

Os conselhos profissionais e a Lei de Improbidade Administrativa – Limites da liberdade profissional e da Autorregulação

The Professional Associations and the Brazilian Improbability Act – Limits of the professional freedom and the self-governance

Autor: Clóvis Alberto Bertolini de Pinho¹

RESUMO: O presente artigo busca trazer contributos a respeito do sistema de responsabilização dos integrantes dos Conselhos Profissionais brasileiros à luz da Lei de Improbidade Administrativa. Assim, o escrito apresenta os seguintes temas: i) primeiramente, traz-se uma breve conceituação a respeito da liberdade profissional no contexto da Lei Fundamental brasileira (art. 5º, XII da CF); ii) em segundo lugar, analisam-se os Conselhos Profissionais brasileiros, demonstrando a sua natureza jurídica, suas competências constitucionais, sua caracterização e sua eventual submissão à Lei de Improbidade Administrativa; iii) em seguida, pondera-se a respeito da natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, demonstrando que esta entidade possui descrição *sui generis* no Direito brasileiro, não respondendo por nenhum tipo de controle por parte da Administração Pública; iv) por fim, o texto traz considerações

1 Titulação acadêmica: estudante de Direito da Universidade Federal do Paraná (5º ano)

críticas sobre o controle e os limites que circundam a análise da liberdade profissional, demonstrando que os abusos cometidos no exercício da autorregulamentação profissional devem ser controlados no âmbito dos Conselhos Profissionais.

PALAVRAS-CHAVES: autorregulamentação profissional; Conselhos Profissionais; Lei de Improbidade Administrativa; limites do exercício da liberdade profissional.

ABSTRACT: This article seeks to bring contributions regarding the *accountability* system for members of the Brazilian Professionals Associations in the light of Brazilian Improbity Act. The writing has the following themes: i) first, it brings up a brief concept about the professional freedom in the context of Brazil's Constitution (article 5, XII of the Constitution); ii) secondly, the it is analyzed the Brazilian professionals associations, demonstrating their legal status, their constitutional powers, its characterization and its eventual submission to the Brazilian Improbity Act; iii) then it considers to respect the legal nature of the Brazilian Bar Association, demonstrating that this entity has *sui generis* description in the Brazilian Law, not accounting for any kind of control by the Public Administration; iv) finally, the text brings critical considerations about the control and limits surrounding the analysis of professional freedom, demonstrating that the abuses committed in the exercise of professional self-governance should be controlled under the Professional Councils.

KEYWORDS: professional self-governance; Professional advice; Brazilian Improbity Act; limits; accountability.

1. Introdução

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA), Lei Federal n.º 8.429/92, importante meio de controle dos atos emanados pela Administração Pública editada no contexto pós-promulgação da Lei Fundamental

de 1988, por meio de seus competentes agentes, erige mecanismos de *sancionamento* de servidores públicos, gestores públicos e funcionários públicos, por atos considerados ímprobos no exercício de suas funções; ou seja, todos aqueles que possuam alguma *mínima* relação de vínculo com a Administração Pública, integrando os seus quadros próprios, ou que cometam atos de natureza dolosa e culposa, que deem causa ao enriquecimento ilícito, ao prejuízo do erário e à macula dos princípios regentes da Administração Pública.

Entretanto, a dúvida se impõe a respeito da *plena* aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos gestores, conselheiros, servidores e funcionários dos Conselhos Profissionais, entidades de difícil descrição de sua caracterização jurídica no Direito brasileiro, mas que possuem o importante papel constitucional (art. 5º, XIII) de regulamentação e da imposição dos limites ao exercício da liberdade profissional no Brasil.

Desse modo, o texto realiza aprofundamentos a respeito da liberdade profissional no contexto da Constituição Federal de 1988, dissertando sobre o papel dos Conselhos Profissionais, apresentando apontamentos a respeito de sua natureza jurídica, a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, um esclarecimento a respeito da caracterização dessas entidades, a sua submissão à LIA, a dubiedade da natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil; por fim, fazem-se alguns arremates a respeito do regime aplicável aos atos *corrompidos* ou *prejudiciais* praticados pelos intrigantes destes Conselhos Profissionais.

2. Os conselhos Profissionais

2.1. Origens da Liberdade Profissional

A liberdade profissional, como se sabe, talvez seja uma das máximas liberdades conhecidas em nossa sociedade. A sua história está conexas ao próprio período de formação do liberalismo constitucional, da segunda metade do séc. XIX. O economista austríaco Friedrich Hayek pondera que

o séc. XIX consolidou uma ideia geral de liberdade no imaginário europeu da época: “A contribuição do séc. XIX ao individualismo do período precedente [séc. XVIII] foi apenas trazer a todas as classes a consciência da liberdade, desenvolver sistemática e continuamente o que surgira de modo aleatório e fragmentário, e disseminá-lo da Inglaterra e Holanda para a maior parte do continente europeu”.²

Assim, a lógica de formação da liberdade profissional é ínsita à própria consolidação do Estado Liberal-Constitucional, seguindo a lógica do *État Gendarme* (expressão francesa que poderia ser traduzida como *Estado Guarda-noturno*), que apenas se preocupava em cuidar daquilo que não estivesse obrando de maneira adequada ou de maneira suficiente ao bom atendimento dos cidadãos. Contudo, Vital Moreira ressalta que um liberalismo puro, sem qualquer tipo de intervenção do Estado nunca existiu, mas o que foi alterado durante os anos subsequentes ao séc. XIX foram a expansão e os papéis os quais o Estado tomava na direção econômica: “é inquestionável que a natureza e a extensão do papel do Estado na economia sofreram uma profunda transformação”.³

Carlos Ari Sundfeld explica que o liberalismo tinha como seu modelo econômico a abstenção da atuação estatal, “era preciso que o Estado não interferisse nos negócios dos indivíduos, restringindo sua ação à garantia da ordem, paz, da segurança. Em suma, queria um *Estado mínimo*, com reduzidas funções, sem interferências na vida econômica”.⁴

Nesse mesmo sentido, Cármen Lúcia Antunes Rocha avalia que o liberalismo político se insere na lógica do *laissez-passer, que le monde va*

2 HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. Trad. de Anna Maria Capovilla et. al. 6. ed. São Paulo: Instituto Mises, 2010, p. 41.

3 MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 23.

4 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 54.

de lui même.⁵ Ademais, prossegue a atual Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal afirmando que a função do *État Gendarme* era “aquela de atuação singela e neutra, longe da sociedade, porque a ele competia apenas deixar que as próprias forças nela atuantes realizassem os fins determinados, de resto, por elas mesmas”.⁶

Nesse mesmo diapasão, o exercício do direito constitucional à liberdade profissional é de tamanha relevância no Direito brasileiro que, no início do séc. XX, muitos juristas, como Ruy Barbosa, defendiam que a sua defesa poderia ser realizado pela via do *habeas corpus*. “Assim, chegou-se a conceder ordem de *habeas corpus* para anular ato administrativo que mandara cancelar matrícula de aluno em escola pública; para determinar a concessão de segunda época de exames a estudantes; para garantir a realização de comícios eleitorais; *para garantir o exercício de profissão etc*”.⁷

Com isso, demonstra-se que a origem do instituto da *liberdade profissional* é ligada à formação do Estado de Direito Constitucional, unido aos matizes *liberalizantes* da sociedade. Apesar disso, observa-se que esse *liberalismo* não seria tão absoluto quanto se possa imaginar, bastando pensar que o séc. XIX foi importantíssimo para a formação e consolidação do Estado Constitucional como o conhecemos. O jurista que bem define o fenômeno referido é o francês Prosper Weil, que chega a afirmar que a própria existência de um Direito Administrativo, ou seja, aquele direito

5 A expressão, amplamente difundida no contexto *francês* liberal do final do séc. XIX e início do séc. XX, expressa o sentimento do “deixe passar” e “o mundo se amolda a si mesmo”, *tradução nossa*.

6 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 14.

7 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 2005, p. 347, *grifos nossos*.

pelo qual o Estado se vê obrigado a respeitar e ligado à obediência ao ordenamento jurídico, chega a ser um *milagre*, cite-se:

A própria existência de um direito administrativo é alguma medida fruto de um milagre. O direito que rege a actividade dos particulares é imposto de fora e o respeito pelos direitos e obrigações que ele comporta encontra-se colocado sob a autoridade e sanção de um poder exterior e superior: o do Estado. Mas causa admiração que o próprio Estado se considere <<ligado>> (vinculado) pelo direito.⁸

A partir do excerto, busca-se demonstrar que foi no período de *pujança* das ideias ditas *liberais* que se consolidou o pleno controle da Administração Pública e o regime de garantias do exercício das liberdades dos cidadãos, formando “uma disciplina que se quer que seja ao mesmo tempo instrumento de liberalismo e garante da actividade administrativa, protecção do cidadão contra o executivo e meio de realização da vontade do executivo”.⁹

Conforme situa Jean Rivero, o “liberalismo político exige, desde logo, que o cidadão seja protegido contra o poder. [...] Estas duas exigências – protecção contra o arbítrio e participação na actividade administrativa – manifestaram-se simultaneamente nas relações da Administração com os administrados e nas suas relações com os seus próprios agentes”.¹⁰

Logo, fica bem localizado que as origens históricas do instituto da liberdade de profissão se inserem no contexto de formação/consolidação do liberalismo político/econômico do séc. XIX, no qual o Estado apenas

8 WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo*. Trad. de Maria da Glória Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1977, p. 7.

9 WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo*. Trad. de Maria da Glória Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1977, p. 26.

10 RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 29-30.

conforma-se em respeitar os direitos dos cidadãos, abstendo-se de interferir do desenvolvimento da vida privada. “Os indivíduos são livres, de outro lado, por terem garantida (pelo próprio Estado) a segurança nas fruições privadas. É dizer, desfrutam de espaços individuais de ação, intangíveis pelo Estado. Eis o sentido da liberdade para os modernos”.¹¹

2.2. A Liberdade Profissional

A liberdade profissional poderia ser definida como a liberdade de escolha pelo indivíduo do gênero de seu trabalho, assim como a liberdade de ingresso em sua atividade e seu modo de exercício.¹² Cumpre concretizar, antes, algumas reflexões a respeito da sua disciplina constitucional.

2.2.1. O regime constitucional da Liberdade Profissional

A Lei Fundamental brasileira garante a *liberdade profissional* como um verdadeiro direito de ordem *fundamental*, ao radicar no art. 5º, XIII o seguinte: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Segundo José Afonso da Silva, o citado dispositivo constitucional trata-se de uma liberdade de ordem individual, e não de um dispositivo que confere liberdade a uma coletividade, ou a uma generalidade, mas a um grupo *restrito* de indivíduos na sociedade. Confere-se a liberdade de escolha do trabalho, de ofício, de profissão; ou seja, “o Poder Público não pode constranger a escolher e a exercer outro”.¹³ Deste modo, segundo

11 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 115.

12 Para maiores aprofundamentos do tema, cf. CUÉLLAR, Leila. Auto-regulação profissional – Exercício de atividade pública. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set., 2006, pp. 73-98.

13 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 110.

Ingo Wolfgang Sarlet, trata-se de um direito ligado à primeira *dimensão* de direitos,¹⁴ os quais são “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Nesse contexto, assumem particular relevo os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc)”.¹⁵

Interessante advertir que a Constituição Federal institui que lei federal regulamentará as condições de seu exercício. Em outras palavras, a Lei Maior funda *ressalvas* ao *pleno* exercício do direito constitucional individual. Esse é um típico exemplo da classificação de José Afonso da Silva a respeito de uma norma de eficácia *contida*; entretanto, Marçal Justen Filho propõe uma reformulação da teoria apresentada por Silva, afirmando que se trata de uma norma de eficácia ‘contível’ ou ‘reduzível’: “Há, nelas, uma atribuição de competência a órgãos estatais para que desenvolvam atuação restritiva de sua eficácia. Por isso, possuem um peculiar caráter de dispositividade ou supletividade”.¹⁶

Nesse mesmo diapasão, Maria Helena Diniz, ao comentar a classificação de Silva, propõe que estas normas, como a do art. 5º, XIII da Constituição Federal, possuem aplicabilidade plena, porém, são normas passíveis de restrição, “enquanto não sobrevier legislação restritiva, o

14 A denominação “dimensão” de direitos é preferível à expressão “geração”, “de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra”. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 270).

15 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 272.

16 JUSTEN FILHO, Marçal. Eficácia das Normas Constitucionais: relendo José Afonso da Silva. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*. Curitiba: IAP, n.º 5, 1981, p. 70.

direito nelas contemplado será pleno. Têm a possibilidade de produzir todos os efeitos jurídicos queridos”.¹⁷

As ponderações dos dois autores acima demonstram que a norma constitucional do art. 5º, XIII, *independe* de regulamentação para gerar efeitos jurídicos, nomeadamente a partir das reflexões de Virgílio Afonso da Silva,¹⁸ que fizeram José Afonso da Silva rever fortemente a sua teorização a respeito das normas de eficácia *contida*, confira-se:

Vale dizer, não são as leis mencionadas [infraconstitucionais] que dão eficácia e aplicabilidade à norma. Não se trata de direito *legal*, direito decorrente da lei mencionada, mas de direito constitucional, direito que deriva diretamente do dispositivo constitucional. A lei referida não cria o direito, nem atribui eficácia à norma. Ao contrário, ela importa em *conter* essas eficácia e aplicabilidade, trazendo-lhes norma de restrição.¹⁹

17 DINIZ, Maria Helena. *Normas Constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 101.

18 Ampliar em SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 208-251. O Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo adverte que: “Nos casos de direitos fundamentais garantidos por normas ditas de eficácia contida (ou restringível) a definição do conteúdo essencial é mais complexa. Nenhum dos autores que diferenciam entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida (ou restringível) José Afonso da Silva, Maria Helena Diniz, Pinto Ferreira, Michel Temer, dentre outros - fornece subsídios para se saber quais graus de restrição são aceitos e quais não são. Na ausência desses critérios, seria possível sustentar qualquer forma de garantia de um núcleo essencial e, no limite, até mesmo a negação da existência desse núcleo”. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 245).

19 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 111.

2.3. Os conselhos profissionais

A jurista Leila Cuéllar refere que a liberdade de profissão se concretizou no contexto da Revolução Francesa, no final do séc. XVIII, “o exercício profissional dominado por corporações de ofício encontrou seu maior óbice na Revolução Francesa de 1789”.²⁰ Inspirada pelos princípios regentes da liberdade e da igualdade, foram extintas as corporações de ofício, enfatizando-se o amplo poder da liberdade no exercício das funções *profissionais* na França. Destaca-se a edição da *Loi Le Chapelier*, que proibiu e extinguiu todas as *Corporações de Ofício* existentes na França em 1791.²¹

Cuéllar ainda observa que:

Guiada pela doutrina do *laissez-faire*, pelos princípios da liberdade e da igualdade e pela hostilidade crescente em face das corporações, em virtude especialmente do estabelecimento dos privilégios às categorias profissionais que representavam, a *Lei Le Chapelier* buscou abrir a vida econômica para a iniciativa privada e para a concorrência, tornando ilegal qualquer associação de trabalhadores ou empregados, além de toda forma de monopólio.²²

20 CUÉLLAR, Leila. Auto-regulação profissional – Exercício de atividade pública. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 4, n.º 15, jul./set., 2006, p. 74.

21 Nesse mesmo sentido, inclina-se Fábio Nusdeo: “fato de especial importância, ocorrido em 1776, situa-se no campo jurídico. Naquele ano, na França, editou-se por obra do ministro Urgot, o *Décret d’Allarde*, pelo qual foram extintas as corporações de ofício, estabelecendo-se a liberdade de todo o cidadão de exercer a profissão de sua escolha sem a necessidade de estar filiado a qualquer tipo de organização ou entidade nem ser por ela licenciado. O *Décret d’Allarde* constitui um marco jurídico no campo da ordenação da economia. Posteriormente revogado, foi reestabelecido em 1791 pela *Lei Le Chapelier*” (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 7. ed. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 130).

22 CUÉLLAR, Leila. *Auto-regulação profissional – Exercício de atividade pública*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 4, n.º 15, jul./set., 2006, p. 76.

Entretanto, “em muitos países europeus as corporações profissionais permaneceram no âmbito das profissões liberais, mesmo no auge do liberalismo oitocentista, e noutros países a autorregulação viria a nascer no século XX, sobretudo no quadro dos regimes antiliberais da primeira metade desse século”.²³

Essas proibições de constituição de organizações profissionais não perduraram até 1864, na França, quando a *Loi Le Chapelier* foi revogada, reconhecendo-se o direito de associação e o direito de greve. Destaca-se que a partir do séc. XIX, em vários países, como já mencionado acima, reconheceu-se a possibilidade da criação de associações profissionais jurídicas, como a *Ordre des Avocats* em 1817, na França, a *Rechtsanwaltsordnung*, criada em 1879 na Alemanha,²⁴ a *American Bar Association* em 1878, nos Estados

23 MOREIRA, Vital; LIMA, Luís Vale. *Autorregulação profissional oficial: o caso dos corretores de seguros no Brasil*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n.º 39, jul./set., 2012, p. 181.

24 A Ordem dos Advogados na Alemanha hoje denomina-se *Bundesrechtsanwaltskammer* - BRAK, organizada em forma *federativa*, aos moldes da Ordem dos Advogados do Brasil, com 27 subseções e uma subseção para a aplicação nos Tribunais Superiores da Federação: “A Câmara Federal dos Advogados possui 27 regionais e a Câmara dos Advogados no Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (*Bundesgerichtshof*). Destes presidentes das 27 regionais das Câmaras dos Advogados da Alemanha, que são reunidos na Assembleia Geral, é escolhido o presidente da *Bundesrechtsanwaltskammer* - BRAK. O Escritório Central implementa as Resoluções do exercício da Advocacia na Alemanha, as decisões da Assembleia Geral ganham o apoio da Administração Central da BRAK e é escolhido o seu Presidente”. Trad. livre de: “Die Bundesrechtsanwaltskammer besteht aus den 27 regionalen Rechtsanwaltskammern und der Rechtsanwaltskammer beim Bundesgerichtshof. Von den Präsidenten dieser 28 Rechtsanwaltskammern, die in der so genannten Hauptversammlung zusammengeschlossen sind, wird das Präsidium der BRAK gewählt. Das Präsidium setzt die Beschlüsse der Hauptversammlung um und wird dabei von der Geschäftsführung der BRAK unterstützt“. Informações disponíveis em: <<http://www.brak.de/die-brak/organisation/>>. Acesso em 22.02.2015. Para aprofundamentos sobre o exercício da advocacia na República Federal da Alemanha, cf. SCHULTZ, Ulrike; KOESSLER, Paul. The Practicing Lawyer in Federal Republic of Germany. *The International Lawyer*, Chicago, v. 14, n.º 3, 1980, pp. 531-543.

Unidos da América, a Ordem dos Advogados de Portugal, em 1926, e a Ordem dos Advogados do Brasil em 1930, a mero título de exemplo.

Especificamente a respeito dos Conselhos Profissionais no Brasil, eles surgiram como forma de organização da atividade profissional, primeiramente, a partir da criação da Ordem dos Advogados do Brasil em 1930, organizada sob a forma de *autarquia*. Os Conselhos Profissionais, segundo Odete Medauar, são definidos como “organismos destinados, em princípio, a ‘administrar’ o exercício de profissões liberais regulamentadas por lei federal. São geridos por profissionais da área, eleitos por seus pares. De regra têm estrutura federativa, com um órgão de nível nacional e órgãos de nível estadual, cada nível dotado de independência e atribuições próprias”.²⁵

A formação de Conselhos Profissionais no Brasil ampliou-se, especialmente no contexto pós-1930, a partir da chegada de Vargas ao Poder, principalmente pela intensificação da exigência de um movimento de profissionalização da Administração Pública, “nesse período, com o aparecimento do Departamento Administrativo do Serviço Público/DASP, começam a ser implantadas as bases de uma Administração Pública moderna, com a formação das carreiras públicas, [...] essa é a época em que a Administração Pública se expande, concedendo e regulando serviços públicos (como os de energia) e passando a atuar diretamente na ordem econômica”.²⁶ A primeira dessas associações profissionais regulamentadas foi a Ordem dos Advogados do Brasil, que primeiramente organizou-se em forma de *autarquia*, conforme prevê o Regulamento da Advocacia de 1931.²⁷

25 MEDAUAR, Odete. *Nova configuração dos Conselhos Profissionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora RT, v. 751, mai., 1998, p. 28.

26 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 45-46.

27 BRASIL. *Decreto n.º 20.784/1931*. “Art. 2º - A Ordem constitui serviço público federal, ficando, por isso, seus bens e serviços e o exercício de seus cargos, isentos de todo e qualquer

Feitas essas breves introduções históricas, passar-se-á à análise do conceito de *autorregulação* profissional, essencial à captação e melhor entendimento a respeito dos Conselhos Profissionais no Brasil.

2.4. A autorregulação Profissional

A definição de *autorregulação* profissional é trazida por Vital Moreira, *publicista* português e *ex-juiz* do Tribunal Constitucional da República Portuguesa, que bem define que existem diferenças essenciais entre a *autorregulação* e a *hetero-regulação*. Aquela é caracterizada por uma *coincidência* entre as figuras do regulador e do regulado, regulação esta exercida pelos próprios interessados, de maneira *não-estatal*.²⁸ Já a *heterorregulação* seria caracterizada pelo estabelecimento de limites externos ao exercício de uma determinada atividade, fundamentalmente às limitações ao exercício de uma atividade econômica.

De outro lado, a regulação econômica, segundo definição de Eros Roberto Grau, deve ser compreendida como toda aquela intervenção que estabelece um condicionamento ao pleno exercício das atividades econômicas dos agentes. Esta é umas das funções primordiais do Estado, por meio da análise do art. 174 da Constituição Federal,²⁹ “o Estado promove a *regulação* da atividade econômica. Trata-se de *normação* e *regulação* que [...] reclamam *fiscalização*. [...] Assim, *fiscalizar*, no contexto

imposto ou contribuição”.

28 MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 52-53.

29 “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

deste art. 174 significa prover a eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a atividade econômica”.³⁰

Portanto, antes mesmo de uma definição da natureza jurídica desses *conselhos profissionais* e das *associações profissionais*, adverte-se que esses conselhos profissionais exercem atividade de *autorregulação*, imbuindo-se do conceito, também, da *heterorregulação*. Não obstante, a regulação profissional se caracterizaria como uma *subforma* da regulação econômica, sendo que entre as profissões reguladas destacar-se-iam as profissões liberais, que seriam caracterizadas pela prevalência da intelectualidade dos serviços prestados.³¹

Entre as razões para a existência autorregulação profissional, estariam os seguintes motivadores: a) a obrigatoriedade da exigência de um certo padrão de qualidade na aquisição de conhecimentos específicos da profissão, atrelados à assimetria de informações do mercado; b) a necessidade de controle da qualidade que este serviço é prestado; c) algumas profissões, como as de cunho liberal, necessitam da existência de certa liberdade para o seu exercício de suas funções.³²

Do mesmo modo, “o objetivo da regulação profissional consiste em alterar comportamentos dos indivíduos em relação ao que seria se

30 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 300. Este pensamento também pode ser extraído da obra de Washington Peluso Albino de Souza, que bem advoga que o art. 174 da Constituição Republicana, ao colocar que a função de planejamento do Estado quanto “agente normativo e regulador da atividade econômica” dá ensejo a essa intervenção estatal na atividade econômica. (SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 126).

31 MOREIRA, Vital; LIMA, Luís Vale. *Autorregulação profissional oficial: o caso dos corretores de seguros no Brasil*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n.º 39, jul./set., 2012, p. 185.

32 MOREIRA, Vital; LIMA, Luís Vale. Op. Cit., p. 185-186.

não houvesse a regulação. Assim, através da *auto-regulação*, os próprios agentes submetidos à regulação, por intermédio de organismos de profissões, ditam as regras para a atuação daqueles que queiram integrar um determinado mercado”.³³

Fica acentuado que as associações e os conselhos profissionais constituem objeto de *autorregulação* do exercício de uma determinada profissão, impondo limites, proteção e regras ao exercício profissional, que promovendo um verdadeiro desenho/retrato do modo como são exercidas determinadas atividades profissionais, conforme definido em Lei específica, observando-se as ponderações a respeito da eficácia da norma constitucional do art. 5º, XIII feita no tópico acima.

3. Caracterização Jurídica

3.1. Entidades Paraestatais

Muitos autores, apoiados na doutrina administrativa italiana do início do séc. XX, definiram e defenderam a existência de determinadas entidades que se classificariam no *meio termo* entre o público e o privado. Maria Sylvia Zanella Di Pietro define as entidades paraestatais como “pessoas jurídicas de direito privado, instituídas por particulares, com ou sem autorização legislativa, para o desempenho de atividades privadas de interesse público, mediante fomento e controle pelo Estado”.³⁴ De maneira semelhante, Marçal Justen Filho delibera que as entidades paraestatais têm como características marcantes “promover o atendimento de necessidades

33 CUÉLLAR, Leila. *Auto-regulação profissional – Exercício de atividade pública*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 4, n.º 15, jul./set., 2006, p. 79.

34 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 550.

assistenciais e educacionais de certas atividades ou categorias profissionais, que arcam com a sua manutenção mediante contribuições compulsórias”.³⁵

Por outro lado, a definição do problema é trazida por Odete Medauar, que esclarece que:

Nenhum desses organismos integra a Administração Pública direta ou indireta. No entanto, na doutrina recebiam, por vezes, a denominação de autarquias *paradministrativas* ou corporações autárquicas. A jurisprudência pátria vinha-lhes reconhecendo natureza autárquica, mesmo que as leis instituidoras omitissem essa condição e apesar de tais entidades não integrarem a estrutura da Administração federal ou estadual. O brasão da República vinha sendo utilizado nos papéis e formulários dos Conselhos.³⁶

Com isto, apreende-se que os Conselhos Profissionais e as associações profissionais³⁷ não possuem uma definição clara apresentada pela doutrina, nem mesmo pela jurisprudência, como ficará assentado no caso da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

3.2. Integrantes da Administração Pública?

Percebe-se, *a priori*, que os Conselhos Profissionais não são integrantes da Administração Pública Direta, como poderia se entender

35 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 322.

36 MEDAUAR, Odete. Nova configuração dos Conselhos Profissionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora RT, v. 751, mai., 1998, p. 29.

37 Embora os *sindicatos* sejam entidades classistas, constituídas primordialmente na forma de *associação*, estas não interessam à análise do instituto das *associações profissionais*, por conta de não satisfazem o critério da natureza *regulatória* do exercício da atividade profissional, *sancionamento* e estabelecimento de *limites* pelos conselhos profissionais, mediante Lei Federal, sob delegação do art. 5º, XIII da Constituição Federal. Os sindicatos estariam mais relacionados ao desempenho de entidades de defesa dos trabalhadores afiliados ou não.

em um primeiro momento. Embora a maioria dos Conselhos Profissionais brasileiros estejam organizados a partir do regime de *autarquia*, isso não significa afirmar, automaticamente, que estes são partes integrantes da Administração Pública Indireta. Exemplo que traz dúvida à doutrina e à jurisprudência é a do Conselho Federal de Medicina. A Lei Federal n.º 3.268/1957, positiva, logo em seu art. 1º, que os Conselhos Federal e Regionais de Medicina são organizados em forma de autarquia e possuem personalidade de pessoa jurídica de Direito Público.³⁸

No entendimento de Leila Cuéllar, a organização dos Conselhos Profissionais em regime de direito público justifica-se pela delegação do exercício de regulação das atividades profissionais, exigida pelo Poder Público. “As atribuições referentes à auto-regulamentação profissional são atividades tipicamente estatais, razão, inclusive, para que as entidades sejam constituídas sob regime de direito público, especialmente sob a forma de autarquia”.³⁹ Este modelo seria análogo ao do conselho regulador público, “organismos de direito público, próximos das corporações públicas profissionais, mas sem o enquadramento de representação e defesa corporativa destas”.⁴⁰

O Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, ao analisar a natureza jurídica dos Conselhos Profissionais, especialmente os Conselhos Federais de Odontologia e de Medicina, sedimentou: “Natureza autárquica

38 “Art . 1º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina, instituídos pelo Decreto-lei n.º 7.955, de 13 de setembro de 1945, passam a constituir em seu conjunto uma *autarquia*, sendo cada um deles dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira”.

39 CUÉLLAR, Leila. Auto-regulação profissional – Exercício de atividade pública. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 4, n.º 15, jul./set., 2006, p. 95.

40 MOREIRA, Vital; LIMA, Luís Vale. *Autorregulação profissional oficial: o caso dos corretores de seguros no Brasil*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n.º 39, jul./set., 2012, p. 190.

do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Odontologia. Obrigatoriedade de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. Lei 4.234/64, art. 2º. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II. II”,⁴¹ e em sentido semelhante: “Os Conselhos Regionais de Medicina, como sucede com o Conselho Federal, são autarquias federais sujeitas à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União por força do disposto no inciso II do artigo 71 da atual Constituição”.⁴²

A maioria dos *precedentes* do Supremo Tribunal Federal entende que *predomina* a natureza de Direito Público das entidades e conselhos de ordem profissional. A Lei Federal n.º 9.649/1998, que regulamenta a organização da Presidência da República e de seus respectivos Ministérios e Pastas, tentou mudar esse quadro, ao determinar que os Conselho Profissionais, a partir da edição da norma, passassem a ser organizados em forma de direito privado, define em seu art. 58 o seguinte:

Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa.

§ 1.º A organização, a estrutura e o funcionamento dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas serão disciplinados mediante decisão do plenário do conselho federal da respectiva profissão, garantindo-se que na composição deste estejam representados todos seus conselhos regionais.

§ 2.º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

[...]

§ 9º O disposto neste artigo não se aplica à entidade de que trata a Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994.⁴³

41 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. MS 21797, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2000.

42 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. MS 22643, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/1998.

43 A Lei Federal n.º 8.906/1994 refere-se ao Estatuto da Advocacia e da Ordem dos

Ou seja, determinou-se, a partir dos artigos da Lei acima destacada, que todos os Conselhos Profissionais se adequassem ao regime de direito privado para o pleno desenvolvimento de suas funções. No entanto, disserta-se a seguir com mais propriedade a respeito dos dispositivos da Lei Federal n.º 9.649/1998 e a eventual necessidade de instituição do regime de direito privado aos conselhos profissionais.

Conselhos Profissionais sob o regime privado

A jurista portuguesa Maria João Estorninho observa que a utilização do direito privado pela Administração Pública é reveladora de que esta teve que ampliar seus papéis para o fornecimento de serviços sociais até então de prestação atenuada ou reduzida do Estado, pugnano que o alargamento dos fins do Estado implicou a adoção de novas formas de organização, passando-se, assim, a considerar que a atuação do Estado sob o regime de direito privado “levou mesmo a que muitas áreas da Administração Pública não precisassem mais de se <<disfarçar>> sob formas publicísticas”.⁴⁴

A imposição do estabelecimento e da direção das atividades dos Conselhos Profissionais pelo regime privado foi um dos principais objetivos da Lei n.º 9.649/1998, inserida na própria lógica de reforma do aparelho do Estado nos anos 90. Sob os auspícios da Emenda Constitucional n.º 19/1998,

Advogados do Brasil, as quais se dissertará com mais cuidado em tópico subsequente.

44 ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado*. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009, p. 53. Maria João Estorninho menciona seis critérios em que seria mais vantajosa a organização administrativa jurídico-privada: a) uma maior facilidade na criação e extinção de instituições; b) maior autonomia concedida aos entes criados, com âmbitos de responsabilização própria e menor influência político-partidária; c) a libertação das regras de organização de direito público; d) adoção de processos decisórios mais flexíveis, com a sujeição aos princípios da economia de mercado e da concorrência, com diversificação dos serviços prestados; e) diversificação dos meios de financiamento, em cooperação com os investidores privados; f) maior possibilidade de cooperação com as demais entidades públicas (ESTORNINHO, Maria João. Op. Cit., p. 59-67).

buscou-se a redução da importância do Estado brasileiro na condução das atividades econômicas, com o respectivo arrefecimento do papel do Estado na economia e, conseqüentemente, o seu tamanho, com a redução de cargos e funções, com a instituição, por exemplo, da observância de um novo princípio regente da atividade estatal: o princípio da eficiência.

Duramente criticado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que advoga que o princípio da eficiência “não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da ‘boa administração’”.⁴⁵ Porém, o conceito de eficiência e a sua respectiva informação pela Administração Pública, segundo Egon Bockmann Moreira, “exige postura *ativa* da Administração no sentido de sempre procurar o cumprimento dos demais princípios constitucionais. O atendimento à ordem maior da eficiência administrativa dirige-se ao objetivo de esmerar-se no atendimento aos demais mandamentos da Constituição”.⁴⁶

Por mais desnecessário que a doutrina o *qualifique*, como repetitivo ou mesmo despropositado com o sentido de toda a Constituição, denota-se que o princípio da eficiência possui respaldo constitucional. Floriano de Azevedo Marques Neto advoga que o princípio da eficiência é uma sinalização clara de que os deveres e o exercício da função administrativa devem ser destinados à satisfação das finalidades públicas.⁴⁷ Complementa

45 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 125.

46 MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 206.

47 Vale lembrar que os sentidos dados pela *interpretação constitucional* não se confundem com os objetivos da reforma constitucional realizada em 1998. É preciso delimitar que a interpretação da Constituição não deve ser realizada em partes ou em tiras, mas com vistas a dar fluidez, eficácia e completude ao texto constitucional como um todo. Conforme lecionou Eros Roberto Grau, na relatoria da Reclamação Constitucional n.º 6.568-SP, em

Marques Neto que “eficiência não pode ser confundido com a introdução, na atuação administrativa, de padrões próprios ao mundo privado, à empresa capitalista”.⁴⁸

Especificamente a respeito das principais regras que foram estabelecidas pela Lei n.º 9.649/1998, Odete Medauar afirma o seguinte:

Uma das conseqüências da atribuição de personalidade jurídica de direito privado aos conselhos de fiscalização profissional combinada com seu desligamento da Administração Pública está na sua caracterização como entidades da sociedade civil que exercem atividades de natureza pública, inserindo-se no chamado ‘setor público não estatal’. Se a conformação anterior já se apresentava peculiar (autarquias não inseridas na Administração Pública), a nova conformação também suscita algumas questões.⁴⁹

Porém, o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle *concentrado* de constitucionalidade, declarou inconstitucional o dispositivo do art. 58 da Lei Federal n.º 9.649/1998, colaciona-se: “Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da *indelegabilidade*, a uma entidade privada, de *atividade típica de Estado*,

um dos maiores ensinamentos proporcionados a respeito da Constituição no exercício de máximo *intérprete* da Constituição Federal: “A Constituição é, contudo, *uma totalidade*. Não um conjunto de enunciados que se possa ler palavra por palavra, em experiência de leitura bem comportada ou esteticamente ordenada. Dela são extraídos, pelo intérprete, sentidos normativos, outras coisas que não somente textos. A força normativa da Constituição é desprendida da totalidade, *totalidade normativa*, que a Constituição é”. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Rcl 6568, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2009, *grifos nossos*.

48 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica – o regime das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 279.

49 MEDAUAR, Odete. *Nova configuração dos Conselhos Profissionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora RT, v. 751, mai., 1998, p. 30.

que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados”.⁵⁰ Como se percebe, como integrantes da Administração Pública, os responsáveis pela gestão dos recursos destes conselhos profissionais, incluindo seus servidores e conselheiros estariam submetidos aos deveres de diligência e boa gestão do patrimônio destas entidades, seguindo-se os preceitos e nortes análogos dos exigidos à Administração Pública.

4. Os sujeitos ativos do ato de improbidade administrativa

A Lei de Improbidade Administrativa exige que o sujeito ativo tenha algum tipo de vínculo efetivo ou não com a Administração Pública. Este é o exato entendimento de Marçal Justen Filho, que confirma que o ato de improbidade administrativa “é conduta reprovável praticada por *agente estatal*, o que indica um sujeito que forma ou manifesta a vontade estatal. O art. 2º da Lei n.º 8.429/1992 adota ampla qualificação para agente estatal”.⁵¹ Assim, o terceiro, sem qualquer vínculo com a administração pública e sem a atuação de um agente público não comete ato de improbidade administrativa.⁵²

50 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 1717, Relator: Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002.

51 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 1.086.

52 “A jurisprudência desta Corte Regional vem se consolidando no sentido de que particular, que não ostente a condição de agente público, não pode responder isoladamente por ato de improbidade administrativa, e, ainda, não ser admissível ação de improbidade ajuizada somente contra particulares”. BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, AC 164137520104014300, JUIZ FEDERAL PABLO ZUNIGA DOURADO (CONV.), TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA:03/11/2014, *grifos nossos*.

Exige-se que o sujeito ativo do ato de improbidade administrativa possua o mínimo *vínculo* com a Administração Pública, seja pela sua eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função, segundo a dicção do art. 2º da LIA. Igualmente, é preciso que aquele que comete ato de improbidade administrativa esteja sujeito ao controle da Administração Pública, caso contrário, não existirá ato de improbidade administrativa.

A Lei n.º 8.429/1992 situa três tipos de ato de improbidade administrativa. O primeiro destes atos refere-se àqueles expostos no art. 9º da Lei n.º 8.429, ou seja, aqueles que importem qualquer tipo de enriquecimento ilícito ou o *auferimento* de qualquer vantagem indevida. O art. 9º exige a existência do elemento doloso, com o específico intuito de lesar ou obter qualquer tipo de vantagem indevida por parte do servidor público (nos termos do art. 1º da Lei n.º 8.429/1992). Marçal Justen Filho confirma que “a disciplina do dispositivo é relevante porque confirma que, quanto às hipóteses dos arts. 9º e 11, não se admite improbidade sem dolo”.⁵³

Já o art. 10, ou seja, aquele que tipifica os atos de improbidade administrativa que atentam contra o erário, admite a sua *perfectibilização* e *consumação* pela via dolosa ou culposa, por atos de ordem comissiva ou omissiva. O Superior Tribunal de Justiça, máximo intérprete da legislação federal brasileira, já decidiu diversas vezes o seguinte: “A Lei da Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92) objetiva punir os praticantes de atos dolosos ou de má-fé no trato da coisa pública, assim tipificando o enriquecimento ilícito (art. 9o.), o prejuízo ao erário (art. 10) e a violação a princípios da Administração Pública (art. 11); a modalidade culposa é prevista apenas para a hipótese de prejuízo ao erário (art. 10)”.⁵⁴

53 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 1096.

54 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1257150/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 17/09/2013.

José Afonso da Silva pondera que: “De fato, a Administração Pública é informada por diversos princípios gerais, destinados, de um lado, a orientar a ação do administrador na prática dos atos administrativos e, de outro lado, a garantir a *boa administração*, que se consubstancia na correta gestão dos negócios públicos e no manejo dos recursos públicos (dinheiro, bens e serviços) no interesse coletivo – com o quê também se assegura aos administrados seu direito a práticas administrativas honestas e probas”.⁵⁵

Nesse mesmo diapasão, Romeu Felipe Bacellar observa que: “Se o agente público não pode furtar-se ao cumprimento da lei, o ato administrativo deve ser realizado em atenção e consonância com todo o sistema jurídico-constitucional, ainda mais quando a Lei Fundamental de 1988 elevou à dignidade constitucional os princípios da administração pública”.⁵⁶

Portanto, os membros, conselheiros e servidores, que possuam vínculo transitório ou não com os Conselhos Profissionais, se submetem ao regime aplicável à Lei de Improbidade Administrativa, exigindo-se que os

Para a definição de alguns critérios da potencialidade lesiva ao erário do ato ímprobo, o Ministério Público Federal, por meio de sua 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção), editou o seguinte entendimento: “Enunciado n.º 14 : CONDUTA ÍMPROBA DE BAIXO POTENCIAL/PEQUENO PREJUÍZO AO ERÁRIO - Nas condutas ímprobadas de baixo potencial ofensivo, em que o prejuízo ao erário não ultrapasse o valor de R\$ 1.000,00, o órgão ministerial poderá promover, sem mais providências, o arquivamento junto à Câmara. Nas mesmas hipóteses, se o prejuízo for superior a esse montante, mas não ultrapasse os R\$ 5.000,00, antes de promover o arquivamento do procedimento, o órgão ministerial expedirá à autoridade competente a recomendação cabível, visando à melhoria do serviço e ao ressarcimento amigável do dano, se for o caso”.

55 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 340, *grifos nossos*.

56 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 169-170.

gestores possuam as diligências e observem os parâmetros que conduzem a Administração Pública.⁵⁷

5. O caso da Ordem dos Advogados do Brasil

A doutrina jurídica e a jurisprudência têm muito discutido a respeito da incidência das normas de proteção à improbidade administrativa aos atos praticados pelos integrantes, dirigentes e funcionários da Ordem dos Advogados do Brasil. Contudo, dúvida se apresenta quando analisada a natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil.

É preciso levar em consideração a natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil, e eventual submissão de seus agentes como sujeitos ativos de atos de improbidade administrativa, tendo em vista o contido no art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, *contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.*

57 Este é o mesmo posicionamento que vem sendo adotado pelos Tribunais brasileiros, como no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, por conta da sua competência constitucional (art. 109 da CF) para o julgamento das ações que envolvam estes conselhos, por conta da sua organização em forma federativa: “O STF, no julgamento da ADI 1.717/DF, deu pela inconstitucionalidade do art. 58 da Lei n.º 9.649/98 e seus parágrafos, firmando o entendimento de que os conselhos profissionais têm natureza jurídica de autarquias e, portanto, se submetem ao regramento do direito público. Consequentemente, seus gestores se submetem à lei de improbidade administrativa”. (BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. AC 27233020004013200, DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA:10/04/2014). Destaca-se que a seguinte interpretação só foi possível devido ao julgamento da inconstitucionalidade do art. 58 da Lei n.º 9.649/98 pelo STF, conforme se dissertou com mais propriedade no corpo do texto.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Percebe-se que os atos que envolvam somente a utilização de recursos privados, sem a concorrência de qualquer patrocínio público de mais de 50% para a constituição de seu patrimônio, não poderá ser enquadrado como ato de improbidade administrativa, conforme ressalta Emerson Garcia, ao comentar o referido artigo, “atividade desenvolvida em caráter exclusivamente privado, com limitada inserção de recursos públicos, tem-se que a própria incidência do referencial de juridicidade é direcionada, primordialmente, à preservação do patrimônio público, não à transposição, para a iniciativa privada, de toda uma sistemática que não lhe diz respeito”.⁵⁸

Portanto, a Ordem dos Advogados do Brasil, com a promulgação da Lei Federal n.º 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil) não é integrante da Administração Pública Federal, muito embora o art. 133 da Constituição Federal, ao tratar das Funções Essenciais à Justiça, solidifica que o exercício da advocacia é função essencial à justiça: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Atente-se que, segundo interpretação do Supremo Tribunal Federal, embora a Ordem dos Advogados do Brasil preste verdadeiro serviço

58 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 314.

público no exercício de suas funções,⁵⁹ isso não significa dizer que a Ordem dos Advogados do Brasil é parte integrante da Administração Pública Federal: “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. [...] 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*”.⁶⁰

Em outras palavras, para fins de configuração de ato de improbidade administrativa, é preciso que o sujeito *ativo e passivo* do ato de improbidade administrativa tenha uma relação de vínculo mínimo com a Administração Pública Federal, ou mesmo que o Poder Público venha a contribuir com grande parte do custeio de suas atividades, naquilo que a Lei Complementar n.º 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal – nomearia de entidades dependentes, no qual o Poder Público concorre com mais de 50% para o seu financiamento.

Ademais, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região já sedimentou que a Ordem dos Advogados do Brasil, mesmo seus representantes legais, não podem cometer ato de improbidade administrativa, por conta da *natureza jurídica* da Ordem dos Advogados do Brasil, pois a OAB não integra “a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais

59 Lei Federal n.º 8.906/1994: “Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: [...] § 1º A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico”.

60 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 3026, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2006, *grifos nossos*.

de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual”, confira-se: “Diante da orientação do Supremo Tribunal Federal a respeito da natureza jurídica autônoma e independente da Ordem dos Advogados do Brasil, não havendo ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público, nem podendo ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional (ADI n.º 3.026/DF, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 8/6/2006) e considerando que a Caixa de Assistência dos Advogados do Estado do Espírito Santo (Lei n.º 8.906/94, art. 45, IV) é órgão vinculado à OAB-ES, resta evidente que a CAAES não se enquadra no disposto no art. 1º e seu parágrafo único, da Lei n.º 8.429/92”.⁶¹

Assim sendo, não se vislumbra a possibilidade de qualquer tipo de ato de improbidade administrativa ser cometido por parte dos integrantes da Ordem dos Advogados do Brasil, por conta de sua natureza de não integrante da Administração Pública Federal Direta ou Indireta, à luz do exposto no ordenamento jurídico pátrio.

6. Conclusões

Diante de todo o exposto, chega-se às seguintes conclusões:

- i. A liberdade profissional consagra-se como um verdadeiro direito de ordem fundamental, pautado no art. 5, XIII da Constituição Federal. O seu exercício possui aplicabilidade plena, contudo, os seus efeitos podem ser restritos pela edição de lei federal pelo Legislativo.
- ii. Os Conselhos Profissionais, no Brasil, foram organizados,

61 BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 2ª Região*. AC 200950010053632, Desembargador Federal JOSE ANTONIO LISBOA NEIVA, TRF2 - SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::23/05/2013.

primordialmente, sob o manto do regime de Direito Público, sendo concebidos com uma extensão do *poder de polícia*, delegado a estas entidades profissionais, competentes para exercer os limites, estabelecer regras e a disciplinar o exercício da liberdade profissional.

- iii. Como sua organização se dá, na maioria das vezes, no regime de Direito Público, conforme interpretação pautada na jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os seus membros, conselheiros, servidores e colaboradores estariam subordinados às disposições e aos sancionamentos da Lei de Improbidade Administrativa, devendo esses profissionais toda a diligência e observância aos princípios regentes da Administração Pública.
- iv. A Ordem dos Advogados do Brasil, conforme situou a Lei Federal n.º 8.906/1994, é entidade *sui generis* no Direito Brasileiro, usufruindo de benefícios fiscais e organizada na forma federativa, atraindo, assim, a competência da Justiça Federal (art. 109 da CF). De outro lado, o Poder Público brasileiro não concorre para a formação de seu capital, sendo que a OAB não é obrigada, nem mesmo, a prestar constas à Administração Pública. Com isso, intui-se que os agentes da OAB não se subordinam às exigências da Lei de Improbidade Administrativa, constituindo uma exceção no caso dos Conselhos Profissionais brasileiros.
- v. É preciso enfrentar com certa criticidade o regime de controle ora instalado, verificando, caso a caso, a estrutura de formação de cada Conselho Profissional, tomando em consideração a sua natureza, a origem majoritária de seus recursos (públicos ou privados), a necessidade de observância aos nortes regentes da Administração Pública e a todo o seu regime peculiar,

extraindo-se, como exemplos, o dever de licitar, de prestar contas ao Tribunal de Contas da União, de realizar concursos públicos, entre outros.

Referências bibliográficas

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Decreto n.º 20.784/1931*.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1257150/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 17/09/2013.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 3026, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2006.

_____. ADI 1717, Relator: Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002.

_____. MS 21797, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2000.

_____. MS 22643, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/1998.

_____. Rcl 6568, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2009.

_____. *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, AC 164137520104014300, JUIZ FEDERAL PABLO ZUNIGA DOURADO (CONV.), TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA:03/11/2014,

_____. AC 27233020004013200, DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA:10/04/2014.

_____. *Tribunal Regional Federal da 2ª Região*. AC 200950010053632, Desembargador Federal JOSE ANTONIO LISBOA NEIVA, TRF2 - SÉTIMA

TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::23/05/2013.

CUÉLLAR, Leila. *Auto-regulação profissional – Exercício de atividade pública*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 4, n.º 15, jul./set., 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Normas Constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado*. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 2005.

HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. Trad. de Anna Maria Capovilla et. al. 6. ed. São Paulo: Instituto Mises, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora RT, 2014.

_____. *Eficácia das Normas Constitucionais*: relendo José Afonso da Silva. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná. Curitiba: IAP, n.º 5, 1981.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica – o regime das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Nova configuração dos Conselhos Profissionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora RT, v. 751, mai., 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei n.º 9.784/1999*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

_____; LIMA, Luís Vale. *Autorregulação profissional oficial: o caso dos corretores de seguros no Brasil*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n.º 39, jul./set., 2012.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 7. ed. São Paulo: Editora RT, 2013.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2013.

SCHULTZ, Ulrike; KOESSLER, Paul. *The Practicing Lawyer in Federal Republic of Germany*. The International Lawyer, Chicago, v. 14, n.º 3, 1980.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, Washignton Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Fundamentos de Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo*. Trad. de Maria da Glória Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1977.