

A OAB e a Regulação Responsiva

OAB and Responsive Regulation

Submetido(submitted): 13/05/2021

Parecer(revised): 20/05/2021

Aceito(accepted): 27/05/2021

Marcelo Borges Proto de Oliveira*

<https://orcid.org/0000-0003-2416-6542>

Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)

Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

Abstract

[Purpose] The article aims to investigate whether there is conformity between the disciplinary action of the Ordem dos Advogados do Brasil (Brazilian Bar Association) and the Responsive Regulation Theory proposed by Ayres and Braithwaite.

[Methodology/approach/design] The article aims to determine whether the existing procedure for disciplinary punishments within the Bar Association of Brazil meets the commands of Ayres and Braithwaite's responsive regulation theory, also using the statistical reports released by the OAB Section.

[Findings] Although the high number of regulators and the lack of an OAB operational structure to deal with infringing practices by lawyers and law firms are limiting factors to regulatory control, the greater diffusion of the theory of responsive regulation can contribute to regulatory changes capable of providing a responsive environment within the scope of the OAB.

[Practical implications] The article seeks to stimulate discussions about the possibilities of changing the punitive procedure within the scope of professional councils, notably the OAB, to improve disciplinary regulation and mitigate the social damage caused by acts of transgressive lawyers.

[Originality/value] The article fills a gap in the study of regulation, which may represent a change in the regulatory approach of professional class councils.

Keywords: OAB. Responsive Regulation. Disciplinary Power. Profession Regulation. Professional Councils.

Resumo

[Propósito] Investigar se há conformidade entre a atuação disciplinar da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Teoria da Regulação Responsiva proposta por Ayres e Braithwaite.

[Metodologia/abordagem/design] Apurar se o procedimento existente para as punições disciplinares dentro da Ordem dos Advogados do Brasil atende aos comandos da teoria da regulação responsiva de Ayres e Braithwaite, utilizando-se, ainda, dos relatórios estatísticos divulgados por Seccionais da OAB.

*Procurador do Estado de Goiás e advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás - UFG. Especialista em Direito Previdenciário. E-mail: marceloproto@gmail.com.

[Resultados] Embora o elevado número de regulados e a falta de estrutura operacional da OAB para lidar com práticas infracionais por advogados e sociedades de advogados sejam fatores limitadores ao controle regulatório, a maior difusão da teoria da regulação responsiva pode contribuir para alterações normativas aptas a propiciar um ambiente responsivo no âmbito da OAB.

[Implicações práticas] Estimular as discussões sobre as possibilidades de se alterar o procedimento punitivo no âmbito dos conselhos profissionais, notadamente a OAB, a fim de se melhorar a regulação disciplinar e mitigar os danos sociais causados por atos de advogados transgressores.

[Originalidade/relevância do texto] O artigo preenche uma lacuna no estudo da regulação, eis que pode representar uma alteração da abordagem regulatória dos conselhos profissionais de classe.

Palavras-chave: OAB. Regulação Responsiva. Poder Disciplinar. Regulação de profissões. Conselhos Profissionais.

INTRODUÇÃO

A Ordem dos Advogados do Brasil foi criada no ano de 1930 pelo Decreto presidencial n. 19.408. Tem como finalidade a regulação da atuação de advogados e sociedades de advogados no país. Segundo decisões do próprio Supremo Tribunal Federal, na ADI 3026 e no MS 36376, cuida-se de uma autarquia *sui generis* e os números falam por si para representar a importância dessa instituição no contexto nacional: são mais de 1,2 milhões de advogados inscritos em seus quadros (OAB, 2021) e o país é quem detém a primeira posição em número de faculdades de Direito no mundo (FREITAS, 2020). Como conformar a missão institucional de punir transgressões de conduta, prevenir atos antijurídicos, melhorar a relação entre instituição, advogado e sociedade num contexto de milhões de advogados, processos e clientes? Existe uma regulação responsiva no âmbito da OAB? Quais contribuições essa teoria proposta por Ayres e Braithwaite pode trazer ao sistema de regulação profissional? Algumas iniciativas já foram tomadas e serão objeto deste estudo, mas há um campo fértil para se implementar e expandir a responsividade na Ordem.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL COMO ÓRGÃO REGULADOR

Os dilemas regulatórios surgidos a partir do Estado liberal, decorrentes da necessidade de se compatibilizar a necessária liberdade de mercado com o poder ilimitado da soberania (LOPES, 2018), se estendem sobre o exercício profissional.

A regulação da advocacia no Brasil remonta necessariamente ao surgimento da então chamada Ordem dos Advogados Brasileiros, criada pelo Decreto n. 19.408, de 18 de novembro de 1930.

Ainda que se argumente a existência prévia do Instituto dos Advogados Brasileiros, este era um órgão governamental e essencialmente voltado aos estudos jurídicos no país, sendo uma congregação com propósitos mais culturais do que disciplinares (ALMEIDA, 2003).

Em acepção mais genérica, o conceito de “regulação” pode ser aplicado a qualquer atividade, trazendo consigo uma ideia maior de organizar determinado setor, de modo que necessariamente interfere em decisões ou condutas adotadas por terceiros (CARVALHO, 2007).

Segundo Floriano de Azevedo, por *regulação* deve-se compreender toda a atividade estatal sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da exploração da atividade econômica (em sentido amplo) do Estado (MARQUES, 2002).

Para Diogo de Figueiredo, *regulação* é uma função administrativa, que não decorre, assim, do exercício de uma prerrogativa do poder político mas, muito pelo contrário, decorre da abertura, pela lei, de um espaço decisório reservado a uma ponderação politicamente neutra de interesses concorrentes em conflitos setoriais, potenciais ou efetivos (NETO, 2003).

Para (LOPES, 2018) liberdade econômica e disciplina estão intimamente ligadas, para que se respeite o espaço da mecânica natural dos comportamentos. O Estado vigia esse espaço para que essa mecânica ocorra e só a partir daí intervém.

Sob essa ótica denota-se que, a partir da criação da OAB e da publicação do seu primeiro Estatuto, por meio do Decreto n. 20.784 de 14 de dezembro de 1931, o Estado, de fato, cria uma estrutura para exercer a regulação da profissão de advogado.

Desde então, iniciou-se os requisitos para inscrição nos quadros da Ordem e o exercício profissional condicionado ao pertencimento e filiação obrigatória à Instituição (art. 22).

Dentre outras exigências, o inscrito precisava ser bacharel ou doutor em direito, por faculdade reconhecida pelas leis da República ao tempo da formatura, ou por faculdade de país estrangeiro, legalmente reconhecida, e confirmado o grau no Brasil, salvo o disposto em tratados internacionais relativos ao reconhecimento recíproco de título (art. 13, I)¹.

¹É necessário mencionar que até a publicação da Lei n. 7.346, de julho de 1985, era permitido no Brasil a inscrição na OAB dos legalmente intitulados “provisionados”, popularmente conhecidos como rúbulas, profissionais autorizados a exercer a profissão

A par disso, as restrições ao exercício dessa profissão no país foram marcadas também pela institucionalização de uma estrutura também voltada para garantir direitos e ao mesmo tempo punir advogados.

A composição dos altos quadros de direção da OAB sempre foi formada por advogados (art. 69 do Decreto n. 20.784/1931)², podendo-se afirmar que desde o seu nascedouro, a Instituição participa de um processo autorregulatório da atividade no país.

Hoje, fala-se em autorregulação (*Selbstregulierung*) e, por autorregulação, deve-se entender a existência de regras comportamentais desenvolvidas com alguma participação do próprio destinatário ou exclusivamente desenvolvidas por ele (ARANHA, 2019).

Isso porque a criação e o próprio Estatuto da OAB são decorrentes da produção legislativa de um terceiro, que é o Estado, por meio de um Decreto do Poder Executivo quando do surgimento da Instituição em 1931 e os estatutos posteriores, em 1963 e 1994, frutos de lei.

Ainda que não houvesse a participação de advogados no processo legislativo de edição dessas normas, pode-se falar em autorregulação da advocacia no Brasil pela ótica da produção de normas regulatórias oriundas da própria Ordem, a exemplo do Código de Ética Profissional do Advogado, publicados em 1934, 1995 e 2015, e centenas de regulamentos procedimentais editados pelas dezenas de seccionais e pelo Conselho Federal.

Em outros termos, ao permitir que os próprios advogados, por meio da Ordem, editem normativos de observância obrigatória pelos seus pares, o Estado indiretamente está operacionalizando um setor conjuntamente com o ator regulado.

Art. 54. Compete ao Conselho Federal: [...]

V - editar e alterar o Regulamento Geral, o Código de Ética e Disciplina, e os Provimientos que julgar necessários;

VI - adotar medidas para assegurar o regular funcionamento dos Conselhos Seccionais;

VII - intervir nos Conselhos Seccionais, onde e quando constatar grave violação desta lei ou do regulamento geral;

de defensor sem ter se bacharelado em direito, mas com atuação historicamente limitada: poderiam advogar tão somente em primeira instância (art. 74 da Lei n. 4.215/63). Essa mesma Lei n. 7.346/85, publicada no início da redemocratização do país, ao mesmo tempo que vedou novos inscritos dessa classe na OAB, tornando-se o quadro de provisionados em extinção, revogou essa limitação jurisdicional do alcance do exercício da profissão.

²Os dois Estatutos subsequentes reproduziram essa obrigatoriedade (art. 7º da Lei n. 4.215/63 e art. 63, § 2º da Lei n. 8.906/94).

É o que Marcio Aranha (ARANHA, 2019) chama de autorregulação com o Estado, correção (co-regulation ou *Ko-Regulierung*).

Nehemias Gueiros afirma que a Ordem não é "apenas uma associação profissional, mas uma corporação criada pelo Estado, que lhe delegou o seu poder de polícia, para que a disciplina se fizesse pelos seus próprios membros, fazendo dela, ao mesmo tempo, órgão de classe e órgão de Estado (GUEIROS, 1964).

Para a Suprema Corte brasileira, a Ordem é uma instituição *sui generis*, já que não se sujeita ao controle do Tribunal de Contas da União, entendimento recentemente reforçado em decisão dada no mandado de segurança n. 36376 (STF, 2019)³, impetrado pelo Conselho Federal da instituição, com liminar dada pela Ministra Rosa Weber, que reforçou a necessidade de manutenção do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3026 (STF, 2006), a seguir ementada:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. [...] 2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas

³(...) 7. Assim configurado o *fumus boni iuris*, tenho que o *periculum in mora* também se encontra presente, ao menos em duas perspectivas. Em termos imediatos, o estabelecimento incontestado da relevância e complexidade do tema, e em especial a existência de diretivas constantes em precedente deste Supremo Tribunal Federal, levam ao reconhecimento da necessidade de manutenção do status quo até que seja possível ao colegiado se debruçar sobre a questão de modo exauriente, com o objetivo de decidir se a mudança de orientação proposta pelo Tribunal de Contas merece ou não chancela jurisdicional, implicando alteração dos rumos dos julgados desta Corte. Em termos mediatos, é consequência do reconhecimento da repercussão geral a "suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional" (§ 5º). Para que se assegure a desejável coerência sistêmica sem que, com isso, se permita ocorrência de gravame ou prejuízo à parte interessada, e levando-se em conta, ainda, o custo temporal do trâmite ordinário de qualquer processo judicial desta envergadura, o deferimento de liminar se apresenta como a alternativa mais consentânea com o intuito de resguardar situações jurídicas do titular impetrante, considerada a determinação de prestação de contas para o exercício vindouro. Diante do exposto, defiro a liminar pleiteada para suspender a eficácia do Acórdão nº 2573/2018, proferido no âmbito do Processo Administrativo 015.720/2018-7, de modo a desobrigar a OAB a prestar contas e a se submeter à fiscalização do TCU até julgamento final do presente writ, ou deliberação posterior em sentido contrário. Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia da presente decisão ao Tribunal de Contas da União e à Procuradoria-Geral da República. Aguarde-se o parecer. Após, conclusos. Publique-se. Brasília, 07 de junho de 2019. Ministra Rosa Weber Relatora

existentes no direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências". 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. 7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênera dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional. 8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente. 9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao caput do artigo 79 da Lei n. 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB. 10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB. 11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade. 12. Julgo improcedente o pedido. (ADI 3026, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2006, DJ 29-09-2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-03 PP-00478 RTJ VOL-00201-01 PP-00093)

Esse entendimento poderá ser revisto no Recurso Extraordinário (RE) 1182189, que teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual do STF, e trata justamente da fixação da abrangência do artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal, quanto à possibilidade de se conferir ao dispositivo interpretação para atos de fiscalização e controle do TCU sobre a OAB.

O SURGIMENTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL ORIGEM, INGRESSO E PUNIÇÕES

A Ordem dos Advogados do Brasil foi criada por um “verdadeiro milagre” (GUIMARÃES e BESSONE, 2003), por meio do Decreto n. 19.408, de 18 de novembro de 1930, editado pelo então presidente Getúlio Vargas, que acabara de tomar o poder por meio da Revolução de 1930.

Nesse período ditatorial e de recém-chegada⁴ ao posto máximo da nação, os decretos presidenciais detinham força de lei. Refletindo o já atribulado

⁴Revolução de 1930 foi desencadeada em 03 de outubro de 1930. Provisoriamente uma junta militar ocupa o governo e Washington Luís é deposto. Vargas assume o poder em 03 de novembro do mesmo ano.

período, o dispositivo (art. 17), que criou a Ordem, foi inserido num normativo que objetivava a disciplina de um órgão totalmente diverso: a reorganização administrativa do poder judiciário:

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.

Esse “acaso” na institucionalização da Ordem é relatado pelo advogado e historiador Alberto Venâncio Filho, o qual menciona uma carta escrita pelo então procurador-geral do Distrito Federal, André de Faria Pereira, personagem chave desse processo (FILHO, 1982):

“leve o projeto [que viria a se tornar o decreto 19.408/30] a Osvaldo Aranha⁵, que lhe fez uma única restrição, exatamente no artigo 17, que criava a Ordem dos Advogados, dizendo não dever a Revolução conceder privilégios, ao que ponderei que a instituição da Ordem traria ao contrário, restrição aos direitos dos advogados e que, se privilégio houvesse, seria o da dignidade e da cultura”.

Embora o texto faça menção que a Ordem dos Advogados regerá pelos estatutos aprovados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, é preciso salientar que o IAB foi criado no período imperial, em 7 de agosto de 1843 (ALMEIDA, 2003) e possuía outras atribuições, mas justamente uma delas era a criação da própria OAB, o que somente ocorreu 97 (noventa e sete) anos depois (ALMEIDA, 2003):

Por sinal, vale relembra, o Instituto foi criado, sob inspiração lusitana, para organizar a OAB. Num primeiro momento, o Instituto foi imprescindível e serviu de suporte até mesmo para fundamentar as decisões dos tribunais, bem como para responder a consultas oriundas da administração imperial, uma vez que foi constituído inicialmente como um órgão governamental.

O primeiro regulamento da Ordem dos Advogados foi aprovado pelo Decreto n. 20.784, de 14 de dezembro de 1931, ainda na constância de um governo provisório e não democrático. Inicialmente, compreendia uma seção central, com sede no Distrito Federal, e uma seção em cada Estado e no Território do Acre, com sede na Capital respectiva (art. 3º).

A Ordem exercia suas atribuições, em todo o território nacional, pelo Conselho Federal e pelo presidente e secretário geral. Em cada seção, pela assembleia geral, pelo conselho e pela diretoria. Em cada subseção, pela diretoria e pela assembleia geral. Havia desde sua concepção inicial uma divisão

⁵Então ministro da Justiça.

territorial e a subordinação administrativa e jurídica a uma estrutura central localizada no Distrito Federal, muito similar ao que existe atualmente.

Quanto às penalidades, havia a previsão de advertência e censura, sem publicidade, multa, suspensão e, por fim e a mais severa, de cancelamento.

Em razão dos entraves na implementação da Ordem, é preciso salientar que o Decreto n. 22.266, de 28 de dezembro de 1932, adiou para 31 de março de 1933 a execução do Regulamento, então programada para 1º de maio de 1932. Sobrevieram modificações trazidas pelos Decretos n. 21.592, de 1º de julho de 1932 e n. 22.039, de 1º de novembro de 1932. O Decreto n. 22.478, de 20 de fevereiro de 1933, consolidou os dispositivos regulamentares da Ordem dos Advogados do Brasil.

Em 25 de julho de 1934 foi aprovado o primeiro Código de Ética Profissional, permanecendo em vigor até 13 de fevereiro de 1995.

O Decreto n. 20.784/31, o que inaugura o Estatuto da Ordem, permaneceu em vigor até 27 de abril de 1963, revogado pela Lei n. 4.215.

Nesse novo regramento, para ser advogado, além de ter se bacharelado em Direito, houve a inserção de um dispositivo que impõe prévia experiência em estágio, comprovado por meio de certificado, ou habilitação no Exame de Ordem (art. 48 e incisos).

As punições sofrem uma ampliação, havendo a inclusão da pena de exclusão de recinto, aplicável às infrações cometidas perante o Conselho Federal e audiências ou sessões de julgamento em tribunais. As demais penalidades foram mantidas, alterando-se somente a nomenclatura de pena de cancelamento para a de eliminação dos quadros da OAB (art. 106 e incisos).

Já no período democrático do país, a Lei n. 8.906/94 apenas extinguiu a possibilidade de ingresso por meio de comprovação de estágio prévio, além de praticamente manter as sanções já previstas no Estatuto revogado, alterando-se apenas a nomenclatura de “eliminação” para “exclusão” (art. 35) e abolindo-se a penalização de exclusão de recinto.

É de se notar que desde o início da fundação da OAB até o presente, o procedimento de aplicação de penalidades e os tipos punitivos não sofreram formalmente grandes alterações.

No entanto, em 03.11.2020, foi publicado o Provimento nº 200/2020 pelo Conselho Federal da OAB e que regulamenta o recém-criado art. 47-A do Código de Ética Profissional, o qual permite a celebração de termo de ajustamento de conduta para fazer cessar a publicidade irregular praticada por advogados e estagiários.

O referido Provimento foi além e também abarcou as hipóteses infracionais penalizadas com censura, trazidas pelo art. 36 do Estatuto.

Vamos analisar essa inovação dentro do contexto disciplinar dos advogados, campo fértil para a aplicação da Teoria da Regulação Responsiva.

TEORIA RESPONSIVA DA REGULAÇÃO

Diante do considerável número de advogados no país, em maio de 2021 contávamos com R\$ 1.291.885 (OAB, 2021) profissionais inscritos na OAB e com perspectivas de crescimento expressivo desse quantitativo, já que somos o país com o maior número de faculdades de Direito no mundo, como demonstra a 4ª edição do estudo Exame da Ordem em números, realizado pela Fundação Getúlio Vargas em parceria com a OAB (FREITAS, 2020). Aliado ao grave contexto de crise econômica vivido no Brasil, especialmente após a pandemia de Covid-19 (PET ECONOMIA UFPR, 2020), a Ordem enfrenta grandes desafios regulatórios.

Vêm sendo objeto de discussões no âmbito da OAB as alterações nos regramentos sobre publicidade na advocacia.

Segundo a maioria dos advogados, as regras atuais estão defasadas, levando em conta que o Provimento n. 94/2000 começou a vigorar em 5 de setembro de 2000, quando as redes sociais ainda engatinhavam e não tinham a mesma proporção que têm hoje (RODAS, 2021).

Mais de 82% dos profissionais são favoráveis à publicidade e propaganda da advocacia nas redes sociais. Cerca de 83% disseram que são a favor da flexibilização das regras e 79% afirmaram querer utilizar plataformas digitais para intermediação e divulgação dos serviços (RODAS, 2021).

Nesse contexto de defasagem normativa, aqui entendida como um descompasso entre a vontade da maioria dos profissionais e o autorregimento erigido pela própria instituição classista, temos agora um inédito instrumento criado pelo Conselho Federal da OAB e podemos afirmar que traz um parâmetro responsivo à disciplina quanto à publicidade profissional e às infrações puníveis com censura.

A teoria da Regulação Responsiva (*responsive regulation*) foi concebida da necessidade de se superar o debate entre aqueles que entendem ser necessária uma forte regulação estatal da atividade econômica e os defensores da desregulação (SILVA, 2017).

As ideias de pirâmides de suportes e sanções (*pyramids of supports and sanctions*) estão no centro da teoria (BRAITHWAITE, 2011). O paradoxo da regulamentação responsiva é que, ao mesmo tempo em que há a possibilidade de se escalar em duras punições, a maior parte da regulamentação pode se dar por meio da construção de capacidade colaborativa.

Segundo os autores, à medida que subimos na pirâmide de sanções, intervenções cada vez mais exigentes e duras deverão ser acionadas. A ideia da

pirâmide é pressupor que a abordagem sempre deve começar na base. Em seguida, passará para abordagens com traços punitivos apenas se o regulado relutar e somente quando o diálogo falhar. Depois, se avançará para abordagens ainda mais punitivas quando as sanções mais moderadas falharem.

Para Braithwaite, mesmo em questões mais sérias, a exemplo de desrespeito às obrigações legais para operar uma usina nuclear que arrisca milhares de vidas, ele mantém a presunção de que é melhor se iniciar com o diálogo na base da pirâmide.

Entende, ainda, que a reforma acatada pelo regulado deve ser recompensada. A presunção piramidal de persuasão dá a opção mais barata e mais respeitosa como primeira escolha. Tentativas punitivas de controle mais dispendiosas são, portanto, mantidas em reserva para a minoria dos casos em que a persuasão falha.

Quando essa abordagem falha, o motivo mais comum é que um ator está sendo um calculista racional sobre os custos prováveis da aplicação da lei em comparação com os ganhos por infringi-la.

A escalada por meio de penalidades progressivamente mais dissuasivas frequentemente levará o ator racional a calcular que se tornará mais vantajoso obedecer.

De acordo com a teoria regulatória responsiva, o que se pretende é um sistema jurídico onde os cidadãos aprendam que a responsividade (*responsiveness*) é a forma como nossas instituições jurídicas funcionam. A partir do momento em que enxergarem a lei como um sistema regulatório responsivo, eles saberão que haverá uma chance de se argumentar contra leis injustas, ao contrário do que foi previsto em um processo judicial ou em um acordo de delação (*plea bargain*) (BRAITHWAITE, 2011).

O fundamento da regulação responsiva é a crença dos regulados na inexorabilidade da escalada punitiva se os problemas não forem corrigidos. O sistema funciona melhor com um espectro de punição, ameaçando em segundo plano, mas nunca em primeiro plano.

O risco do confronto exceder o convencimento é um dos motivos pelos quais o pico da pirâmide deve estar sempre agitado ao fundo, mas não diretamente ameaçado no primeiro plano.

Onde a punição é colocada em primeiro plano, mesmo por meio de ameaças implícitas, a decisão alheia é dificultada porque o ofensor é convidado a deliberar de maneira autocentrada, preocupando-se em proteger-se das penalidades.

O trabalho dos reguladores responsivos é tratar os infratores como dignos de confiança, porque a evidência é que, ao fazer isso, a regulamentação atinge com mais frequência seus objetivos (BRAITHWAITE, 2011).

A regulação responsiva pede aos reguladores que não sejam tão sérios sobre qualquer teoria, incluindo a própria regulação responsiva. Esteja persistentemente atento e responsivo ao contexto. A capacidade de resposta tem a ver com flexibilidade em um sentido muito mais radical do que escolha flexível entre uma série de sanções dispostas em uma pirâmide. Deve-se dar voz aos interessados, estabelecer os resultados acordados e monitorá-los (ANDRADE, 2016):

Para regulação responsiva não há respostas ideais, universalmente aplicáveis, nem mesmo melhores soluções, mas medidas que respondem melhor que outras considerando a pluralidade de configurações positivas e negativas que possam repercutir em determinado momento histórico (AYRES e BRAITHWAITE, 1992), no sentido de manter a integridade institucional, considerando os novos problemas, forças, exigências e expectativas (SELZNICK, 1994). A regulação é por demais complexa e variável, inviabilizando generalizações e precipitações (CROLEY, 2007).

Essa ideia de que não há respostas prontas para abordagens jurídicas vai ao encontro do pensamento de (HABERMAS, 2001):

Y entonces queda claro que los expertos no sólo interpretan las distintas proposiciones normativas a partir del contexto que esas proposiciones tienen en el corpus del derecho considerado en conjunto, sino también desde el horizonte de una precomprensión de la sociedad contemporánea, la cual resulta rectora en todo su trabajo de interpretación. Em este aspecto la interpretación del derecho es siempre también una respuesta a los desafíos de una situación social percibida de determinada manera⁶.

Deve-se implantar uma combinação de ferramentas regulatórias e a melhor maneira de fazer isso é dinamicamente, de forma que, em sequência, os pontos fortes de uma ferramenta possam ter a chance de cobrir os pontos fracos de outra.

Os delinquentes não costumam estar comprometidos com a violação da lei. Em vez disso, eles oscilam ambivalentemente entre mundos de delinquência e obediência à lei. Eles não acham que quebrar as regras da sociedade seja certo, mas caem em "técnicas de neutralização" que suavizam o vínculo moral da lei (BRAITHWAITE, 2011).

⁶E, então, fica claro que os especialistas não só interpretam as diferentes proposições normativas a partir do contexto que essas proposições têm no ordenamento jurídico considerado como um todo, mas também a partir do horizonte de uma pré-compreensão da sociedade contemporânea, que está governando em todo o seu trabalho de atuação. Nesse aspecto, a interpretação do direito é sempre também uma resposta aos desafios de uma situação social percebida de certa forma (tradução livre).

RESPONSIVIDADE NA ATUAÇÃO DISCIPLINAR NA OAB?

Como já evidenciado, as punições no âmbito da Ordem basicamente são: censura, suspensão, exclusão e multa, sendo que esta última pode ser aplicada cumulativamente com as duas primeiras.

O Provimento n. 200/2020 do CFOAB trouxe a possibilidade de se firmar um Termo de Ajuste de Conduta com o advogado ou estagiário que, regularmente inscrito nos quadros da OAB, não tiver contra si condenação transitada em julgado por representação ético-disciplinar.

Está afastada essa faculdade ao advogado ou estagiário a quem seja imputada a prática de mais de uma infração ético-disciplinar ou conduta que caracteriza violação simultânea de outros dispositivos do Estatuto da Advocacia e da OAB, além dos puníveis com censura ou relativos à publicidade irregular, bem como aos processos éticos-disciplinares com condenação transitada em julgado.

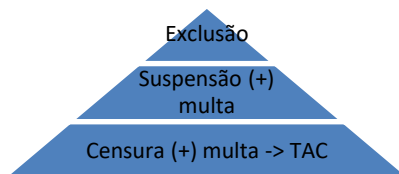


Figura 1 – Pirâmide regulatória da OAB

A iniciativa para tanto pode ser feita de ofício pelo Conselho Seccional ou Federal ou por requerimento do interessado. Este será notificado para, em 15 (quinze) dias, manifestar seu interesse em aderir ao Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), presumindo-se a recusa em caso falta de manifestação.

A norma autoriza que os conselhos seccionais disciplinem a matéria em seus regimentos internos.

O interessado se comprometerá a cessar a conduta objeto do TAC, reparar o dano eventualmente causado, fazer cessar os efeitos da infração, quando for o caso, bem como a se abster de praticar a mesma conduta no prazo fixado no instrumento correspondente.

A celebração do compromisso implicará na suspensão condicional do procedimento ou do processo ético-disciplinar instaurado, pelo prazo de 03 (três) anos, assim como dos prazos prescricionais das pretensões punitivas. Após o transcurso do lapso temporal, será arquivado definitivamente, sem anotações nos assentos profissionais.

Fica vedada a celebração do TAC por advogado ou estagiário já beneficiado com o instituto nos 03 (três) anos anteriores à conduta a ser apurada.

No caso de descumprimento dos termos celebrados, o TAC perderá seus efeitos e o processo disciplinar retomará seu trâmite.

Em consulta aos sítios eletrônicos de todas as seccionais da Ordem, em maio de 2011, verificamos que apenas a de Goiás e do Rio Grande do Norte possuem dados atualizados sobre os processos éticos disciplinares em andamento, especialmente após a publicação do Provimento n. 200/2020 do CFOAB. A unidade potiguar informou os seguintes dados entre novembro de 2020 e fevereiro de 2021 (RIO GRANDE DO NORTE, 2021). Ainda não foram alimentados os meses de março e abril de 2021. Ressalta-se que são 14.622 advogados e 93 estagiários inscritos no Estado (OAB, 2021). Não foram encontrados os quantitativos de eventuais instrumentos transacionais firmados no âmbito do referido ente:

	11/2020	12/2020	01/2021	02/2021
Processos éticos em tramitação	1051	977	1057	1071
Processos distribuídos	0	0	43	0
Processos arquivados liminarmente	0	0	0	0
Com parecer de admissibilidade	30	23	30	12
Julgados	0	22	0	0
Advertência sem registro	0	3	0	0
Advertência com registro	0	0	0	0
Censura	0	1	0	0
Suspensão	0	6	0	0
Exclusão	0	0	0	0
Improcedentes	0	10	0	0
Prescritos	0	2	0	0
Recurso	0	0	3	1

Tabela 1 - Número de processos éticos em tramitação OAB/RN

No que se refere à Goiás, são 47.460 advogados e 364 estagiários inscritos no Estado (OAB, 2021). Segundo dados da Instituição, até março de 2021, dezoito advogados aderiram à transação, sendo que outros 20 aguardam a celebração do TAC, denominado pelo órgão como Instrumento de Transação Ético Disciplinar (ITED) (GOIÁS, 2021). Vejamos os números abaixo:

	11/2020	12/2020	02/2021	03/2021
Suspensão por inadimplência		0		0
Suspensão Preventiva	1	0	9	0
Suspensão ético-disciplinar	24	19	8	14
Advertência	15	16	8	5
Censura	14	7	24	0
Improcedente	69	54	4	33

Exclusão	0	0	2	1
Prescrição	1	5	0	1
Consulta	1	3	1	3
Extinção sem resolução de mérito	2	3	0	1
Incompetência do TED para julgar	0	0	8	0
Embargos	6	11	10	4
Convertidos em diligência	13	2	1	5
Homologada a desistência da representação	0	1	0	0
Uniformização de jurisprudência	0	0	1	0
ITED	7		11	

Tabela 2 - Número de processos éticos em tramitação OAB/GO

Tendo em vista a permissão concedida na normativa federal, o Conselho Seccional de Goiás editou a Resolução n. 14/2020/CS, prevista apenas para as condutas de publicidade irregular ou captação indevida.

Interessante notar que a regulação estadual permite a adoção do TAC pelas sociedades de advogados. A Resolução impõe ao compromitente o compromisso de cessar imediatamente a conduta antiética, além de comparecer a um curso de marketing jurídico ético a ser ministrado pela Escola Superior da Advocacia de Goiás em data e horário a ser designada pelo órgão.

A ausência injustificada ao curso acarretará a incidência das mesmas infrações pela reincidência do ato ou descumprimento da transação.

Tendo em vista que o ITED é cabível para condutas em tese puníveis com censura, já se mostra nítido o impacto da inovação legislativa, ainda que a Seccional tenha limitado a possibilidade de transação apenas para condutas de publicidade irregular e/ou captação indevida.

Do total de 45 processos punidos com censura, ao menos 18 tiveram um fim diverso da punição, o que representa 40% do montante, caso considerássemos que esses 18 advogados teriam sido julgados e condenados nesse período de quatro meses, eis que em janeiro há recesso nos trabalhos.

Se considerarmos, ainda, que 20 advogados aguardam a marcação de audiência para a celebração do ITED, temos que o quantitativo é considerável ante a média de processos julgados por mês no período (11,25).

CONCLUSÃO

Conquanto a iniciativa seja um novo paradigma na condução ético-disciplinar no âmbito do sistema OAB, deixando de ter uma postura apenas na

regulação por comando e controle, não podemos afirmar ainda que há uma responsividade nessa inovação.

Primeiramente, embora haja um escalonamento nos níveis de punição, não necessariamente o ator regulado terá uma abordagem regulatória a partir da censura, eis que a depender da conduta a pirâmide punitiva já pode começar no topo (exclusão dos quadros), tampouco há a possibilidade de se firmar acordos se a conduta praticada não for punível com censura.

Além disso, ainda que os advogados tenham sido consultados para uma possível alteração nas normas relativas à publicidade e propaganda na advocacia, como acima demonstrado, não há notícias de que outros agentes envolvidos e diretamente interessados, como os próprios clientes dos causídicos, tenham sido ouvidos (governança em rede).

Daí porque o “cidadão do Estado Regulador é uma engrenagem essencial e uma força motriz necessária à implementação do interesse público, mediante coparticipação na prestação de atividades socialmente relevantes (ARANHA, 2015).

Da mesma forma, não há notícias de que houve consulta sobre a eventual extensão do TAC para além das hipóteses de censura.

Conforme dito por Braithwaite, a gravidade da conduta não é por si só um impeditivo para se iniciar o diálogo com o regulado e buscar formas gradativas de enfrentamento (*enforcement*), aliando técnicas de persuasão e dissuasão, da base da pirâmide ao topo, sempre buscando trazê-lo ao ambiente dos atores virtuosos.

As estratificações estanques, sem que haja possibilidade de adequação das abordagens regulatórias a depender da conduta do regulado, faz com que o sistema atual seja fortemente marcado pela legalidade estrita, isto é, pela mera análise da subsunção da conduta à norma (tudo ou nada).

Tampouco se verifica certa liberdade ao regulador na formulação dos TACs, haja vista que os acordos são rígidos até mesmo no tipo de ação que o advogado terá que tomar após a assinatura do instrumento (proibição de repetição do ato, reparação do dano e frequentar curso sobre marketing jurídico, esta última exigida na OAB Goiás), não sendo possível sequer a negociação de resultados.

Privilegiar o diálogo sem reservas, embora reafirmando explicitamente os objetivos, é uma das formas eficientes de manter o regulado na base da pirâmide regulatória, evitando a escalada de sanções (BRAITHWAITE, 2011).

O regulador deve ser justo, de mente aberta, respeitoso, não estigmatizante e persuasivo e cooperativo, em vez de coercitivo, na medida do possível (NIELSEN e PARKER, 2009).

Sabe-se que a teoria da regulação responsiva não é indene de críticas, como podemos ver nas ponderações elencadas por João Marcelo Azevedo Marques Mello da Silva (SILVA, 2017):

Existem também dúvidas relacionadas à legalidade da abordagem responsiva, isso porque normalmente as normas determinam que a infração por determinada conduta implica uma certa punição previamente estipulada. Logo, qualquer tipo de tratamento diverso pode ser considerado ilegal e inviabilizar a utilização das medidas alternativas. De maneira semelhante, a utilização de respostas individualizadas e adaptadas para cada ator carrega um elevado nível de discricionariedade, o que pode ser interpretado como atuação pouco transparente, parcial e benéfica a determinados atores em detrimento de outros. Por fim, nem sempre estão disponíveis as medidas ou sanções necessárias para que a escalada da pirâmide seja aplicável, já que a regulação responsiva requer um número relevante para que seus efeitos sejam percebidos.

Acrescenta-se, ainda, o fato de que, do ponto de vista operacional, existem dificuldades em se caracterizar adequadamente um usuário como virtuoso ou racional e diferenciar os regimes regulatórios em função dessa caracterização (LACERDA e THOMAS, 2019).

No entanto, a teoria responsiva é dotada de presunções, principalmente quanto ao comprometimento do regulado em seguir os comandos regulatórios, presumindo-se virtuosos (AYRES e BRAITHWAITE, 1992; ANDRADE, 2016; ANDRADE, 2016; ANDRADE, 2016). A própria teoria não descarta a adoção de enfrentamentos imediatos (*enforcement*) para atores ditos racionais e situações extremas de violência, caso não haja nenhuma possibilidade de diálogo. Um ofensor violento que, durante um julgamento, jura perseguir a vítima novamente para matá-la, pode ter que ser preso (BRAITHWAITE, 2011).

O afastamento de eventuais críticas ao sistema responsivo, como os expostos por Mello da Silva, poderiam ser suplantados com detida justificação e fundamentação das condutas tomadas de forma diferente pela OAB a depender do regulado e do ato praticado, alterando-se a Lei n. 8.906/94 para tipos abertos de abordagem regulatória, sempre priorizando o diálogo, a oitiva do ofendido, a reparação do dano e buscando o aperfeiçoamento do sistema sempre com abertura à consulta ao maior número de interessados e não apenas advogados, ainda que não sejam diretamente afetados pelo poder regulatório da Ordem.

Embora embrionária quanto à responsividade na condução dos processos ético disciplinares, sendo ainda necessária a efetivação dos apontamentos acima delineados, nos termos da Teoria Responsiva da Regulação proposta por Ayres e Braithwaite, mostra-se paradigmática a abertura de nova roupagem regulatória trazida pelo Provimento n. 200/2020 do CFOAB.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, E. D. S. E. *Ecos da Casa de Montezuma: O Instituto dos Advogados Brasileiros como referência na cultura jurídica nacional*. Tese (doutorado). ed. Florianópolis: Florianópolis, SC, 2003. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/86151>>. Acesso em: 02 maio 2021.
- ANDRADE, O. H. A. F. D. Legalizando as Drogas: Uma Abordagem conforme a Regulação Responsiva. *Journal of Law and Regulation*, Brasília, v. 2, p. 139-160, out. 2016.
- ARANHA, M. I. *Manual de Direito Regulatório*. 3. ed. London: Laccademia Publishing, 2015. p. Versão eletrônica Kindle.
- ARANHA, M. I. *Opinião & Análise*. JOTA, 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-formas-de-autorregulacao-26102019>>. Acesso em: 02 maio 2021.
- AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- BRAITHWAITE, J. *The Essence of Responsive Regulation*. UBC Law Review, Vancouver, v. 3, p. 475-520, mar. 2011.
- CARVALHO, C. E. V. D. *Regulação de serviços públicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 35.
- FILHO, A. V. Notícia Histórica da Ordem dos Advogados do Brasil (1930-1980). In: FILHO, A. V. *Notícia Histórica da Ordem dos Advogados do Brasil (1930-1980)*. Brasília: OAB, 1982. p. 25-30.
- FREITAS, H. *Jota, 14 abr. 2020*. Disponível em: <<https://www.jota.info/carreira/brasil-tem-mais-de-1-500-cursos-de-direito-mas-so-232-tem-desempenho-satisfatorio-14042020>>. Acesso em: 02 maio 2021.
- GOIÁS. OAB-GO, 2021. Disponível em: <<https://www.oabgo.org.br/oab/noticias/tribunal-de-etica/assinaturas-de-iteds-visam-a-celeridade-no-tramite-de-processos-etico-disciplinares-na-oab-go/>>. Acesso em: 09 maio 2021.
- GUEIROS, N. In: GUEIROS, N. *A Advocacia e o seu Estatuto*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., v. 3, 1964. p. 53.

- GUIMARÃES, L. M. P.; BESSONE, T. História da Ordem dos Advogados do Brasil: criação, primeiros percursos e desafios (1930-1945). In: BAETA, H. A. *História da Ordem dos Advogados do Brasil: criação, primeiros percursos e desafios (1930-1945)*. Brasília: OAB, v. 4, 2003. p. 21-22.
- HABERMAS, J. *Faticidad y validez*. Madri: Trota, 2001. p. 469.
- LACERDA, N. D. M.; THOMAS, P. T. TEORIA RESPONSIVA DA REGULAÇÃO EM SITUAÇÕES DE CRISES HÍDRICAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA ATUAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS NA CRISE DO RIO PARDO. *Journal of Law and Regulation*, Brasília, v. 5, p. 1-26, 10 set. 2019. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/27101>>.
- LOPES, O. D. A. *Fundamentos da Regulação*. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 132.
- MARQUES, F. D. A. Regulação setorial e autoridade antitruste - A importância da independência do regulador. In: _____ *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 95-118.
- NETO, D. D. F. M. In: _____ *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 132-133.
- NIELSEN, V. L.; PARKER, C. *Testing responsive regulation in regulatory enforcement*. [S.l.]: [s.n.], v. 3, 2009. p. 376-399. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1748-5991.2009.01064.x/epdf>>.
- OAB, **02 maio 2021**. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>>. Acesso em: 02 maio 2021.
- RIO GRANDE DO NORTE. **OAB/RN, 2021**. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>>. Acesso em: 09 maio 2021.
- PET ECONOMIA UFPR. **UFPR, 09 jul. 2020**. Disponível em: <<https://www.ufpr.br/portalfufr/noticias/crise-economica-causada-pela-pandemia-sera-longa-e-rigorosa-como-a-dos-anos-30-aponta-relatorio-feito-na-ufpr/>>. Acesso em: 2021 maio 02.
- RODAS, S. CONJUR. **CONJUR, 2021**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-23/oab-avaliar-liberacao-publicidade-redes-sociais>>. Acesso em: 02 maio 2021.

- SILVA, J. M. A. M. M. D. A Regulação Responsiva das Telecomunicações: Novos horizontes para o controle de obrigações pela Anatel. **Journal of Law and Regulation**, Brasília, v. 3, n. 1 (2017): Revista de Direito Setorial e Regulatório / Journal of Law and Regulation, p. 255-280, 15 maio 2017. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/19207>>.
- STF. BRASIL, **Brasília 8 jun. 2006**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2178282>>. Acesso em: 02 maio 2021.
- STF. BRASIL, **Brasília, 12 jun. 2019**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5660025>>. Acesso em: 02 maio 2021.

Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: nds@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>