

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, Égrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes, estudantes, o primeiro dos argumentos expostos no recurso extraordinário em apreço diz respeito a eventual violação da liberdade de ofício ou liberdade profissional, consagrada no art. 5º, XIII, da Constituição da República, *verbis*:

Art. 5º. [...]

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

In casu, impugna-se a restrição legal ao direito consagrado no mencionado dispositivo da Constituição, consubstanciada no art. 8º, inciso IV, e em seu § 1º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), que dispõem, em textual:

Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário: [...]

IV – aprovação em Exame de Ordem; [...]

§ 1º O Exame de Ordem é regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB.

Impõe-se afirmar, antes de tudo, o que entender por *qualificação profissional*, naquilo que se traduz como fundamento constitucionalmente admissível de restrição do direito fundamental ao livre exercício das profissões. Cuida-se aqui de compreender os cognominados “limites dos limites” (*Schranken-Schranken*) ou limites imanentes, parâmetros constitucionais a orientar o legislador quando da restrição legal às liberdades constitucionais.

Na escorreita lição de JANE REIS GONÇALVES PEREIRA, Professora Adjunta de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (*Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 297 e seguintes), os “limites dos limites” são “pautas acessórias e dependentes das disposições de cunho material que consagram os direitos”. Dessa forma, é da própria configuração constitucional da liberdade de ofício a possibilidade de sua restrição, cabendo apontar como parâmetros para essa limitação, a exemplo do que se dá no constitucionalismo alemão, a (i) *reserva de lei*, (ii) a observância da *proporcionalidade* e (iii) a *proibição de afronta ao núcleo essencial do direito fundamental*.

No que concerne à reserva de lei, percebe-se que se trata daquilo que, em sede doutrinária, o Min. GILMAR MENDES (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 234 e seguintes) denomina **reserva legal qualificada**: a liberdade profissional somente poderá ser restringida por lei formal, e, mesmo assim, exclusivamente com vistas a exigir que o exercício de determinadas atividades seja admitido apenas aos indivíduos profissionalmente qualificados para tanto.

É certo que não se impugna, neste feito, a inscrição na OAB em si como requisito para o exercício da advocacia. Portanto, a questão a enfrentar neste tópico é a seguinte: a delegação legislativa da regulamentação do Exame de Ordem ao Conselho Federal da OAB viola a reserva de lei fixada na supracitada disposição constitucional?

Muito embora seja a OAB uma entidade privada, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece, de há muito, sua posição constitucionalmente privilegiada. No julgamento da ADI 3026 (Rel. Min. EROS GRAU, j. 08.06.2006), por exemplo, fez-se constar da ementa o seguinte:

“[...]3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. **A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.** 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências". 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. 7. **A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional.** [...]” (grifou-se)

A advocacia se submete, no Brasil, ao que VITAL MOREIRA (*Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 88) denomina de *autorregulação pública*. Nas palavras do mestre português,

“A auto-regulação pública é aquela protagonizada por organismos profissionais ou de representação profissional dotados de estatuto jurídico-público. A auto-regulação é legalmente estabelecida: os organismos auto-regulatórios dispõem de poderes típicos das autoridades públicas. As normas de regulação profissional são para todos os efeitos normas jurídicas dotadas de coercibilidade.

A auto-regulação pública pode resultar de dois movimentos totalmente distintos. De um lado, pode ser consequência da publicização de formas de auto-regulação privada preexistente; do outro lado, pode resultar da **entrega de funções reguladoras originariamente estaduais a organismos de auto-regulação propositadamente criados para o efeito.**

Nos sistemas de direito administrativo continental, o exemplo mais típico de auto-regulação profissional é a das **ordens profissionais que são organismos de regulação das chamadas profissões liberais**. O seu nome e número varia de país para país. Mas, para além dessas diferenças, subsiste um conjunto de características comuns essenciais: a natureza jurídico-pública, como ‘corporações públicas’ (exceptuado o caso controvertido da França); a filiação obrigatória, como condição do exercício da profissão; o poder regulamentar; **a regulamentação e/ou implementação das regras de acesso à profissão e do exercício desta**; a formulação e/ou aplicação dos códigos de deontologia profissional; o exercício da disciplina profissional, mediante aplicação de sanções, que podem ir até a expulsão, com a conseqüente interdição do exercício profissional.” (grifou-se)

O modelo brasileiro se enquadra na segunda definição de VITAL MOREIRA, em que a lei prevê normas gerais para a disciplina de sua atividade, mas confere à OAB, observados os parâmetros legais previamente determinados, atribuição para regulamentar o exercício profissional. No caso, a Lei nº 8.906/94 fixou, como requisito indispensável à inscrição na OAB – e, portanto, ao exercício da advocacia – a aprovação no Exame de Ordem. Percebe-se, com isso, que a restrição à liberdade fundamental de ofício está presente na *lei formal*, atendendo-se, portanto, ao limite imanente da reserva de lei.

A delegação legislativa de regulamentação do Exame de Ordem ao Conselho Federal da OAB não fere a reserva de lei, ao menos sob uma perspectiva moderna do princípio da legalidade. ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (A Concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade. In *Revista de Direito Administrativo* 236: 51-64 Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2004.), forte no magistério de CHARLES EISENMANN, assinala que a concepção da reserva legal deve deixar à lei formal a previsão de habilitação de competências e a principiologia que deverá orientar a sua regulamentação infralegal. Do contrário, impor-se-ia uma rigidez à disciplina do Exame de Ordem incompatível com a dinâmica da sociedade.

A evolução social demanda flexibilidade das normas regulatórias, o que não é diferente no campo da advocacia. A multiplicidade e a complexidade crescentes das relações sociais aumentam a necessidade de permanente reavaliação dos critérios e métodos de aferição da qualificação profissional do advogado, sendo certo que o esgotamento da matéria na lei rapidamente causaria a obsolescência da sua disciplina.

De outro giro, também não seria adequado afirmar que a regulamentação deveria dar-se exclusivamente por intermédio do decreto presidencial, na forma do art. 84, IV, da Constituição Federal. Trata-se de ideia já superada pela solidificação do Direito Regulatório, admitindo-se pacificamente a delegação legislativa em favor das agências reguladoras independentes.

Não se pretende, evidentemente, classificar a OAB como uma agência reguladora – já se assinalou a sua natureza privada. No entanto, sua condição *sui generis* desafia a clássica repartição de funções estatais e a coloca, de algum modo, entre os centros de poder político daquilo que o emérito Professor DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (*Poder, Direito e Estado: O Direito Administrativo em Tempos de Globalização – in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto*. Belo Horizonte: Fórum, 2011) denomina de *Estado policrático*. Afinal, cuida-se de entidade com atribuições institucionais relevantíssimas, como, por exemplo, a propositura de ações do controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos, como a ADI, a ADC e a ADPF, para as quais exhibe o *status* de legitimada universal, isto é, fica dispensada de demonstração de pertinência temática.

Ao mesmo tempo, remanesce a OAB como entidade de autorregulação profissional, à qual se confia a disciplina infralegal da advocacia. Faz sentido

que assim o seja, pois a própria legitimidade democrática da regulação profissional da advocacia também repousará na observância da visão concreta do mercado e de suas práticas usuais (em constante transformação), sem prejuízo das medidas corretivas que se eventualmente fizerem necessárias. Portanto, conferir à entidade de classe a fixação dos marcos regulatórios que orientarão a atividade profissional de seus próprios filiados é, em princípio, consagrar a *reflexividade* que, segundo SERGIO GUERRA (*Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008), legitima a atividade regulatória.

A análise dos dois itens seguintes – a proporcionalidade e a preservação do conteúdo essencial da liberdade profissional – confundem-se com a questão de se a exigência de prévia aprovação no Exame de Ordem para a inscrição na OAB e, por conseguinte, para o exercício da advocacia, se enquadra na previsão constitucional de *qualificação profissional* a que alude o art. 5º, XIII, da Constituição Federal.

Em seu percuciente voto, no julgamento do RE 511.961, o eminente Ministro GILMAR MENDES, então Relator, recordou a dicção das Constituições brasileiras anteriores, que subordinavam o exercício profissional ao preenchimento das “*condições de capacidade*”. Na ocasião, remeteu ao voto do Ministro THOMPSON FLORES no julgamento do RE 70.563/SP e à lição de SAMPAIO DÓRIA, para assentar que a exigência de capacidade técnica se revela imperiosa para o exercício de profissões cujo desempenho por indivíduo inepto, desprovido de formação específica para tanto, possa causar prejuízo direto a direito de terceiros. Mencionou, ainda, o voto condutor do Ministro RODRIGUES ALCKMIN na Representação nº 930, segundo o qual haverá de ser reconhecida a inconstitucionalidade de restrição legal que seja desproporcional à liberdade de exercício profissional e que viole o conteúdo essencial dessa liberdade.

Não pode haver dúvida de que a advocacia é atividade profissional que demanda formação técnica específica. Também é indiscutível a sua relevância constitucional, haja vista o posicionamento da advocacia entre as funções essenciais à justiça (art. 133 da Constituição Federal), a cuja administração, por dicção expressa da Carta Magna, é indispensável. Ressalvados o *habeas corpus* e outros casos especificamente previstos em lei – como, por exemplo, as reclamações trabalhistas e as ações de valor inferior a vinte salários-mínimos, no âmbito dos juizados especiais cíveis – o advogado é o profissional que deterá

a capacidade postulatória para o acesso à justiça, que, por sua vez, é garantia constitucional instrumental ao exercício dos direitos fundamentais.

Destarte, o desempenho da advocacia por indivíduo de formação técnica deficiente poderá causar prejuízo irreparável ou, quando menos, de difícil reparação ao seu constituinte. A representação judicial despreparada pode custar a um indivíduo a sua liberdade, o imóvel em que reside, a guarda de seus filhos; a consultoria jurídica prestada por profissional desprovido da necessária habilitação técnica pode submeter o seu cliente a sanções gravosas, ocasionando prejuízos capazes de fechar empresas. Por essas razões, existe justificativa plausível para a prévia verificação da qualificação profissional do bacharel em Direito para que possa exercer a advocacia. Sobreleva, *in casu*, interesse coletivo relevante na aferição da capacidade técnica do indivíduo que tenciona ingressar no exercício profissional das atividades privativas do advogado.

Compare-se, por exemplo, com a profissão de *jornalista*, para a qual o STF reconheceu inconstitucional a exigência de diploma de nível superior ou outra exigência específica de qualificação profissional, bem como a obrigatoriedade de inscrição em órgão de classe (RE 511961, Rel. Min. GILMAR MENDES, j. 17.06.2009). Concluiu a Corte que essas restrições, de um lado, afrontariam o conteúdo essencial da liberdade de expressão e de informação e, de outro, importariam limitação desarrazoada à liberdade profissional, na medida em que a deficiência técnica do jornalista não causaria prejuízo direto a terceiros, ou melhor, os danos que a atividade do jornalista eventualmente vier a causar a terceiros não serão relacionados com a sua inépcia.

O mesmo se concluiu quanto aos *músicos*, como se observa, *exempli gratia*, no recente julgamento do RE 414426 (Rel. Min. ELLEN GRACIE, j. 01.08.2011). O condicionamento do exercício de um ofício a condições legais como a inscrição em conselho profissional pressupõe o potencial lesivo da atividade desprovida do mínimo de qualificação técnica. Não é, como se nota, o caso da advocacia.

Seria possível argumentar, em oposição a essa linha de raciocínio, que competiria à OAB apenas a fiscalização *a posteriori* da deficiência técnica dos advogados, sem que, no entanto, se conferisse à entidade o controle apriorístico da qualificação profissional. Contudo, é posição que não resiste às seguintes observações: primeiramente, é certo que o art. 5º, XIII, da Constituição Federal

deve ser conjugado com o art. 22, XVI, que confere à União a competência legislativa privativa para estabelecer *condições para o exercício de profissões*.

Vale dizer, a própria Constituição conferiu ao legislador a faculdade de determinar que o exercício de determinadas atividades profissionais sejam submetidas ao prévio atendimento de condições específicas. É disso que se trata no caso em testilha: a aprovação em exame elaborado com vistas à avaliação da qualificação técnica do indivíduo.

Em segundo lugar, trata-se de questão de razoabilidade. Fere o bom senso, *data maxima venia*, que se reconheça à OAB a existência de autorização constitucional unicamente para o controle *a posteriori* da inépcia profissional, restringindo sua atribuição, nesse ponto, a mera atividade sancionatória. Não se pode admitir que, para que seja deflagrada a fiscalização da capacidade técnica do advogado pela OAB, a atuação desqualificada desse profissional já tenha sido capaz de ocasionar lesão – cuja gravidade pode ser imensurável – ao seu cliente ou a terceiros. Evidentemente, o profissional que, reiteradamente, incide em erros que revelam manifesta inépcia merecerá a sanção da respectiva entidade de classe (observadas, naturalmente, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa), mas isso não pode significar a impossibilidade de serem adotadas as medidas preventivas. Não é razoável, repita-se, que se espere o arrombamento da fechadura para que só depois se lhe ponha o cadeado; é salutar, ao revés, que se possa estabelecer providência de verificação *a priori* da qualificação técnica do profissional, como se faz por intermédio do Exame de Ordem.

Resta evidente, então, que a aprovação no Exame de Ordem é uma *condição para o exercício da profissão de advogado*, assim prevista em lei, pela qual se verifica se o indivíduo dispõe da *qualificação técnica* necessária ao desempenho profissional minimamente admissível. Portanto, atenderia, em princípio, ao que dispõem o art. 5º, XIII e o art. 22, XVI, da Constituição Federal, a não ser que houvesse violação ao princípio da proporcionalidade ou ao núcleo essencial do direito fundamental à liberdade profissional, afrontando a proibição de excesso.

Ocorre que o Exame de Ordem logra êxito no triplo teste de proporcionalidade. Com efeito, trata-se de medida *adequada* à finalidade a que se destina, qual seja, a aferição da qualificação técnica necessária ao exercício da advocacia em caráter preventivo, com vistas a evitar que a atuação do

profissional inepto cause prejuízo à sociedade. Observe-se que a *adequação* não se confunde com a *perfeição*: não seria necessário que o Exame de Ordem fosse o *único* e nem mesmo o *melhor* meio de atingir o fim colimado, mas que seja apto, numa relação de causa e efeito, a ocasionar a consecução de seu propósito.

O debate ainda pode ser enriquecido com a apreciação da experiência estrangeira. Tome-se como exemplo o caso dos EUA, onde o exercício da advocacia é condicionado à aprovação no *Bar Exam*. A edição de novembro de 2005 do periódico *The Bar Examiner*¹, publicado pela *National Conference of Bar Examiners* (entidade privada responsável pela uniformização dos *Bar Exams* nos diversos estados da federação norteamericana), apresenta uma série de ensaios publicados por especialistas que comentam os processos de avaliação prévia da qualificação profissional para a advocacia nos vários Estados dos EUA e também em outros países, como no Reino Unido e no Canadá. De todos os textos se extrai um ponto em comum: ainda que se considere que um exame escrito não seja a melhor forma de aferir o requisito da qualificação técnica de um indivíduo para o exercício da profissão, há consenso quanto à importância de se realizar uma fiscalização apriorística das capacidades profissionais para o desempenho profissional da advocacia.

Prosseguindo-se no teste de proporcionalidade, o Exame de Ordem também atende ao subprincípio da *necessidade* ou *exigibilidade*, traduzindo-se no meio menos gravoso de atingir o resultado pretendido. Afinal, cuida-se de exame realizado com periodicidade quadrimestral, de modo que o bacharel em Direito dispõe de três oportunidades anuais para o prestar. O exame é objetivo e impessoal, padronizado, e não existe nenhum tipo de previsão de jubilação – o indivíduo pode prestar o Exame de Ordem quantas vezes forem necessárias até a sua aprovação. Por fim, existe previsão normativa para isenção de taxa de inscrição para os economicamente hipossuficientes. Não se consegue imaginar alguma forma menos gravosa de condicionar o exercício da profissão à prévia demonstração de qualificação técnica.

De óbvia constatação, então, será o atendimento do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, na medida em que os benefícios gerados superam as restrições impostas. De fato, uma limitação ao exercício de atividade profissional que será superável em qualquer tempo pelo indivíduo que lograr aprovação no Exame de Ordem é muito reduzida diante do evidente

¹ Disponível em <http://www.nbcex.org>. Consulta em 13.09.2011.

ganho da sociedade com o licenciamento profissional de advogados que tenham demonstrado, à luz de critérios públicos, objetivos e impessoais, serem detentores da qualificação técnica minimamente necessária ao exercício profissional adequado da advocacia.

No que concerne, por seu turno, à eventual violação do núcleo essencial da liberdade profissional, também não se enxerga a sua ocorrência. Como visto acima, qualquer bacharel em Direito pode prestar o Exame de Ordem quantas vezes for necessário até a sua aprovação, sendo certo que não há qualquer limitação numérica de aprovados – todos os que obtêm aprovação adquirem o direito de inscrever-se na OAB.

Mas existe, ainda, um argumento – sedutor, reconheça-se – de que outras profissões de grande relevância social não exigem, para a inscrição nos respectivos órgãos de classe, prévia aprovação em um exame, como, por exemplo, é o caso dos médicos, que são inscritos na entidade de classe tão somente com a conclusão do curso de graduação. Porém, trata-se de tema longe de ser pacífico: a título apenas ilustrativo, é bem de ver que tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 217/04, de autoria do Senador TIÃO VIANA (PT-AC), com o objetivo de instituir o Exame Nacional de Proficiência em Medicina como requisito legal para o exercício da medicina no país.

Na verdade, a circunstância de atualmente não haver a obrigatoriedade legal de aprovação em exame como requisito para o exercício de uma determinada profissão não significa que a lei não possa passar a exigi-la, tendo em vista as considerações já expendidas. Nos EUA, por exemplo, a prática da medicina sujeita-se a uma longa bateria de exames (o *United States Medical Licensing Examination – USMLE – Program*), que compreende não apenas a realização de testes de múltipla escolha, como também a realização de provas práticas e simulações, como noticia SUSAN M. CASE, PH.D (Licensure in My Ideal World. *The Bar Examiner*, November 2005: 28-30.)

Nessa ordem de ideias, evidencia-se que a insurgência contra o Exame de Ordem estará a revelar que o problema, se houver, não reside na realização do Exame em si, mas na forma como o mesmo é elaborado. O problema, destarte, não seria de *um* Exame, mas *deste* Exame, da maneira em que hoje é realizado. Se é assim, não se poderia falar em inconstitucionalidade da lei que o obriga, mas de eventual afronta à própria legislação de regência, desbordando-se, com isso, do controle de constitucionalidade que compete a esta Corte.

O mesmo argumento pode ser estendido às alegações de elevado nível de dificuldade ou de uma inobservância do conteúdo programático a que se vincula e até mesmo de um suposto descompasso entre esse conteúdo e a estrutura curricular dos cursos de graduação em Direito – neste particular, note-se que o Provimento nº 109/2005, do Conselho Federal da OAB, é expresso na vinculação às diretrizes curriculares instituídas pelo Conselho Nacional de Educação para as disciplinas que integram o eixo de formação profissional do curso de graduação em Direito (art. 5º, § 1º). Todas essas questões serão apreciadas em cada caso concreto, sem inquirir de invalidade, *de per se*, a própria previsão legal.

Sem prejuízo do exposto, há outras alegações que se afiguram, *concessa venia*, insubsistentes. Afirma-se que o Exame de Ordem instituiria uma espécie de *reserva de mercado*, tese presente tanto nas razões recursais como no parecer ministerial. A conclusão de que a previsão legal da obrigatoriedade do Exame de Ordem pode consistir numa reserva de mercado, feita *in abstracto*, não resiste às observações de que: (i) a cada quatro meses, realiza-se novo Exame, aberto a quaisquer bacharéis, ainda que reprovados em edições anteriores, sem nenhuma restrição; (ii) não há limite do número de aprovados para posterior inscrição na OAB; e (iii) há regime próprio de isenção de custas para os hipossuficientes. E o que resta dizer, então, à luz da previsão expressa de que o Exame de Ordem é franqueado também aos bacharelados que estejam cursando os últimos períodos do curso de graduação e, assim, podem ingressar logo no mercado de trabalho, reduzindo ao máximo o hiato entre a conclusão do curso superior e o início do exercício profissional (art. 2º, § 1º, do Provimento 109/05)? É uma previsão claramente inclusiva, incompatível com a alegada reserva de mercado.

Demais disso, ainda que fosse possível alegar que o Exame de Ordem produza uma reserva de mercado *in concreto*, seria necessário que houvesse demonstração fática de sua ocorrência e, nesta instância, um reexame de prova, inviável em sede de recurso extraordinário (Súmula nº 279 deste STF).

Também não convence, *permissa venia*, a ideia de que a OAB, por intermédio do Exame de Ordem, faria uma avaliação dos cursos de graduação. Muito embora sejam publicadas estatísticas de aprovação no Exame para as diversas instituições de ensino superior, trata-se de medida de cunho meramente informativo, que, num ambiente democrático, pode legitimamente pautar a escolha de um estudante relativamente à instituição para cujas vagas

pretende concorrer. Isso não descaracteriza o fato de que são esferas de apreciação inteiramente distintas – afinal, a OAB não possui atribuições sancionatórias sobre as universidades e o Ministério da Educação se fia em outros critérios para a avaliação dos cursos superiores, como, por exemplo, a formação do corpo docente, a constituição das bibliotecas e de laboratórios de informática etc.

Há mais a se dizer sobre este tópico. Não parece haver dúvida de que, ao menos em linha de princípio, objetiva-se, com o Exame, aferir se o bacharel detém os mínimos conhecimentos teóricos e práticos para o adequado exercício da profissão. Em síntese, é por intermédio do Exame de Ordem que se *certifica* que o bacharel está *apto* ao exercício profissional da advocacia – é, portanto, uma espécie de *certificação profissional*. Essa é a finalidade do Exame, dirigida ao bacharel, e não à instituição em que se graduou.

O estabelecimento da obrigatoriedade de certificação para o exercício de determinadas atividades profissionais é fato corriqueiro em diversos segmentos econômicos. No âmbito do Sistema Financeiro Nacional, por exemplo, a Lei nº 4.595/64 confere ao Conselho Monetário Nacional (CMN) a competência normativa para regular as atividades nela disciplinadas (art. 4º, VIII). No exercício dessa competência, o CMN editou a Resolução nº 3.158/03, cujo art. 1º estabelece que, nas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, os seus empregados, para exercerem, na própria instituição, as atividades de distribuição e mediação de títulos, valores mobiliários e derivativos, deverão, obrigatoriamente, ser considerados aptos em *exame de certificação organizado por entidade de reconhecida capacidade técnica*, como, por exemplo, a ANBIMA (Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais).

Por tantas razões, não se vislumbra, *in casu*, invalidade da legislação questionada. Entretanto, existe ainda um ponto merecedor de especial atenção. O Recorrente afirma que há incongruência no fato de a OAB exercer fiscalização na realização de quaisquer concurso jurídicos e que tenha assento no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e no Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), mas que não haja qualquer espécie de controle sobre o Exame de Ordem, que seria aplicado sem a necessária transparência.

Com efeito, a questão justifica uma reflexão mais aprofundada. Como é cediço, a OAB tem participação constitucionalmente assegurada em todas as

fases dos concursos públicos para cargos na Magistratura (art. 93, I), do Ministério Público (art. 129, § 3º) e das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal (art. 132). Possui assento no CNJ (art. 103-B, XII) e no CNMP (art. 130-A, V), apresenta listas sêxtuplas para a composição dos Tribunais inferiores e do Tribunal Superior do Trabalho por intermédio do quinto constitucional (art. 94 e art. 111-A, I, respectivamente), bem como para a composição de um terço do Superior Tribunal de Justiça (art. 104, parágrafo único, II). Os advogados integram, ainda, o Tribunal Superior Eleitoral (art. 119, II) e os Tribunais Regionais Eleitorais (art. 120, § 1º, III), além dos diversos órgãos colegiados da Administração Pública em que, por disposição legal, há advogados indicados pela OAB.

É estreme de dúvida que há justificativa constitucional para tanto. A participação da OAB nos concursos públicos, nos Conselhos e Tribunais revela a preocupação do constituinte (originário ou reformador, conforme o caso) com o estabelecimento de ferramentas de fiscalização social do exercício do poder público. Demais disso, a presença da OAB na organização e nas comissões examinadoras de concursos públicos funciona como um mecanismo crucial para a oxigenação dos certames, na medida em que podem oferecer ângulos de visão diferentes – às vezes, opostos –, com o que contribuirá, dialeticamente, para a seleção de profissionais de visão mais abrangente do Direito para o exercício de carreiras típicas de Estado.

O oposto, no entanto, não ocorre. O art. 3º, § 3º, do Provimento nº 109/2005, do Conselho Federal da OAB – cuja inconstitucionalidade também foi arguida neste feito – determina que a composição das bancas examinadoras deverá contemplar, no mínimo, três advogados com experiência didática, mas não obriga à participação de integrantes de outras carreiras jurídicas, como a Magistratura, o Ministério Público ou mesmo a Defensoria Pública e a Advocacia Pública, que, conquanto sejam compostas de advogados também inscritos na OAB, possuem perspectivas bem próprias da advocacia em si, moldadas pelo exercício de suas atribuições institucionais. O mesmo se dirá em relação os docentes universitários. Todas essas categorias poderiam oferecer contribuições relevantes para o aperfeiçoamento do Exame de Ordem e, não é demais assinalar, em vários dos Estados norteamericanos o *Bar Exam* é organizado pelo Poder Judiciário.

Essa possibilidade de, em tese, manter-se a elaboração e a organização o Exame de Ordem exclusivamente nas mãos de membros da OAB, sem a

presença de partícipes externos, suscita questionamentos quanto à observância dos princípios democrático e republicano. A atribuição à OAB de funções regulatórias do exercício profissional decerto a submete à **responsividade** que acompanha o desempenho de qualquer *munus publico*. Nesse diapasão, cumpre à OAB atender às *exigências constitucionais de legitimidade democrática* da sua atuação, que envolve, dentre outros requisitos, a abertura de seus procedimentos à participação de outros segmentos da sociedade.

Além disso, o princípio democrático, hoje sob um enfoque comunicativo, dialógico, há de ser visto como uma “rua de mão dupla”. As instituições aperfeiçoam seus processos decisórios com a contribuição recíproca, num círculo virtuoso em que são absorvidos os múltiplos e plurais aportes de todos os setores da sociedade, que se identificam mutuamente nos respectivos discursos e, aderindo a eles pelo consenso, conferem-lhes a legitimidade indispensável ao atingimento de patamares civilizatórios mais elevados.

Não se pretende sustentar, por óbvio, a quebra do caráter técnico do Exame de Ordem que o descaracterize como mecanismo de certificação profissional ou a criação de algum mecanismo de controle externo sobre a OAB. Contudo, parece plenamente razoável que outros setores da comunidade *jurídica* passem a ter assento nas comissões de organização e nas bancas examinadoras do Exame de Ordem, o que, aliás, tende a aperfeiçoar o certame, como antes afirmado, ao proporcionar visão mais pluralista da práxis jurídica, exigindo do bacharel uma perspectiva mais panorâmica do Direito para que, assim, profissionais mais qualificados ingressem no exercício da advocacia.

Vislumbro, pois, a existência de uma situação *ainda* constitucional, mas de *constitucionalidade imperfeita*. A percepção da incidência do princípio democrático nas relações da vida adquiriu novas cores com a ascensão do Direito Regulatório, em que sobrelevou o viés da *participação* no procedimento e, com isso, a reprodução, na esfera da decisão regulatória, do pluralismo que marca a sociedade. É disso que ora se cuida: o Exame de Ordem exhibirá tão maior substrato de legitimidade democrática quanto mais plural for a orientação de sua prática, congregando visões dos diversos setores da comunidade jurídica.

As normas que disciplinam do Exame de Ordem, portanto, encontram-se, a meu sentir, *em trânsito para a inconstitucionalidade*, mesmo porque a exegese contemporânea do princípio democrático insculpido na Constituição Federal de

1988 é um construto da experiência das últimas décadas, não se podendo exigir da OAB que já houvesse vislumbrado a situação latente de *quase-inconstitucionalidade*.

Diante desse quadro, propõe-se aqui uma decisão que, mesmo sem reconhecer a invalidade da legislação, se aproxime daquilo que, na experiência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ficou conhecido como *apelo ao legislador* (*Apellentscheidung*), técnica bem retratada na obra acadêmica do eminente Ministro GILMAR MENDES (*Jurisdição Constitucional*. 5. edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 297 e seguintes). Cuida-se, na espécie, de uma exortação baseada não apenas na mudança das relações jurídicas – vale dizer, da ampliação do sentido e do alcance do princípio constitucional democrático –, como também na percepção de que, sendo uma *mutação constitucional*, decorreu a mesma de processo histórico e, destarte, a ofensa constitucional não era evidente e manifesta. Por outro lado, a permanência da falha ocasionará, no futuro, a efetiva inconstitucionalidade da disciplina do Exame de Ordem tal como hoje se realiza.

Sabe-se que não é novidade na jurisprudência desta Corte o reconhecimento da existência de *normas a caminho da inconstitucionalidade*. Por exemplo, no julgamento do RE 135.328 (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 29.06.1994) e do RE 147.776 (Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 19.05.1998), o STF concluiu pela permanência da vigência do art. 68 do Código de Processo Penal, que conferia ao Ministério Público a atribuição para o ajuizamento da ação civil *ex delicto*, até que criada por lei e organizada a Defensoria Pública no âmbito dos Estados.

No caso em apreço, é de se identificar o progresso do *estado de inconstitucionalidade*, a evoluir para uma futura invalidade, do art. 3º, § 3º, do Provimento nº 109/05, do Conselho Federal da OAB, naquilo que prescinde da participação de outros segmentos da comunidade jurídica, como a magistratura, o Ministério Público e, a Defensoria Pública, a Advocacia Pública e o magistério superior de Direito, de modo a que, ampliada essa participação, consolide-se a legitimidade democrática da OAB na realização dos procedimentos concernentes ao Exame de Ordem. Em outras palavras, uma posterior fiscalização jurisdicional dos respectivos atos normativos certamente culminará na declaração de sua inconstitucionalidade.

Em virtude do exposto, voto no sentido do **desprovimento do recurso extraordinário**, com a registro do trânsito para inconstitucionalidade dos atos normativos impugnados no apelo extremo apreciado.