

CONSIDERAÇÕES DE ORDEM TÉCNICA-JURÍDICA SOBRE ORDENS E CONSELHOS PROFISSIONAIS¹

Por Rodolfo Cesar Bevilacqua

O Departamento Jurídico do CRDD/SP² criou o INFORMATIVO “PROSA JURÍDICA” para a publicação de matérias jurídicas de interesse da categoria profissional dos despachantes documentalistas.

Nosso tema de hoje é a natureza jurídica e a conceituação dos conselhos e ordens do exercício profissional; isto é, a sua conceituação dentro do sistema jurídico nacional. No seu surgimento remontam à sua modulação no positivismo, com suas adaptações conjunturais, políticas e sociais, que se desenvolveram no mundo. Independentemente da nomenclatura e da conceituação em totalitarismo, absolutismo, liberalismo, neoliberalismo, socialismo, Estado concentrador, mínimo, regulador, fiscalizador etc. Verdade é que com o tempo os vários modelos foram se sucedendo nos Estados-Nacionais.

1

Em nossa última prosa jurídica foi lembrado que o C. STF - Supremo Tribunal Federal já assentou que não há direito adquirido ao exercício de profissão sem inscrição em conselho profissional para aqueles que já exerciam a profissão antes da criação do órgão fiscalizador, in STF, 2ª T., Ag. Inst. 109.272, rel. Min. Aldir Passarinho, RDA 165/203.

Foi explanado, ainda, que para o exercício de profissão regulamentada, há necessidade de inscrição do profissional nos conselhos respectivos, sem que isso implique violação do preceito constitucional que garante a liberdade de trabalho ou profissão.

Art. 5º
(...)

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



1

202318091102TOTRCSIA

² Responsabilidade jurídica Dr. Rodolfo Cesar Bevilacqua, OAB/DF 40.307 e OAB/SP 146.812.

Referências:

- Art. 170 e 220, § 1ª
- Art. 6º do Pacto de São José da Costa Rica

Afinal, o objetivo dos conselhos é defender a sociedade também do ponto de vista ético.

Nesse sentido a lição de João Leão de Farias Júnior: "Compete aos Conselhos e Ordens defender a sociedade em pelo ordenamento da profissão, tendo, por função, o controle das atividades profissionais respectivas, zelando o privilégio e controlando a ética. Valorizando a profissão ao impedir que pessoas inabilitadas exercitem as atividades profissionais e, ainda, combatendo a falta de ética profissional, atingem os Conselhos e Ordens o seu desideratum. Os Conselhos e Ordens se organizaram porque a sociedade necessita de um órgão que a defenda, impedindo o mau exercício profissional, não só dos leigos inabilitados, como dos habilitados sem ética. Tanto uns como os outros lesam a sociedade. Compete aos Conselhos evitar essa lesão." in Faria Júnior, p. 217.

2

As ordens e conselhos de normatização e fiscalização profissional sempre tiveram sua natureza jurídica controvertida no sistema judicial pátrio. E dentro desse quadro de políticas instáveis e indefinidas foram criados a maioria dos conselhos e ordens do exercício profissional, no Brasil e no Mundo. É, inclusive, na doutrina estrangeira que se começa a descortinar o conflito suportado por estas entidades, em especial em relação aos conselhos profissionais, insistentemente classificados no Brasil, como autarquias de direito público interno, sempre sob ressalvas distintivas como especiais, de regime especial, *sui generis*, ou simplesmente atípicas. Na doutrina do português Vital Moreira, principalmente na obra Administração Autônoma e Associações Públicas, com muita propriedade colhemos a lição que descreve as tensões experimentadas por juízes e doutrinadores em conciliar aspectos típicos de caráter eminentemente público com peculiaridades do caráter privado intrínseco, subjacente à natureza dos conselhos e ordens do exercício profissional na Europa, dualidade tormentosa para a fixação dos contornos jurídicos daquelas instituições e de suas consequências jurídicas.

Não obstante as sensíveis diferenças apresentadas pelos conselhos e ordens existentes no Brasil, fincados em estrutura bem mais simples e esfera de atuação radicalmente mais limitada, as observações do jurista lusitano merecem total atenção por defenderem posição complexa, na qual as associações profissionais europeias, perfilhadas como associações autônomas, exercem função de cunho verdadeiramente público, sem abrir mão dos interesses privados de seus integrantes, e mantendo-se administrativamente sob o direito privado.

É importante ressaltar que a natureza jurídica de algo pode variar de acordo com o sistema legal e a jurisdição em questão, e muitas vezes envolve uma interpretação das leis e precedentes existentes para determinar como algo deve ser classificado dentro do contexto legal específico.

A **natureza jurídica** de um preceito, norma ou instituto jurídico no contexto do direito se refere à classificação ou categoria legal que descreve a essência ou o tipo de relação, objeto, entidade ou fenômeno em questão. É uma maneira de entender como algo é reconhecido e tratado dentro do sistema jurídico.

3

Por exemplo, quando se discute a "natureza jurídica de uma empresa", está se buscando entender se uma empresa (sociedade empresária) é considerada uma pessoa jurídica, uma sociedade, uma entidade comercial, ou outra categoria legal específica. Da mesma forma, quando se pergunta qual é a "natureza jurídica de um contrato", está se buscando compreender se ele é um contrato de compra e venda, um contrato de locação, um contrato de trabalho, ou outra modalidade contratual.

A determinação da natureza jurídica é importante porque ela influencia como as leis se aplicam a essa entidade ou relação, quais direitos e deveres estão associados a ela e como ela será regulamentada dentro do sistema jurídico.

É importante ressaltar que a natureza jurídica de algo pode variar de acordo com o sistema legal e a jurisdição em questão, e muitas vezes envolve uma interpretação das leis e precedentes existentes para determinar como algo deve ser classificado dentro do contexto legal específico.

A questão pode muito bem ser colocada de forma simples, posto que, no controle concentrado de constitucionalidade, na ADI 1.717-6-DF, o C. STF, pela composição plenária, no julgamento realizado em 07.11.2002, declarou a inconstitucionalidade do art. 58, *caput*, e §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º, da Lei Federal nº 9.649, de 1998, **confirmando a natureza de autarquia dos conselhos de fiscalização profissional e assentando a impossibilidade de delegação a entidade privada de atividade típica do Estado, que inclui poder de polícia, poder de tributar e poder de punir**³.

São, todavia, classificadas pela doutrina como **autarquias corporativas**. São as chamadas autarquias de regime especial, dada a sua finalidade institucional marcadamente de interesse público, na fiscalização normativa, ética e disciplinar em relação ao exercício das profissões regulamentadas; precipuamente, em defesa dos interesses maiores da sociedade.

A doutrina especializada denominada as ordens e conselhos de normatização e fiscalização profissional de “polícias das profissões”⁴.

4

Não se deve olvidar que a Lei Federal nº 9.649/1998, que disciplinou a organização do Poder Executivo, resultante da conversão de uma série de Medidas Provisórias reeditadas, procurou estabelecer uma nova caracterização a essas entidades de fiscalização profissional, por meio das disposições de seu art. 58, que lhes procurou retirar característica autárquica, submetendo-as a um novo regime jurídico, ao afirmar serem dotadas de personalidade jurídica de direito privado e que exerceriam suas atividades em regime privado, mediante delegação do poder público, ficando fora dessa situação legal somente a OAB/SP.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal (STF), a natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) é de uma autarquia especial que possui autonomia e independência, mas também está submetida a certos controles estatais. A OAB é uma

³ STF, Pleno, ADI 1.717-6/DF, rel. Min Sydney Sanches, DJU 28.03.2003. Note-se que antes do julgamento do mérito, a eficácia dos referidos dispositivos legais já havia sido suspensa, pelo deferimento, em 22.09.1999, da medida cautelar requerida na mesma ação (STF, Pleno, ADIMC 1.717-6/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 25.02.2000).

⁴ Expressão cunhada por MEDAUAUR, Odete. Nova configuração dos conselhos de profissões. Revista dos Tribunais n. 751, São Paulo: RT, 1999, p. 28.

entidade *sui generis* que não se sujeita aos ditames impostos à Administração Direta e Indireta⁵. É o que restou decidido na ADI 3026 que a OAB é instituição que detém natureza jurídica própria, dotada de autonomia e independência, características indispensáveis ao cumprimento de seus deveres.

A natureza jurídica da Ordem dos Advogados é realmente bastante controversa. Não há autor que tenha apresentado até hoje uma definição clara, aceita unanimemente no que diz respeito a natureza jurídica da Ordem. Alguns falam em corporação especial, corporação pública, autarquia, autarquia especial, federação de corporações; na verdade, não há unanimidade. (LEWANDOWSKI, ADIn nº 3.026).

Portanto, a decisão do STF na ADIn nº 3.026 foi seguinte:

a) Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. b) a OAB não precisa obrigatoriamente fazer concurso público; c) a OAB não é uma autarquia na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" ou agências reguladoras; d) OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União; e) 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.

Assim sendo, o plenário do C. STF reconhece que a OAB é uma entidade *sui generis*, chamada de serviço público independente que pode muito bem ser classificada como autarquia *sui generis*, como diz grande parte da doutrina.

Conclui-se então que como a OAB não se enquadra num modelo estabelecido no mundo jurídico, e, na falta de outra denominação ou no receio de inovar, diz-se "autarquia *sui generis*". Sendo assim,

⁵ REsp 1.423.825.

a referida decisão do STF configurando a OAB como entidade "ímpar", *sui generis*, sendo um serviço público independente, sem enquadramento nas categorias existentes em nosso ordenamento, muito menos integrante da Administração indireta ou descentralizada é o que está prevalecendo no âmbito jurídico esta decisão.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por maioria, que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e suas seccionais nos estados e no Distrito Federal não são obrigadas a prestar contas ao Tribunal de Contas da União (TCU) nem a qualquer outra entidade externa. A decisão foi tomada na sessão virtual concluída em 24/4, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1182189, com repercussão geral reconhecida (Tema 1.054).

O recurso foi interposto pelo Ministério Público Federal (MPF) contra decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) que entendeu que a OAB não se sujeita à prestação de contas perante o TCU. Para o TRF-1, a natureza das finalidades institucionais da OAB exige que a sua gestão seja isenta da ingerência do Poder Público. O MPF, entretanto, questionou esse entendimento, apontando violação ao artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal. Sustentou, entre outros argumentos, que a OAB é uma instituição não estatal investida de competências públicas, o que justificaria a prestação de contas.

Prevaleceu no julgamento o voto do ministro Edson Fachin pelo desprovisionamento do recurso. O ministro explicou que a OAB foi criada em 1930, por meio de ato oficial do então presidente da República Getúlio Vargas, sem, no entanto, ser fruto de atuação estatal. Ele ressaltou que as anuidades cobradas dos advogados não detêm natureza tributária e, para garantir que a entidade possa cumprir suas finalidades institucionais, ela não pode estar atrelada ao Estado.

Segundo Fachin, a OAB exerce serviço público, que não se confunde com serviço estatal, cujo controle pode ser realizado por vias outras que não o TCU. Ele acrescentou que o Supremo, no julgamento da Ação Direta de inconstitucionalidade (ADI) 3026, decidiu que a OAB é instituição que detém natureza jurídica

própria, dotada de autonomia e independência, características indispensáveis ao cumprimento de seus deveres.

Naquele julgamento, o colegiado assentou a desnecessidade da OAB de realizar concursos públicos para ingresso em seus cargos. Além disso, a Corte entendeu a que a Ordem não se sujeita aos ditames impostos à administração pública direta e indireta, pois não é entidade da administração indireta da União.

O Min. Fachin observou também que a OAB possui uma natureza jurídica diferente dos demais conselhos de fiscalização profissionais e que, para cumprir o mandamento do artigo 133 da Constituição, demanda o mais alto grau de liberdade. O ministro acrescentou que os bens e valores arrecadados e geridos pela OAB não são públicos, pois não têm natureza financeira estatal, mas sim natureza privada, proveniente de valores pagos por seus associados.

Ainda segundo o ministro, seria impróprio submeter a OAB ao controle do TCU, diante da ausência de previsão expressa nesse sentido no artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal, que trata da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União.

Importante observar que ficou vencido o relator do recurso, Min. Marco Aurélio (hoje aposentado), que votou pelo provimento do recurso, considerando que a OAB, embora não seja ente estatal, integrante dos quadros da administração, é entidade pública, de natureza autárquica – especial e corporativista. Para o relator, como a entidade arrecada contribuições de índole tributária, deve-se submeter ao controle externo, como a prestação de contas.

Foi fixada a seguinte tese de repercussão geral:

"O Conselho Federal e os Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil não estão obrigados a prestar contas ao Tribunal de Contas da União nem a qualquer outra entidade externa.".

O Sistema CFDD/CRDD's, ao contrário, presta contas ao TCU – Tribunal de Contas da União.

Cabe lembrar aqui que a efetiva criação da Ordem dos Advogados do Brasil, primeira entidade de fiscalização profissional nos termos em que as conhecemos hodiernamente, somente ocorreu em 18.11.1930, pouco mais de um mês após a Revolução, por força do art. 17, do Decreto 19.408, que tratava da reorganização da Corte de Apelação do Distrito Federal. Passados 93 (noventa e três) anos muita coisa mudou. Mas, é certo que a OAB impulsionou outras categorias a se mobilizar e, com o tempo, foram surgindo outros conselhos de normatização e fiscalização profissional.

Mas, vamos dar um passo atrás. Há quem diga que o Direito não é uma Ciência. Para alguns o Direito é uma “Prudência”. E, para todos, entender a definição da natureza jurídica é fundamental. A natureza indica a essência, a intrínseca conformação de alguma coisa, seja um ser, um bem, um direito, um fenômeno ou mesmo uma pessoa natural ou jurídica. Definir a natureza de alguma coisa não é tarefa da Ciência do Direito (ou mesmo da Prudência). Até porque o Direito não é autográfico é alográfico.

8

Mais do que por meio de uma análise conceitual, a determinação da natureza jurídica de um instituto deverá fazer-se mediante a determinação de seus efeitos. Definir a natureza jurídica dos conselhos de fiscalização profissional, pois, significa dar sua conformação, explicitar que tipo de pessoa jurídica constituem, e a que ramo do direito estão vinculados.

Muito necessário da construção desse texto que essas lições propedêuticas sejam exaradas com assaz fundamentação. Não é necessário dizer que a importância da definição da natureza jurídica dos conselhos é fundamental, ainda mais, quando tratamos a questão do Sistema CFDD/CRDD's e das Leis Federais nº 10.602/2002 e 14.282/2021 – que muitas vezes foram interpretadas de forma injurídica, para dizer o mínimo.

Estabelecida a natureza jurídica dos conselhos e ordens do exercício profissional, saberemos o que são juridicamente, qual sua estrutura, se estão sujeitas as regras de direito público ou privada, o que sem dúvida gera consequências até para os seus dirigentes, para as pessoas que lhes prestam serviços – colaboradores –; para as pessoas físicas e jurídicas que com elas mantém relações jurídicas; e, evidentemente, para os próprios conselhos, no que que

pertine às suas relações com as entidades políticas: A União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios.

A Constituição Federal de 1988, ao destinar amplo capítulo à Administração Pública (Capítulo VII, Título III – arts. 37 a 43), deu ênfase à personalidade jurídica de direito público das autarquias e não trouxe nenhum motivo para excluir de tal categoria os entes de fiscalização do exercício profissional.

É clássica a classificação das autarquias em: (i) fundacionais; (ii) territoriais e (iii) corporativas, que aqui não será explorada por não ser escopo da explanação.

O indelével Themístocles Cavalcanti, estendendo suas argutas observações pretéritas sobre a matéria, nos idos de 1966, aprofunda sua análise sobre o tema dessa demanda, dedicando um capítulo ao título “Autarquia Profissionais”, com as seguintes considerações:

“o exercício do poder disciplinar se verifica frequentemente em nosso Direito, através de órgãos ou entidades criadas para estabelecer a disciplina das classes profissionais. Pela sua natureza, pelas suas funções elas representam, em nosso direito, um sistema de origem estatal que exerce funções especificamente destinadas a verificar as condições do exercício profissional, com autoridade para aplicar sanções administrativas e disciplinares aos membros da categoria profissional, considerados faltosos aos deveres da profissão. Numerosas são as profissões que possuem seus Conselhos, cada qual com características próprias. O poder público deu caráter de entidade de direito público aos órgãos do Conselho, que exercem serviço público federal, delegou-lhes competência para a prática de atos que, anteriormente, eram exercidos pelas repartições públicas da União. São tipicamente autarquias porque exercem serviço, embora em regime autônomo. A autarquia, como pessoa jurídica de direito público, com prerrogativas especiais, com finalidade específica, com estrutura jurídica que não se ajusta a nenhuma forma privada, caracteriza-se como serviço estatal, embora muitas vezes como extensão das finalidades próprias do Estado”.

Na doutrina e jurisprudência nacional, os conselhos e ordens do exercício profissional estão classificadas como autarquias federais de direito público. Isso porque à organização da Administração Pública, imposta pelo Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que foi mantida pela recepção das leis de criação dos Conselhos e Ordens em face da Constituição Federal de 1988, e fundou referendada pelo recente entendimento esposado pelo C. STF no julgamento da ADI 1.717-6/DF.

Quero lembrar, aqui, ainda que os dirigentes dos conselhos e ordens do exercício profissional, ao contrário das autarquias classificadas como típicas, não são indicados pelo Poder Executivo central, sendo eleitos pelos participantes das respectivas profissões. Esses administradores e sujeitam a todos os controles e normas de responsabilização administrativa, civil e criminal, que, como sempre alertamos, são assaz rigorosas. Ainda cabe aqui, na extensão do conceito da natureza jurídica, ao lado do poder de polícia, lembrar da natureza jurídica das receitas e do patrimônio dos conselhos e ordens do exercício profissional, que constituem receitas de natureza tributária e o seu patrimônio considerado de natureza pública.

Caminhando para o fechamento da **prosa jurídica** é fundamental observar que o poder regulamentar e o poder de polícia são duas das mais relevantes atribuições da Administração Pública. E na expressão administração pública, neste texto leia-se, conselhos e ordens do exercício profissional, embora com a advertência sempre presente do doutrinador João Leão de Faria Júnior⁶, que sempre apregooou que “a partir de sua conceituação, tudo que gira em torno dos Conselhos é obscuro, confuso e sem rumo uniforme e definitivo”, para aduzir finalmente que “infelizmente não há uma definição doutrinária na filosofia dos Conselhos Profissionais”.

Bem por isso, a jurisprudência majoritária e a doutrina mais especializada caminha na senda dessas entidades serem entidades autárquicas atípicas, *sui generis*, com peculiaridades e características próprias, desfrutando de certa dose de autonomia para administrarem seus serviços – que ao fim e ao cabo defendem a sociedade.

⁶ “Ordens e Conselhos”, Monografia editada pelo CREA/SP, 1974, pág. 7.

É inegável que efetuando a autofiscalização de sua respectiva categoria profissional, desfrutam de poder regulamentar e de poder de polícia. Bem por isso, procurou demonstrar neste texto que os conselhos e ordens do exercício profissional são instituídos por lei, com personalidade jurídica própria de direito público, respondendo por seus atos e obrigações, possuindo patrimônio e receitas próprios, executando atividades típicas do Estado.

As variações decorrentes das peculiaridades que envolvem essas entidades são mínimas, e, no sentir desse subscritor, não desfiguram suas características autárquicas, em face do que se acha expresso nos preceitos do Decreto-lei nº 200, de 1967, onde se lê, no inciso I, do art. 5º: "autarquia – serviço autônomo, criado por lei com personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprias, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada".

Por fim, há que se registrar que desfrutam de personalidade de direito público e atribuições de Poder Público, beneficiados com arrecadação de natureza tributária para a manutenção dos seus serviços de fiscalização.

Fiquem bem.

* * *

documento assinado digitalmente na forma da Lei Federal nº 11.419/2006

Rodolfo Cesar Bevilácqua

OAB/SP nº 146.812 | OAB/DF nº 40.307