



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ISAAC CÉSAR COELHO ARGOLO

**LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE NA IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES
PELOS CONSELHOS PROFISSIONAIS DE MEDICINA**

Salvador
2018

ISAAC CÉSAR COELHO ARGOLO

**LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE NA IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES
PELOS CONSELHOS PROFISSIONAIS DE MEDICINA**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito e conclusão de curso de graduação na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Orientador: Prof. Dr. Durval Carneiro Neto

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

ISAAC CÉSAR COELHO ARGOLO

LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE NA IMPOSIÇÃO DAS SANÇÕES PELOS CONSELHOS PROFISSIONAIS DE MEDICINA

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito e conclusão de curso de graduação na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em 28 de janeiro de 2018.

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Dr. Durval Carneiro Neto
Professor da Universidade Federal da Bahia

Profa. Me. Morgana Bellazzi De Oliveira Carvalho
Professora da Universidade Federal da Bahia

Prof. Me. André Luiz Batista Neves
Professor da Universidade Federal da Bahia

“Partindo de uma liberdade ilimitada, chega-se a um despotismo sem limites”

Fiódor Dostoiévski

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Paulo e Suzana, pelo apoio, carinho e confiança, fundamentais em qualquer etapa da minha vida.

Aos meus irmãos, Felipe e Christiani, por caminharem junto comigo a cada passo.

À minha companheira Thalita, por estar sempre ao meu lado em todas as horas, com paciência e carinho, e pelo incentivo incondicional na conclusão deste trabalho.

Ao meu orientador Durval Carneiro Neto, pela referência na área, pelas indicações e direcionamentos na confecção desta monografia

Aos meus amigos da faculdade, que estiveram comigo semestre a semestre e facilitaram o percurso da longa jornada do curso de Direito.

RESUMO

O presente trabalho buscou delimitar as margens de discricionariedade que podem ser confiadas aos conselhos de fiscalização profissional para sancionar comportamentos dos profissionais fiscalizados que violem seus códigos deontológicos. A pesquisa focou-se na (im)possibilidade de se transferir aos membros desses conselhos a liberdade de escolher a pena disciplinar aplicável para cada infração cometida, sem que haja parâmetro legal que balize essa atividade sancionatória. Utiliza a situação encontrada nos conselhos de medicina como indicador do problema, onde a liberdade na escolha da sanção alcança o seu maior nível. A metodologia consistiu em levantamento bibliográfico acerca dos elementos do problema, bem como análise legislativa crítica das normas que regem as sanções nos conselhos profissionais. A investigação traçou um histórico dos conselhos de fiscalização profissional visando entender sua natureza jurídica no Brasil, tendo sido constatado que se trata de autarquia, aplicando-se o regime de direito público à sua atuação sancionatória. Em seguida, abordou-se o Direito Administrativo Sancionador, objetivando um aprofundamento nas normas que regem a aplicação das penas disciplinares neste conselho. Os resultados demonstraram a aproximação existente entre essas penas com qualquer outra sanção aplicada pelo poder público, em razão de se constituir como uma manifestação do *ius puniendi* estatal. Assim, entendida essas sanções sob este aspecto, o estudo procurou identificar os princípios constitucionais que limitam o exercício o *ius puniendi* do Estado no âmbito do Direito Administrativo. A investigação demonstrou que os princípios ligados ao Estado de Direito deveriam ser observados neste aspecto, de modo que a constitucionalidade das sanções dependeria do atendimento aos ditames da segurança jurídica, da legalidade e da tipicidade. Por fim, estabelecido os critérios para aferir se a norma sancionadora está em conformidade com a Constituição, a pesquisa passou a analisar criticamente a legislação dos conselhos profissionais, com destaque para o de medicina, onde foi percebido o maior distanciamento em relação a estes princípios. Assim, o trabalho considerou que as normas sancionadoras nos conselhos de medicina são inconstitucionais, na medida em que não preveem qualquer correlação entre ilícito e sanção, violando a segurança jurídica, legalidade e tipicidade, princípios vinculados ao Estado de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo Sancionador. Conselhos de Fiscalização Profissional. Segurança Jurídica. Legalidade. Tipicidade. Medicina.

ABSTRACT

This monograph aims to delimit the margins of discretion that can be entrusted to the professional supervision councils to sanction behaviors of the supervised professionals that violate their codes of ethics. The research focused on the (im)possibility of transferring to the members of these councils the freedom to choose the applicable disciplinary penalty for each infraction committed, without there being a legal parameter that indicates this sanctioning activity. It uses the situation found in the medical councils as an indicator of the problem, where freedom in choosing the sanction reaches its highest level. The methodology consisted of a bibliographical survey about the elements of the problem, as well as a critical legislative analysis of the norms that govern sanctions in professional councils. The investigation traced a history of the professional supervision councils in order to understand its legal nature in Brazil, having been verified that it is an autarky, applying the regime of public law to its sanctioning action. Then, the administrative penalty law was addressed, aiming at a deepening of the norms that govern the application of disciplinary penalties in this council. The results demonstrated the approximation existing between these penalties with any other sanction applied by the public power, due to constitute itself as a manifestation of the state *ius puniendi*. Thus, considering these sanctions under this aspect, the study sought to identify the constitutional principles that limit the exercise of the *ius puniendi* of the State in the scope of Administrative Law. The investigation has shown that the principles of the rule of law should be observed in this aspect, so that the constitutionality of sanctions would depend on compliance with the dictates of legal certainty, legality and legal type. Finally, established the criteria for assessing whether the sanctioning standard is in conformity with the Constitution, the research began to critically analyze the legislation of professional councils, especially medicine, where it was perceived the greatest distance from these principles. Thus, the work considered that the norms sanctioning in the councils of medicine are unconstitutional, because they do not foresee any correlation between illicit and sanction, violating the legal certainty, legality and legal type, principles linked to the Rule of Law.

KEYWORDS: Punite Administrative Law. Professional Supervision Councils. Legal Certainty. Legality. Legal Type. Medicine.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. CONSELHOS PROFISSIONAIS.....	10
2.1 HISTÓRICO DA CRIAÇÃO E ESTRUTURAÇÃO DOS CONSELHOS	10
2.2 NATUREZA JURÍDICA E NORMAS APLICÁVEIS AOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL	17
3. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	25
3.1 ILÍCITO E SANÇÃO: CONCEITOS	25
3.2 SANÇÕES ADMINISTRATIVAS COMO EXPRESSÃO DO <i>IUS PUNIENDI</i> ESTATAL E SUA APROXIMAÇÃO COM O DIREITO PENAL.....	31
3.3 SANÇÕES DISCIPLINARES: O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EM UMA RELAÇÃO DE SUJEIÇÃO ESPECIAL COM O ESTADO.....	38
3.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS ÀS PENAS DISCIPLINARES DOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL	42
3.4.1. SEGURANÇA JURÍDICA.....	42
3.4.2. LEGALIDADE E TIPICIDADE.....	50
4. SANÇÕES NOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL DE MEDICINA: DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO CFM.....	59
4.1 ANÁLISE DAS NORMAS DE DIREITO SANCIONADOR DE OUTROS CONSELHOS PROFISSIONAIS	59
4.2 ANÁLISE CRÍTICA DA APLICAÇÃO DAS PENAS DISCIPLINARES NOS CFM E CRMS.	63
5. CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS.....	76

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata dos limites que balizam a atividade sancionatória exercida pelos conselhos de fiscalização profissional, com enfoque para a necessidade de haver correspondência normativa entre infrações e penas disciplinares.

Os conselhos profissionais encontram suas origens na especialização e divisão do trabalho. O surgimento de profissões levou indivíduos a se congregarem em instituições que protegessem o interesse de sua classe. Com o passar do tempo e o fortalecimento das ligações com Estado, tais entes passaram a ter como função precípua o controle ético da profissão que supervisionavam, passando a tomar forma de conselho de fiscalização profissional. A filiação passou a ser condição para o exercício da profissão, a contribuição pecuniária adquiriu característica obrigatória e os conselhos passaram a ser responsáveis por controlar a atuação profissional dos membros de seus quadros.

Estas novas funções fizeram surgir variadas discussões acerca da natureza jurídica dos conselhos – se estão ou não efetivamente vinculadas ao seio estatal - e conseqüentemente do regime jurídico a ser aplicado às suas atividades. Tal debate tem bastante relevância pois, em se tratando de entidade ligada ao Estado, atrai o regime do Direito Público, com princípios e regramento diversos do Direito Privado.

Neste cenário controvertido, o debate acerca da natureza das sanções aplicadas pelos conselhos aos profissionais que infringissem o código da ética da profissão ganha importância. Isto porque a aproximação dos conselhos de fiscalização profissional em relação ao Estado atrai o Direito Administrativo Sancionador. Com isso, o debate passa a girar em torno de tema constantemente reavivado em um Estado de Direito: a preocupação dos administrados em impor limites que lhes assegurem proteção aos arbítrios que podem ser cometidos pela Administração Pública.

Ademais, a aproximação com o Estado estreita a relação entre a imposição de limites às sanções administrativas com o garantismo do direito penal, uma vez que ambos se assemelham como manifestações do *ius puniendi* estatal. Isto faz com que o estudo das sanções administrativas ganhe relevância, pois dialoga com um dos temas

mais recorrentes no direito penal, na medida em que ambos servem para tratar da limitação do exercício de um poder público.

Destaque-se que, por se tratar de sanções aplicáveis no âmbito dos conselhos de fiscalização profissional a temática passa a afetar diretamente a liberdade do exercício profissional, direito fundamental intimamente ligado à dignidade da pessoa humana.

Entretanto, apesar de todo o histórico do desenvolvimento do Estado de Direito tendente a eliminar o exercício arbitrário do poder, invariavelmente podemos encontrar normas que não se adequem a esse padrão.

Exemplo disso são as normas que regulam a aplicação de penas disciplinares nos conselhos profissionais de medicina, pois conferem ampla liberdade ao conselheiro responsável por aplicar a pena, uma vez que não estipulam qualquer parâmetro para correlacionar as infrações éticas e as sanções passíveis de aplicação. As normas estabelecem apenas um rol de sanções sem qualquer correspondência com infração ou indicação de critérios para a sua escolha das penas disciplinares. Com isso, os conselhos possuem ampla discricionariedade para aplicação de qualquer sanção prevista diante de qualquer infração ética cometida.

Assim é que o problema enfrentado pelo presente estudo é a definição dos limites às margens de discricionariedade conferidas aos conselhos de fiscalização profissional para a aplicação da pena disciplinar. O trabalho dará um destaque para a situação encontrada nos conselhos de medicina, onde a correlação infração/sanção é a mais frágil dentre os conselhos profissionais, o que permitirá um estudo que melhor exemplifique os aspectos abordados e traga críticas relevantes ao aperfeiçoamento do ordenamento jurídico.

Espera-se aferir a (in)constitucionalidade das normas que regulam a aplicação das penas disciplinares no âmbito dos conselhos profissionais de medicina, tendo em vista a ampla discricionariedade conferida aos julgadores responsáveis pela atividade sancionatória.

Para tanto, o presente trabalho faz um levantamento bibliográfico do tema e uma análise normativa crítica, dividido-se em cinco capítulos, sendo o primeiro desses a presente introdução e o último, a conclusão.

Assim é que o trabalho iniciará com uma apresentação histórica da formação dos conselhos de fiscalização profissional, buscando entender sua formação e estrutura no direito brasileiro. Um estudo de como a natureza jurídica desses conselhos foi investigada pelo mundo e a solução apresentada pelo ordenamento brasileiro são objetos de estudo do presente trabalho, visando melhor delimitar o enfoque sob o qual as sanções aplicadas por esses conselhos devem ser tratadas.

Prosseguindo na pesquisa, o terceiro capítulo irá se debruçar sobre o estudo pormenorizado das infrações e sanções com enfoque no Direito Administrativo – ramo que mais se identifica com a natureza jurídica dos conselhos no Brasil. O tema das sanções será aprofundado até que se delimite a aproximação com o Direito Penal e as peculiaridades do regime dos conselhos profissionais.

Como foco deste trabalho, o quarto capítulo parte da base teórica semeada pelos capítulos antecedentes para cuidar da análise normativa dos conselhos de fiscalização profissional, com destaque para o de medicina.

2. CONSELHOS PROFISSIONAIS

Neste tópico será estudado o histórico dos conselhos de fiscalização profissional para entender sua origem, sua construção no direito brasileiro e seu papel social. Além disso, será investigado qual a natureza jurídica desses conselhos considerando suas características no ordenamento jurídico nacional.

2.1 HISTÓRICO DA CRIAÇÃO E ESTRUTURAÇÃO DOS CONSELHOS

O surgimento dos conselhos de fiscalização do exercício profissional guarda uma íntima relação com a forma complexa com que a sociedade foi se desenvolvendo e a especialização do trabalho.

Nas épocas mais remotas da Pré-História, antes da Revolução Neolítica, não havia muitas funções a serem exercidas pelos membros de um corpo social e essas

funções não eram bem definidas. O estilo de vida se resumia a uma lógica de caçador-coleto e nomadismo, no qual todos se dedicavam a tudo.

A Revolução Neolítica é marcada por uma sedentarização do *homo sapiens*, acompanhada da domesticação de plantas e animais e conseqüentemente da formação de excedentes da produção. Essa nova configuração abriu caminho para uma explosão demográfica e uma especialização das funções sociais. Nesse período, pessoas não diretamente ligadas à produção de alimentos passam a ter lugar na sociedade e ter tempo ocioso para desenvolver outras tarefas. Surgem, por exemplo as ocupações de artesãos, comerciantes, sacerdotes e burocratas¹.

Nesse ponto começa o surgimento e desenvolvimento de civilizações da Antiguidade. Egito e Mesopotâmia são exemplo de civilizações com destaque nesse período. Suas organizações sociais já experimentavam uma relativa complexidade, com estratificação social e pessoas desenvolvendo seus ofícios. Nessa época já há referências de congregação de interesses de categorias profissionais entre os árias, indianos, hebreus, babilônicos, egípcios e chineses².

Essa coligação entre pessoas que desempenham o mesmo trabalho é uma das ligações mais fortes que um ser humano pode ter em sua vida. Como característica que marca o seu papel social, o indivíduo tem o seu ofício conectado à sua imagem. Dificilmente, ao longo de sua vida, o ser humano irá se distanciar de sua profissão. Pelo contrário, é comum que os seus descendentes pratiquem o mesmo ofício³.

Nesta senda, foram surgindo cada vez mais profissões na sociedade e cada vez mais pessoas dedicadas apenas ao exercício de seus ofícios. A Antiguidade Clássica revela um protótipo do que viriam a ser os conselhos profissionais. São as *collegia*, surgidas na Roma antiga. Essas instituições eram criação do Estado Romano,

¹ MODERNIZATION. Encyclopædia Britannica. Encyclopædia Britannica Online. Encyclopædia Britannica Inc., 2018. Web. Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/modernization>>. Acesso em 25 de janeiro de 2018.

² PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Histórico dos conselhos de fiscalização do exercício profissional. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). Conselhos de fiscalização profissional: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 20.

³ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. Instituições de direito do trabalho. v. 2, 12 ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 959.

concebidas para “dirimir conflitos que se estabeleciam na sociedade acerca do exercício de alguma atividade”⁴.

Avançando um pouco na história, após a queda do Império Romano, surgem as corporações de ofício da idade Média. Nesta fase dos conselhos profissionais, essas instituições estavam mais voltadas para garantir a qualidade dos produtos ofertados, dos serviços prestados e limitar a quantidade de profissionais, seja pela desqualificação, seja para evitar um excesso de concorrência em um mercado ainda incipiente.⁵

Começa então um ciclo histórico de aproximações do Estado com a regulação da economia, sempre seguida de um afastamento, em um processo cíclico de intervenções e abstencionismo. Esse processo atua diretamente na sorte das corporações de ofício, o que dificulta sua conceituação em face de tantas alterações sofridas ao acompanhar as conjunturas políticas e sociais ao longo do tempo⁶.

Na linha dessas sucessivas mudanças conjunturais, percebe-se uma que no controle sobre o indivíduo com as ideias liberais e a Revolução Francesa do século XVIII. Com o ideal de liberdade e o liberalismo econômico, a tendência era acabar com tudo que limitasse o indivíduo de se realizar plenamente.

Em 17 de março de 1791, a Assembleia Nacional Francesa aboliu a corporação de mesteres. No mesmo ano, em 14 de junho, proibiu o seu reestabelecimento por meio da Lei de Le Chapelier.⁷

Paradoxalmente, a abolição dos conselhos no final do século XVIII acabou criando as condições para a estrutura atual dessas instituições. O abrupto fim momentâneo abriu caminho para a volta do interesse público nessa seara, em oposição ao até então predominante interesse privado das corporações de ofício medievais. Assim explica Pereira:

⁴ PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle. Histórico dos conselhos de fiscalização do exercício profissional. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). Conselhos de fiscalização profissional: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 21.

⁵ Ibidem, p. 22.

⁶ QUINTINO, Elísio de Almeida. A verdadeira natureza jurídica dos Conselhos de Fiscalização Profissional e seus aspectos polêmicos: Aprofundamentos e reflexões. Rio de Janeiro: Fernão Juris, 2008. P. 21

⁷ MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almedina, 1997. p. 11

Por outro lado, propiciou o surgimento dos primeiros movimentos sindicais e as condições para, algum tempo após, emergirem sistemas de controle do exercício profissional em delineamentos mais modernos, tendo por base a tutela dos interesses públicos e não exclusivamente daqueles meramente corporativos.⁸

De fato, a abolição dos conselhos profissionais não representou a sua extinção definitiva. A Primeira Guerra Mundial pôs fim ao Estado de economia liberal e abstencionismo regulatório⁹. Com isso, veio a retomada de corporações profissionais com estatuto jurídico-público, que se instalou na Alemanha, da Constituição alemã de Weimar (1919) e posteriormente na Itália (1934)¹⁰.

Após a Segunda Guerra, o modelo de estado intervencionista, vencido na Alemanha nazista e na Itália facista foi novamente posto em xeque. Desta vez, porém, a resposta não foi uma total guinada ao liberalismo. O Estado, em que pese não fosse mais o controlador da economia, passou a exercer um papel diretivo no processo econômico e social.

Desde então, mesmo com a queda do Estado intervencionista do pós Segunda Guerra Mundial, as corporações se fizeram presentes. Tal persistência é notada por Vital Moreira em seu longo estudo sobre os organismos de auto-regulação profissional:

Desde as profissões liberais às regiões vinícolas, desde as câmaras de comércio às associações de regantes, é incontornável a persistência, em muitos países, sob as mais diferentes configurações institucionais, de uma certa medida de auto-administração econômico profissional, nomeadamente por intermédio de corporações profissionais juridicamente qualificadas como entidades públicas, ou pelo menos oficialmente dotadas de poderes públicos.¹¹

No Brasil, os conselhos seguiram as mesmas vicissitudes de nível global. Entre extinções e reparacimentos, os conselhos foram regulando ora interesses privados, ora interesses públicos até chegar ao seu quadro atual.

No século XIX, portanto, após a Revolução Francesa, o príncipe regente refugiado no Brasil editou o Alvará de 1 de abril, conhecido como da Abertura dos

⁸ PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle. Histórico dos conselhos de fiscalização do exercício profissional. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). Conselhos de fiscalização profissional: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 25.

⁹ MOREIRA, Vital. op. cit. p. 11

¹⁰ Ibidem. p. 12

¹¹ Ibidem. p. 12

Portos. O diploma aboliu qualquer restrição ao exercício de profissão de manufaturas, sem exceções.

Na mesma linha do Alvará anterior, a Constituição de 1824, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, aboliu definitivamente as corporações de ofício, vedando qualquer proibição ao exercício de profissão.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

XXV. Ficam abolidas as Corporações de Officios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres.

A Constituição da República de 1891 preservou o mesmo tom liberal da antepassada, mantendo a liberdade do exercício da profissão sem qualquer condicionamento.

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes

§ 24. E' garantido o livre exercicio de qualquer profissão moral, intellectual e industrial.

A retomada do intervencionismo ocorre com uma nova ruptura da ordem e a ascensão de Vargas ao poder. Após a revolução de 1930, foi editado o decreto 19.408, que criou a Ordem dos Advogados do Brasil. Surge assim, no seio do Estado a primeira entidade criada para o controle do exercício de uma atividade profissional¹².

A Constituição de 1937 passou, neste sentido, a prever a liberdade de profissão condicionadas por lei:

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

8º) a liberdade de escolha de profissão ou do gênero de trabalho, indústria ou comércio, observadas as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público nos termos da lei

¹² Decreto nº 19.408 de 18 de novembro de 1930. Art. 17. Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados, que se regerá pelos estatutos que forem votados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados, e aprovados pelo Governo.

Após o surgimento da OAB, outras profissões de caráter técnico-científico passaram a ter o acompanhamento do Estado¹³. Seguindo esse processo histórico, durante o Estado Novo de Getúlio Vargas, foi editado o decreto-lei nº 7.955 de 13 de setembro de 1945, que criou os conselhos de medicina federal e regionais, com função regulatória, “destinados a zelar pela fiel observância dos princípios da ética profissional no exercício da medicina.”.

Seguindo a linha de assegurar o exercício profissional sem olvidar de condições gerais para o exercício das profissões, a Constituição de 1946 estabeleceu no art.141, §14, o “livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer”.

Entretanto, o intervencionismo provou não ser o melhor remédio, de modo que os conselhos passaram a surgir desta vez em consonância com uma tendência mais moderna de descentralização. Nesse modelo, o Estado não exerce o controle diretamente, mas através de pessoa jurídica de direito público criada especialmente para tal fim: as autarquias.

Assim foi que em 30 de setembro de 1957 foi editada a lei nº 3.268, determinando em seu art. 1º que tais conselhos de medicina “passam a constituir em seu conjunto uma autarquia, sendo cada um deles dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira.”.

Nessa mesma época, foram criados vários outros conselhos, como os de Contabilidade (Decreto-lei nº 9.295/1945 e lei nº 4.399/1964); Odontologia (Lei nº 4.324/1964); Economia (Lei nº 1.411 de 1951).

Já considerando a realidade dos conselhos de fiscalização profissional, as constituições de 1967, 1969 (Emenda Constitucional nº1 de 1969)¹⁴ e de 1988, apesar

¹³ PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle. Histórico dos conselhos de fiscalização do exercício profissional. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). Conselhos de fiscalização profissional: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. P. 29

¹⁴ Seguimos o entendimento do professor José Afonso da Silva para quem a emenda constitucional de 1969 foi, em verdade, uma nova constituição. “Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: *Constituição da República Federativa do Brasil*, enquanto a de 1967 se chamava apenas *Constituição do Brasil*” SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.p.

de estabelecerem o livre exercício profissional como uma regra, possibilitaram o condicionamento de sua prática às exigências legais.

Constituição de 1967.

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

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

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

Constituição de 1988

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

Tratam-se, portanto, de normas que estabelecem um direito fundamental de defesa¹⁵, demandando um abstencionismo estatal, todavia de eficácia contida, na famosa classificação de José Afonso da Silva, pois podem ser limitadas por exigências legais.

Portanto, atualmente, os conselhos de fiscalização profissional têm sua existência prevista constitucionalmente no dispositivo do art. 5º, XIII. Seu papel, segundo a Constituição Federal, é regular o exercício das profissões nos limites que a

88. Encampando o posicionamento do ilustre professor, SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de direito constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva: 2013. P 128

¹⁵ “Os direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não-interferência, de não-intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo⁷⁸. Esses direitos objetivam a limitação da ação do Estado. Destinam-se a evitar ingerência do Estado sobre os bens protegidos (liberdade, propriedade ...) e fundamentam pretensão de reparo pelas agressões eventualmente consumadas.

Na nossa ordem jurídica, esses direitos de defesa estão contidos, em grande medida, no art. 52 da Constituição Federal. A título de exemplo (...) a liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão (inc. XIII).” MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009. p. 289-290

lei estabelecer. Por ser uma norma de eficácia contida, deve-se buscar dar máxima aplicabilidade ao direito de livre exercício profissional, apenas sendo possível a sua limitação na forma prevista em lei. No Brasil, os órgãos responsáveis por aplicar a lei limitadora são os conselhos profissionais.¹⁶

Assim, ficou estabelecida a figura dos conselhos de fiscalização profissional no Brasil, que, seguindo uma tendência mundial, manteve essas entidades de auto-regulação das profissões.

Para entender melhor o funcionamento desses conselhos e analisar as suas funções – inclusive a sancionadora, objeto deste trabalho – é necessário um aprofundamento sobre a natureza jurídica dessas entidades. Somente assim será possível identificar as normas aplicáveis a sua atuação e posteriormente aferir se o *status quo* está em consonância com nosso ordenamento jurídico.

2.2 NATUREZA JURÍDICA E NORMAS APLICÁVEIS AOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL

Há várias formas de estruturação de um conselho profissional. Essa entidade se configura como uma forma de auto-regulação, na acepção de “capacidade de um determinado grupo de se regular a si mesmo mediante reconhecimento oficial e com meios de direito público (poder regulamentar, disciplinar, etc.) obrigatório para toda a categoria”¹⁷.

Preliminarmente, destaque-se que a designação “auto” refere-se à categoria (ex. médicos, engenheiros, etc.), não à capacidade de o profissional guiar-se individualmente em sua conduta. Nesse sentido, a regulamentação permanece com um caráter de heteronorma, voltada apenas para uma classe determinada.

Conforme a tradição e evolução histórica de cada país, essa auto-regulação profissional pode estar mais ligada a uma atuação privada ou mais inclinada a uma intervenção estatal. Em seu longo estudo sobre o tema, Vital Moreira estabelece critérios que permitem aferir a proximidade com o público ou o privado.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009. p. 286

¹⁷ MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almedina, 1997. p. 53

- se a iniciativa de criação da instância auto-reguladora cabe ao Estado ou aos interessados;
- se a instância auto-reguladora está reconhecida e regulada pelo Estado (quanto á composição, organização, funções, etc.), ou se deriva da pura autonomia dos interessados;
- se a instância de auto-regulação goza ou não de liberdade de modificar a sua organização e funcionamento;
- se a instância de auto-regulação se governa livremente, ou se o Estado tem a intervenção na designação de seus titulares;
- se a instância auto-reguladora define livremente a sua orientação e linha de acção, ou se está sujeita a directivas ou instruções do governo;
- se a instância de auto-regulação decide definitivamente, ou se seus actos carecem de autorização ou de confirmação governamental;
- se a instância de auto-regulação goza de receitas próprias, ou se depende de verbas de orçamento estadual para o financiamento de suas atividades;
- se a instância reguladora tem competência para aplicar sanções pelas infrações às regras que lhe compete implementar, ou se as sanções cabem ao Estado;
- se as decisões da instância de auto-regulação podem ou não ser recorridas perante o Governo¹⁸

O rol de critérios proposto por Moreira tem a virtude de reconhecer que cada ordenamento possui suas peculiaridades. Assim, ao optar por não trabalhar com um conceito que congregue características de forma estanque, a proposta do autor estabelece parâmetros para indicar qual o regime jurídico adotado para as entidades de auto-regulação em determinado ordenamento. Somente analisando tais variáveis é que se pode fazer o enquadramento jurídico caso a caso.

De acordo à predominância de uma ou outra característica, o professor lusitano estabeleceu três tipos de regulação. Uma é inteiramente feita pelo Estado (hetero-regulação). Nesta, os critérios apontam, em sua esmagadora maioria, para uma participação estatal. Nos outros dois modelos, a regulação é feita pelos próprios regulados. Em uma delas, o carácter privado é mais forte (auto-regulação privada), enquanto na outra prevalece o carácter público (auto-regulação pública).¹⁹

A distinção entre uma ou outra forma de auto-regulação se dá de acordo ao grau de liberdade vinculativa dos membros e dos poderes que essas associações possuem.

¹⁸ Ibidem. p. 54-55

¹⁹ Ibidem. p. 54

Na modalidade privada, a vinculação ocorre de forma opcional e voluntária, pautado pela liberdade negocial, típica do direito privado.²⁰

Já na forma pública, as entidades que exercem a regulação são impostas ou reconhecidas oficialmente pelo Estado, a vinculação de seus membros tem caráter obrigatório, além de exercerem um poder normativo e disciplinar, típicos do Estado.²¹

Debruçando-se sobre essa classificação, o professor Durval Carneiro Neto analisou a realidade brasileira para fazer o enquadramento de nossos conselhos nessa estrutura. Diante do quadro histórico narrado no capítulo anterior e de uma análise das características citadas, concluiu o jurista pela classificação em auto-regulação pública:

É da tradição brasileira, portanto, desde a década de 30, o controle estatal do exercício de atividades profissionais, exercitado por intermédio de organismos corporativos criados por lei e com poderes públicos, enquadrando-se como autoregulação pública, segundo a referida tipologia empregada por Vital Moreira.²²

Com efeito, em que pese o controle não seja exercido diretamente pelo Estado, o caráter publicista sobressai na realidade dos conselhos profissionais no Brasil pois: (i) são pessoas jurídicas criadas por lei; (ii) a inscrição é obrigatória, constituindo condição para o exercício da profissão; (iii) possuem poder regulamentador em seus códigos deontológicos, que estabelecem as infrações éticas, de observância obrigatória para todos os profissionais da classe; (iv) possuem também poder sancionatório, permitindo até mesmo a expulsão dos quadros do conselho com o consequente impedimento do exercício da profissão; (v) suas receitas advêm das contribuições anuais, com nítido caráter tributário.

Nessa linha de raciocínio, os conselhos foram estruturados sob o enquadramento jurídico de autarquias, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Hely Lopes Meirelles conceitua as autarquias como

peças jurídicas de direito público, de natureza meramente administrativa, criadas por lei específica, para a realização de atividades, obras ou serviços

²⁰ Ibidem. p 54

²¹ Ibidem. p 54

²² NETO, Durval Carneiro. Os Conselhos de Fiscalização Profissional: uma trajetória em busca de sua Identidade Jurídica. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 25, março, abril, maio, 2011. P. 15 Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-25-MAIO-2011-DURVAL-CARNEIRO-NETO.pdf>>. Acesso em 06 de outubro de 2017

descentralizados da entidade estatal que as criou. Funcionam e operam na forma estabelecida na lei instituidora e nos termos de seu regulamento. As autarquias podem desempenhar atividades educacionais, previdenciárias, e quaisquer outras outorgadas pela entidade estatal matriz, mas sem a subordinação hierárquica, sujeitas apenas ao controle finalístico de sua administração e da conduta de seus dirigentes.²³

No particular, o administrativista enquadra os conselhos profissionais em uma categoria apartada. Isto porque, considerando as finalidades específicas dessas entidades e observadas as limitações constitucionais, a lei lhes confere um certo privilégio de modo a aumentar a sua autonomia se comparadas às autarquias comuns. Dessa forma, conclui que os serviços de fiscalização das profissões, como o CONFEA e congêneres, são autarquias especiais.²⁴

Estudos da época da explosão das autarquias também encaixavam os conselhos profissionais nessa classificação. Confira-se a lição de Cotrim Neto:

Foi sobretudo depois de 1930, porém, que o processo de autarquização do poder administrativo se acentuaria, tanto que, em 1960, já existiam 64 autarquias federais no Brasil; e então, quando 231.504 funcionários públicos serviam ao governo da União, essas entidades já dispunham de 142.179 assalariados (...) sem se falar de numerosas autarquias corporativas, recém instituídas à feição de espécies mais antigas, como a Ordem dos Advogados do Brasil, e os Conselhos de Engenharia e Arquitetura e de Medicina, que, se não tinham pacífico reconhecimento de autarquias, desfrutavam, pelo menos, da posição de quase-autarquias (assim é que foram ultimamente criados, agora como indiscutíveis autarquias, os Conselhos de Contabilidade, de Farmácia, de Química, de Biblioteconomia, além da Ordem dos Músicos)²⁵

No mesmo sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello trata os conselhos como autarquias, criando uma classificação própria para tais entidades: as autarquias corporativas, caracterizadas pela filiação compulsória²⁶. Destaque-se que o aspecto ressaltado foi justamente um dos apontados por Vital Moreira como critério aproximador do direito público.

Analisando a legislação pátria criadora de tais conselhos, percebe-se que houve uma efetiva adoção do regime jurídico administrativo de autarquia ou, de uma forma menos direta, mas ainda optando pelo distanciamento do direito privado, determinou-se

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 40ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 68.

²⁴ Ibidem. p. 414-415.

²⁵ COTRIM NETO, A. B. Direito administrativo da autarquia. São Paulo: Freitas Bastos, 1966. P. 239.

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza e regime jurídico das autarquias. São Paulo: RT, 1968.

a personalidade jurídica de direito público e lhes conferiu autonomia administrativa e financeira.²⁷

Entretanto, a aparentemente consolidada natureza jurídica desses conselhos passou a ser desafiada com a edição da MP 1.549-35, de 09/10/1997, que, embora reconhecesse que os conselhos profissionais prestam serviço público, expressamente atribuiu o caráter de pessoa jurídica de direito privado.²⁸ Em seguida, na reedição de número 36, a redação foi um pouco alterada, mas manteve-se a preponderância da característica privada: “art. 58. os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público”. As outras reedições mantiveram a redução do caput do art. 58 com a mesma faceta, até sua conversão definitiva, com a promulgação da Lei federal nº 9.649, de 27 de maio de 1998.

A nova roupagem trazida pela referida lei reacendeu o debate em torno da natureza jurídica dos conselhos de fiscalização profissional e conseqüentemente do regime jurídico a ele aplicável. Passou-se a questionar se a pura determinação legal teria efetivamente o condão de alterar a natureza jurídica dessas instituições.

Tal discussão tem bastante relevância, pois traz variadas implicações práticas. Basta dizer que, adotado o regime de direito privado, surgiram vários debates como, por exemplo, em relação à obrigatoriedade de prestar contas aos Tribunais, ou qual o regime jurídico dos empregados dos conselhos.²⁹

Especificamente sobre a temática tratada neste trabalho, passou-se a desafiar a possibilidade dos conselhos limitar o exercício profissional aplicando sanções, tendo em vista que isto seria vedado a uma instituição privada.

Todavia, para que se reconheça uma efetiva mudança no enquadramento jurídico dos conselhos de fiscalização profissional, seria necessário que houvesse uma mudança em suas características, estas sim definidoras de sua natureza jurídica.

²⁷ PEREIRA, op. cit., p. 36.

²⁸ Art. 58. Os conselhos de fiscalização de profissões liberais, instituídos por lei, datados de personalidade jurídica de direito privado e forma federativa, prestam atividades de serviço público.

²⁹ PEREIRA, op. cit. p. 48

Concebidos historicamente como autarquias não poderiam ter seu regime jurídico completamente alterado por uma simples nomeação legal. Sobre mudanças operadas puramente por designações normativas, adverte Celso Antonio Bandeira de Mello:

‘Barba non facit monachum’, diz a sabedoria popular. Não é através da designação dada à pessoa jurídica que se conhece sua estrutura. O nome que lhe é dado é insuficiente para dar a conhecer sua intimidade estrutural. Assim, a expressão ‘instituto’ tem servido para batizar tanto entidades corporativas como fundacionais e o fato de muitas autarquias, tendo a estrutura de fundações, se designarem por outro título, não lhes arrebatam o substrato que possuem.³⁰

Ademais, as pretendidas mudanças operadas pela via legislativa devem guardar compatibilidade com a lei maior do ordenamento, a Constituição. Não se pode cogitar de lei que altere a natureza jurídica de um ente em afronta aos ditames constitucionais. O que foi estabelecido previamente pela Constituição para reger uma dada situação jurídica deve ser observada pelas normas infraconstitucionais.³¹

Assim, não obstante a virada legislativa, a investigação acerca da natureza jurídica não prescinde do exame pormenorizado das atividades desempenhadas pelos conselhos profissionais. Somente dessa forma será possível diagnosticar as efetivas características dessas entidades e, conseqüentemente, determinar que regime jurídico deve regê-las.

Pereira destaca algumas das atividades realizadas pelos conselhos que evidenciam o seu caráter público:

As referidas entidades, no exercício de seus misteres, fazem, por exemplo, a seleção dos profissionais que podem ou não podem desempenhar determinadas profissões. Tanto isso é verdade que sem a inscrição no respectivo conselho o profissional não pode desempenhar a atividade para a qual se qualificou, muitas vezes até mediante conclusão de curso superior, como ocorre no caso do médico, por exemplo. De igual maneira, uma vez permitido ao profissional o desempenho da profissão controlada, os conselhos têm poder fiscalizatório sobre a atuação. A inobservância das regras da profissão, a prática de infração técnica ou ética pelos profissionais podem implicar a aplicação de penalidades, sendo possível inclusive cogitar de cassação da inscrição nos casos de maior gravidade. Além disso, os conselhos também exercem controle sobre as pessoas jurídicas constituídas para prestar serviços ou exercer atividades básicas ligadas à profissão respectiva.³²

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 369.

³¹ PEREIRA, op. cit. p. 50

³² Ibidem, p. 56

A questão ganhou lugar no Supremo Tribunal Federal com a ADIN 1.717, sob a relatoria do Min. Sydney Sanches. A ação arguia inconstitucionalidade justamente do art. 58 da lei n. 9.649/1998. A posição do Pretório Excelso seguiu o entendimento doutrinário e jurisprudencial histórico. Logo na medida cautelar, o relator asseverou que

não parece possível, a um primeiro exame, em face do ordenamento constitucional, mediante a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da CF, a delegação, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que tange ao exercício de atividades profissionais.

O julgamento do mérito obteve a mesma sorte. O STF entendeu não ser possível que, detendo tantos poderes inerentes a uma função pública, a entidade que os exercita pudesse ser classificada como um ente privado. Tratava-se em verdade de uma pessoa jurídica de direito público, de modo que a lei não poderia alterar essa natureza sem retirar-lhe a função pública. Na análise do Professor Durval Carneiro:

No mérito da ADI 1.717, o STF concluiu o julgamento em 07/11/2002, mantendo basicamente o mesmo entendimento já esposado no exame da liminar, ou seja, de que os Conselhos de Fiscalização Profissional somente podem ser pessoas jurídicas de direito público, haja vista a “indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas³³.

O citado jurista, em análise de vários arestos da corte suprema, assim conclui:

Assim sendo, pode-se afirmar que a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal – e que vem sendo seguida pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos Tribunais Regionais Federais – reconhece a natureza autárquica de todos os conselhos de fiscalização profissional, considerando-os integrantes da Administração Indireta, à exceção da OAB (dada a força vinculante da ADI 3026).³⁴

Na mesma linha, o anteprojeto de reforma administrativa aproximou os conselhos profissionais do regime de direito público quanto ao aspecto fiscalizador da ética. Mesmo sem utilizar a denominação de autarquias, pois adota-se uma nova

³³ CARNEIRO NETO, Durval. Os Conselhos de Fiscalização Profissional: uma trajetória em busca de sua Identidade Jurídica. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 25, março, abril, maio, 2011. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-25-MAIO-2011-DURVAL-CARNEIRO-NETO.pdf>>. Acesso em 06 de outubro de 2017. p. 24.

³⁴ Ibidem, p. 33

classificação³⁵, a exposição de motivos destacou a função eminentemente pública no tocante à fiscalização da atividade exercida pelos conselhos.

Contudo, as corporações profissionais, no que diz respeito às atividades de regulação, fiscalização e sancionadora, sujeitam-se ao regime jurídico de direito público, sendo seus atos dotados de atributos próprios dos atos administrativos praticados pelas entidades públicas e dispendo de prerrogativas próprias de autoridade.³⁶

Seguindo essa linha de pensamento, o art. 72, §2º, do anteprojeto determina que “as corporações profissionais submetem-se ao direito público no exercício do seu poder fiscalizador, regulador e sancionador, regendo-se, quanto ao mais, pelo direito privado e do trabalho”.

Portanto, como conclusão deste tópico e do capítulo, afirma-se que os conselhos profissionais têm atualmente uma natureza jurídica de autarquia, sujeitando-se ao regime jurídico de Direito Público. Ainda que se adote uma posição intermediária ou híbrida – como o anteprojeto de reforma administrativa – esse deve ser o regime jurídico das sanções disciplinares aplicadas por esses conselhos.

Precisamente neste aspecto sancionador é a lição de Fabio Medina Osório, ainda nas considerações preliminares de sua obra sobre o tema, no sentido de que se aplica o Direito Administrativo às atividades punitivas dos conselhos profissionais:

Há corporações de Direito Público que também aplicam sanções administrativas aos integrantes de seu corpo, como ocorre, por exemplo, com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e tantas outras semelhantes, de importância singular, como as Corporações que disciplinam as mais variadas atividades, desde a medicina, a engenharia, as profissões regulamentadas, nos múltiplos domínios, até as atividades reguladas, sem setores específicos. Trata-se de entidades reguladas por Direito Público, uma espécie de Direito Institucional, seguramente um Direito Administrativo Sancionador, dada a natureza das funções desempenhadas por esses profissionais. Tais entidades resultam, por disciplina legal, dotadas de poderes sancionatórios nada desprezíveis de um ponto de vista eficaz, no universo dos controles internos, inclusive disciplinares. Pode-se, nesse terreno, falar em sanções administrativas, embora não sejam elas aplicadas diretamente pelo Estado, porque a

³⁵ “Foram então considerados três grandes grupos de entidades que desempenham atividades administrativas: 1) as entidades estatais (abrangendo administração direta e indireta); 2) as entidades paraestatais (pessoas jurídicas criadas por iniciativa do Estado, mas que não integram a sua estrutura, quais sejam as corporações profissionais, com personalidade de direito público, e os serviços sociais autônomos, com personalidade de direito privado); 3) as entidades de colaboração (pessoas jurídicas não estatais, sem fins lucrativos, constituídas pela iniciativa privada para o desempenho de atividades de relevância pública).” Ibidem, p. 39

³⁶ ANTEPROJETO de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/leiorganica/anteprojeto.pdf>. Acesso em 17 de fevereiro de 2018.

característica central é o regime de Direito Administrativo incidente à espécie, e não a presença formal de uma Administração Pública, seja ela qual for.³⁷

Configurando-se a seara de sanções aplicadas por pessoa jurídica submetida ao direito público, mister se faz um estudo aprofundado acerca das sanções administrativas, para posteriormente analisar como se dá a aplicação dessas sanções no âmbito de conselhos de fiscalização profissional.

3. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

O capítulo tratará um aprofundamento no Direito Administrativo Sancionador, regime jurídico aplicável às penas disciplinares dos conselhos de fiscalização profissional. Para tanto, o presente trabalho investigará os pilares do ramos sancionadores (ilícito e sanção) e buscará um exame comparativo com o Direito Penal.

3.1 ILÍCITO E SANÇÃO: CONCEITOS

O estudo das punições regidas pelo Direito Administrativo Sancionador deve ter como foco inicial uma definição que permita a sua precisa individualização. Tal descrição deve objetivar o diagnóstico de características peculiares que a identifique em um gênero e ao mesmo tempo permita diferenciar das demais espécies desse mesmo gênero. Em suma, a sanção administrativa precisa ser conceituada levando em consideração os aspectos que a diferencie e individualize.

O aprofundamento nesta temática foi feito por vários administrativistas em trabalhos específicos sobre o tema, que ora se passa a examinar.

Osório analisa três dos quatro elementos do conceito proposto por Suay Rincón³⁸ para a formação de um conceito próprio acerca do tema.

a) Autoridade administrativa (elemento subjetivo); b) efeito aflagante da medida em que se exterioriza (elemento objetivo), subdividindo-se, nesse tópico em: b.1) privação de direitos preexistentes e b.2) imposição de novos deveres; c) finalidade repressora (elemento teleológico) consistente na repressão de uma

³⁷ OSÓRIO, Fabio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p 41

³⁸ “cualquier mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal a resultar de un procedimiento administrativo y com una finalidad puramente repressora”. RINCÓN, José Suay. Sanciones Administrativas. p. .55

conduta e no restabelecimento da ordem jurídica; d) natureza administrativa do procedimento (elemento formal)³⁹

Tratando do elemento subjetivo, Osório destaca que, embora seja marcante a figura de uma autoridade administrativa, esta não é indissociável do conceito de sanção administrativa. O autor vislumbra a hipótese de sanção administrativa que é aplicada pelo Poder Judiciário⁴⁰, além de, em um aspecto mais relevante ao presente trabalho, sanções aplicáveis não diretamente por autoridades públicas, mas por autarquias corporativas.

O autor justifica que os conselhos profissionais realizam uma regulação de função atreladas ao interesse público, e que, portanto, demanda a incidência do Direito Público, atraindo a aplicação do Direito Administrativo Sancionador.

Se uma dada entidade é regulada por Direito Público, sendo obrigatória a filiação do particular nessa entidade para o exercício profissional, é comum que a legislação estabeleça poderes sancionatórios a esses órgãos fiscalizadores, poderes que se submetem ao Direito Administrativo Sancionador, ainda que a atividade fiscalizada se pautar por normas de Direito Privado, normas deontológicas, de ética institucional.⁴¹

Quanto ao elemento objetivo, explica que a sanção se caracteriza por um mal imposto ao infrator, em oposição a um prêmio ou benefício.

Sanção é um mal, um castigo e, portanto, implica um juízo de privação de direitos, imposição de deveres, restrição de liberdades, condicionamentos, ligados, em seu nascedouro e existência, ao cometimento (comprovado) de um ilícito administrativo.⁴²

Finalizando sua análise dos elementos, Osório critica a finalidade puramente repressora e punitiva proposta por Suay Rincón. Por isso, o autor discorda do pensamento do jurista espanhol, destacando também um caráter disciplinar e pedagógico dessas sanções⁴³.

Nestes termos, baseado no conceito do espanhol juntamente com a incrementação de suas críticas e adequação à realidade brasileira, Osório propõe sua definição de sanção administrativa:

³⁹ OSÓRIO, Fabio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p 83

⁴⁰ Ibidem, pp. 84-91

⁴¹ Ibidem, p. 91

⁴² Ibidem, p. 94

⁴³ Ibidem, p. 98

Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo.⁴⁴

A definição exposta concretiza a possibilidade de uma sanção administrativa ser aplicada por órgão diferente da administração pública, desde que a conduta ilícita esteja tipificada em norma proibitiva de Direito Administrativo.

O conceito de sanção administrativa é trabalhado por Daniel Ferreira a partir de seu conceito geral de sanção. O autor destaca que a sanção *lato sensu* é uma resposta do ordenamento a um comportamento proibido, seja ele comissivo ou omissivo, caracterizando-se por ser uma consequência jurídica repressiva, que restringe direitos do transgressor da norma inibitória.⁴⁵

Fundado nessas bases, as sanções administrativas seriam aquelas consequências jurídicas repressivas com o diferencial de ser imposta no exercício da função administrativa.⁴⁶

Há uma pequena diferença entre os conceitos na medida em que Ferreira não inclui a medida imposta pelo Poder Judiciário – característica diferenciadora do conceito proposto por Osório. Essa divergência, entretanto, não integra o objeto do presente trabalho, uma vez que o posicionamento em relação aos conselhos de fiscalização profissional são os mesmos.

Por outro lado, ambos trabalham com a ideia de caracterizar a sanção administrativa pela aplicação do regime jurídico de Direito Administrativo, independentemente da pessoa aplicadora da sanção.

Outra definição de sanção, proposta por Garcia Vitta, dá uma maior ênfase ao caráter pedagógico das sanções.

Diante do exposto, podemos conceituar sanção administrativa: é a consequência repressiva, estipulada pela ordem jurídica e imposta por

⁴⁴ Ibidem, p. 100

⁴⁵ FERREIRA, Daniel. Sanções Administrativas. São Paulo: Editora Malheiros: 2001. p. 25

⁴⁶ Ibidem, p. 34

autoridade administrativa, no exercício da função administrativa, desfavorável ao sujeito (infrator ou responsável), com a finalidade de desestimular as pessoas a descumprirem as normas do ordenamento normativo, em virtude de conduta (comissiva ou omissiva) praticada em ofensa ao mandamento da norma jurídica.⁴⁷

Este aspecto, já abordado por Osório e com maior destaque no conceito de Vitta, retrata uma importante consequência reflexa de uma pena disciplinar. Com efeito, a situação de um profissional punido por violação ao código deontológico servirá como um meio de desencorajar que outros colegas de profissão adotem o mesmo comportamento.

Uma outra forma de caracterizar a sanção administrativa é proposta por Rafael Munhoz de Mello, que segue caminho semelhante na conceituação das sanções de cunho administrativo:

De consequência, sanção administrativa pode ser conceituada como a medida afliativa imposta pela Administração Pública em função de prática de um comportamento ilícito. Há, portanto, três elementos do conceito: (i) trata-se de medida imposta pela Administração Pública; (ii) trata-se de medida afliativa, com caráter negativo; (iii) trata-se de resposta a comportamento ilícito.⁴⁸

Dos variados conceitos oferecidos pela doutrina nacional, temos, como ponto comum, que sanção administrativa é aquela repressão exercida pela Administração Pública, ou qualquer ente no exercício da função administrativa, frente a um comportamento ilícito. É precisamente aí que se encontram as sanções disciplinares impostas pelos conselhos de fiscalização profissional.

Como instituições de direito público, as autarquias corporativas aplicam sanções administrativas aos membros inscritos no conselho. A tais sanções aplicam-se as regras do Direito Administrativo Sancionador.

Como uma resposta do ordenamento jurídico a ações reprováveis, as sanções administrativas guardam uma íntima relação com o ilícito administrativo. Assim, por se tratar a sanção de uma consequência decorrente do descumprimento de um dever jurídico, o seu completo entendimento demanda um estudo da conduta ensejadora, qual seja, o ato ilícito.

⁴⁷ VITTA, Garcia Heraldo. A sanção no direito administrativo. São Paulo: Editora Malheiros. 2003

⁴⁸ MELLO, Rafel Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora Malheiros. 2007. P. 62-63.

De início, deve-se examinar o critério de diferenciação ontológica dos atos ilícitos. Havendo as divisões entre ilícitos civil, penal e administrativo, poderia se pensar em algum elemento intrínseco que os diferencie, refletindo assim nas sanções que reprimem.

Entretanto, um exame acurado dos ilícitos permite concluir pela inexistência de uma diferença ontológica entre os tipos de atos ilícitos. Atos contrários ao ordenamento, sejam normas de cunho civil, penal ou administrativo configuram igualmente a inobservância de um dever jurídico. O ilícito constitui a violação de uma norma proibitiva em qualquer ordenamento jurídico. É, portanto, um conceito lógico-jurídico, ontologicamente igual em qualquer de suas manifestações.⁴⁹

O ordenamento jurídico é que faz o papel de classificar a manifestação desse instituto, categorizando as normas proibitivas entre penais, civis, administrativas, entre outras⁵⁰. É o legislador quem faz tal distinção dos comportamentos humanos indesejáveis, baseado em critérios políticos, sociais, valorativos, religiosos, econômicos⁵¹.

Por isso, tentar diferenciar os ilícitos apoiado por uma característica intrínseca do comportamento carece de qualquer utilidade. Não se pode aprioristicamente determinar que este ou aquele comportamento será um ilícito civil ou administrativo. É irrelevante o critério de maior ou menor ofensa a bens jurídicos, uma vez que a tipificação do ilícito se dá por uma escolha do legislador⁵².

Assim, constata-se que o traço diferenciador de todos esses tipos de sanções é essencialmente o tratamento jurídico conferido pelo ordenamento. Ou seja, é escolha do legislador o que ele considerará como um ilícito penal, administrativo ou civil. A natureza dada pelo legislador a um comportamento proibido reflete o regime jurídico de sua sanção correspondente⁵³.

⁴⁹ VITTA, Garcia Heraldo. A sanção no direito administrativo. São Paulo: Editora Malheiros. 2003, p. 30

⁵⁰ Ibidem, p. 30

⁵¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Infrações e sanções administrativas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985. p. 25-26.

⁵² Ibidem, p. 25-26.

⁵³ MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora Malheiros. 2007. p. 43

Portanto, em que pese não exista uma distinção ontológica também entre as infrações e não se possa determinar com antecedência qual o regime jurídico aplicável a cada infração, é possível estabelecer uma distinção com base no critério formal, isto é, a partir da escolha do legislador⁵⁴.

Durval Carneiro Neto, na mesma linha de raciocínio destaca que o critério formal é realmente o mais acertado. Justifica esse posicionamento com a situação hipotética muito esclarecedora de que um ilícito pode, por uma simples escolha legislativa, ter toda a sua característica transmutada de penal para administrativo.

Com efeito, atendo-se ao aspecto fenomenológico, não é de acertado rigor falarmos em igualdade ou desigualdade substancial entre as sanções criminais e administrativas, pois apenas se tratam de esferas formalmente distintas e justificadas por razões ideológicas do legislador. Aquilo que hoje é tipificado como crime, pode amanhã vir a ser tido como simples infração administrativa, ou vice-versa. Sob o ponto de vista do conteúdo fático (aspecto não normativo), qualquer ato humano pode mesmo ser tratado como ilícito penal ou administrativo, pois é o legislador que (atento aos ditames jurídico-constitucionais) elege as condutas passíveis de punição na via administrativa e aquelas passíveis de punição na via judiciária criminal, imprimindo-lhes o regime jurídico adequado. A distinção deve ser feita, portanto, em termos de tratamento normativo.⁵⁵

Com efeito, essa distinção parece se aproximar mais à realidade fática. O critério formal está em consonância com as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a natureza jurídica das coisas deve ser definida pelo tratamento conferido pelo ordenamento jurídico, ao invés de se basear em critérios metajurídicos, como causas supostamente intrínsecas ligadas à essência do objeto analisado⁵⁶.

Uma vez determinada a infração e sua sanção, bem como a qual regime jurídico estarão submetidas, é que se pode vislumbrar distinções entre as normas aplicáveis a uma e outra sanção. Assim leciona Rafael Munhoz de Mello:

Como visto acima, o legislador goza de ampla liberdade para determinar se um comportamento será tipificado como crime ou como infração administrativa. Mas a escolha feita pelo legislador tem uma relevante consequência. De fato, ao tipificar uma conduta como ilícito penal, o legislador atribui à prática de tal comportamento uma sanção penal, submetendo o infrator a um determinado regime jurídico. Se o legislador tipifica a conduta como infração administrativa,

⁵⁴ Ibidem, p. 60

⁵⁵ NETO, Durval Carneiro. Processo, jurisdição e ônus da prova no direito administrativo: um estudo crítico sobre o dogma da presunção de legitimidade. Salvador: Editora Juspodivm. 2008. p. 308

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. pp. 34-35

por outro lado, a prática do ilícito dará ensejo à aplicação de uma sanção administrativa, cujo regime jurídico é distinto do que disciplina a aplicação da sanção penal.⁵⁷

Percebe-se, portanto, a relevância da adoção do critério formal para a distinção entre os ilícitos. Embora não se possa adotar critérios metajurídicos para estabelecer as distinções entre os regimes jurídicos aplicáveis, uma vez feita a distinção pelo legislador, tal diferenciação ganha aspectos práticos, pois altera as normas que irão reger determinada sanção⁵⁸. Basta ver, por exemplo, que classificar um ilícito como civil ou penal implica a alteração de toda a sistemática processual do caso, além da legitimidade ativa para o pleito relacionado à reparação/punição.

Estabelecida essa premissa inicial, passa-se ao conceito do ilícito propriamente dito, sem perder de vista que o ilícito administrativo – objeto deste estudo – nada mais é que o ato ilícito ao qual o ordenamento jurídico reputa aplicável o regime de direito administrativo. Sintetizando todo o pensamento aqui desenvolvido, Vitta conceitua o ilícito administrativo como

o descumprimento de dever (conduta contrária ao comando da norma), pelo destinatário da norma jurídica, cuja sanção possa ser imposta por autoridade administrativa (no exercício da função administrativa), em virtude do ordenamento jurídico conferir-lhe tal competência.⁵⁹

Não havendo diferença ontológica entre os ilícitos, é tendente a aproximação também de suas correlatas sanções. Por isso, para um correto estudo das sanções administrativas e as normas a ela aplicáveis, faz-se necessário uma análise dos fundamentos da sanção administrativa e sua semelhança com as sanções penais.

3.2 SANÇÕES ADMINISTRATIVAS COMO EXPRESSÃO DO *IUS PUNIENDI* ESTATAL E SUA APROXIMAÇÃO COM O DIREITO PENAL.

As sanções administrativas configuram, como se viu, medida aflitiva aos seus destinatários. Tal constatação permite uma aproximação das sanções aplicadas em regime jurídico administrativo com aquelas aplicadas pelo Direito Penal. Isto porque ambas podem ser enquadradas como manifestações o *ius puniendi* estatal.

⁵⁷ MELLO, Rafel Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora Malheiros. 2007, p. 60.

⁵⁸ FERREIRA, op. cit., p. 52

⁵⁹ VITTA, op. cit., p. 35

Analisar essa identidade de fundamento entre as sanções é importante para que se possa entender com maior discernimento quais são os princípios comuns – aplicáveis tanto no direito penal como no direito administrativo – bem como as garantias individuais do sancionado que precisam ser respeitadas em ambos os regimes⁶⁰.

Em um primeiro momento dessa análise é preciso que se enfrente os argumentos que advogam a tese de distinção entre esses ilícitos. Fabio Medina Osório traz alguns desses fundamentos em sua obra.

Uma primeira linha argumentativa sustenta uma divergência qualitativa na aplicação dessas sanções. Ou seja, haveria uma diferença quanto ao conteúdo e quanto aos efeitos. As sanções administrativas estariam ligadas às funções administrativas do Estado, enquanto as sanções penais se conectariam às funções jurisdicionais. Entretanto, o que se observa é que as sanções comumente se entrelaçam, regendo um mesmo tipo de comportamento indesejado, revelando, em verdade, uma regulação global de importantes relações sociais feita pelo ordenamento⁶¹.

Ou seja, as sanções estariam sim ligadas a uma mesma razão de ser que determina o seu conteúdo e seus efeitos, qual seja, a restauração da paz no ordenamento jurídico⁶².

Ademais, conforme já exaustivamente explanado no tópico anterior, essa distinção qualitativa esbarra na constatação de não haver diferença ontológica entre os ilícitos. Assim, o legislador pode livremente tipificar um ilícito e sua respectiva sanção como administrativa ou penal, despreendendo-se de qualquer baliza de conteúdo e efeito⁶³.

Uma segunda linha argumentativa sustentou a tese de “infrações de ordem pública”. Ou seja, defendeu-se que os ilícitos penais estariam necessariamente ligados à uma moralidade social. Na mesma linha, o ato desvalorado juridicamente na esfera penal guardaria relação com normas de cultura da sociedade. Em sentido contrário, não

⁶⁰ OSÓRIO, op. cit., p. 113.

⁶¹ Ibidem, p. 115.

⁶² Ibidem, p. 115.

⁶³ Ibidem, p. 115

haveria essa valoração ética nos ilícitos administrativos; estes seriam indiferentes à moral⁶⁴.

Entretanto, observa-se, na atualidade, um pragmatismo do Direito Penal. Busca-se indistintamente proteger direitos constitucionais sem que se demonstre necessariamente uma justificativa cultural e moral para tanto, a exemplo do direito penal econômico⁶⁵.

Essa crítica também não se sustenta sob a ótica de que a tipificação penal não segue um critério exato. É o legislador, com ampla discricionariedade, que diz qual ilícito será penal ou administrativo.

Além das teses apontadas por Osório, é comum que se defenda um tratamento diferenciado do Direito Penal pelo fato de trabalhar com uma sanção mais intensa, qual seja: a pena privativa de liberdade. Porém, constata-se uma quebra desse histórico paradigma diferenciador do Direito Penal.

Desde 1998 vem ocorrendo uma valorização das penas alternativas em substituição à pena de privação da liberdade. Com essa transformação, a pena privativa de liberdade deixou de ser a mais usual do Direito Penal, que cada vez mais convive com penas restritivas de direitos e multas⁶⁶.

De outro lado, outros setores punitivos podem ser muito mais danosos quando da sua aplicação, a exemplo da cassação da licença de um profissional. Nesse sentido, observa Durval Carneiro Neto ao analisar requisitos probatórios no processo administrativo e no processo penal.

Como justificativa para isso, procura-se acentuar o maior garantismo existente no processo penal, cujas penalidades incluem a privação da liberdade, o que não ocorre no campo das sanções administrativas. Todavia, se pode ter sido um forte argumento tempos atrás, quando o processo penal se direcionava basicamente à aplicação de penas privativas de liberdade, isso perde força quando o ordenamento atual já alberga uma série de penalidades criminais alternativas, muitas delas bem semelhantes às sanções administrativas, além do que existem sanções administrativas que, se não privam a liberdade das pessoas, produzem outros efeitos desastrosos, como acontece, v.g., no

⁶⁴ Ibidem, p. 115

⁶⁵ Ibidem, p. 116

⁶⁶ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. É preciso construir uma teoria geral do Direito Sancionador. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-out-15/alexandre-moreira-preciso-construir-teoria-direito-sancionador>>. Acesso em 06 de novembro de 2017.

fechamento de estabelecimento, na apreensão de equipamentos, no embargo de obras, nas restrições ao exercício da profissão, sem contar as sanções administrativas pecuniárias que podem acabar levando as pessoas ao completo endividamento e empresas à falência.⁶⁷

Assim, revelam-se duas constatações que permitem aproximar as sanções para obter um tratamento jurídico semelhante: (i) a indistinção ontológica entre os ilícitos e respectivas sanções, bem como (ii) a quebra da imagem do Direito Penal como único aplicador de sanções gravosas.

A própria razão de ser das garantias concebidas inicialmente no âmbito penal não estavam vinculadas necessariamente em obstar o cerceamento da liberdade. Em verdade, as garantias voltavam-se contra um poder soberano arbitrário e onipotente, ou seja, de uma desconfiança de excessos do exercício do poder político. Por isso, as garantias foram estruturadas para balizar uma sanção correta e proporcional. São, portanto, uma expressão do direito constitucional e de uma tutela adequada de todos os cidadãos frente ao Estado⁶⁸.

A aproximação dos tipos sancionatórios é reforçada justamente sob esta ótica: ambos são manifestações do *ius puniendi* estatal e precisam ser contidos. A categorização nessa forma de expressão do poder estatal reclama o aparecimento de garantias e princípios para resguardar os sancionados de arbitrariedades do exercício desse *ius puniendi*. Embora submetidos a regime jurídicos distintos, deve haver uma identidade básica entre essas garantias e direitos na proteção dos sancionados.

Aceitar a existência de distintos regimes jurídicos não é incompatível com o reconhecimento de pontos comuns entre esses regimes. A punição imposta pelo Estado, independentemente de ser aplicado um regime jurídico que impõe um maior ou menor rigor na aplicação de suas penas, deve observar certos princípios e garantias, inerentes a um Estado de Direito.

⁶⁷ NETO, Durval Carneiro. Processo, jurisdição e ônus da prova no direito administrativo: um estudo crítico sobre o dogma da presunção de legitimidade. Salvador: Editora Juspodivm. 2008. P. 320.

⁶⁸ RODRIGUEZ, Zuñiga Laura. Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador ?Hacia una "administrativización" del derecho penal o una "penalización" del derecho administrativo sancionador?. In: MARTÍN, Adán Nieto (coord.). Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos *In memoriam*. Cuenca-ESP: Ediciones Universidad Salamanca, 2001. p. 1417-1444; p. 1440-1441. Disponível em: <https://www.academia.edu/26735580/RELACIONES_ENTRE_DERECHO_PENAL_Y_DERECHO_ADMINISTRATIVO_SANCIONADOR>. Acesso em 06 de outubro de 2017

Nesse sentido, Rafael Munhoz de Mello destaca a existência de um regime jurídico punitivo, cujo principal aspecto seria a contenção do arbítrio estatal:

O princípio constitucional do Estado de Direito e seus subprincípios formam a base do regime jurídico punitivo, aplicado às manifestações do poder punitivo estatal, seja ele exercido pela Administração Pública (sanções administrativas retributivas), seja ele exercido pelo Poder Judiciário (sanções penais). Informado por tais princípios, o regime jurídico punitivo garante aos particulares uma répression non arbitraire, nas palavras de Delmas-Marty e Teitgen-Colly. O combate à arbitrariedade estatal está na origem do Estado de Direito, sendo inadmissível que o exercício do poder punitivo, num Estado de Direito, seja arbitrário.⁶⁹

Também analisando as diferenças existentes entre direito penal e direito administrativo sancionador, Osório entende que, apesar de não haver uma unidade identificadora desses ramos, existe uma base em que eles se assemelham.

No caso das relações submetidas ao Direito Administrativo Sancionador, há uma inegável variação substancial de tratamento dogmático em relação ao tratamento dispensado ao direito penal e, também ao próprio sistema administrativo, onde vigoram relações de conteúdo muito diverso, tais como as relações disciplinares ou todas aquelas abarcadas no amplo conceito de relações de sujeição especial. Tal circunstância justifica a tese de que inexistem um unitário *ius puniendi* estatal em bases rígidas, mas não impede que se reconheça um tipo distinto de unidade, baseada no reconhecimento das diferenças e do núcleo básico de fundamentação das regras e princípios com conteúdos comuns ao Direito Punitivo.⁷⁰

Nessa linha de entendimento é que Osório aponta a existência de um “núcleo duro”. Consistiria um conjunto de normas ao qual tais ramos deveriam se reportar mesmo tratando-se de regimes jurídicos distintos.⁷¹

Com efeito, Rafael Munhoz de Mello ressalta que não faria sentido a aplicação de princípios limitadores do exercício do *ius puniendi* estatal apenas à seara penal. Negar a existência de princípios limitadores ao Direito Administrativo Sancionador seria legitimar um poder arbitrário.

Sendo assim, salta aos olhos que deve o Estado observar os mesmos princípios numa hipótese e noutra. Não é razoável que o Estado, ao aplicar uma sanção penal, seja obrigado a respeitar uma série de garantias individuais, que foram conquistadas ao longo dos últimos dois séculos, e fique liberado de observá-las no momento de aplicar sanção administrativa. Até porque,

⁶⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora Malheiros. 2007. p. 101-102

⁷⁰ OSÓRIO, op. cit., p. 133.

⁷¹ Ibidem, p. 131

atualmente há sanções administrativas que são muito mais graves do que sanções penais.⁷²

Seguindo o mesmo entendimento dos citados doutrinadores, Daniel Ferreira também admite a existência de um conjunto mínimo de normas a serem observadas por ambos os ramos. A justificativa seria, mais uma vez, princípios ligados à própria ideia de Estado de Direito, afetos à Teoria Geral do Direito, que devem afastar o arbítrio do poder estatal.

Com o devido respeito, e diferentemente do que muitos podem pensar, não há importação de quaisquer dos já consagrados princípios de direito penal (ou do direito processual penal) para o direito administrativo; muito pelo contrário. 'Tal não quer dizer evidentemente, inexistirem semelhanças entre as sanções penais e as sanções administrativas, sobretudo no tocante aos princípios de proteção do sujeito sancionado' (SUNDFELD, 1997).

O que não se pode logicamente negar, pois, é a existência de um mínimo regime jurídico sancionador, afeto à própria Teoria Geral do Direito e à noção de função pública, através do qual independentemente da natureza da sanção (penal ou administrativa), reconhecem-se alguns princípios como sendo de cogente aplicação.⁷³

Destaque-se que a tese de que há princípios comuns entre os regimes jurídicos sobrevive mesmo entre aqueles que distinguem radicalmente o Direito Penal do Direito Administrativo Sancionador, aproximando-se do criticado critério qualitativo, como a posição de Edilson Pereira Nobre Júnior⁷⁴. Mesmo estes autores concordam que as penalidades administrativas devem considerar garantias constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito⁷⁵.

A base fundamental formadora do dito "núcleo duro" estaria apoiada em dois aspectos. Primeiro, para conter o arbítrio estatal, incompatível com um Estado de Direito. Segundo, pela própria legitimidade da ação estatal. Ambos se entrelaçam e se

⁷² MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e Princípio da Legalidade. In: BUENO, Vera Sarpinella; MOREIRA, Gerfran Carneiro; Mello, Rafael Munhoz de; FRANÇA, Vladimir da Rocha. Devido Processo Legal na Administração Pública. São Paulo: Editora Max Limonad, 2011. p. 143-185; p. 155

⁷³ FERREIRA, op. cit., p. 86.

⁷⁴ Edilson Pereira Nobre Júnior assim expressa o seu posicionamento: "Extrema-se do Direito Penal comum em função do ilícito a que visa punir. Enquanto este almeja a prevenção e a repressão da delinqüência, considerada como conduta violadora dos bens jurídicos em geral (vida, integridade física, patrimônio etc.), a Administração pune, basicamente, comportamentos que infringem deveres de obediência ou de colaboração dos indivíduos para com a atividade dos entes públicos na busca do interesse geral." NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 219, p. 127-151, jan. 2000. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47499/45245>>. Acesso em: 22 Out. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v219.2000.47499>.

⁷⁵ Ibidem, p. 130

reforçam na medida em que um Estado limitado pelas leis, com os cidadãos tendo a certeza de que não estarão submetidos a arbitrariedades, tem legitimidade para atuar na consecução de suas finalidades⁷⁶.

De fato, ao fazermos a análise de aplicação dos princípios comuns, deve-se levar em consideração que todas essas garantias foram pensadas para limitar o exercício do poder de forma arbitrária. Essa característica se identifica com o Estado de Direito, no qual nem mesmo o “soberano” está acima das leis. O poder deve ser limitado por normas constitucionais, verdadeiros pilares de nosso ordenamento jurídico⁷⁷.

Assim, vê-se que é plenamente cabível a aplicação de princípios e garantias, comumente debatidos na seara do Direito Penal, ao Direito Administrativo Sancionador. Tal conclusão se fundamenta na constatação de que essas normas foram concebidas para a contenção do arbítrio estatal, sobretudo ao externar o seu viés punitivo. A existência de regimes jurídicos distintos não autoriza uma interpretação do ordenamento jurídico que ignore o reconhecimento de princípios e direitos inerentes a um Estado de Direito.

Embora pareça ser pacífica a aplicação de princípios constitucionais ao Direito Administrativo Sancionador, é necessário fazer uma análise mais aprofundada de como tais garantias subsistem quando o Estado aplica as sanções em uma relação especial, aplicando penas disciplinares ao invés de sanções de polícia.

Esse estudo tem grande importância para o presente trabalho, uma vez que os conselhos profissionais aplicam penas disciplinares aos seus fiscalizados, em uma relação especial com os profissionais de determinada categoria.

⁷⁶ GARCIA, Flávia Amaral; MOREIRA NETO Diogo de Figueiredo. A PRINCIPIOLOGIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 37, janeiro/fevereiro/março de 2014. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-37-JAN-2014-FLAVIO-AMARAL-DIOGO-NETO.pdf>>. Acesso em 06 de outubro de 2017

⁷⁷ CORDERO QUINZACARA, Eduardo. El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. Rev. derecho (Valdivia), Valdivia, v. 25, n. 2, p. 131-157, p. 157 dic. 2012. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200006&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 06 de outubro de 2017.

3.3 SANÇÕES DISCIPLINARES: O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EM UMA RELAÇÃO DE SUJEIÇÃO ESPECIAL COM O ESTADO

As sanções aplicadas pelo Direito Administrativo, apesar de compartilharem de um núcleo e uma teoria geral comum não são aplicáveis de modo uniforme. A depender de certos critérios, essas sanções podem ser enquadradas em diferentes categorias, com diferentes requisitos e nuances para a sua aplicação⁷⁸.

Visando um enfoque dos conselhos de fiscalização profissional, será dado destaque à classificação que subdivide as sanções entre aquelas aplicáveis em regime geral e aquelas aplicáveis em regime de sujeição especial.

O critério balizador para este tipo de classificação é o do tipo de relação que o Estado tem com o administrado. O enquadramento em uma ou em outra categoria depende, portanto, do grau de sujeição em que um indivíduo se encontra em relação à Administração. Este grau de sujeição será determinado pela origem do dever que o indivíduo é obrigado a cumprir.

Daniel Ferreira, em estudo acerca das classificações das sanções explica que, quanto a relação de sujeição, as sanções podem ser de dois tipos. Ou são sanções gerais (de polícia), quando não há um especial vínculo entre indivíduo e Estado – seriam sanções decorrentes da desobediência de normas oponíveis *erga omnes*. Ou será uma sanção especial, quando há um especial vínculo nessa relação.⁷⁹

A distinção se faz pelo destinatário da norma punitiva. Na sujeição geral é todo e qualquer particular que não guarde um vínculo peculiar com a Administração Pública. Na especial o cidadão guarda um elo específico com o Estado que lhe coloca em uma posição peculiar, diferente do regime geral. Nesta relação, apenas os que se encontrem na mesma posição estão sujeitos à atuação do poder estatal.⁸⁰

No intuito de aclarar as distinções, Ferreira trata das considerações de autores do Direito Administrativo. Renato Alessi funda o regime de sujeição geral da

⁷⁸ FERREIRA propõe três critérios: (i) em razão da restrição imposta; (ii) baseado na reação de sujeição; (iii) em face da reprovação legislativa. FERREIRA, op. cit., p. 44-48

⁷⁹ Ibidem, p. 46

⁸⁰ Ibidem, p. 35

Administração no poder de império do Estado, enquanto no regime especial haveria uma especial relação entre o indivíduo e a Administração, para além da simples titularidade do poder de império.⁸¹

O posicionamento de Adolfo Carretero Perez e Adolfo Carretero Sanchez é destacado para evidenciar o conteúdo complexo dado pelos doutrinadores ao regime de sujeição especial, identificando as três manifestações possíveis da relação especial: *“relações internas ou de organização da própria Administração, da relação entre Administração-servidor (regime disciplinar), e das determinações emandas das autarquias responsáveis pela fiscalização do exercício profissional.”*⁸²

Como se vê, os deveres impostos pelos conselhos de fiscalização profissional incluem-se entre aqueles em que há um especial elo entre o indivíduo e o Estado. De fato, as regras éticas de uma profissão não podem ser enquadradas como deveres gerais, observáveis por qualquer indivíduo. Constituem regras voltadas apenas àqueles que se submeteram a uma profissão com interesse público envolvido e que por isso tem regras/deveres específicos. Consequentemente, a desobediência desse dever acarretaria uma sanção pautada em um regime de sujeição jurídica especial, denominada de pena disciplinar. Inexistente essa relação, não haveria que se falar em sanção em regime especial.

Tanto é assim que os conselhos de fiscalização profissional somente podem punir os que integram os seus quadros. Veja-se, por exemplo, a previsão das sanções aplicáveis no âmbito dos Conselhos de Medicina: *“Art. 22. As penas disciplinares aplicáveis pelos Conselhos Regionais aos seus membros são as seguintes (...)”*. Nessa linha de raciocínio, um indivíduo não-médico que esteja exercendo a medicina ilegalmente por certo sofrerá uma sanção penal, mas não sofrerá pena disciplinar do CFM ou CRM, já que não guarda esse vínculo especial com o Estado.

Paulo Roberto de Gouvêa Medina faz a mesma distinção, apartando as penas disciplinares aplicáveis pelos conselhos profissionais das infrações administrativas

⁸¹ Ibidem, p. 35-36.

⁸² Ibidem, p. 37

stricto sensu. As penas disciplinares envolvem uma forma especial de responsabilidade que não são encontradas nas demais sanções administrativas.⁸³

Esse liame mais forte das sanções disciplinares aplicáveis pelos conselhos, decorrente de uma relação especial e não oponível *erga omnes*, revela uma necessidade de proteção de valores internos, para além da coletividade. Essa é a lição de Osório:

(...). A ordem disciplinar das Instituições enseja o aparecimento de relações de especial sujeição, com normativa própria e mais intensa, voltada à restrição de direitos individuais, em homenagem aos interesses defendidos ou confiados à Corporação, o que não significa, nem poderia significar, abandono da obrigação de respeito ao núcleo normativo da Carta Magna, o qual vincula o poder punitivo do Estado, seja ele qual for.

No entanto, vale notar que, no âmbito disciplinar, resulta, de fato, mais específica a necessidade de proteção de uma ordem administrativa interna, de valores de hierarquia, subordinação, coordenação entre os múltiplos funcionários públicos ou tutela de peculiares deveres profissionais. Não se pode descartar a proteção ou preocupação com valores externos, pertencentes diretamente à coletividade, mas prepondera o olhar interno, voltado à busca de diagnósticos e autocrítica, para o aperfeiçoamento de seu próprio aparato.⁸⁴

Régis Fernandes de Oliveira faz a mesma distinção, destacando um vínculo institucional nas relações de sujeição especial com o Estado.

A supremacia geral decorre do fato de a Administração cuidar da satisfação dos interesses coletivos, como titular do poder de império. A especial advém de relações particulares com os que se submetem a plexo de normas criado pelo Estado. Quando alguém se insere sob um “estatuto” como o dos funcionários públicos, ou ao liame que une Administração central às entidades da Administração descentralizada etc., submete-se a regras específicas que irão disciplinar o relacionamento comum. A relação de supremacia geral é de poder, unido Estado e administrado; a especial une a Administração e pessoas subordinadas a vínculo institucional.

Fixando-se a noção de existência de supremacia geral e supremacia especial, caracterizando-se a primeira pela desvinculação a relacionamento concreto, mas concretizável, e a segunda pelo elo especial, apura-se que as infrações administrativas podem ocorrer em qualquer hipótese. Tanto o comportamento contrário ao previsto acontece quando a Administração se vale de norma genérica como de norma específica, incidente sobre classe de indivíduos ou alguém em especial.⁸⁵

⁸³ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. A independência das instâncias e do processo ético-disciplinar. In: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Ano 39., n. 89 (jul./dez. 2009). Rio de Janeiro, OAB, Conselho Federal. pp. 111-121, p. 114.

⁸⁴ OSÓRIO, op. cit., p. 143.

⁸⁵ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Infrações e sanções administrativas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 18

O mesmo aspecto em relação à finalidade interna da sanção é destacado por Paulo Medina.

De fato, enquanto a infração administrativa, *stricto sensu*, ofende a ordem administrativa – isto é, o conjunto de normas e princípios que regem a Administração Pública –, a infração disciplinar compromete as finalidades da instituição na medida em que viola o regime disciplinar estabelecido.⁸⁶

Seguindo a análise sobre o tema, Osório destaca que, por se tratar de uma norma com preponderância para uma regulação interna, a norma de Direito Administrativo Sancionador Disciplinar goza de uma maior abertura sem que, com isso, ignore-se por completo a vedação ao exercício do poder arbitrário.

A estrutura sancionatória do Direito Administrativo Disciplinar é espécie do gênero Direito Administrativo Sancionador. A peculiaridade que distingue essa espécie é a finalidade de preservar uma ordem administrativa interna. Isso gera uma abertura a normas mais flexíveis, que permita a consecução de tal finalidade⁸⁷.

Entretanto, por compor o mesmo gênero das demais sanções, as relações de sujeição especial também se submetem aos princípios da legalidade, tipicidade, *non bis in idem*, irretroatividade, culpabilidade, presunção de inocência e devido processo legal. É dizer, o mesmo regime jurídico aplicável às sanções administrativas *strictu sensu* são aplicáveis às sanções disciplinares, por também serem administrativas em sentido amplo.⁸⁸

A especialização das relações em uma espécie destacada de Direito Administrativo Sancionador, apesar de permitir certas aberturas em suas normas, não erradica completamente a influência do paradigma constitucional. Há que se respeitar o núcleo fundamental de direitos que não podem ser ignorados pelo Estado no exercício do poder punitivo.⁸⁹

Eduardo Rocha Dias demonstra o mesmo inconformismo diante da hipótese de não aplicação dos princípios do Estado de Direito, ainda que no âmbito de sujeição

⁸⁶ MEDINA, op. cit., p. 115

⁸⁷ OSÓRIO, op. cit., p. 146

⁸⁸ *Ibidem*, p. 146

⁸⁹ *Ibidem*, p. 211

especial. As garantias e direitos fundamentais devem ser observados sempre que o Estado recorre ao seu poder sancionatório.

O reconhecimento de tal competência punitiva não torna desprocurado buscar-se cercarem os administrados do maior número possível de garantias a seus direitos fundamentais. Isso porque, conforme saliente A. Merkel (apud Moderne, 1993:189), o recurso às sanções administrativas constitui a mais forte intromissão da administração na esfera da justiça. Onde há uma tradição autoritária nas relações entre governantes e governados tal busca se afigura, aliás, ainda mais necessária. Mesmo no âmbito das chamadas relações especiais de sujeição a aplicação das garantias e dos princípios tutelares típicos do direito se faz necessária (Llobregat, 1989:48). Aceitar a possibilidade de aplicação de uma sanção sem obediência aos cânones mínimos da legalidade, da tipicidade e do devido processo legal, só para não avançar demasiadamente, é ignorar crassamente o princípio do Estado de Direito e a regra do artigo 5º, inciso LV, da Constituição.⁹⁰

Portanto, os conselhos de fiscalização profissional aplicam penas disciplinares, que são espécies de sanção administrativa caracterizadas por um regime de sujeição especial decorrente de um peculiar liame existente entre os profissionais e estes conselhos. Entretanto, mesmo nesse regime de sujeição especial, em que há uma certa flexibilização das normas que combatem o arbítrio estatal, não se pode negar a aplicação de princípios inerentes ao Estado de Direito.

3.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS ÀS PENAS DISCIPLINARES DOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL

Entendido o regime jurídico aplicável às normas sancionadoras dos conselhos de fiscalização profissional, a pesquisa passa a estudar os princípios que guardam relação com o tema de contenção do arbítrio estatal, com enfoque no Direito Administrativo Sancionador.

3.4.1. SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica é um dos princípios basilares de um Estado de Direito. A contenção do arbítrio estatal por meio da previsibilidade de regras e consequências foi uma das maiores conquistas para o fim do poder despótico. Um ordenamento em que ninguém está acima da lei e que todos devem obedecê-la requer que aqueles que tenham o poder sejam limitados e norteados pelas leis.

⁹⁰ DIAS, Eduardo Rocha. Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados. São Paulo: Dialética, 1997. p. 25

Nessa linha de raciocínio, Canotilho constata que o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança se configuram como verdadeiros elementos constitutivos do Estado de Direito, uma vez que “o homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida”⁹¹.

Há uma íntima relação entre o princípio da segurança jurídica e o Estado de Direito. A pretensão de se manter uma ordem pautada na lei veda qualquer exercício arbitrário do poder. Essa contenção ao arbítrio apenas será detida com a previsibilidade conferida através da efetivação do princípio da segurança jurídica.

A segurança jurídica materializada por normas gerais, claras, conhecidas e não-contraditórias com fixação de critérios objetivos contribui para controlar o arbítrio estatal. Poder prever a atuação do Estado inibe que ele atue de maneira diversa⁹².

Por outro lado, possibilita uma uniformidade de tratamento dos administrados, pois a norma indicará a atuação estatal. Isso evita favorecimentos e tratamentos diferenciados conforme o ingresso ou não em juízo⁹³.

Para entender melhor a abrangência deste princípio tão caro ao Estado Democrático de Direito, faz-se necessário uma análise pormenorizada do seu conceito. O conceito proposto por Humberto Ávila destrincha os destinatários desse princípio e os aspectos de confiabilidade e calculabilidade jurídica, inerente à sua efetivação.

Em face de todas as considerações anteriores, pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstitutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.⁹⁴

É fundamental que o indivíduo inserido em uma sociedade regida por normas emanadas pelos três Poderes tenha proteção e segurança contra o exercício arbitrário

⁹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 371

⁹² ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. 3ª ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2014. p. 225.

⁹³ Ibidem, p. 225.

⁹⁴ ÁVILA, op. cit, p. 282

desses Poderes. Um Estado de Direito não comporta normas que permitam um uso arbitrário do poder, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo, seja pelo Executivo.

Além disso, o ordenamento, em homenagem à segurança jurídica, deve se conformar de tal modo que o cidadão possa entender e confiar nas normas que estão postas, para calcular suas ações e se proteger do arbítrio estatal.

Em sentido similar, Canotilho desdobra a segurança jurídica em outros dois subprincípios para evidenciar o que deve ser feito para que se evite a situação de insegurança: princípio da proteção da confiança e o princípio da determinabilidade de leis⁹⁵.

A proteção da confiança está ligada à aplicação da lei no tempo. Por isso, o autor indica três nortes para a sua concretização: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos⁹⁶.

Quanto ao princípio da determinabilidade de leis, o autor explica que se exige leis claras e densas. A clareza se opõe à obscuridade, à dificuldade de interpretação. Uma norma segura deve permitir uma interpretação que entregue uma solução jurídica para casos concretos⁹⁷. Já densidade se refere ao grau de concretude dado pela norma. A norma deve fornecer parâmetros para aferição da legalidade de sua aplicação.

Portanto, a norma fornecerá a segurança jurídica necessária quando for suficientemente densa para possibilitar que se anteveja as consequências jurídicas dos fatos jurídicos por ela previstos. Só assim o poder estatal terá uma baliza para ser exercitado, conhecida previamente pelo cidadão, que poderá guiar suas condutas de acordo às previsões normativas. Dessa forma, se mesmo assim sobrevier qualquer arbítrio, este poderá ser corrigido através de um controle de legalidade do ato, baseado na norma suficientemente densa⁹⁸.

⁹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 372

⁹⁶ Ibidem, p. 373

⁹⁷ Ibidem, p. 372

⁹⁸ CANOTILHO, J.J. op. cit., p. 372

Deste modo, a norma oferece segurança jurídica quando é possível fixar condições normativas teóricas de forma abstrata e prévia, e conhecer a consequência jurídica atribuída. Quanto maior for o número de situações abstratamente resolvidas pela norma, mais seguro é o Direito⁹⁹.

Percebe-se que quanto mais densa a norma, nos dizeres de Canotilho, maior será o atendimento às condições abstratamente previstas. Essa é a norma que confere segurança jurídica e, dessa forma, de acordo com o Estado Democrático de Direito.

Aprofundando um pouco o tema, Ávila prossegue explicando que o conceito de segurança jurídica, quando aplicado na prática, demanda que o cidadão possa determinar com precisão a consequência jurídica de seus atos ou de fatos, conhecendo calculando os resultados que serão atribuídos pelo Direito¹⁰⁰.

A cognoscibilidade do ordenamento depende, portanto, não só da previsão dos fatos jurídicos (fatos relevantes para o direito e que por isso resultam efeito jurídicos) como também de uma exata delimitação das consequências jurídica advindas da implementação do fato previsto na norma. Por isso, Ávila explica que o valor de segurança jurídica da norma aplicável exige clareza quanto às consequências para o seu descumprimento.

Para que haja cognoscibilidade do Direito é necessário que haja clareza com relação à consequência geral para o descumprimento das normas legais aplicáveis. Aqui, não se está tratando da eficácia jurídica, como existência de condições institucionais e procedimentais para fazer valer o Direito, nem da efetividade ou da eficácia social do ordenamento jurídico, entendida como cumprimento médio das normas jurídicas pelos seus destinatários. Está-se examinando, em vez disso, o dever de clareza com relação às consequências abstratas e gerais aplicáveis ao não-cumprimento das normas jurídicas: se o destinatário, mesmo que saiba qual é a norma aplicável, não souber minimamente os efeitos atribuídos ao seu não cumprimento, não há cognoscibilidade no ordenamento.¹⁰¹

Como visto, os autores convergem para afirmar que é necessário que haja previsibilidade do ordenamento, possibilitando ao indivíduo saber previamente as consequências jurídicas de seus atos e planejar suas ações. Assim, não se pode ignorar outra importante questão: qual a previsibilidade mínima aceitável em um Estado

⁹⁹ ÁVILA, Humberto. op. cit., . p. 187.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 152.

¹⁰¹ Ibidem, p. 332

de Direito. Ou seja, qual o limite de liberdade que a norma pode deixar em aberto aos seus aplicadores.

Ávila enfrenta o tema abordando dois aspectos de certeza jurídica: absoluta e relativa. Na certeza absoluta, a segurança é encarada como a previsão de todos os casos e de modo unívoco, ou seja, prevendo sempre e tudo. Já na certeza relativa, a realização da segurança se daria em elevada medida, podendo-se prever bastante de quase tudo¹⁰².

De fato, a previsibilidade absoluta, embora fosse o desejável, pode não ser possível em todos os casos. Em que pese haja situações de evidente aplicação de determinada norma de forma unívoca, por vezes a norma tem de ter uma abertura. Todavia, mesmo nestes casos, de certeza jurídica relativa, há de se levar em conta uma medida suficiente para que não viole a garantia da segurança jurídica, inerente ao Estado de Direito.

Ávila segue discutindo o assunto, desta vez trazendo modelos em que se suportam pouca insegurança jurídica (mais próximo do modelo de certeza absoluta) e outro modelo em que há muita insegurança jurídica.

Uma questão importantíssima diz respeito à medida suficiente de insegurança que deve ser evitada ou suportada. A segurança jurídica, no sentido de princípio objetivo, envolve as exigências de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito em geral. Nessa acepção, pode-se entender que uma norma não muito clara, um ordenamento jurídico um pouco instável ou não totalmente previsível constituem violação ao princípio da segurança jurídica. A segurança jurídica, no sentido subjetivo, envolve a proteção dos atos de disposição dos direitos de liberdade de e de propriedade com base em norma (regra, ato administrativo, ato normativo ou decisão administrativa ou judicial). E, nessa interpretação, pode-se compreender que qualquer tipo de frustração de expectativa já legitima a aplicação do princípio da proteção da confiança.

B) Muita Insegurança

De outro lado, porém, pode-se entender que somente uma norma elevadamente indeterminada, um ordenamento jurídico expressivamente instável ou elevadamente imprevisível podem conduzir a uma violação da dimensão objetiva do princípio da segurança jurídica, e somente uma frustração significativa de expectativa é capaz de legitimar a aplicação do princípio da proteção da confiança.¹⁰³

¹⁰² Ibidem, p. 181.

¹⁰³ Ibidem, p. 188-189.

Diante dessa discussão, podemos perceber a gradação de três níveis na obra de Ávila: (i) certeza jurídica absoluta – em que não há insegurança alguma; (ii) certeza jurídica relativa em que se tolera um nível baixo de insegurança; (iii) certeza jurídica também relativa, dessa vez tolerando níveis mais elevados de imprevisibilidade. Da análise dos níveis, pode-se perceber que mesmo no mais inseguro deles não se abre mão por completo da segurança jurídica.

Assim, deve ser considerada a segurança jurídica para os fins desse trabalho. Os conselhos de fiscalização profissional em sua atividade sancionatória, diante de infrações aplicam penas disciplinares que afetam a liberdade de exercício profissional dos apenados. Em um Estado Democrático de Direito, não se pode conceber que essas infrações e sanções sejam livremente escolhidas, caso a caso, sem qualquer critério prévio e objetivo a conferir o mínimo de previsibilidade aos profissionais.

A segurança jurídica é valor caro ao Estado de Direito, com funções essenciais à formação de uma base normativa confiável. No seu estudo acerca da segurança jurídica, Ávila destrincha propósitos para a valorização desse princípio.

Um primeiro diria respeito ao valor funcional. Este aspecto considera a segurança jurídica como um valor de suma importância em si mesmo. O indivíduo deseja a previsibilidade em todos os aspectos de sua vida, e assim não pode deixar de ser com as normas que regem a sociedade. O ordenamento precisa ser seguro para permitir antever as possíveis consequências dos atos e, por conseguinte, planejar tais atos, ponderando os riscos e benefícios.

Assim, atribui-se valor funcional à segurança jurídica quando se entende que ela é portadora de um valor em si mesma, isto é, cristaliza uma exigência que, independente de ser instrumento de outros valores, possui valor em si própria; um ordenamento jurídico que proporciona segurança jurídica é, por si só, desejável.¹⁰⁴

Com efeito, um ordenamento altamente imprevisível, com aberturas normativas muito amplas não fornece os elementos necessários para um planejamento de ações no plano individual. A insegurança gerada por um ordenamento no qual não há uma certeza jurídica é por si só nefasto a uma sociedade em que a lei está acima de todos.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 190

Não bastasse essa função intrínseca de um ordenamento que proporcione a segurança jurídica, Ávila destaca ainda o valor instrumental da segurança. É que a previsibilidade das consequências jurídicas dos atos, além de ser um valor por si só desejável, é também meio de concretização de outros direitos e garantias.

A segurança jurídica, de outro lado, pode ser considerada como instrumento assecuratório de outros direitos que envolvem a autonomia individual. Fala-se, por isso, em vida, em liberdade e em propriedade 'na' segurança, pelo papel estabilizador e garantidor das condições necessárias ao exercício da liberdade. Esse exercício da autonomia individual pressupõe o conhecimento das normas existentes e válidas bem como a sua estabilidade no tempo, pois sem esses elementos os homens deixam de ser pessoas capazes de planejar e conceber o seu futuro.¹⁰⁵

Exemplificando e destrinchando esse aspecto instrumental, o autor estabelece que

a segurança jurídica serve de instrumento de realização dos valores de liberdade, de igualdade e de dignidade: de liberdade, porque, quanto maior for o acesso material e intelectual do cidadão relativamente às normas a que deve obedecer, e quanto maior for a sua estabilidade, tanto maiores serão as suas condições de conceber o seu presente e de planejar o seu futuro; de igualdade, porque, quanto mais gerais e abstratas forem as normas, e mais uniformemente elas forem aplicadas, tanto maior será o tratamento isonômico dos cidadãos; e de dignidade, porque quanto mais acessíveis e estáveis forem as normas, e mais justificadamente ela forem aplicadas, com tanto mais intensidade se estará tratando o cidadão como ser capaz de se autodefinir autonomamente, quer pelo respeito presente da autonomia exercida no passado, quer pelo respeito ao futuro da autonomia exercida no presente. A segurança jurídica assume, assim, uma função garantista.¹⁰⁶

De fato, o exercício dos demais direitos, a exemplo da liberdade de exercício profissional, fortemente relacionado com a atuação dos conselhos profissionais, necessita de normas estáveis e previsíveis aos seus destinatários. Um profissional precisa saber o que lhe é permitido e o que é vedado, incluindo-se aqui as sanções a qualquer transgressão a uma regra, para que possa sopesar o risco de qualquer de suas ações.

Corroborando tal entendimento e aplicando todo o desenvolvimento do conceito de segurança jurídica às sanções administrativas, Garcia e Moreira Neto explicitam como a segurança jurídica deve ser tratada neste âmbito.

Em outros termos: é direito fundamental dos administrados que as normas que fixem infrações e respectivas sanções administrativas permitam uma aferição

¹⁰⁵ Ibidem, p. 191.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 193-194.

objetiva de previsibilidade de modo que possa orientar as suas condutas e comportamentos. Fora desta compreensão, portanto, estarão quaisquer normas que apenas ações e omissões de terceiros que não apresentem um grau mínimo de previsibilidade.¹⁰⁷

Não basta que haja a previsão da infração. Esta deve vir acompanhada de uma sanção correspondente de modo a garantir previsibilidade ao ordenamento. Não se pode cogitar que uma sanção prevista em um rol de sanções seja livremente escolhida pelo aplicador da norma. Tal situação indesejável é do ponto de vista da segurança jurídica.

Nessa linha de pensamento, é necessário que as infrações estejam previstas de modo objetivo para que o possível apenado tenha ciência do que exatamente lhe é vedado fazer. Como uma complementação, também é indispensável que estejam definidas com antecedência as sanções cominadas para cada situação hipotética prevista como antijurídica.¹⁰⁸

Tais preceitos devem funcionar como um norte da atividade normogênica, sendo vedado distanciar-se deles. Por isso, mesmo em casos em que haja uma aparente previsão de infração com sanções respectivas, deve-se examinar se efetivamente as situações estão reguladas com uma densidade normativa suficiente para se conferir a segurança jurídica compatível com o Estado de Direito. É dizer: não basta a mera previsão de infrações e sanções se as infrações são muito vagamente descritas – impossibilitando antever qual o comportamento proibido pelo ordenamento – ou ainda com uma estipulação ampla da sanção aplicável – o que impede ao sujeito de calcular os riscos de sua conduta.

Garcia e Moreira Neto não deixam escapar essa possibilidade de burla à segurança jurídica através de normas com aberturas muito amplas para a aplicação de sanções. Tratando do direito administrativo sancionador, os autores explicam que não se pode estabelecer sanções com dilatadas margens de discricionariedade ao aplicador da norma.

¹⁰⁷ GARCIA, Flávia Amaral; MOREIRA NETO Diogo de Figueiredo. A PRINCIPIOLOGIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 37, janeiro/fevereiro/março de 2014. p. 11. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-37-JAN-2014-FLAVIO-AMARAL-DIOGO-NETO.pdf>>. Acesso em 06 de outubro de 2017

¹⁰⁸ Ibidem.

Outro exemplo de norma sancionatória que vulnera a segurança jurídica são aquelas que fixam valores mínimos e máximos de multas excessivamente espaçadas, não fixando parâmetros que orientem o aplicador para uma proporcional e razoável dosimetria das sanções, o que acaba por conferir excessiva discricionariedade ao aplicador da norma, podendo dar margem a dosimetrias de penas que fujam à razoabilidade.

A fixação de margens muito ampliadas para fins de aplicação de multas afronta o princípio da segurança jurídica, eis que as pessoas jurídicas não podem pautar os seus comportamentos com um mínimo de previsibilidade.

A ausência de parâmetros objetivos pode acarretar aplicações distorcidas, provocando uma indesejável e aguda insegurança nas empresas. A norma sancionadora deve ser dotada de um grau de detalhamento que permita assegurar o mínimo de previsibilidade de comportamento por parte dos agentes econômicos.¹⁰⁹

A previsão normativa com discricionariedade muito extensa termina por ferir igualmente a segurança jurídica dos apenados pelos conselhos disciplinares. Não se pode deixar ao alvedrio do aplicador da norma qual sanção será adequada ao caso sem que ao menos se estabeleça qualquer parâmetro para a seleção dessa sanção.

Assim, os conselhos profissionais, como aplicadores de sanções administrativas devem pautar suas atividades de fiscalização e punição na trilha da segurança jurídica, princípio inerente ao Estado de Direito. A aplicação da sanção sem qualquer parâmetro legal retira a previsibilidade do ordenamento e conseqüentemente impossibilita o planejamento das ações pelos destinatários da norma.

3.4.2. LEGALIDADE E TIPICIDADE

O princípio da legalidade e seu corolário da tipicidade, assim como o princípio da segurança jurídica, estão intimamente relacionados ao Estado de Direito, fazendo-se valer no âmbito das sanções administrativas.

Seguindo esse entendimento, Canotilho ao examinar o Estado de Direito, classificado como princípio estruturante, anota que este é densificado por uma série de subprincípios, responsáveis por pormenorizar o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional. Dentre estes subprincípios, lista exatamente o princípio da legalidade.¹¹⁰

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 181

Na mesma linha de pensamento, Rafael Munhoz de Mello explicita que, mesmo nas relações com a Administração Pública, onde o princípio do interesse público poderia suplantar a legalidade, seria completamente incompatível com o Estado de Direito um campo de atuação dessa Administração em que não houvesse a observância do princípio da legalidade¹¹¹.

O princípio da legalidade e seu corolário da tipicidade estão previstos em nossa Constituição Federal no art. 5º, inciso II (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”) e inciso XXXIX (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”). Tais normas impõem que as infrações e suas respectivas sanções estejam previamente expostas em lei. É dizer, cada cidadão tem o direito de apenas ser sancionado pela consequência jurídica relacionada à prática de uma conduta comissiva ou omissiva expressamente proibida pelo ordenamento jurídico em lei anterior ao ato. Somente nessas circunstâncias é dado ao Estado exercer o seu poder sancionatório, restringindo direitos dos indivíduos.

Quanto às sanções aplicadas no âmbito dos conselhos de fiscalização profissional, o princípio da legalidade sofre certa mitigação em razão da já citada relação de sujeição especial – diferente do regime de sujeição geral. Tal mitigação, entretanto, não significa o completo esvaziamento do princípio da legalidade, mas apenas uma certa relativização, considerando os fins que se buscam tutelar em um regime de sujeição especial.

Assim, o princípio da legalidade continua operante mesmo no âmbito das relações de sujeição especial, tendo apenas uma substancial diferença: nem todas as infrações precisam estar expressamente previstas em lei, podendo a tipificação desses comportamentos serem delegados a atos infralegais.¹¹²

Dessa forma, não é necessário que lei formal tome as vezes dos códigos de ética de cada profissão, determinando com exatidão as infrações e respectivas sanções. No campo das relações de sujeição especial é possível que as infrações

¹¹¹ MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora Malheiros. 2007. p. 160

¹¹² Ibidem, p. 164-165

éticas sejam tipificadas pelos próprios conselhos de fiscalização profissional quando da elaboração de seus códigos deontológicos.

Tal substituição não representa um grande problema do ponto de vista do princípio democrático. O código deontológico de cada profissão representa fonte jurídica escrita editada pelo conselho de fiscalização profissional respectivo. Tais estatutos são votados, portanto, por representantes democraticamente eleitos no âmbito da organização de auto-regulação. A concessão da competência para elaborar o estatuto da profissão é transferido aos entes de auto-regulação, que pela fundamentação democrática de seus editores e ampla participação dos membros do conselho, legitima-se¹¹³.

Todavia, a relativização que se apresenta no campo das relações de sujeição especial se limita até este ponto: a tipificação dos atos ilícitos. Todos os demais aspectos decorrentes do efeito da legalidade continuam valendo. Assim é que todas as demais garantias como a previsão das sanções em lei formal, a correspondência entre ilícito e sanção, a tipicidade, a irretroatividade estão mantidas, inclusive, na relação de sujeição especial. Nesse sentido conclui Rafael Munhoz de Mello:

Pode-se afirmar que a única diferença entre as relações de sujeição geral e as de sujeição especial diz respeito à hierarquia da norma que tipifica a conduta. No primeiro caso a lei gormal deve tipificar previamente, com clareza e precisão, a infração administrativa. No segundo caso, se assim autorizar a lei, o regulamento deve tipificar previamente, com clareza e precisão, a infração administrativa. Em ambas as hipóteses exige-se a observância dos princípios da tipicidade e da irretroatividade, pois a configuração de uma relação de especial sujeição não tem o condão de afastar o princípio da segurança jurídica.¹¹⁴

Destaque-se que, no tocante às sanções, a exigência de lei formal para a sua criação continua valendo. As sanções, portanto, sempre devem estar previstas em lei. A atividade regulamentar não pode criar sanções diferentes daquelas estabelecidas pelo

¹¹³ MAURER, Hartmut. Direito Administrativo Geral. Trad. Luís Afonso Heck. Barueri-SP: Manole, 2006. p. 73.

¹¹⁴ MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora Malheiros. 2007. P. 167.

legislador¹¹⁵. Cabe-lhes apenas tipificar os atos ilícitos e atribuir a pena disciplinar correspondente como sanção à prática do ato indesejado.

Na mesma trilha doutrinária, Carlos Bastide Horbach explica que a criação de sanções sem previsão legal por via de resolução administrativa implica no exercício de uma competência não conferida à Administração pelo princípio da legalidade. Dessa forma, um código de ética que crie sanção estaria usurpando competência legislativa, em flagrante desrespeito ao princípio da legalidade e por conseguinte, seria nulo.¹¹⁶

Ainda, é importante destacar a necessária correlação entre ilícito e sanção. Para sancionar um indivíduo legitimamente, o Estado deve expor com clareza qual a conduta proibida, além de estabelecer com exatidão a sanção que será aplicada ao transgressor da norma¹¹⁷. O império das normas instituído pelo Estado de Direito não aceita que a administração tenha em sua mão um rol de sanções para livremente escolher qual seria a mais adequada ao caso. Não se pode deixar ao arbítrio dos aplicadores das sanções que se decida com base unicamente na abstração dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade se esta ou aquela sanção é a mais adequada.

Para cada ilícito deve haver previamente uma reconhecida e correspondente sanção. Não é possível que a norma instituidora do comportamento ilícito delegue inteiramente ao aplicador da norma o poder de escolher entre impor uma ou outra sanção. Em outras palavras, deve haver uma estrita observância do binômio ilícito/sanção¹¹⁸.

Sendo assim, a normatização da atividade sancionatória de um conselho de fiscalização profissional deve ser pautada da seguinte forma: o conselho tipifica as infrações em seu código deontológico; cada infração deve ter como consequência uma sanção; esta sanção deve estar prevista em lei em sentido formal.

¹¹⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e Princípio da Legalidade. In: BUENO, Vera Sarpinella; MOREIRA, Gerfran Carneiro; Mello, Rafael Munhoz de; FRANÇA, Vladimir da Rocha. Devido Processo Legal na Administração Pública. São Paulo: Editora Max Limonad, 2011. p. 143-185. P. 182

¹¹⁶ HORBACH, Carlos Bastide. Conselhos profissionais devem obediência à legalidade estrita. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-11/analise-constitucional-conselhos-profissionais-obedecer-legalidade-estrita>. Acesso em 08 de novembro de 2017. P. 3

¹¹⁷ SANTOS, Luiz Fernando de Freitas. A tipicidade no direito administrativo sancionador: Balada de La Justicia y La Ley in OSÓRIO, Fábio Medina (coord.). Direito sancionador: sistema financeiro nacional. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 25

¹¹⁸ FERREIRA, op. cit., p. 161.

Com o mesmo entendimento, Rafael Munhoz de Mello explica que cabe à lei formal prever quais sanções podem ser aplicadas (ex. advertência confidencial, suspensão, etc.), “cabendo ao regulamento apenas estipular quais as infrações administrativas que serão apenadas com essa ou aquela sanção, se a lei já não o fez”¹¹⁹.

Entretanto, considerando que o direito administrativo sancionador não é regido pelo princípio da fragmentariedade do direito penal, não há uma limitação das infrações que podem ser estabelecidas. O número de infrações neste âmbito tende a ser vertiginosamente superior aos crimes do direito penal.

Levando essa realidade fática em consideração, os doutrinadores administrativistas tendem a aceitar a ideia de que as infrações podem ter correspondência com infrações de modo agrupado. Isto é, não se faz necessário que exista uma tipicidade cerrada com cada ilícito apontando uma pena em particular, como ocorre no direito penal. No direito administrativo, abre-se a possibilidade¹²⁰, sem prejuízo da lição acima exposta de para cada infração haja uma sanção, de variadas infrações serem agrupadas em níveis de reprovabilidade (ex. infração de natureza leve ou grave) para fazer referência a uma mesma sanção.

Seguindo essa linha doutrinária, eis a lição de Daniel Ferreira, o qual destaca que essa prática é ainda mais comum nas relações de sujeição especial, como ocorre com os conselhos de fiscalização profissional.

Muitas vezes – como acabamos de fazer – se alude a faltas de “natureza leve”, “de menor gravidade”, e portanto, à obrigatoriedade de imposição de sanção equivalente, ou seja, também de “natureza leve” ou de “menor gravidade”. Tal procedimento decorre, entendemos nós, de uma técnica legislativa, consoante a qual resta de maior facilidade e utilidade para o legislador categorizar condutas e sanções visando a demonstrar a sua referibilidade. Do contrário haveria a necessidade de indicar taxativamente, uma a uma, cada intrínseca relação entre ilícito e correspondente sanção.

Desse modo, especialmente nas relações de sujeição especial, é comum e juridicamente legítimo verificar-se tal prática, inclusive em nível regulamentar

¹¹⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e Princípio da Legalidade. In: BUENO, Vera Sarpinella; MOREIRA, Gerfran Carneiro; Mello, Rafael Munhoz de; FRANÇA, Vladimir da Rocha. Devido Processo Legal na Administração Pública. São Paulo: Editora Max Limonad, 2011. p. 143-185. P. 178

¹²⁰ É importante destacar que a abertura a essa possibilidade não significa que a sanção no direito administrativo deve ser dessa forma. O Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/1997) estipula sanções individualizadas, tal qual o código penal, para as infrações tipificadas nos arts. 162 e seguintes.

(melhor delineado e classificando os ilícitos), sem que – com isso – estejamos a admitir qualquer possibilidade de pessoal eleição entre sanções aplicáveis diante de um específico e “tipificado” comportamento.¹²¹

Osório partilha do mesmo entendimento, admitindo a alternativa dessa distinta técnica de tipificação da sanção. O autor defende que “a norma pode classificar infrações e atribuir-lhes, conforme os respectivos grupos, determinadas sanções”¹²².

Tais imperativos decorrentes do princípio da legalidade estão em harmonia com outras bases do Estado de Direito. A prévia correlação de infração e sanção faz reverência aos princípios da proporcionalidade e da isonomia. Proporcionalidade, uma vez que tal princípio “exige que as penalidades mais graves sejam aplicadas às infrações de maior potencial ofensivo e aos casos de reincidência, e as de menor gravidade, como a advertência, às infrações menos graves”¹²³. De outro lado, delegar ao aplicador da sanção a escolha subjetiva de uma outra infração daria margem a se ferir a isonomia, uma vez que casos iguais poderiam encontrar soluções completamente diversas¹²⁴.

Com isso não se está tolhendo por completo certa discricionariedade do aplicador da sanção. Quando a própria lei confere espaço de discricionariedade a ele, a discricionariedade deve ser exercida seguindo balizamento legal.

Todavia, atentando aos entendimentos acima expostos, não se pode cogitar a eleição livre por uma ou outra sanção. A discricionariedade e gradação aqui mencionadas referem-se aos espaços delegados pela lei apenas para graduar uma sanção internamente.

¹²¹ FERREIRA, op. cit., p. 163

¹²² OSÓRIO, op. cit., p. 264-265

¹²³ DIAS, Eduardo Rocha. Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados. São Paulo: Dialética, 1997. P. 72

¹²⁴ “Sem esse balizamento mínimo, corre-se o sério risco de dar-se a violação do princípio da isonomia, eis que a aplicação da sanção submeter-se-á a uma avaliação casuística e subjetiva própria de cada aplicador. Pode-se chegar a situações aberrantes, nas quais, diante do descumprimento do mesmo dever jurídico, sejam aplicadas sanções com intensidade e gravidade díspares.” GARCIA, Flávia Amaral; MOREIRA NETO Diogo de Figueiredo. A PRINCIPIOLOGIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 37, janeiro/fevereiro/março de 2014. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-37-JAN-2014-FLAVIO-AMARAL-DIOGO-NETO.pdf>>. p. 8

Por isso, explica Régis Fernandes de Oliveira que “pode haver discricionariedade no tocante à graduação de sanção, isto é, o agente administrativo pode optar no grau que a lei estabelecer, p. ex.: multa de três a cinco salários”¹²⁵.

Tomando como exemplo os conselhos profissionais, é comum haver a possibilidade dessa graduação prevista nas penas de suspensão. Como exemplo, o Estatuto da OAB prevê a suspensão de trinta dias à doze meses¹²⁶ e a lei de criação do CFM prevê a suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias¹²⁷.

A discricionariedade na aplicação da sanção deve se limitar a esses casos expressamente previstos em lei. Como visto e repisado, a discricionariedade não pode estar atrelada à escolha desta ou daquela sanção para um mesmo comportamento antijurídico.

Deve-se, entretanto, fazer outra advertência quanto ao âmbito da discricionariedade. A seara de liberdade do aplicador da sanção não pode ser tal que termine por transmutar a discricionariedade em subjetivismo e arbítrio. É dizer, a margem de atuação não pode estipular sanções, ou níveis de sanção, tão díspares que a distância do mínimo ao máximo afronte qualquer critério de razoabilidade. Neste regramento o ideal é que os limites sejam próximos e bem definidos além de que haja critérios legais para a graduação da sanção.

Celson Antonio Bandeira de Mello chama atenção para este aspecto ao comentar sobre as normas administrativas sancionadoras em um Estado de Direito.

Com efeito, cumpre que a lei noticie de maneira clara aos administrados a que consequências estarão sujeitos se descumprirem as normas pertinentes. O mínimo que se espera de um Estado de Direito – e majormente de um, como é o caso do Brasil, que se proclama um Estado Democrático de Direito (art. 1 da Constituição), tanto mais se declaradamente tem como um de seus fundamentos “a cidadania” (inciso II do mesmo artigo) – é que se assegure aos administrados prévia ciência dos gravames que lhes serão infligidos caso desatendam às leis administrativas.

¹²⁵ OLIVEIRA, op. cit, p. 67.

¹²⁶ Lei n. 8.906/1994, art. 37, § 1º.

¹²⁷ Lei n. 3.268/1957, art. 22, alínea “d”.

É óbvio que esta prévia ciência há de ser algo real, consistente, e não uma paródia, um simulacro de informação sobre o que, de veras, está previsto como sendo o específico gravame que deverá incidir.¹²⁸

E segue exemplificando o seu pensamento, trazendo uma situação hipotética de uma norma penal muito elástica e elucidando como essa norma estaria malferindo o Estado de Direito.

Veja-se: ninguém, consideraria obediente ao princípio da legalidade a norma penal que estabelecesse para os crimes em geral, ou mesmo para um dado crime, dependendo de sua gravidade, sanções que iram de 2 meses a 30 anos de pena privativa da liberdade. Regramento de tal ordem, em rigor de verdade, não estaria previamente noticiando ao administrado a consequência jurídica imputável à conduta ilícita.

O vício que se lhe increparia é o de que a identificação da sanção não teria atendido ao mínimo necessário para a sua validade, pois a liberdade conferida ao juiz seria de tal ordem que o cidadão não estaria governado pela lei, mas pelo juiz – traindo-se, dessarte, o velho e fundamental princípio segundo o qual no Estado de Direito vigora o rule of law, not of men.¹²⁹

Com efeito, uma norma sancionatória de tamanha abertura não noticia de maneira clara as consequências jurídicas às quais o seu destinatário estaria sujeito a ser afligido. Em verdade, a margem dada ao aplicador da norma, sem qualquer balizamento para a gradação da sanção, configura verdadeira permissão para atividade arbitrária.

Assim, quando a lei não define diretamente a sanção aplicável ao administrado, deve minimamente fixar limites razoáveis e proporcionais, com balizamentos de gradação, condicionando a atividade do aplicador da norma e permitindo o controle do poder sancionatório¹³⁰.

A aplicação do princípio da legalidade em conjunto com o seu corolário da tipicidade não afasta por completo a individualização da pena. Isto porque, apesar do binômio infração/sanção, a norma sancionadora poderá estabelecer hipóteses agravantes e atenuantes que adeque a pena cominada a situações do caso concreto.

¹²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. p. 872

¹²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. p. 872

¹³⁰ GARCIA, Flávia Amaral; MOREIRA NETO Diogo de Figueiredo. A PRINCIPIOLOGIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 37, janeiro/fevereiro/março de 2014. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-37-JAN-2014-FLAVIO-AMARAL-DIOGO-NETO.pdf>>. p. 8

Nesse sentido, Régis Fernandes de Oliveira ensina que “as circunstâncias agravantes e atenuantes são dados que entram na mensuração da pena, alterando-a para mais ou para menos”¹³¹. Daniel Ferreira corrobora a aplicação desse instituto no sancionamento administrativo ao defini-lo como “condições de fato que, mediante prévia e específica determinação legal, devem ser consideradas para determinar a intensidade da sanção”¹³².

Evidentemente, também neste aspecto, não se pode abandonar o princípio da legalidade. Como normas sancionatórias, as hipóteses de agravamento ou de atenuação da pena devem estar previstas em lei de forma objetiva. Caberá ao aplicador da norma tão somente verificar a ocorrência da situação abstrata para graduar a pena¹³³.

De fato, tal ensinamento deve servir até mesmo para as relações de sujeição especial, uma vez que nesse sistema apenas mitiga-se a legalidade em relação à tipificação das infrações, mas não das hipóteses de sanção. Tratando-se de norma que estabelece sanção – seja agravando, seja atenuando – a lei em sentido formal é necessária para o estabelecimento das circunstâncias.

Advirta-se que tal previsão legal não pode ser genérica. Assim explica Daniel Ferreira que “se a lei pretende disciplinar tais hipóteses deverá fazê-lo expressamente, sob pena de violação do princípio da legalidade, da irretroatividade da lei sancionadora, da segurança jurídica e da própria impessoalidade”¹³⁴.

Assim, tem-se, como decorrência dos princípios da legalidade e da tipicidade, que infração e sanção devem ter uma correspondência lógica e proporcional previamente estabelecida em lei. Apenas nas relações de sujeição especial, a exemplo dos conselhos de fiscalização profissional, admite-se que a tipificação da conduta ilícita seja feita através de ato infralegal. Entretanto, mesmo nesta seara, exige-se o estabelecimento do binômio interligado de infração/sanção. A margem de liberdade

¹³¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 83.

¹³² FERREIRA, op. cit., p. 169

¹³³ OLIVEIRA, op. cit., p. 84.

¹³⁴ FERREIRA, op. cit., p.169.

conferida ao aplicador da norma não pode permitir que ele escolha livremente pela aplicação de uma ou outra sanção.

O máximo de liberdade que se pode admitir está na gradação de sanção com intervalos de pena (por ex. em uma suspensão de até 30 dias, o aplicador da sanção poderá fixar uma quantidade que vai de 01 a 30 dias) ou na possibilidade de agravamento/atenuação da pena por critérios objetivamente previstos em lei como agravantes/atenuantes da pena (por ex. reincidência).

Portanto, entendido a natureza jurídica dos conselhos profissionais (direito administrativo) e por conseguinte a natureza da suas sanções (direito administrativo sancionador em relação de sujeição especial); aprofundado as normas que regem essa área do direito; o presente trabalho encontra-se apto para enfrentar o tema a que foi proposto de analisar a legalidade do regramento sancionador dos conselhos de medicina (CFM e CRMs), com enfoque na impossibilidade de ampla margem de discricionariedade na escolha das penas disciplinares aplicáveis aos profissionais fiscalizados.

4. SANÇÕES NOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL DE MEDICINA: DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO CFM

Estabelecidas as premissas de análise do Direito Administrativo Sancionador no presente trabalho, passa-se a uma análise de como se dá a regulação desse direito no âmbito dos conselhos profissionais. O estudo começará por um exame das normas sancionadoras de variados conselhos, no intuito de exemplificar a aplicação da parte teórica construída até então. Em um segundo momento será feita uma avaliação crítica da forma de aplicação das penas disciplinares especificamente nos conselhos de medicina.

4.1 ANÁLISE DAS NORMAS DE DIREITO SANCIONADOR DE OUTROS CONSELHOS PROFISSIONAIS

O estudo sobre o regramento das sanções em outros conselhos profissionais objetiva, além de exemplificar esse tipo de norma, fornecer dados para um olhar

comparativo que possibilite aferir se a situação encontrada nos conselhos de medicina é comum no ordenamento ou se trata de exceção.

Primeiramente, analisa-se o caso da OAB como um modelo de norma sancionadora dos conselhos profissionais. O rol de sanções disciplinares está descrito no art. 35 do Estatuto da OAB (lei federal n. 8.906/1994):

Art. 35. As sanções disciplinares consistem em:

- I - censura;
- II - suspensão;
- III - exclusão;
- IV - multa.

Parágrafo único. As sanções devem constar dos assentamentos do inscrito, após o trânsito em julgado da decisão, não podendo ser objeto de publicidade a de censura.

Tais sanções são aplicáveis às infrações previstas no art. 34 da mesma lei. O rol de infrações conta com 29 incisos que tipificam as condutas sancionáveis pelo conselho profissional da advocacia¹³⁵.

O Estatuto estipula ainda qual sanção se aplica a cada caso. Assim é que os artigos 36 e seguintes trazem sanção por sanção, indicando sua aplicação às infrações tipificadas.

Art. 36. A censura é aplicável nos casos de:

- I - infrações definidas nos incisos I a XVI e XXIX do art. 34;
- II - violação a preceito do Código de Ética e Disciplina;
- III - violação a preceito desta lei, quando para a infração não se tenha estabelecido sanção mais grave.

Parágrafo único. A censura pode ser convertida em advertência, em ofício reservado, sem registro nos assentamentos do inscrito, quando presente circunstância atenuante.

Art. 37. A suspensão é aplicável nos casos de:

- I - infrações definidas nos incisos XVII a XXV do art. 34;
- II - reincidência em infração disciplinar.

§ 1º A suspensão acarreta ao infrator a interdição do exercício profissional, em todo o território nacional, pelo prazo de trinta dias a doze meses, de acordo com os critérios de individualização previstos neste capítulo.

§ 2º Nas hipóteses dos incisos XXI e XXIII do art. 34, a suspensão perdura até que satisfaça integralmente a dívida, inclusive com correção monetária.

¹³⁵ Lei n. 8.906, Art. 34. Constitui infração disciplinar: I - exercer a profissão, quando impedido de fazê-lo, ou facilitar, por qualquer meio, o seu exercício aos não inscritos, proibidos ou impedidos; II - manter sociedade profissional fora das normas e preceitos estabelecidos nesta lei; (...).

§ 3º Na hipótese do inciso XXIV do art. 34, a suspensão perdura até que preste novas provas de habilitação.

Art. 38. A exclusão é aplicável nos casos de:

I - aplicação, por três vezes, de suspensão;

II - infrações definidas nos incisos XXVI a XXVIII do art. 34.

Parágrafo único. Para a aplicação da sanção disciplinar de exclusão, é necessária a manifestação favorável de dois terços dos membros do Conselho Seccional competente.

Art. 39. A multa, variável entre o mínimo correspondente ao valor de uma anuidade e o máximo de seu décuplo, é aplicável cumulativamente com a censura ou suspensão, em havendo circunstâncias agravantes.

Da análise desses dispositivos, percebe-se que, além de estipular a conduta sancionável por cada pena disciplinar, a lei ainda estabelece a reincidência como circunstância majorada da sanção aplicável. Ainda nessa linha de balizar a aplicação da norma, o art. 40 estabelece quais são as atenuantes que devem ser levadas em conta quando da aplicação da pena, bem como seus efeitos.

Art. 40. Na aplicação das sanções disciplinares, são consideradas, para fins de atenuação, as seguintes circunstâncias, entre outras:

I - falta cometida na defesa de prerrogativa profissional;

II - ausência de punição disciplinar anterior;

III - exercício assíduo e proficiente de mandato ou cargo em qualquer órgão da OAB;

IV - prestação de relevantes serviços à advocacia ou à causa pública.

Parágrafo único. Os antecedentes profissionais do inscrito, as atenuantes, o grau de culpa por ele revelada, as circunstâncias e as conseqüências da infração são considerados para o fim de decidir:

a) sobre a conveniência da aplicação cumulativa da multa e de outra sanção disciplinar;

b) sobre o tempo de suspensão e o valor da multa aplicáveis.

Há que se destacar ainda a conveniência de a Ordem dos Advogados do Brasil ter estabelecido todas essas normas em uma lei em sentido formal, conferindo maior segurança jurídica e legitimidade ao seu Direito Administrativo Sancionador.

Dessa forma, vê-se que um membro vinculado aos quadros da OAB tem claramente definido quais condutas não deve praticar e as respectivas penas em caso de infração ética.

Passando para os conselhos profissionais atuantes na área de saúde, portanto com maior afinidade com o desempenho da atividade médica, traz-se o exemplo dos conselhos de enfermagem e de farmácia.

O Conselho de Enfermagem regula a aplicação de suas penas de caráter disciplinar de forma semelhante ao que faz a OAB: há a previsão do rol legal de sanções¹³⁶; um rol de infrações previsto nos artigos do código de ética; e artigos que fazem a correspondência entre as infrações e a penalidade que deve ser aplicada caso a caso. A única diferença é que a definição das infrações e essa correspondência é feita por meio do seu código de ética (Resolução do COFEN n. 311/2007), e não por meio legal, o que como visto é permitido no âmbito das relações de sujeição especial.

CAPÍTULO VI - DA APLICAÇÃO DAS PENALIDADES

Art. 124 - As penalidades previstas neste Código somente poderão ser aplicadas, cumulativamente, quando houver infração a mais de um artigo.

Art. 125 - A pena de advertência verbal é aplicável nos casos de infrações ao que está estabelecido nos artigos: 5º a 7º; 12 a 14; 16 a 24; 27; 30; 32; 34; 35; 38 a 40; 49 a 55; 57; 69 a 71; 74; 78; 82 a 85; 89 a 95; 98 a 102; 105; 106; 108 a 111 deste Código.

Art. 126 - A pena de multa é aplicável nos casos de infrações ao que está estabelecido nos artigos: 5º a 9º; 12; 13; 15; 16; 19; 24; 25; 26; 28 a 35; 38 a 43; 48 a 51; 53; 56 a 59; 72 a 80; 82; 84; 85; 90; 94; 96; 97 a 102; 105; 107; 108; 110; e 111 deste Código.

Art. 127 - A pena de censura é aplicável nos casos de infrações ao que está estabelecido nos artigos: 8º; 12; 13; 15; 16; 25; 30 a 35; 41 a 43; 48; 51; 54; 56 a 59; 71 a 80; 82; 84; 85; 90; 91; 94 a 102; 105; 107 a 111 deste Código.

Art. 128 - A pena de suspensão do exercício profissional é aplicável nos casos de infrações ao que está estabelecido nos artigos: 8º; 9º; 12; 15; 16; 25; 26; 28; 29; 31; 33 a 35; 41 a 43; 48; 56; 58; 59; 72; 73; 75 a 80; 82; 84; 85; 90; 94; 96 a 102; 105; 107 e 108 deste Código.

Art.129 - A pena de cassação do direito ao exercício profissional é aplicável nos casos de infrações ao que está estabelecido nos artigos: 9º; 12; 26; 28; 29; 78 e 79 deste Código.

Além disso, os artigos 122 e 123 apontam o que pode ser considerado como circunstância atenuante ou agravante da pena¹³⁷, não deixando tal consideração ao livre subjetivismo do aplicador da sanção.

¹³⁶ Lei nº 5.905, de 12 de julho de 1973, art. 18

¹³⁷ Art. 122 - São consideradas circunstâncias atenuantes: I - Ter o infrator procurado, logo após a infração, por sua espontânea vontade e com eficiência, evitar ou minorar as conseqüências do seu ato (...)

Art. 123 - São consideradas circunstâncias agravantes: I - Ser reincidente; (...)

No mesmo sentido, o Conselho de Farmácia, em seu código de ética, delinea qual infração tem correspondência com cada sanção, levando em conta uma classificação das gravidades das naturezas de cada infração.

A lei que regula o referido conselho é a de n. 3.820/1960, que prevê as sanções aplicáveis às infrações éticas em seu art. 30¹³⁸. Por sua vez, a Resolução do CFF n. 596/2014, em seu anexo III – que “estabelece as infrações e as regras de aplicação das sanções disciplinares” - faz a exata correlação entre as infrações e as sanções. A técnica utilizada pelo conselho separa as infrações em leves, medianas e graves e atribui a infração correspondente.

Art. 7º - Às infrações éticas e disciplinares leves devem ser aplicadas as penas de advertência sem publicidade na primeira vez; advertência por inscrito, sem publicidade, com o emprego da palavra “censura” na segunda vez; multa no valor de 1 (um) salário mínimo a 3 (três) salários mínimos regionais, que serão elevados ao dobro no caso de reincidência, cabíveis no caso de terceira falta e outras subsequentes, sendo elas:

(...)

Art. 8º - Às infrações éticas e disciplinares medianas, devem ser aplicadas a pena de multa no valor de 1 (um) salário mínimo a 3 (três) salários mínimos regionais, que serão elevados ao dobro, ou aplicada a pena de suspensão, no caso de reincidência, sendo elas

(...)

Art. 9º - Às infrações éticas e disciplinares graves devem ser aplicadas as penas de suspensão de 3 (três) meses na primeira vez; de 6 (seis) meses na segunda vez; e de 12 meses na terceira vez, sendo elas:

Assim, verifica-se que nos conselhos aqui analisados, a situação se amolda aos princípios reguladores do Direito Administrativo Sancionador de relação de sujeição especial. Tem-se um regramento que cumpre com as exigências dos princípios inerentes ao Estado de Direito, aptos a conferir a segurança jurídica necessária ao profissional fiscalizado.

4.2 ANÁLISE CRÍTICA DA APLICAÇÃO DAS PENAS DISCIPLINARES NOS CFM E CRMS.

A norma que regula os Conselhos de Medicina é a lei federal n. 3.268/1957. Tal norma estabelece que “o conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são

¹³⁸ Lei n. 3.820/1960, Art. 30. - As penalidades disciplinares serão as seguintes: I) de advertência ou censura, aplicada sem publicidade, verbalmente ou por ofício do Presidente do Conselho Regional, chamando a atenção do culpado para o fato brandamente no primeiro caso, energicamente e com emprêgo da palavra "censura" no segundo

os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República¹³⁹. A dita supervisão da ética tem como parâmetro o código deontológico da profissão, cuja redação é atribuição do Conselho Federal, ouvidos os Conselhos Regionais¹⁴⁰.

O atual Código de Ética Médica foi editado pela Resolução do CFM n. 1.931/2009, tipificando muitas condutas que configuram infrações éticas. A disparidade da quantidade de condutas vedadas ao médico em relação aos direitos do médico é notoriamente evidenciada logo no preâmbulo da resolução:

VI - Este Código de Ética Médica é composto de 25 princípios fundamentais do exercício da Medicina, 10 normas diceológicas, 118 normas deontológicas e quatro disposições gerais. A transgressão das normas deontológicas sujeitará os infratores às penas disciplinares previstas em lei.

Ou seja, há 25 princípios que regem a atividade e 10 direitos do médico. Em contrapartida, há 118 condutas tipificadas como infração ética divididas em 11 capítulos temáticos, todos iniciados com a expressão “é vedado ao médico: (...)”, o que “veda de forma objetiva praticamente tudo, transformando, quase sempre, qualquer conduta em dever e obrigação”¹⁴¹.

Levando em conta toda essa gama de vedações aos profissionais da medicina, cabe ao conselho regional o poder disciplinar de aplicar as penas disciplinares para punir o médico infrator de seu código deontológico¹⁴². O Conselho Regional funciona como uma espécie de 1ª instância julgadora, proferindo decisões contra as quais cabe recurso ao CFM¹⁴³.

¹³⁹ Lei n. 3.268/1957, Art . 2º O conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.

¹⁴⁰ Lei n. 3.268/1957, Art . 5º São atribuições do Conselho Federal: (...) d) votar e alterar o Código de Deontologia Médica, ouvidos os Conselhos Regionais.

¹⁴¹ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. A inconstitucionalidade das sanções ético-disciplinares aplicadas pelos conselhos de medicina. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/3013.pdf>>. Acesso em 06 de outubro de 2017, p. 5702.

¹⁴² Lei n. 3.268/1957, Art . 15. São atribuições dos Conselhos Regionais: (...) d) conhecer, apreciar e decidir os assuntos atinentes à ética profissional, impondo as penalidades que couberem. e Art . 21. O poder de disciplinar e aplicar penalidades aos médicos compete exclusivamente ao Conselho Regional, em que estavam inscritos ao tempo do fato punível, ou em que ocorreu, nos termos do art. 18, § 1º.

¹⁴³ Lei n. 3.268/1957, Art . 5º São atribuições do Conselho Federal: (...) i) em grau de recurso por provocação dos Conselhos Regionais, ou de qualquer interessado, deliberar sobre admissão de

Entretanto, o que se observa dessa aplicação das penas disciplinares é um amplo grau de discricionariedade quase que ilimitado. Isto porque tanto o artigo que disciplina a aplicação dessas sanções quanto o código de ética médica não estabelecem qualquer relação entre o ilícito e a sanção. Assim estão dispostas as sanções na Lei n. 3.268/1957:

Art . 22. As penas disciplinares aplicáveis pelos Conselhos Regionais aos seus membros são as seguintes:

- a) advertência confidencial em aviso reservado;
- b) censura confidencial em aviso reservado;
- c) censura pública em publicação oficial;
- d) suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias;
- e) cassação do exercício profissional, ad referendum do Conselho Federal.

§ 1º Salvo os casos de gravidade manifesta que exijam aplicação imediata da penalidade mais grave a imposição das penas obedecerá à gradação deste artigo.

Da leitura do supracitado artigo, percebe-se que não foi estabelecido o exigido binômio infração/sanção. Em verdade, não há qualquer parâmetro que estabeleça qual sanção pode ser aplicada a qual caso, limitando-se uma abertura genérica do parágrafo único que prevê a imposição de penalidade mais grave em casos de “gravidade manifesta”. Sequer são apontados parâmetros para aferir a manifesta gravidade das infrações.

O código de ética médica igualmente não indica qual sanção é aplicada a cada infração, nem parâmetro para se aferir a gravidade de uma infração, deixando a livre escolha do aplicador da pena a seleção desta ou daquela sanção para o caso concreto.

Tal aspecto é bem observado pelo médico e jurista Edmilson de Almeida Barros Júnior:

Pelos princípios constitucionais, notadamente da legalidade, sua indissociável tipicidade e da individualização da pena, deve haver prévia determinação de cada ilícito ético disciplinar e também de cada penalidade a ser especificamente aplicada para cada infração, mas como já mencionado nem a Lei 3268/57, nem o Código de Ética Médica, ao apresentar as condutas ilícitas, em nenhum momento, determinou as respectivas sanções, deixando a fixação da modalidade da sanção (dentre as cinco previstas pela Lei 3.268/57) ao livre arbítrio dos conselheiros de plantão, que têm a subjetividade de optar desde

membros aos Conselhos Regionais e sôbre penalidades impostas aos mesmos pelos referidos Conselhos

uma simples advertência confidencial até a cassação. Esta subjetividade, como já comentado, é absolutamente inaceitável pela moderna interpretação constitucional.¹⁴⁴

A situação ganha maiores contornos de gravidade quando se analisa a forma de determinação da infração no Código de Processo Ético-Disciplinar (Resolução do CFM n. 2.145/2016). Para além da imprevisibilidade de qual será a sanção aplicada de antemão, decorrente da lacuna deixada pelo legislador e pelo Código de Ética, o código instrumental não exige que essa indicação seja feita como requisito da abertura da sindicância nem da posterior instauração do processo ético-disciplinar.

Art. 13. Determinada a instauração de sindicância, o corregedor nomeará conselheiro sindicante para apresentar relatório conclusivo que deverá conter obrigatoriamente:

I – identificação completa das partes, quando possível;

II – descrição dos fatos e circunstâncias em que ocorreram;

III – indicação da correlação entre os fatos apurados e a eventual infração ao Código de Ética Médica;

IV – conclusão indicando a existência ou inexistência de indícios de infração ao Código de Ética Médica;

§ 1º Na parte conclusiva, o relatório deve apontar os indícios da materialidade e da autoria dos fatos apurados, de modo específico a cada artigo do CEM supostamente infringido.

§ 2º A sindicância tramitará no CRM do local da ocorrência do fato por até 180 dias, podendo, por motivo justificado, esse prazo ser excedido.

(...)

Art. 35. Citação é o ato pelo qual o médico denunciado é convocado para integrar a relação processual, dando-lhe ciência da instauração de PEP e imputando-lhe a prática de infração ética, bem como lhe oferecendo a oportunidade para se defender.

Seguindo as regras do mesmo código de processo ético-disciplinar, o médico processado segue sem ter qualquer noção da pena a ser aplicada mesmo durante o julgamento. O código apenas prevê a escolha da sanção após a leitura do relatório por parte do relator e revisor do processo e superadas as fases de exame das preliminares e sustentação oral dos advogados.

Art. 85. A sessão de julgamento terá início com a leitura da parte expositiva do relatório elaborado pelo relator, seguindo-se, em ato contínuo, pela leitura do relatório do revisor, podendo este se limitar a concordar com o relatório do conselheiro-relator; **sem manifestação, em um ou outro, quanto à conclusão de mérito.**

¹⁴⁴ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. op. cit., p. 5703

§ 1º Ao início da sessão de julgamento, o conselheiro-relator, com manifestação prévia da Assessoria Jurídica, escrita ou oral, deverá propor a apreciação de ofício ou a requerimento, das nulidades absolutas – prejudiciais ao mérito –, que deverão ser discutidas e votadas antes da análise do mérito. Nesta hipótese, **será concedido às partes 10 (dez) minutos para defender o acolhimento ou a rejeição das preliminares.**

§ 2º Superada a fase das preliminares e após a leitura dos relatórios, será concedido às partes o prazo de 10 (dez) minutos para sustentação oral em relação ao mérito, sucessivamente ao denunciante e denunciado.

§ 3º Havendo mais de um denunciante ou denunciado, o prazo do § 2º deste artigo será contado individualmente.

§ 4º Encerrada a sustentação oral a que se refere o § 2º deste artigo, os conselheiros poderão solicitar esclarecimentos sobre o processo ao relator ou ao revisor e, por intermédio do presidente da sessão, às partes, seguidos dos debates sobre o mérito.

§ 5º Encerrada a fase de debates quanto ao mérito, será concedido o prazo de 5 (cinco) minutos às partes para suas considerações finais orais, sucessivamente ao denunciante e ao denunciado. Se for o caso, aplicar-se-á o disposto no § 3º deste artigo.

§ 6º A sustentação oral pelas próprias partes ou seus respectivos defensores na sessão de julgamento não é ato processual obrigatório.

(...)

Art. 87. Inexistindo pedido de vista dos autos ou a necessidade de realização de diligências, o presidente da sessão tomará o voto do conselheiro-relator e, após, do conselheiro revisor de forma escrita e integral, que deverá ser lido nesta ordem:

I – quanto às preliminares relativas;

II – quanto à culpabilidade;

III – quanto à capitulação;

IV – quanto à pena a ser aplicada, se for o caso.

§ 1º Em seguida, o presidente da sessão indagará aos conselheiros se há voto divergente.

§ 2º Caso haja divergência em relação às preliminares, o voto deverá ser proferido de forma escrita. Em seguida, o presidente da sessão tomará o voto individual dos conselheiros presentes à sessão, devendo consignar em ata o resultado.

§ 3º Caso haja divergência em relação ao mérito, o voto divergente deverá ser proferido de forma escrita e integral, que deverá ser lido obedecendo à ordem do art. 87 e incisos. Em seguida, o presidente tomará o voto individual dos conselheiros presentes à sessão, devendo consignar em ata o resultado.

§ 4º Quando houver divergência entre três ou mais votos, dar-se-á a votação obedecendo-se a seguinte ordem:

I – culpabilidade: condenação com a capitulação dos artigos ou absolvição;

II – cassação do exercício profissional (art. 22, “e” da Lei nº 3.268/57);

III – penas públicas (art. 22, “c” ou “d” da Lei nº 3.268/57) ou reservadas (art. 22, “a” ou “b” da Lei nº 3.268/57).

(...)

Art. 93. As penas disciplinares aplicáveis pelo CRM são as previstas no artigo 22 da Lei nº 3.268/1957.

Assim, nem mesmo durante o julgamento é dado ao médico infrator a oportunidade de sustentar oralmente eventual excesso na aplicação da pena. Os conselheiros devem aplicar qualquer das penas previstas no art. 22 da Lei n. 3.268/1957, sem qualquer parâmetro concreto e objetivo de como isso será feito.

Tal imprevisão e subjetividade perduram até o final do processo, tendo em vista que a fase recursal e mesmo o procedimento de revisão da pena (uma espécie de ação rescisória), apesar de permitirem a alteração da penalidade imposta, também não norteiam qualquer linha argumentativa para que essa penalidade seja alterada. O artigo que trata do recurso fala apenas que pode haver agravamento da pena imposta se houver recurso do denunciante¹⁴⁵. Já o artigo que trata do procedimento de revisão da pena preceitua que neste pode ocorrer apenas a redução da pena aplicada ou a absolvição do profissional, nunca podendo resultar o agravamento¹⁴⁶.

Todavia, os referidos dispositivos, apesar de permitirem alteração da pena disciplinar, não estabelecem as hipóteses de quando isso deve ocorrer. Também não são estabelecidas balizas que guiem a atividade dos revisores da pena. Ou seja, não há qualquer indicador objetivo que determine qual a sanção mais adequada ao caso, deixando toda a decisão a cargo do subjetivismo dos julgadores.

Alguns autores tentaram dar uma interpretação sistemática e lógica à aplicação da pena. Décio Policastro, em artigo publicado sobre o direito médico sugeriu um critério para a gradação das sanções.

A advertência geralmente é aplicada nas infrações leves; a censura, quando a falta for um pouco mais grave ou se o infrator for reincidente. Em ambas, a conduta inadequada não deve ter causado dano. A censura pública em publicação oficial, já é uma penalidade aplicável à infração mais grave ainda, acompanhada de consequências danosas. (...)

A suspensão do exercício profissional em até 30 dias, é reservada àqueles que cometem faltas graves em grau ainda mais elevado e cuja continuidade do

¹⁴⁵ Art. 94. Caberá recurso administrativo, no prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir da juntada do comprovante de intimação da decisão nos autos: (...) § 3º Somente poderá ocorrer o agravamento da pena imposta se houver recurso do denunciante nesse sentido.

¹⁴⁶ Art. 122. Julgando procedente a revisão, o CFM poderá anular a decisão condenatória, alterar sua capitulação, reduzir a pena ou absolver o profissional punido.

exercício da medicina pode constituir risco de danos de improvável reparação a pacientes ou à sociedade. (...)

A pena máxima, cassação definitiva do exercício profissional, é conferida à infração ética de tal gravidade que o profissional torna-se definitivamente proibido de exercer a medicina em todo o país ficando, inclusive, impossibilitado de obter a reabilitação.¹⁴⁷

Entretanto, tal proposta não está embasada em qualquer parâmetro legal ou regulamentar, o que, de início, não se coaduna com o princípio da legalidade como norteador da atuação da administração pública.

Por sua vez, o critério fornecido é eivado do mesmo vício que o legal, pois não fornece segurança jurídica alguma. A divisão em infrações “leves”, “mais grave”, “mais grave ainda”, “faltas graves em grau ainda mais elevado” e “de tal gravidade que o profissional torna-se definitivamente proibido de exercer a medicina”, não tem aptidão para retirar o subjetivismo do julgamento, que continuará dependendo de escolha do aplicador da sanção e impossível de previsão pelo médico denunciado.

Em uma postura mais conservadora, Jorge Antonio Maurique, ao analisar especificamente o caso da inexistência de correlação entre a infração ética e as sanções no âmbito dos conselhos de medicina, propõe que seja aplicada sempre a pena menor, observando a falta de critério legal. Na visão do autor, o agravamento da pena seria possível apenas no caso de reincidência.

Portanto, é o intérprete quem dirá, ante a gravidade da infração, qual a penalidade a ser aplicada ao sujeito da infração. Como regra interpretativa, entendemos que se deverá partir da pena mais branda e ir aumentando-a de acordo com a gravidade da infração. Isso significa que somente deverão propor-se as penas mais graves (suspensão, cancelamento) quando forem estritamente necessárias. Dever-se-á, portanto, partir da penalidade mínima; havendo reincidência, aplicar outra mais pesada e assim sucessivamente, pois, não havendo expressa cominação em cada infração (que entendemos como tipo), haverá de ser feita a interpretação mais benéfica ao infrator (até porque deve partir-se do pressuposto de que a finalidade da aplicação de qualquer sanção é a recuperação do infrator, seja o infrator das normas de Direito Penal, seja o infrator de regras deonticas).¹⁴⁸

Apesar do mérito de reconhecer a falta de critérios legais para a imposição de sanção mais grave, referida proposta implica em uma situação de evidente

¹⁴⁷ POLICASTRO, Décio. O processo disciplinar dos médicos. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. jan/jun, 2012, v. 29, ano 15. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Pp.63-75. Pp. 71-72.

¹⁴⁸ MAURIQUE, Jorge Antonio. Conselhos: controle profissional, processo administrativo e judicial. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). Conselhos de fiscalização profissional: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 224.

desproporcionalidade das sanções aplicadas. Estipular que qualquer infração, inobstante o dolo, a sua gravidade e o dano ao paciente seja sempre apenada pela advertência configura nítida violação ao princípio da proporcionalidade e individualização da pena.

Tal situação de insegurança afeta não somente as garantias e previsibilidade do médico diretamente envolvido no caso, como pode ameaçar todo o sistema de normas. Isto porque a falta do binômio infração/sanção, aliado à ausência de qualquer critério objetivo para valorar a conduta infracional está apta a ferir a isonomia, de modo que seja comum a indesejada situação de casos idênticos obterem soluções diferentes. O julgamento ocorre sob o exclusivo critério da subjetividade dos julgadores, que pode, diante de situações similares, aplicar uma mera pena de advertência confidencial para um e uma suspensão de 30 dias para outro¹⁴⁹.

Esse quadro difere da discricionariedade em que o aplicador da norma possui certa margem para decidir diante do caso concreto segundo critérios de “oportunidade, conveniência, justiça e igualdade”¹⁵⁰. Isto porque a parcela de poder decisório que pode ser delegada nos casos de penalidades é menor por envolver afronta a direitos individuais. A punição por descumprimento de uma norma deontológica não pode ser livremente escolhida pelo julgador¹⁵¹. A discricionariedade permitida neste âmbito não pode ir além da simples gradação de uma sanção previamente escolhida (por exemplo, o número de dias de suspensão, limitado a 30 dias)¹⁵².

A discricionariedade deve ser conferida de forma bem delineada, balizado por critérios legais para a sua atuação, sob pena de se tornar um meio arbitrário e, portanto, antijurídico de se aplicar uma sanção disciplinar¹⁵³.

¹⁴⁹ BARROS JÚNIOR, op. cit., p. 5710

¹⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 66.

¹⁵¹ FERREIRA, op. cit., p. 161.

¹⁵² Ibidem, p. 5710

¹⁵³ ARAÚJO, Fernando Eugênio. Limites do poder discricionário da Administração Pública na aplicação das sanções disciplinares aos servidores públicos. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 495, 14 nov. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5925>>. Acesso em: 20 nov. 2017, p. 22.

O poder discricionário delegado além desses parâmetros, como ocorre nos conselhos de fiscalização profissional de medicina, configura inconstitucionalidade por afronta aos princípios da segurança jurídica, legalidade e tipicidade (como visto, plenamente aplicáveis no Direito Administrativo Sancionador Disciplinar).

Especificamente quantos aos conselhos de fiscalização profissional, a aplicação de tais princípios revela-se muito mais necessária por afetar a esfera de liberdade de exercício profissional do indivíduo. Uma punição que atinja a imagem do médico implica danos de ordem psicológica ao apenado, além de reflexos financeiros e sociais¹⁵⁴.

Tais reflexos podem ser muito mais gravosos do que uma sanção penal, a exemplo de uma pena restritiva de direito de prestação de serviços à comunidade. Um médico que se encontre impedido de exercer sua profissão tem sua renda diretamente afetada, e mesmo após o fim da punição, corre o risco de ter sua reputação profissional ameaçada.

Ainda do ponto de vista do médico apenado, uma revisão por parte do Poder Judiciário de uma pena manifestamente desproporcional torna-se difícil por impossibilidade de se rever o mérito administrativo, uma vez que toda decisão de aplicação da penalidade seria uma atuação dentro de margem de discricionariedade¹⁵⁵.

Ademais, a abertura das normas sancionatórias encontrável nos conselhos de medicina, em afronta aos princípios da segurança jurídica e da legalidade, é indesejável não só do ponto de vista do médico como também sob uma ótica da sociedade e dos pacientes. Isto porque, a patente situação de ilegalidade para aplicação de tais normas sujeita todas as decisões sancionatórias dos conselhos a uma anulação na hipótese de o caso ser levado à apreciação pelo Poder Judiciário¹⁵⁶, tendo em vista a inafastabilidade da jurisdição¹⁵⁷.

¹⁵⁴ BARROS JÚNIOR, op. cit., p. 5710

¹⁵⁵ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; STRASBURG, Adriana. Discricionariedade administrativa e processo sancionatório: inconsistências normativas e possibilidades interpretativas em torno da Lei n. 8.666/93. Revista Do Tribunal De Contas Do Estado De Minas Gerais jan/mar, 2011, v. 78, n. 1, ano XXIX. Disponível em: <<http://www.revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1130.pdf>>. Acesso em: 06 de novembro de 2017, p. 13.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 5701-5702

¹⁵⁷ Constituição Federal de 1988. Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

Nesse sentido, é indesejável que a situação exposta existente no âmbito sancionatório dos conselhos de medicina perdure. A livre aplicação de sanção pelos julgadores dos conselhos de ética vai de encontro aos princípios de segurança jurídica, legalidade de tipicidade, plenamente aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador Disciplinar. Malferir tais princípios implica no desrespeito ao Estado Democrático de Direito, ideal base da construção do ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, é imperiosa uma reforma normativa por este conselho para que se adeque aos ditames constitucionais que regulam a sua atividade sancionadora. Até que sobrevenha essa reforma normativa, o ordenamento continua carecendo de certeza e segurança, passível de adoção de critérios decisórios sem qualquer embasamento legal e risco de anulações pelo Poder Judiciário, tendo em vista a situação de ilegalidade aqui exposta.

5. CONCLUSÃO

Depois de apresentado todo o levantamento bibliográfico acerca do tema e feita uma análise crítica da legislação sancionatória dos conselhos de fiscalização profissional, é possível levantar algumas conclusões sobre o que se propôs averiguar nesta pesquisa.

As raízes históricas dos conselhos de fiscalização profissional remetem às agremiações formadas pelas classes profissionais para a defesa de interesses próprios. Com o passar do tempo é que tais conselhos se aproximaram do Estado para defender o interesse público.

A história mundial permite observar diversas formas de se estruturar um conselho de fiscalização profissional, cabendo a cada ordenamento jurídico determinar o modelo ao qual os conselhos estão submetidos.

O padrão adotado pode ser inteiramente vinculado e gerido pelo Estado, tratando-se de uma hetero-regulação. Por outro lado, o ordenamento jurídico pode envolver os próprios profissionais fiscalizados no controle desses conselhos, transformando o modelo em uma auto-regulação. Por sua vez, esta auto-regulação se subdivide em dois outros tipos: poderá abandonar inteiramente o Estado, formando

uma auto-regulação privada; ou poderá manter uma estrutura publicista, com normas obrigatórias e impositivas, caso em que se configura uma auto-regulação pública.

O ordenamento jurídico brasileiro optou pelo regime de auto-regulação pública. Os conselhos de fiscalização profissional são autarquias especiais ou corporativas. Tal conclusão decorre mormente da obrigatoriedade do registro para atuação profissional, a atividade fiscalizadora e a sancionatória. Compõem, portanto, a administração indireta, de modo que suas relações são regidas pelo Direito Administrativo. Nessa linha de raciocínio, as sanções aplicadas pelos conselhos de fiscalização profissional devem ser analisadas com o prisma do Direito Administrativo Sancionador.

O ilícito e a sanção administrativa não diferem ontologicamente dos seus similares de outros ramos jurídicos (por exemplo, penal e civil). Ambos constituem, respectivamente, como nos outros campos do Direito, um comportamento violador de uma norma e a sua correspondente consequência. Não é possível trazer uma classificação apriorística do ilícito e sua sanção sem analisar a opção feita pelo ordenamento objeto do estudo.

O ilícito é um comportamento contrário ao Direito. Tal comportamento pode ser comissivo ou omissivo, mas sempre tipificado, ou seja, com previsão normativa expressa de qual conduta é proibida.

A sanção é a consequência jurídica imposta pelo ordenamento àquele que comete o ato ilícito. Por se tratar de resposta a um comportamento indesejado, trata-se de uma medida aflitiva ao infrator, que tem por finalidade desestimular a repetição dessa conduta por ele e pelos demais da sociedade.

A sanção administrativa é uma expressão do *ius puniendi* estatal, assim como a sanção penal. Não se pode mais tratar a sanção penal de forma tão peculiar sob os argumentos de que salvaguardam bens jurídicos específicos e mais relevantes para a sociedade e privam a liberdade do indivíduo. Os institutos despenalizadores e a tipificação pelo direito penal de diversos bens jurídicos apenas por política legislativa demonstram que a sanção penal não pode mais ser vista como uma sanção mais gravosa que as demais.

Ademais, as sanções administrativas aplicadas pelos conselhos de fiscalização profissional atingem diretamente um direito fundamental: a liberdade de exercício profissional. Esse direito tem reflexos na dignidade da pessoa humana e atingi-lo desproporcionalmente é tão grave quanto aplicar ao indivíduo uma sanção penal.

Assim é que, apesar de historicamente não ter sido concebido em estruturas tão rígidas como o Direito Penal, que vem sendo desenvolvido sob a ótica garantista, o Direito Administrativo Sancionador não pode dar margens para que a atuação estatal se dê de forma subjetiva e arbitrária. Um núcleo mínimo de princípios ligados ao Estado de Direito deve ser observado quando da elaboração de um regramento sancionador no âmbito administrativo.

Entretanto, tais princípios devem ser aplicados com moderações em relação aos conselhos de fiscalização profissional. A relevância de certos ofícios atrai um interesse público para a regulação da atividade. Assim é que os profissionais fiscalizados por uma profissão regulada por um desses conselhos estão submetidos a uma relação de sujeição especial – em oposição ao regime de sujeição geral. Este tipo especial de relação é marcado por suas sanções não serem oponíveis *erga omnes* e por uma finalidade de regulação de estruturas corporativas internas. Isso reflete em um abrandamento do princípio da legalidade nesses conselhos, de modo que se abre a possibilidade de se tipificar a infração mediante norma de hierarquia infralegal. Entretanto, a aplicação desse regime de sujeição especial não afasta por completo a incidência dos princípios.

O princípio da segurança jurídica, da legalidade e seu corolário da tipicidade impõem que um regramento sancionador deve prever relações precisas entre infrações e sanções, ou, minimamente, critérios balizadores objetivos. Ou seja, na estruturação dos regimes de sanções administrativas, não se pode atribuir discricionariedade ao aplicador da sanção para que este possa escolher livremente qual sanção irá aplicar ao infrator. Tais imposições são inerentes a um Estado Democrático de Direito.

As normas que regulam a aplicação de sanções em outros três entes de fiscalização da profissional demonstram o atendimento a estas exigências do Estado de Direito. O Estatuto da OAB é uma norma extramamente técnica, com delimitação legal

de todos os aspectos sancionatórios, inclusive com adequada correlação entre infração e sanção, bem como a indicação de critérios para balizar qualquer majoração ou redução da pena. Os códigos deontológicos de enfermagem e farmácia, por sua vez, conferem aplicabilidade à correspondência entre infração e sanção em áreas afins à medicina, também da área de saúde.

Já as normas sancionadoras que regulam a atuação dos conselhos de medicina não especificam qualquer relação entre o ilícito e as possíveis consequências jurídicas, tampouco qualquer critério que sirva de parâmetro ao aplicador da norma. O código de ética apenas tipifica condutas. Estas poderão ensejar uma punição do profissional por qualquer das sanções previstas no rol estabelecido na lei de criação do conselho, que vai desde advertência confidencial à cassação do direito de exercer a profissão.

Por sua vez, o código de processo ético-profissional determina que os julgadores membros do conselho somente deliberem sobre qual sanção disciplinar será aplicada no momento da sessão de julgamento e após a fase de sustentação oral. Dessa forma, o médico denunciado não tem noção de que sanção lhe será aplicada nem quando é notificado da abertura da sindicância, nem quando é aberto o processo ético-disciplinar, nem quando da sustentação oral.

Tal abertura normativa possibilita que diante de qualquer ilícito tipificado no código de deontologia médica seja aplicada qualquer punição prevista na lei de criação do conselho de medicina, malferindo os princípios da segurança jurídica, da legalidade e da tipicidade. Este quadro leva a um exercício arbitrário do poder punitivo do Estado, o que é inconcebível em um Estado de Direito.

Portanto, a discricionariedade conferida aos aplicadores das sanções administrativas no âmbito dos conselhos de medicina é inconstitucional por ser incompatível com a principiologia de um Estado Democrático de Direito, adotado pela Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ANTEPROJETO de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/leiorganica/anteprojeto.pdf>. Acesso em 17 de fevereiro de 2018.

ARAÚJO, Fernando Eugênio. Limites do poder discricionário da Administração Pública na aplicação das sanções disciplinares aos servidores públicos. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 495, 14 nov. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5925>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; STRASBURG, Adriana. Discricionariedade administrativa e processo sancionatório: inconsistências normativas e possibilidades interpretativas em torno da Lei n. 8.666/93. Revista Do Tribunal De Contas Do Estado De Minas Gerais jan/mar, 2011, v. 78, n. 1, ano XXIX. Disponível em: <<http://www.revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1130.pdf>>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.

ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. 3ª ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2014.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. A inconstitucionalidade das sanções ético-disciplinares aplicadas pelos conselhos de medicina. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3013.pdf>> Acesso em 06 de outubro de 2017

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CARNEIRO NETO, Durval. Os Conselhos de Fiscalização Profissional: uma trajetória em busca de sua Identidade Jurídica. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 25, março, abril, maio, 2011. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-25-MAIO-2011-DURVAL-CARNEIRO-NETO.pdf>>. Acesso em 06 de outubro de 2017

CARNEIRO NETO, Durval. Processo, jurisdição e ônus da prova no direito administrativo: um estudo crítico sobre o dogma da presunção de legitimidade. Salvador: Editora Juspodivm. 2008.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo. El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. Rev. derecho (Valdivia), Valdivia , v. 25, n. 2, p. 131-157, dic. 2012 . Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200006&lng=es&nrm=iso>. accedido en 06 oct. 2017. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200006>.

COTRIM NETO, A. B. Direito administrativo da autarquia. São Paulo: Freitas Bastos, 1966

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIAS, Eduardo Rocha. Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados. São Paulo: Dialética, 1997.

FERREIRA, Daniel. Sanções Administrativas. São Paulo: Editora Malheiros: 2001.

FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). Conselhos de fiscalização profissional: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

GARCIA, Flávia Amaral; MOREIRA NETO Diogo de Figueiredo. A PRINCIPIOLOGIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 37, janeiro/fevereiro/março de 2014. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-37-JAN-2014-FLAVIO-AMARAL-DIOGO-NETO.pdf>>. Acesso em 06 de outubro de 2017

HORBACH, Carlos Bastide. Conselhos profissionais devem obediência à legalidade estrita. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-11/analise-constitucional-conselhos-profissionais-obedecer-legalidade-estrita>. Acesso em 08 de novembro de 2017

MAURER, Hartmut. Direito Administrativo Geral. Trad. Luís Afonso Heck. Barueri-SP: Manole, 2006

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. A independência das instâncias e do processo ético-disciplinar. In: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Ano 39., n. 89 (jul./dez. 2009). Rio de Janeiro, OAB, Conselho Federal. Pp. 111-121

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 40ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza e regime jurídico das autarquias. São Paulo: RT, 1968.

MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e Princípio da Legalidade. In: BUENO, Vera Sarpinella; MOREIRA, Gerfran Carneiro; Mello, Rafael Munhoz de; FRANÇA, Vladimir da Rocha. Devido Processo Legal na Administração Pública. São Paulo: Editora Max Limonad, 2011. p. 143-185

MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora Malheiros. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009.

MODERNIZATION. Encyclopædia Britannica. Encyclopædia Britannica Online. Encyclopædia Britannica Inc., 2018. Web. Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/modernization>>. Acesso em 25 de janeiro de 2018.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. É preciso construir uma teoria geral do Direito Sancionador. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-out-15/alexandre-moreira-preciso-construir-teoria-direito-sancionador>>. Acesso em 06 de novembro de 2017.

MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almedina, 1997.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 219, p. 127-151, jan. 2000. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47499/45245>>. Acesso em: 22 Out. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v219.2000.47499>.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Infrações e sanções administrativas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

OSORIO, Fabio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

POLICASTRO, Décio. O processo disciplinar dos médicos. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. jan/jun, 2012, v. 29, ano 15. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Pp.63-75

QUINTINO, Elísio de Almeida. A verdadeira natureza jurídica dos Conselhos de Fiscalização Profissional e seus aspectos polêmicos: Aprofundamentos e reflexões. Rio de Janeiro: Fernão Juris, 2008

RINCÓN, Jose Suay. Sanciones Administrativas. Studio Albornotiana. Bolonha: Publicaciones del Real Colegio de España, 1989.

RODRIGUEZ, Zuñiga Laura. Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador ?Hacia una “administrativización” del derecho penal o una “penalización” del derecho administrativo sancionador?. In: MARTÍN, Adán Nieto (coord.). Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos In memoriam. Cuenca-ESP: Ediciones Universidad Salamanca, 2001. p. 1417-1444. Disponível em: <https://www.academia.edu/26735580/RELACIONES_ENTRE_DERECHO_PENAL_Y_DERECHO_ADMINISTRATIVO_SANCIONADOR>. Acesso em 06 de outubro de 2017

SANTOS, Luiz Fernando de Freitas. A tipicidade no direito administrativo sancionador: Balada de La Justicia y La Ley in OSÓRIO, Fábio Medina (coord.). Direito sancionador: sistema financeiro nacional. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de direito constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva: 2013.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. Instituições de direito do trabalho. v. 2 ,12 ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 959.

VITTA, Garcia Heraldo. A sanção no direito administrativo. São Paulo: Editora Malheiros. 2003