art. 1º)*

*IV - Apelação Improvida.”*

b) Apelação em Mandado de Segurança, Tribunal Regional Federal da 8ª Região, Processo nº 03004408/89. Relator Juiz Grandino Rodas, DOE-SP, 13.8.90:

“Ementa: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. INSCRIÇÃO NA SEDE DA ATIVIDADE PROFISSIONAL. EXAME DE ORDEM.

*O exame de Ordem é um requisito para a inscrição e exercício profissional do advogado, não podendo, pois, desvincular-se da atividade a ser exercida posteriormente a sua realização. O artigo 53 da Lei nº 4.215/63 é claro ao*

*afirmar que o advogado deve fazer a inscrição principal na Seção em que se situa a sede de sua atividade profissional. Assim, o exame de Ordem deve ser realizado no lugar em que exercerá preponderadamente a profissão de advogado facultando a lei inscrição suplementar em outras Seções em que atuará habitualmente o profissional”.*

Por último, neste item, traz-se à colação a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 199088-1-Ceará, em que é recorrente José Osmar de Oliveira e recorrida a OAB-CE, Relator Ministro Carlos Velloso, em 1º de outubro de 1996, na qual deixou claro à Suprema Corte que o art. 5º, XIII, deve ser interpretado em consonância com o art. 22, XVI, da Constituição Federal, assim fazendo:

**“Ementa: - CONSTITUCIONAL; ADVOGADO; EXERCÍCIO; PROFISSÃO. INCOMPATIBILIDADE. CF, ART. 5º, XIII, ART. 22, XVI, ART. 37. LEI Nº 4.215/63, ARTIGOS 83 E 84. LEI Nº 8.906, ART. 28.**

*I - Bacharel em Direito que exerce o cargo de assessor de desembargador. Incompatibilidade para o exercício da advocacia. Lei nº 4.215, de 1963, artigos 83 e 84, Lei nº 8.906/94, art. 28, IV, em consonância com o art. 22, XVI, da Constituição Federal, e com princípio da moralidade administrativa imposto à Administração Pública (CF, art. 37, caput).*

*II - R. E. não conhecido.”*

Destacam-se no voto do Relator, aprovado unanimemente pela Segunda Turma, as seguintes afirmações:

*“O exercício de qualquer profissão está sujeito a condições que a lei estabelecerá. Isto deflui da própria natureza das profissões, cujo exercício requer fiscalização. No que toca às profissões liberais, instituem-se os conselhos, os quais, com base na lei federal, exercerão a fiscalização do seu exercício. A Constituição, ao estabelecer a competência legislativa da União, competência privativa, dispõe, expressamente, a respeito (CF, art. 22, XVI). Na cláusula final do inc. XVI do citado art. 22, está a autorização expressa ao legislador federal sentido de que estabelecerá ela ‘condições para o exercício de profissões.’”*

*Destarte, o inc. XIII do art. 5º deve ser interpretado em harmonia com o mencionado inc. XVI do art. 22, certo que a expressão ‘qualificações profissionais que a lei estabelecer’, inscrita no inc. XIII do art. 5º exige, por isso mesmo, interpretação abrangente, a comportar, nas ‘qualificações’, as “condições para o exercício.”*

*É claro que as condições para o exercício de profissão deverão ser razoáveis. No caso, parece-me perfeitamente razoável ficar incompatível com a advocacia quem exerce cargo de assessor de juiz ou de desembargador. A incompatibilidade, em tal caso, assenta-se, sobretudo, na ética, na moralidade administrativa, que é princípio constitucional imposto à Administração Pública, direta ou indireta. (CF, art. 37). Ora, o exercício da advocacia tem coloração pública, ainda mais se tivermos presente a sua indispensabilidade à administração da Justiça, conforme está expresso na Constituição, art. 133.”*

## Sumário

### V - CONCLUSÕES

1. A Ordem dos Advogados do Brasil não é autarquia federal;
2. O Regulamento do EAOAB não padece de inconstitucionalidade ou de ilegalidade;
3. O Exame de Ordem é constitucional, legal e não interfere na autonomia universitária;
4. O Exame de Ordem não atenta contra os princípios da isonomia, da razoabilidade das leis e da liberdade de exercício profissional.

Goiânia, em 9 de julho de 1997.

\* Professor da Faculdade de Direito da UFJF. Conselheiro Federal da OAB por Minas Gerais.