ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R e RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 25 – março/abril/maio 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

OS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL: UMA TRAJETÓRIA EM BUSCA DE SUA IDENTIDADE JURÍDICA.

Durval Carneiro Neto
Mestre em Direito Público pela UFBA
Professor de Direito Administrativo
Juiz Federal na Bahia.

Sumário: **1)** INTRODUÇÃO. **1.1)** Prévia compreensão sobre "natureza jurídica" e "regime jurídico". **1.2)** Distinções entre os organismos de regulação profissional. **2)** PREMISSAS PARA O CONTROLE DO EXERCÍCIO DAS PROFISSÕES. **2.1)** Antecedentes históricos. **2.2)** Modelos de regulação profissional no Estado moderno. **2.3)** O controle profissional no direito europeu. **3)** O CONTROLE DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL NO DIREITO BRASILEIRO. **3.1)** Tratamento constitucional e aspectos gerais. **3.2)** A diversidade de legislações e tendência descentralizadora. **3.3)** A polêmica envolvendo a OAB e o TCU na década de 1950. **3.4)** A decisão do STF no MS 10.272-DF em 1963. **3.5)** O advento do DL 200/67, o Decreto 60.900/67 e o Parecer H753 da CGR. **3.6)** O DL 968/69, o Decreto 74.296/74 e o Parecer L069/75 da CGR. **3.7)** O alcance da supervisão ministerial prevista no DL 968/69. **3.8)** O DL 2.299/86 e a extinção da supervisão ministerial sobre os conselhos. **3.9)** A permanência do controle externo pelo TCU. **3.10)** O advento da MP 1549, convertida na Lei 9.649, de 27/05/98. **3.11)** A decisão do STF no MS 22.643-9. **3.12)** A decisão liminar do STF na ADI 1717-6. **3.13)** A decisão do STF no MS 21.797-9. **3.14)** Um controle externo diferenciado em relação aos conselhos profissionais. **3.15)** A reafirmação da exclusão da OAB do controle pelo TCU. **3.16)** A decisão do STF na ADI 3026-4. **3.17)** A decisão do STF no MS 26.150/DF e a extensão dos fundamentos da ADI 3026. **3.18)** A decisão do STF no MS 26.149/DF e a não extensão dos fundamentos da ADI 3026. **3.19)** A localização dos conselhos profissionais fora da Administração Pública. **3.20)** A situação dos conselhos de fiscalização profissional após a ADI 3026. **3.21)** O regime de pessoal nos conselhos de fiscalização das profissões. **3.22)** Iminência de nova legislação sobre organização da administração pública.

1) INTRODUÇÃO.

Qual a natureza jurídica dos organismos de regulação profissional? São entes estatais ou não-estatais? São entes de direito público ou de direito privado? São autarquias? Pertencem à Administração Indireta? Submetem-se às normas sobre licitações e contratos administrativos? Seus servidores submetem-se ao regime de

cargos públicos (estatutário) ou ao regime privado (celetista)? Submetem-se à regra do concurso público para admissão de pessoal?

A resposta a todas estas questões não é tão fácil quanto possa parecer, o que demonstra porque, passado mais de meio século desde a criação dos primeiros conselhos profissionais, ainda hoje o tema encontra grandes divergências no âmbito dos Tribunais, inclusive no próprio STF.

A verdade é que, num ambiente de crescente complexidade do fenômeno jurídico, está cada vez mais difícil se detectar, com adequada segurança, a "natureza jurídica" dos objetos de estudo do Direito. E se este é um dado presente em todos os campos da Ciência Jurídica, no Direito Administrativo ele adquire grande significação na medida em que houve nos últimos anos uma substancial mudança no modo de se pensar a Administração Pública, tanto sob aspecto orgânico quanto funcional, com reflexos em diversos institutos tradicionalmente estudados sob antigos paradigmas e que têm merecido uma nova leitura. Não à toa que tanto se ouve falar hoje em "crise" de diversos dogmas e conceitos tais como serviço público, poder de polícia, supremacia do interesse público entre outros.

Tal ocorreu em relação aos conselhos de fiscalização profissional, que, desde quando criados no Brasil a partir da década de 1930, sempre foram alvo de extensa polêmica na doutrina e na jurisprudência acerca da sua natureza e regime jurídico. Transitando entre o público e o privado, os conselhos foram sendo considerados como espécies de autarquias (autarquias corporativas), que nessa condição gozariam de várias prerrogativas inerentes à atuação do Estado, mas, de outro lado, estariam sob situação peculiar que lhes daria maior autonomia e independência em relação a controles administrativos.

Talvez por isso o ministro Joaquim Barbosa tenha dito, quando do recente julgamento da ADI n. 3026-DF, que a OAB estaria vivendo "no melhor dos mundos", ou seja, seria um ente com prerrogativas de direito público, mas sem os controles inerentes a esse múnus. Vale dizer, o conselho profissional seria uma autarquia apenas para o que lhe fosse conveniente em termos do exercício do poder de polícia (presunção de legitimidade dos atos administrativos, prerrogativas de prazos processuais diferenciados, legitimidade ativa tributária, legitimidade para ajuizar execução fiscal, regra geral do prazo prescricional qüinqüenal aplicável às dívidas Fazenda Pública, impenhorabilidade de bens, imunidade tributária etc.), mas não no que diz respeito aos mecanismos de controle administrativo (supervisão ministerial, controle pelo TCU, regras de licitações e contratos, regra do concurso público para os servidores etc.).

A questão, todavia, demanda uma análise detalhada de cada um dos aspectos que compõem o regime jurídico dos conselhos profissionais, haja vista as peculiaridades desses entes. Muito já se escreveu sobre tais questões na doutrina e na jurisprudência, mas algumas abordagens acabam se revelando diferentes, porque distintos os enfoques da análise. E não é difícil entender por que, bastando atentar sobre o que seja "natureza jurídica", sem olvidar que eventualmente se estará, com isso, atribuindo um mesmo rótulo a coisas distintas, variando apenas o grau de distinção.

Deveras, o enquadramento de um objeto de estudo do Direito numa determinada categoria, conferindo-lhe o que se costumou chamar de "natureza jurídica", é apenas o primeiro passo para se entender qual o conjunto de normas que lhe são aplicadas, mas isso não impede que se tenha atenção às variáveis que poderão existir em cada caso.

Não se olvida que, buscando-se revelar a "natureza" de um objeto, comparando-o com os demais que existem à sua volta, corre-se o risco de fechar os olhos às sutis diferenças que existem em tudo que se observa, mas que podem se revelar decisivas à boa observação. É a sina de todas as tentativas científicas de classificação. E se a história já mostrou que isso aconteceu até mesmo com as ciências pretensamente exatas, como a Física[1], de outro modo não poderia ser com a Ciência Jurídica, cujos conceitos volta e meia costumam entrar em "crise" ou sofrer alguma espécie de "reconstrução".

Portanto, antes de se tentar responder à indagação sobre qual a natureza jurídica dos organismos de regulação profissional, mister se faz entender melhor o que se busca com isso e qual o objetivo de tal análise, notadamente no caso brasileiro.

1.1) Prévia compreensão sobre "natureza jurídica" e "regime jurídico".

A Ciência Jurídica, em todos os tempos e lugares, sempre se valeu de categorias para identificar seus objetos de estudo[2], surgindo daí as mais diversas classificações. Neste sentido, classificar é agrupar por classes, segundo aquilo que se compreende como sendo a "natureza" de cada coisa. Coisas com características similares são agrupadas numa mesma classe, passando a ser consideradas, sob esta ótica, como detentoras de uma mesma natureza.

Tomando um exemplo no estudo das ciências naturais, pode-se dizer que, a partir de observações sobre os pontos em comum existentes entre determinados seres e coisas, optou-se primeiramente por separá-los nos grandes grupos dos *animais*, *vegetais* e *minerais*, identificando, em cada qual, uma série de características reveladoras da distinção.

Com base nisso, apesar de, por exemplo, serem visivelmente diferentes o leão e a galinha, ambos têm certas características comuns que os fazem ser genericamente classificados como *animais*. E considerados esses inevitáveis pontos de distinção, o grupo dos animais passa então a ser subdivido, enquadrando-se o leão numa categoria (*mamífero*) distinta da galinha (*ave*). Para além disso, novas características, mais específicas ainda, poderão ser levadas em conta, subdividindo-se ainda mais os grupos.

É inegável a utilidade de se investigar a natureza das coisas por meio dessas classificações, racionalizando o conhecimento humano. Não fosse essa sistematização, a compressão do mundo se revelaria um todo confuso e impossível.

---

[1] Que o diga a quebra de paradigmas promovida por Einstein no início do século passado.
[2] Utilizaremos aqui a palavra "objeto" para designar, genericamente, toda e qualquer dado passível de significação jurídica, sejam pessoas, coisas, instituições, condutas humanas ou fatos naturais.

Mas não se pode perder de vista que tais classificações, como formas artificiais que são, de organização do pensamento, acabam por reduzir as diferenças que sempre existem entre quaisquer objetos de conhecimento. Ao eleger uma classificação, o cientista convenientemente realça os aspectos comuns que considera relevantes entre os objetos, deixando de lado, porém, aspectos incomuns que reputa desprezíveis para os fins de utilidade a que se dispõe a classificação.

Em outras palavras, considera-se que para a adequada percepção humana da realidade à sua volta, é conveniente (por ser suficiente, ao menos num primeiro momento) que se entenda que leões, tigres e cachorros têm aspectos comuns ao ponto de serem classificados como *mamíferos*, de modo a não confundi-los com outros animais tais como galinhas, pombos e pavões, que por razões diferenciais são então classificados como *aves.*

Porém essa classificação, posto que possa se revelar útil à boa compreensão das características comuns a um grande número de animais, não deve impedir o cientista de estar atento a eventuais discrepâncias deste padrão. Ao se deparar, por exemplo, com a figura do ornitorrinco, cumpre, ao invés de considerar que haveria aí uma "crise" no conceito de *mamífero* ou no conceito de *ave*, ou buscar uma "reconstrução" para esses conceitos, simplesmente colocá-la com uma categoria diferenciada, reconhecendo que toda e qualquer classificação terá sempre pontos frágeis de identificação, e nem por isso se afastará a sua utilidade como elemento de facilitação do estudo científico. Ou seja, basta atentar para as diferenças que podem se tornar relevantes ao ponto de desafiarem um tratamento científico mais cuidadoso para determinados objetos do conhecimento.

Como bem já frisou Genaro Carrió[3], as classificações não são verdadeiras ou falsas, apenas podem se revelar úteis ou inúteis enquanto servirem ao propósito de melhor compreensão do objeto de estudo. Esclarecedora, nesse sentido, a lição de Augustín Gordillo quando diz que:

"possivelmente não há duas coisas no universo que sejam exatamente iguais em todos os aspectos. Por conseguinte, por semelhantes que sejam duas coisas, podemos usar as características em que diferem como base para colocá-las em classes distintas; podemos eleger um critério para a pertinência a uma classe tão detalhado e específico que em todo o universo não haja mais que um membro de cada classe. Na prática não o fazemos porque então a linguagem seria tão incômoda como seria se todas as palavras fossem nomes próprios. O que fazemos é usar palavras de classe ampla – e logo, se é necessário, estabelecemos diferenças dentro da classe como base para ulteriores distinções – dividindo a classe principal em tantas subclasses como consideremos conveniente. De igual modo, provavelmente não haja duas coisas no universo tão diferentes entre si que não tenham algumas características comuns, de maneira que constituam uma base para enquadrá-las dentro de uma mesma classe. Por isso, podemos razoavelmente classificá-las de uma ou outra maneira, agrupá-las de um ou outro modo, segundo

[3] *Sobre los limites del lenguaje normativo.* Buenos Aires: Astrea, 1973, p. 65. *Apud* Augustín Gordillo. *Tratado de derecho administrativo.*Tomo 1, parte general. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.I-22.

as características assimiláveis ou, ao contrário, diferenciáveis que não interesse destacar".[4]

Destarte, o cientista não pode se tornar escravo das classificações, nem se deixar cegar por elas, cabendo utilizá-las ou não, conforme o caso, porque, para além dos rótulos, o mais importante é buscar compreender realmente sobre o que se está tratando. E, diante de um objeto com características por demais especiais, não se deve insistir num pretenso rigor científico de enquadrá-lo numa categoria que não sirva adequadamente à descrição. Nenhuma falta de rigor científico haverá, até mesmo, em se reconhecer determinado objeto como único (ímpar), não passível de enquadramento em qualquer categoria preexistente.

Feitas tais considerações, podemos agora compreender que, no campo do Direito, os grupos nos quais se buscam classificar objetos diversos segundo determinadas características possuem em comum aquilo que se convencionou chamar de "natureza jurídica", ao passo que o conjunto dessas características de cada coisa compõe o seu respectivo "regime jurídico".

Natureza jurídica traduz a categoria de determinado objeto com que se está lidando, segundo uma prévia classificação científica, em regra construída pela doutrina. Regime jurídico traduz o conjunto de normas jurídicas aplicáveis a cada objeto individualmente considerado.

Dizer que duas coisas têm a mesma natureza jurídica é simplesmente compreender que, dadas certas características comuns que se reputa relevantes à sua adequada percepção, podem por isso ser designadas sob mesmo rótulo, tal como acontece, *v.g.*, com a categoria das pessoas jurídicas. Estas, por sua vez, podem ser subdivididas em outros grupos conforme se levem em conta características mais específicas, daí surgindo, por exemplo, a categoria das pessoas jurídicas de direito público e a das pessoas jurídicas de direito privado.

Percebe-se aí uma estreita relação entre "natureza jurídica" (categoria jurídica a que pertence o objeto) e o "regime jurídico" (conjunto de normas jurídicas que incidem sobre o objeto). Coisas com uma mesma natureza jurídica costumam ter regimes jurídicos semelhantes que justificam esse enquadramento, ou seja, regimes jurídicos com pontos comuns ou, como preferem alguns, um "regime jurídico geral".

Mas isso não pode ser tido como um dado absoluto, porque para a exata definição de um regime jurídico leva-se em conta um número de variáveis muito maior do que a simples definição da natureza jurídica. Vale dizer, a mera presença de determinada norma jurídica incidindo sobre um objeto e não sobre outro já poderá ser suficiente para se considerar estarem eles sujeitos a regimes jurídicos distintos, o que não impede possam ser considerados sob a mesma natureza jurídica.

À guisa de exemplo, no caso das pessoas jurídicas administrativas, tem-se que tanto o IBAMA quando o INCRA podem ser qualificados como típicas autarquias (mesma natureza jurídica), não obstante as normas jurídicas incidentes sobre tais entes não sejam rigorosamente iguais.

---

[4] *Op. cit.,* p. I-21.

O reconhecimento científico das categorias jurídicas *pessoa jurídica administrativa* e *autarquia* revela-se útil para determinados fins, mesmo em se considerando as variáveis que inevitavelmente existem nos objetos assim classificados. Caberá ao cientista do Direito cuidar de apontar subclassificações que levem em conta pontos comuns entre tais variáveis. Não se olvida, porém, que poderá haver casos em que as diferenças de regimes jurídicos entre dois objetos venham a ser tão contundentes que tornem inadequado agrupá-los numa mesma classe. Nessas situações, as distinções se evidenciam a tal ponto que acabam por tornar distintas as naturezas jurídicas.

1.2) Distinções entre os organismos de regulação profissional.

Feitas acima as considerações sobre o que entendemos ser a "natureza jurídica" e o "regime jurídico" de determinado objeto de estudo do Direito, buscaremos agora examinar os principais aspectos que podem ajudar a desvendar a natureza jurídica de um organismo de regulação profissional.

De logo deve ser dito que tais organismos – que já existem aos montes em nosso país, desde o início do século passado[5] – não seguem rigorosamente um mesmo regime jurídico, até porque instituídos segundo diversas legislações específicas, não obstante se possa extrair, sobretudo da Constituição, algumas normas jurídicas que incidem comumente sobre todos eles.

Tais pontos comuns podem fornecer indícios de que possam ter, muitos desses organismos, a mesma natureza jurídica. Todavia, à falta de determinado elemento preponderante para a definição categórica, é possível que alguns organismos detenham natureza jurídica distinta de outros, sendo que, como se verá, a auto-regulação profissional pode assumir diversas feições jurídicas a depender do tipo de profissão, da abragência da regulação e do interesse público envolvido.

Seguindo cada conselho de fiscalização profissional um determinado regime jurídico, adequado às peculiaridades de cada profissão, o máximo que se pode dizer, portanto, é que existirão pontos em comum entre eles, suficientes a enquadrá-los sob uma mesma natureza jurídica, mas sem descartar a possibilidade de eventualmente haver conselhos até mesmo com naturezas jurídicas distintas, tal como ocorre noutros países, e inclusive vem há muito sendo admitido no direito brasileiro no que diz respeito ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que desde a década de 1950 teve reconhecido tratamento jurídico diferenciado.

---

[5] Citem-se os seguintes Conselhos: de Contabilidade – DL 9295/46; de Economia – Lei 1411/51; de Química – Lei 2800/56; de Medicina – Lei 3268/57; de Farmácia – Lei 3820/60; dos Músicos – Lei 3857/60; de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – Lei 4076/62; de Biblioteconomia – Lei 4084/62; de Psicologia – Lei 4119/62; de Odontologia – Lei 4324/64; de Administração – Lei 4769/65; dos Representantes Comerciais – Lei 4886/65; de Estatística – Lei 4739/65; das Relações Públicas – Lei 5377/67; de Medicina Veterinária – Lei 5517/68; de Enfermagem – Lei 5905/73; de Fisioterapia e Terapia Ocupacional – Lei 6316/75; dos Corretores de Imóveis – Lei 6530/78; dos Nutricionistas – Lei 6583/78; de Biologia – Lei 6684/79; de Biomedicina – Lei 6684/79; de Fonoaudiologia – Lei 6965/81; de Museologia – Lei 7287/84; dos Economistas Domésticos – Lei387/85; dos Técnicos em Radiologia – Lei 7394/85; dos Assistentes Sociais – Lei 8662/93; de Educação Física – Lei 9696/98 etc.

No recente julgamento da ADI 3026-DF (relator: min. Eros Grau), o STF confirmou mais uma vez essa tendência, considerando a OAB como *"categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro"* e que *"não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional".*

Destacando o que se disse acima sobre a sina de todas as tentativas científicas de classificação, são deveras interessantes as ponderações feitas pelos senhores ministros César Peluso e Carlos Brito ao proferirem os seus votos naquele julgamento.

Segundo o ministro Peluso, *"há uma tendência óbvia na ciência do Direito e entre os seus aplicadores, também, de, diante de certas dificuldades conceituais, se recorrer às categorias existentes e já pensadas como se fosse escaninhos postos pela ciência, onde um fenômeno deva ser enquadrado forçosamente. (...) Toda dificuldade que vejo, neste caso, é de tentar colocar forçosamente essa instituição dentro de um desses escaninhos preestabelecidos, como se isso fosse suficiente para resolver todos os problemas, que é a falta de uma definição mais clara por parte do ordenamento".*

Com isso concordou o ministro Carlos Brito ao dizer que *"realmente o ministro Peluso traz à baila um vício de que todos padecemos, que deita raízes em Aristóteles, o qual, como todos sabem, era um lógico por excelência, achava que cada coisa devia ficar em seu lugar e projetou essa influência nossa de tentar adaptar realidades diferenciadas em escaninhos conceituais preexistentes, antigos".*

Por outro lado, se é razoável a assertiva de que os organismos de regulação profissional não haverão de seguir necessariamente o mesmo regime jurídico ou ter a mesma natureza jurídica, não se olvida que qualquer distinção que se faça entre eles demanda parâmetros jurídicos também razoáveis de diferenciação. Daí não bastar dizer que a OAB exerce atribuições que outros conselhos não exercem, desde quando não se demonstre que tais atribuições por si só justifiquem um tratamento jurídico diferenciado.

Não se deve perder de vista que o que está em jogo é a definição de um *sistema*, como bem disse o ministro Marco Aurélio em voto que proferiu na ADI 3026 ao tratar da OAB:

"Agora, é tabu, Senhor Presidente, discutir-se o que ressoa como uma verdadeira soberania desse Conselho, quando no cenário nacional não se tem apenas esse Conselho. Precisamos julgar, presente um sistema, sob pena de ele ficar capenga, porque teremos de adotar, aqui – se entendermos que se trata de uma pessoa jurídica de direito privado -, a mesma óptica quanto a dezenas de conselhos existentes no Brasil".

Posta nestes termos a questão, a boa compreensão do tema passa por uma prévia análise da evolução dos mecanismos de controle do exercício profissional e os modelos que vieram surgindo no Estado moderno, para se chegar então à adequada percepção sobre a sistemática adotada no Brasil desde o século passado até o momento atual.

2) PREMISSAS PARA O CONTROLE DO EXERCÍCIO DAS PROFISSÕES.

2.1) Antecedentes históricos.

A doutrina identifica em Roma o primeiro modelo de controle de exercício profissional, na figura dos denominados Colégios Romanos (*collegia)*, "criados e impostos pelo Estado a fim de, pela força, dirimir conflitos que se estabeleciam na sociedade acerca do exercício de alguma atividade. Ademais, ao lado dos trabalhadores organizados pelo poder estatal, havia a coexistência do trabalho escravo e também do trabalho absolutamente livre, sem ligação aos *collegia*".[6]

Posteriormente, já na Idade Média, por volta do século XII, foram surgindo associações profissionais destinadas a regular o processo produtivo nas grandes cidades da época. Eram as *Corporações de Ofício*, associações de profissionais que cuidavam de regular os preços, a quantidade e qualidade da produção, o acesso e a hierarquia da profissão, compostas basicamente por três classes (mestres, jornaleiros e aprendizes).

As revoluções liberais do final do século XVIII romperam com o modelo das corporações de ofício que proliferavam desde a Idade Média, inaugurando um novo momento de plena liberdade no exercício das profissões, como explica Vital Moreira:

"Em 17 de Março de 1791, em plena Revolução, a Assembléia Nacional Francesa decretava a abolição das corporações de mestres, e em 14 de Junho do mesmo ano a Lei de Chapelier proibia o seu restabelecimento, bem como a criação de quaisquer associações por parte de 'cidadãos do mesmo estado ou profissão (ou) operários e companheiros de qualquer ofício', com o fim de 'formular regulamentos sobre os seus pretensos interesses comuns' (art.2º). (...) Juntamente com o estabelecimento da liberdade de comércio, indústria e profissão – outras das medidas da revolução liberal –, a proibição de corpos profissionais, bem como do papel de regulação que eles haviam possuído no 'antigo regime', constitui a trave mestra da ordem burguesa originária".[7]

Um século se passou sob inspiração do modelo capitalista liberal que assegurava total liberdade no exercício do comércio e das profissões, sem qualquer tipo de controle por parte do Estado ou entes intermédios.

Com o fracasso do liberalismo clássico, já por volta do final do século XIX, foram retomadas as idéias de intervencionismo estatal e necessidade de regulação jurídica das profissões, como explica mais uma vez Vital Moreira:

"Um século depois, nos finais do século XIX, tudo estava em vias de mudar. Estava de volta não somente a intervenção pública na economia, mas também a reconstituição dos corpos profissionais e das associações econômicas, com pretensões de assumir de novo uma função de regulação e disciplina da atividade

---

[6] Ricardo Teixeira do Valle Pereira. "Histórico dos Conselhos de Fiscalização do Exercício Profissional". *In: Conselhos de Fiscalização Profissional – doutrina e jurisprudência*. Vladimir Passos de Freitas (coord). São Paulo: RT, 2001, p.21.

[7] Vital Moreira. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p.11.

econômico-profissional. De fato, em vários países, tinham surgido as primeiras ordens profissionais, com funções de representação pública das respectivas profissões liberais e com poderes de regulação e disciplina profissional, bem como as câmaras de comércio e indústria, com funções de representação oficial das empresas de cada região e com poderes de gestão de serviços públicos de interesse econômico. A I Guerra Mundial marcou o fim da economia liberal e do abstencionismo regulatório do Estado. Mas, ainda em resistência à intervenção direta do Estado, verificou-se um surto de idéias de auto-regulação e auto-direção econômica, estadualmente promovida".

2.2) Modelos de regulação profissional no Estado moderno.

Reconhecida a necessidade de um maior controle estatal sobre o exercício das profissões, tal não se verificou de maneira uniforme em todos os países.

Em alguns casos foi o próprio Estado, por meio de seus órgãos e agentes, quem cuidou de formalmente regular as profissões. Noutros, o Estado admitiu a constituição de associações profissionais privadas que iriam regular a atividade. Numa espécie de meio termo entre estes dois modelos, o Estado instituiu oficialmente associações profissionais de natureza pública. São, em linhas gerais, os três tipos ideais que Vital Moreira chama respectivamente de regulação estatal (hetero-regulação), auto-regulação privada e auto-regulação pública.

A *hetero-regulação* (ou regulação estatal) é aquela exercida por organismos que integram a estrutura do Estado. Esses organismos podem até eventualmente contar com a participação de profissionais interessados na regulamentação, seja mediante consultas, deliberações ou negociações (*regulação participada, co-determinação* ou *concertação*), mas a titularidade das funções regulatórias continuará sendo formalmente do Estado.

A *auto-regulação* (ou regulação não estatal), por sua vez, é aquela cujos poderes regulatórios são titularizados pelos próprios interessados atingidos pelas regras e pela disciplina criada. Ela pode ter natureza pública ou privada a depender do caso.

Na *auto-regulação privada "as instâncias de auto-regulação são estabelecidas por autovinculação dos interessados, de forma voluntária, na base do direito privado e da liberdade negocial"*.[8]

Na *auto-regulação pública* (ou oficial) *"as instâncias de auto-regulação são impostas ou reconhecidas oficialmente pelo Estado e dotadas de poderes de normação e de disciplina obrigatória idênticos aos do Estado"*.[9] Ou seja, *"opõe-se aqui à regulação estadual, por um lado, e à auto-regulação privada, por outro"*.[10]

Explica Vital Moreira, citando como exemplo típico deste último modelo de regulação aquele exercido pelos conselhos de fiscalização profissional ou ordens profissionais em diversos países:

[8] *Idem*, p.54.
[9] *Ib idem.*
[10] *Ib idem.*

"A auto-regulação pública é a que é protagonizada por organismos profissionais ou de representação profissional dotados de estatuto jurídico-público. A auto-regulação é legalmente estabelecida; os organismos auto-regulatórios dispõem de poderes típicos das autoridades públicas. As normas de regulação profissional são para todos os efeitos normas jurídicas dotadas de coercibilidade. A auto-regulação pública pode resultar de dois movimentos totalmente distintos. De um lado, pode ser conseqüência da publicização de formas de auto-regulação privada preexistente; do outro lado, pode resultar da entrega de funções reguladoras originariamente estaduais a organismos de auto-regulação propositalmente criados para o efeito. Nos sistemas de direito administrativo continental, o exemplo mais típico de auto-regulação profissional é o das ordens profissionais, que são organismos de regulação das chamadas profissões liberais. O seu nome varia de país para país. Mas, para além dessas diferenças, subsiste um conjunto de características comuns essenciais: a natureza jurídico-pública, como 'corporações públicas' (excetuado o caso controvertido da França); a filiação obrigatória, como condição de exercício da profissão; o poder regulamentar; a regulamentação e/ou implementação das regras de acesso à profissão e do exercício desta; a formulação e/ou aplicação dos códigos de deontologia profissional; o exercício da disciplina profissional, mediante aplicação de sanções, que podem ir até à expulsão, com a conseqüente interdição do exercício profissional".[11]

Mas Vital Moreira reconhece que esta tricotomia de tipos ideais não descreve fielmente o que na realidade acontece em termos de controle das profissões.

"Entre os extremos da regulação integralmente estadual (estabelecimento de regras e implementação pelo Estado) e da regulação coletiva puramente privada (estabelecimento e implementação de regras pela associação profissional privada), existe toda uma gradação contínua de formas de combinação entre uma e outra. Cada domínio econômico regulado pode ser uma combinação das duas formas de regulação em doseamentos os mais diversos".[12]

Identifica, com isso, o mestre português, pelo menos mais três degraus intermediários em que, pode-se dizer, subdivide-se a auto-regulação pública, quais sejam: a co-regulação (*"a definição e a implementação da regulação são compartilhados de modo equilibrado pelo Estado e pela organização profissional"*); a auto-regulação quase-privada (*"regulação estabelecida e implementada direta e indiretamente pela organização profissional, mas com base em devolução de poderes pela lei e no controle estadual"*) e regulação quase-estadual (*"regulação pública, mas em certa medida implementada e aplicada pela organização profissional ou por um órgão público de que ela participe"*).[13]

Observa-se que, por reflexo da própria crise conceitual pela qual vieram passando todas as categorias jurídicas centradas na clássica dicotomia liberal "Direito Público x Direito Privado", bem como as mudanças de concepção sobre os papéis do Estado e da sociedade, torna-se cada vez mais difícil distinguir cientificamente o que seja regulação estadual e auto-regulação, ocorrendo, como disse J. Braithwaite[14] acerca

[11] *Ib idem*, p.88.
[12] *Ib idem*, p.75.
[13] *Ib idem*, p.76.
[14] *Apud* Vital Moreira, *ib idem*, p.73.

das economias contemporâneas, uma inevitável *"simbiose entre regulação estadual e a auto-regulação"*.

Em alguns casos houve uma tamanha influência do Estado sobre os organismos profissionais que se pode mesmo dizer ter se tratado de uma falsa auto-regulamentação ou pseudo-regulamentação, como ocorreu, por exemplo, no modelo fascista do corporativismo italiano. Foi o chamado "corporativismo de Estado", que vigorou também na Espanha, em Portugal e na Alemanha.

Nas palavras de Vital Moreira, *"o corporativismo não foi uma forma de administração autônoma, mas sim de perversão da administração autônoma em administração indireta do Estado"*[15]. Aduz que *"a cooptação estatizante do corporativismo revelou-se em múltiplos aspectos, desde logo na criação de organismos corporativos pelo Estado e na sua submissão ao mesmo Estado. Na Itália as corporações eram consideradas como 'órgãos do Estado'. O corporativismo foi em quase tudo uma criação do Estado. Os organismos corporativos em Portugal eram sobretudo 'estruturas de enquadramento' e não 'estruturas de participação' (Silva Leal, 1979:234), muito menos estruturas de verdadeira auto-administração". Não admira por isso que a regulação corporativa da economia seja uma pseudo-auto-regulação. Na Itália os poderes reguladores das corporações eram escassos e estavam submetidos a aprovação do Governo"*.[16]

Após a II Guerra Mundial, tais sistemas autoritários de corporativismo de Estado felizmente foram abolidos, abrindo espaço a um novo modelo, mais democrático, de corporações públicas ("neocorporativismo" ou "corporativismo de associação").

Apesar de serem associações profissionais oficialmente reconhecidas e com prerrogativas de natureza pública, a influência do Estado passou a ser bem menor, variando o grau de independência em cada caso, a depender do tipo de atividade objeto de regulação.

2.3) O controle profissional no direito europeu.

Em seu importante estudo sobre a auto-regulação profissional, Vital Moreira aponta as características do sistema de regulação das profissões em diversos países, destacando basicamente os modelos adotados no sistema europeu continental e no sistema anglo-saxônico.

Considera ser *"universal a sujeição das profissões chamadas tradicionalmente 'profissões liberais' ou 'profissões livres' a um sistema de regulação pública mais ou menos intenso. E é quase igualmente universal a existência de esquemas de auto-regulação ou co-regulação profissional. Mas diverge muito, tanto a amplitude regulatória, como o sistema de organização e implementação"*.

Descreve fundamentalmente os dois sistemas mencionados:

"a) o sistema europeu continental, em que as funções de regulação e disciplina competem diretamente à própria organização profissional ('ordem', 'câmara' ou

[15] *Ib idem*, p.188.
[16] *Ib idem*, p.138.

'colégio'), para o efeito dotada de poderes públicos e sendo em princípio de natureza obrigatória e unicitária;

b) o sistema anglo-saxônico, em que as funções de regulação ora são delegadas às organizações profissionais privadas ora cometidas a organismos reguladores públicos (licensing boards, registration authorities), em cuja composição entram em maior ou menor medida representantes da profissão, diretamente eleitos ou designados pela associações profissionais voluntárias".[17]

Tomando-se o exemplo da França, pode-se dizer que foi o berço das ordens profissionais, criadas já na época de Napoleão, sendo a primeira delas a corporação profissional dos advogados, seguida de outras, sob o rótulo de "companhias judiciárias", criadas ainda no início do século XIX. As demais corporações profissionais só vieram depois, por influência italiana na década de 40 do século passado.

No caso da ordem dos advogados e das "companhias judiciárias", por serem as mais antigas, foram tradicionalmente consideradas como estabelecimentos públicos. Mas a natureza jurídica das demais associações profissionais, criadas posteriormente como dito, sempre foi tema de extensos debates na doutrina administrativista francesa, construída que foi sobre a categoria dos *estabelecimentos públicos* como qualificadora de todas as pessoas administrativas de direito público descentralizadas.

Vital Moreira explica que *"a noção de estabelecimento público, enquanto serviço público personalizado, estava mal adaptada para enquadrar essas figuras de entidades públicas de base corporativa. Com efeito, elas não prestavam serviços públicos nem estavam enquadradas na administração pública do Estado, dada a sua autonomia de gestão e designação de dirigentes. E no entanto o fato incontornável de elas desempenharem tarefas públicas com prerrogativas de autoridade (poder regulamentar, definição unilateral de posições jurídicas, poder disciplinar) – o que fazia das suas decisões atos materialmente administrativos – dificilmente podia concebê-las no quadro das entidades privadas"*.[18]

Deveras, considerando a mudanças nas estruturas e nas funções da administração que acabaram tornando insuficiente o tradicional critério orgânico, a jurisprudência francesa veio aos poucos se posicionando sobre a possibilidade de entidades privadas desempenharem atividades administrativas com poder de decisão.

René Chapus aponta as etapas dessa evolução jurisprudencial, mencionando que ainda na década de 30 do século passado o Conselho de Estado reconheceu que um organismo de direito privado poderia estar investido de uma missão administrativa de serviço público. Esta decisão não disse respeito propriamente às ordens profissionais (envolveu sociedades de previdência e assistência social), mas abriu caminho para fundamentar a tese daqueles que viriam a defender a natureza privada destas instituições.

---

[17] *Ib idem*, p.259.
[18] *Ib idem*, p.207.

Pouco depois, nos célebres arestos *Monpeurt* (1942) e *Bouguen* (1943), o Conselho de Estado decidiu que determinada entidade de auto-regulação econômica (no caso, um comitê de organização da indústria) e uma ordem profissional (no caso, o conselho superior da ordem dos médicos) exerciam atividades administrativas, com poderes de autoridade pública, sujeitando-se, portanto, à jurisdição administrativa. Nesses julgamentos, porém, o Conselho de Estado esquivou-se de apontar especificamente a natureza jurídica das ordens, dizendo apenas que não se tratariam de tradicionais estabelecimentos públicos administrativos. Ou seja, o Conselho esboçou tão-somente o que as ordens não seriam, sem dizer exatamente o que são.[19]

Comentando tais julgados, Vital Moreira conta que *"o Conselho de Estado, admitindo que essas organizações profissionais participavam da 'execução de um serviço público' e desempenhavam uma 'missão pública' com poderes de autoridade – o que as colocava sob a alçada da justiça administrativa –, recusou-se porém a qualificá-las como estabelecimentos públicos. Mas também recusou qualificá-las como entidades privadas"*.[20]

Em 1961, por ocasião do julgamento do caso *Magnier*, o Conselho de Estado decidiu de forma mais clara sobre a viabilidade de um ente de natureza privada agir com poderes de autoridade pública perante particulares, quando se tratar de *"um serviço público administrativo no qual a gestão é confiada, sob o controle da administração, a organismos de direito privado"*.[21] Mais uma vez aqui, apesar de esse julgamento não haver se referido especificamente a ordens profissionais (tratou-se de um caso envolvendo uma federação de defesa da agricultura), reforçou-se o argumento da possibilidade de delegação de poderes de polícia a entidades privadas.

Acerca desse julgamento, Pierre-Laurent Frier e Jacques Petit comentam que a delegação de poderes a entes privados não violaria a Constituição, mas que tal possibilidade varia conforme se esteja diante de um serviço público administrativo ou de um serviço industrial e comercial.[22]

Todos esses posicionamentos do Conselho de Estado vieram abrindo espaço argumentativo para pelo menos três interpretações doutrinárias acerca da natureza jurídica das ordens profissionais, que poderiam ser então tratados como: 1) entidades privadas com missão de serviço público; 2) nova modalidade de

---

[19] Nas palavras de Chapus: "Le Conseil d' Etat avait, en effect, évité de présenter les comitês d'organisation et ordres professionnels comme des institutions de droit privé. S'il les avait qualifiés, c'est négativement: en leur déniant la qualité d'establissements publics". *Droit administratif général*. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001, p.179.

[20] *Op. cit.*, p.208.

[21] "un service public administratif dont la gestion est confiée, sous le contrôle de l'administration, à des organismesde droit privé".

[22] "En 1961, seulement, fut clairement admis qu'un acte pris par un organisme de droit privé relevait du juge administratif, la loi ayant aussi, sans violer la constitution, le droit de conférer de tels pouvoirs à un organisme prive. Pour qu'un tel acte soit administratif, il faut dés lors qu´il se rattache à la fonction administrative, à l'accomplisssement du service public et qu´il traduise l'exercise de la puissance publique. La persone privée agit, ainsi, comme autorité administrative. Mais ces solutions varient partiellement selon qu'on est en présence d'un service public administratif ou industriel et commercial". *Précis de droit administratif*. 4. ed. Paris: Montchrestien, 2005, p. 286.

estabelecimento público, com regime especial; 3) nova categoria de pessoa jurídica de direito público descentralizada, distinta dos estabelecimentos públicos.

Segundo Vital Moreira, *"a qualificação privada está longe de ser pacífica. É considerável o número de autores que as consideram como pessoas coletivas de direito público, seja como nova modalidade de estabelecimento público, que alguns designam por 'estabelecimentos públicos corporativos' ou 'estabelecimentos públicos profissionais', seja como uma nova categoria de entidades públicas distintas dos estabelecimentos públicos"*.[23]

O jurista lusitano tece críticas aos que defendem a tese da natureza privada das corporações profissionais, ressaltando ser muito difícil compatibilizar a natureza privada e a liberdade de associação com a criação pública, a unicidade, a inscrição obrigatória, as funções administrativas e a falta de liberdade de extinção, aspectos que a doutrina e a jurisprudência francesas se têm escusado a encarar. Salienta ainda que esta tese se tornou ainda mais difícil de sustentar diante da *"recente jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, afirmando como princípio a liberdade negativa de associação, salvo no caso de associações de direito público"*.[24]

3) O CONTROLE DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL NO DIREITO BRASILEIRO.

3.1) Tratamento constitucional e aspectos gerais.

Mesmo antes de proclamada a independência e desde a abertura dos portos às nações amigas (1808) já se havia garantido a plena liberdade de exercício de trabalhos, ofícios e profissões.

A Constituição de 1824 proibiu expressamente a criação de corporações de ofício.

A Constituição de 1891 seguiu esta mesma linha libertária, estabelecendo em seu art.72, §24: *"É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial".*

O liberalismo radical foi com o passar do tempo revelando aspectos nocivos que fizeram aos poucos retomar idéias de intervenção do Estado, como anota Ricardo Pereira:

"O abstencionismo estatal gerou, em muitas situações, conseqüências nefastas, pela absoluta falta de controle em relação a atividades prenhes de indiscutível interesse público. Sob outro aspecto, a ausência de maior regulamentação no que toca às relações de trabalho deixou novamente os trabalhadores, partes hipossuficientes, sob o jugo não mais dos interesses corporativos, mas sim do capital".[25]

---

[23] *Op. cit.*, p.277.
[24] *Idem*, p.276.
[25] Ricardo Teixeira do Valle Pereira. "Histórico dos Conselhos de Fiscalização do Exercício Profissional". *In: Conselhos de Fiscalização Profissional – doutrina e jurisprudência*. Vladimir Passos de Freitas (coord). São Paulo: RT, 2001, p.26.

Miguel Reale aponta esse desequilíbrio havido no que se refere ao exercício profissional:

"Com o desaparecimento dos estatutos corporativos, prevaleceu, em primeiro momento, a mais ampla liberdade de ação, chegando-se a conhecidos exageros, como, por exemplo, o de não subordinar a prática da Medicina à prévia obtenção de diploma universitário, por entender-se tal exigência contrária à liberdade individual".[26]

Com isso, no Brasil, a partir da década de 30 do século passado, o Estado passou a intervir no controle das profissões, tendo surgido os primeiros conselhos de fiscalização profissional.

A primeira entidade de fiscalização profissional foi a OAB, criada em 1930 por força do art.17 do Decreto 19.408. A criação da OAB já vinha sendo defendida desde 1843, quando criado o Instituto dos Advogados Brasileiros.

"Criada a Ordem dos Advogados do Brasil, outras categorias profissionais começaram a se mobilizar, impulsionadas pelo crescimento do mercado de trabalho e pela efervescência dos cursos superiores que se espalhavam pelo Brasil. Com o tempo foram surgindo outros conselhos, como os de Contabilidade, Economia, Medicina e Odontologia, entidades que proliferaram e assumiram aos poucos papel de destaque no cenário nacional". [27]

A Constituição de 1934 foi a primeira a prever condições para o exercício profissional, dispondo em seu art.113, n.13: *"É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público".*

A Carta de 1937, no item 8º do art.122, assegurou *"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".*

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"*.

O mesmo foi feito na Constituição de 1969, em seu art.153, §23: *"É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer".*

A atual Carta Magna de 1988, em seu art.5º, XIII, dispõe que *"é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".*

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 *auto-regulação pública*, segundo a referida tipologia empregada por Vital Moreira.

---

[26] O Código de Ética Médica. *Revista dos Tribunais:* São Paulo, v.503, p.47.
[27] Ricardo Teixeira do Valle Pereira. *Op. cit.*, p.30.

Ao lado dessa tendência, registra Ricardo Teixeira do Valle Pereira, *"plasmou-se outra: a de, via descentralização administrativa, criar pessoas jurídicas para controlar o exercício de determinadas profissões, o que, como já visto, acabou por dar origem aos inúmeros conselhos de fiscalização profissional que temos atualmente"*.[28]

Foi então nesse cenário – aumento de controle associado à descentralização – que foram regulamentas, no Brasil, diversas profissões, inclusive com a criação de respectivos conselhos profissionais. Atualmente existem no Brasil centenas de entidades, entre conselhos federais e regionais.

3.2) A diversidade de legislações e tendência descentralizadora.

Os conselhos de fiscalização profissional foram sendo criados no Brasil por diversas leis específicas, variando com isso aspectos substanciais dos respectivos regimes jurídicos. Mas como a criação dos conselhos profissionais coincidiu com uma tendência de descentralização administrativa (autarquização) ocorrida em medos do século passado (até a década de 1960 já existiam 64 autarquias federais no Brasil), vieram sendo considerados, pela doutrina e jurisprudência, como *autarquias corporativas*, espécie do gênero autarquia ao lado das autarquias administrativas.

Por isso inclusive as leis de criação de boa parte desses conselhos já lhes atribuiu expressamente a natureza jurídica de *autarquia*, como foi o caso do Conselho de Odontologia (Lei 4.324/64), do Conselho de Psicologia (Lei 5.766/71) e do Conselho de Nutrição (Lei 6.583/78).

Noutros casos, a lei, sem mencionar tratar-se de categorias autárquicas, atribuiu personalidade jurídica de direito público aos conselhos, como ocorreu com a Ordem dos Músicos (Lei 3.857/60) e o Conselho de Biblioteconomia (Lei 4.084/62), ou ainda expressamente dispôs que a autarquia corporativa estaria vinculada a um Ministério, como aconteceu com o Conselho de Técnicos em Administração (Lei 4.769/65).

Houve situações em que a lei nada disse expressamente sobre a natureza jurídica do conselho, nem sua personalidade jurídica, de que é exemplo o Conselho de Contabilidade (DL 9295/46), o que, todavia, não impediu que também fossem tratados pela doutrina e pela jurisprudência como autarquias.

Entrementes, não obstante haver certa unanimidade na doutrina quanto à classificação dos conselhos como *autarquias corporativas*, diferenciando-os dos demais entes estatais qualificados como *autarquias administrativas*, nunca houve uma nítida distinção dos regimes jurídicos destas categorias, sendo basicamente dois os enfoques que marcaram os primeiros enfrentamentos ocorridos nos tribunais envolvendo conselhos de fiscalização: i) existência ou não de supervisão ministerial; ii) sujeição ou não ao controle pelo Tribunal de Contas da União.

Para melhor visualizar a evolução dessas discussões, tentaremos esboçar cronologicamente os principais debates e decisões travadas sobre tais temas.

---

[28] *Idem*, p.34.

3.3) A polêmica envolvendo a OAB e o TCU na década de 1950.

Questões envolvendo a Ordem dos Advogados do Brasil sempre estiveram no centro das discussões em torno da natureza jurídica dos conselhos profissionais. A polêmica surgiu pela primeira vez quando o TCU julgou-se competente para apreciar as contas do seu Conselho Federal em 1950. Na ocasião, a Ordem ainda estava sob regência do Decreto 19.408, de 1930.

É dessa época o famoso parecer do conselheiro Dário de Almeida Magalhães sustentando que a OAB, apesar de ser uma pessoa jurídica de direito público, com poderes e prerrogativas de império, não gere patrimônio público, seus órgãos não são nomeados pelo Executivo e não tem finalidade econômica, merecendo com isso um tratamento peculiar:

"Na realização de sua tarefa, e no exercício de seus poderes, a Ordem não está subordinada senão à lei. Não se colocou na dependência hierárquica de qualquer outro órgão ou entidade. Não conhece ela qualquer outra forma de controle, senão o jurisdicional, que pertence à justiça ordinária, na sua missão de preservar inviolável o 'rule of law', assegurado na maior amplitude pela Constituição – art.141, §4º. De outro lado, garantindo-lhe plena independência e integro auto-governo, todos os órgãos de direção da Ordem são eleitos pelos membros da corporação (arts. 65, §1º, 83, parágrafo único, 84 e 88 do regulamento).
(...)
Não lhe foi atribuída a gestão de qualquer parcela do patrimônio público, que se houvesse destacado do patrimônio geral da União. Não recebe qualquer ajuda, auxílio ou subvenção do Tesouro Nacional; custeia os seus servidores exclusivamente com a modesta contribuição pecuniária dos inscritos nos seus quadros. Todos os seus órgãos de direção são eleitos pelos advogados; e os seus componentes desempenham os seus deveres, sem remuneração de qualquer espécie. Não tem a ordem nenhum objetivo econômico: executa apenas tarefa de natureza ética, cultural e profissional, como a de zelar pelo exercício probo e eficiente da advocacia. Qual a razão, pois, qual a vantagem de se enquadrar a nossa corporação (a que sem dúvida atribuíram largos poderes, a fim de que cabalmente se desincumbisse dos seus encargos) na mesma chave ou esquema das autarquias administrativas, para submeter ao mesmo regime comum, entidades tão diversas, sob múltiplos aspectos? O que cumpre fazer é, pois, ampliar as nomenclaturas de classificação, estabelecer distinções legítimas, apoiadas em dados indesconhecíveis da realidade. Se a Ordem é, assim, uma entidade 'sui generis', porque assim a criou o legislador (como de igual modo procedeu em outros casos), nada mais resta senão fugir das esquematizações sumárias, que falseiam a situação real.
(...)
Cremos ser análoga a situação da nossa Ordem: corporação investida de funções e poderes públicos, reclamando um 'nomen iuris', adequado ao seu regime peculiar. Pouco importa, a nomenclatura, a etiqueta, desde que esta não lhe desnature a índole ou lhe altere a substância.
(...)
A posição da Ordem, o papel que lhe foi destinado, a autoridade de que se reveste, as responsabilidades que lhe incumbem, não se coadunam, porém, com qualquer

forma de tutela administrativa. A sua independência lhe é essencial, não só à dignidade da instituição, como à própria eficiência de sua atividade peculiar. A independência da Ordem protege a independência do advogado; e sem esta a profissão decai de sua grandeza e de sua utilidade social".[29]

Com base nesse parecer, a OAB impetrou mandado de segurança, que foi indeferido em primeira instância da Justiça Federal, tendo havido então recurso ao Tribunal Federal de Recursos.

No julgamento ocorrido em 25/09/1951 (RMS 797), o parecer de Dário de Almeida Magalhães foi inteiramente acolhido pelo TFR, que dispensou a OAB de prestar contas ao TCU, considerando que, apesar de pessoa jurídica de direito público, a entidade não fazia parte da Administração descentralizada (não era autarquia administrativa) e não recebia seus recursos à conta do orçamento da União. Essa decisão até hoje vem sendo invocada pela OAB como coisa julgada material em torno do tema.

Após esse posicionamento do TFR, o Conselho Federal da OAB elaborou em seguida o anteprojeto de um novo estatuto, enviado ao Congresso em 1956, no qual ficou expressamente previsto que não se aplicariam à OAB as disposições aplicáveis às autarquias e entidades paraestatais (art.139 da Lei 4.215/63).

3.4) A decisão do STF no MS 10.272-DF em 1963.

Não obstante já balizada, pelo TFR, a situação jurídica da OAB, dúvidas permaneceram sobre o enquadramento dos demais conselhos profissionais.

A primeira vez que o tema chegou ao STF foi no ano de 1963, quando o Conselho Federal de Medicina buscou, por meio do MS 10.272-DF (relator: Min. Victor Nunes Leal), eximir-se da obrigação de prestar contas ao TCU. Porém, o STF indeferiu o pedido, entendendo que, por ser autarquia e arrecadar dinheiro público, o conselho deveria prestar contas ao TCU.

Naquela ocasião o argumento do Conselho de Medicina, para escapar ao controle do TCU, era basicamente a natureza não-orçamentária das suas receitas. Mas o STF refutou o argumento, tendo o ministro Victor Nunes Leal pontuado que a natureza autárquica do Conselho de Medicina estava expressamente prevista na Lei 3268/57. E mesmo não considerando, naquele momento, o caráter tributário das receitas do Conselho, o ministro considerou tratar-se de patrimônio público, ainda que formado a partir de fontes particulares.

Levou-se em conta então o dispositivo da CF/46 que estabelecia a competência do TCU para *"julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas".*

Discorrendo sobre o Conselho de Medicina, o Min. Victor Nunes considerou, em seu voto, que *"as prerrogativas de ordem pública que a lei lhe confere, têm sua*

[29] Revista de Direito Administrativo, n. 20, p.342-351.

contrapartida em obrigações igualmente de ordem pública, uma das quais é prestar contas ao órgão fiscal instituído na própria Constituição".

Com base nessa decisão do STF, o TCU prosseguiu no controle de contas dos diversos Conselhos (à exceção da OAB, por força do julgado no RMS 797 do TFR).

3.5) O advento do DL 200/67, o Decreto 60.900/67 e o Parecer H753/68 da CGR.

A polêmica ressurgiu quando, com base no DL 200/67, foi editado o Decreto 60.900/67, que no item IX, n.9 vinculou a OAB ao Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Dizia-se que o DL 200/67 teria se sobreposto à legislação específica da OAB no que se referia ao seu controle administrativo.

Isso provocou reação imediata do Conselho Federal da OAB, cuja argumentação foi aceita pelo Consultor Geral da República, Adroaldo Mesquita da Costa, que emitiu o parecer H753/68, levando o Presidente da República a derrogar o referido dispositivo do Decreto 60.900/67, com força normativa para toda a Administração Federal.

No parecer H753 ficou reconhecido que nem o DL 200/67 nem o Dec. 60.900/67 se aplicariam à OAB, porque se chocavam com a sua legislação específica (art.139 da Lei 4.215/63), que deveria prevalecer sobre a legislação geral.

3.6) O DL 968/69, o Decreto 74.296/74 e o Parecer L069/75 da CGR.

A edição do DL 968/69 representou um novo marco para a delimitação do regime jurídico dos conselhos de fiscalização profissional.

Se de um lado o caput do seu art.1º dispôs que não se aplicariam aos conselhos as normas legais sobre pessoal e demais disposições de caráter geral, relativas à administração interna das autarquias federais, de outro lado o parágrafo único deste mesmo artigo admitiu expressamente uma espécie de tutela administrativa para todos os conselhos de fiscalização, sem excluir a OAB.

Vejamos a redação do *caput*:

"As entidades criadas por lei com atribuições de fiscalização do exercício das profissões liberais que sejam mantidas com recursos próprios e não recebam subvenções ou transferências à conta do Orçamento da União regular-se-ão pela respectiva legislação específica, não se lhes aplicando as normas legais sobre pessoal e demais disposições de caráter geral, relativas à administração interna das autarquias federais".

Já o parágrafo único estabelecia uma supervisão ministerial mais restrita do que a prevista no DL 200/67 para as demais autarquias:

"As entidades de que trata este artigo estão sujeitas à supervisão ministerial prevista nos artigos 19 e 26 do Decreto-lei n.200, de 25 de fevereiro de 1967, restrita à

verificação da efetiva realização dos correspondentes objetivos legais de interesse público".

Ou seja, apesar de o DL 968/69 haver mitigado a aplicação rígida do DL 200/67 em relação aos conselhos, ficou claro que eles estavam vinculados a algum tipo de controle ministerial, por menor que fosse.

Por conta disso, em 1970 o Ministério do Trabalho emitiu parecer (n. 173/70, do Consultor Jurídico Marcelo Pimentel) considerando que o DL 968/69 teria alterado o status jurídico da OAB, que passou a ser supervisionada pelo MTPS, apesar de ter legislação própria.

Esse entendimento foi confirmado inclusive pelo Ministro da Justiça da época, Alfredo Buzaid, na exposição de motivos que fez ao Presidente da República em 1971, considerando superficiais as ponderações da OAB (de que a supervisão prevista no DL 968 "afetaria seriamente o papel e o destino da entidade"), pois supervisão não significa subordinação.

Conseqüentemente, foram expedidos novos decretos vinculadores de todos os Conselhos (inclusive a OAB) ao Ministério do Trabalho (Decretos 74.000/74 e 74.296/74), provocando mais uma vez protestos dos advogados.

Sobre a vinculação da OAB ao MTPS por força do Decreto 74.296/74, o tema foi levado à Consultoria Geral da República, tendo o Consultor-Geral Luiz Rafael Mayer emitido o Parecer L069/75, quando mais uma vez se considerou peculiar a situação da OAB em face da existência de legislação específica afastando todo tipo de supervisão (art.139 da Lei 4.215/63), o que não ocorria com os demais Conselhos.

Ou seja, o art.1º, p. único, do DL 968/69 não se aplicaria à OAB.

Porém o parecer L069/75 foi além disso, reafirmando ainda que essa norma geral do DL 968/69, incidente em relação aos demais Conselhos, teria um alcance diferenciado da supervisão rígida prevista no DL 200/67.

Nessa esteira de entendimentos, à exceção apenas da OAB (que por força do parecer L069 estava regida por legislação própria e não se submetia a qualquer supervisão), os demais Conselhos seguiram sob supervisão do Ministério do Trabalho, ainda que menos intensa do que a dirigida às autarquias administrativas.

3.7) O alcance da supervisão ministerial prevista no DL 968/69.

Apesar de se entender que os conselhos não estavam sujeitos aos rigores do DL 200/67 no que concerne inclusive à supervisão ministerial (por haver norma própria mais flexível prevista para tais entidades, conforme o art.1º, p. único, do DL 968/69), ainda assim não se negava a existência de algum tipo de controle por parte da Administração Direta.

Em algumas oportunidades o STF foi provocado a decidir sobre o alcance da supervisão ministerial então reconhecida sobre os conselhos de fiscalização profissional.

Em 1984, por meio da Representação n. 1.169-1 (relator Min. Soares Muñoz), questionou-se a constitucionalidade da Lei 6.994/82, sob alegação de que estaria violando a autonomia administrativa dos Conselhos, na medida em que estabelecia regras de fixação do valor das anuidades e taxas, determinando que seria necessária autorização especial do Ministério do Trabalho para o custeio de despesas que não fossem diretamente relacionadas com a fiscalização do exercício profissional.

Na ocasião, o STF não considerou a lei inconstitucional, haja vista a natureza tributária das contribuições parafiscais e a existência da supervisão ministerial no sentido de se verificar a efetiva realização dos correspondentes objetivos legais de interesse público.

Em decisão posterior de 1989 (MS 20976-3, rel. Min. Sepúlveda Pertence), o STF, apesar de reconhecer a supervisão ministerial tratada no art.1º, p. único, do DL 968/69, restringiu ao máximo essa tutela. Nos termos da ementa desse julgado, considerou-se que enquanto se mantivesse a autarquia profissional no exercício regular de suas atividades finalísticas, careceria o Ministério do Trabalho de competência tutelar, seja para decidir em grau de recurso hierárquico, posto que impróprio, sobre as decisões concretas da entidade corporativa, seja para dar-lhe instruções normativas sobre como resolver determinada questão jurídica da sua alçada.

3.8) O DL 2.299/86 e a extinção da supervisão ministerial sobre os Conselhos.

Por força do DL 2.299/86, revogando expressamente o art.1º, p. único, do DL 698/69, deixou de haver supervisão ministerial sobre os Conselhos. Com base nele, foi editado o Decreto 93.617/86 que vedou expressamente qualquer tipo de supervisão, revogando então os Decretos 74.000/74 e 74.296/74 que vinculavam os Conselhos ao Ministério do Trabalho.

Pode-se então dizer que desde o final da década de 80, seja conforme reconhecido na decisão proferida pelo STF no MS 20976, seja por força do DL 2.299, que revogou o p.único do art.1º do DL 968, os Conselhos de Fiscalização Profissional não estão mais sujeitos a qualquer supervisão ministerial.

Nessa linha, em decisão monocrática que proferiu em 19/09/2006, no MS 26150, o ministro Eros Grau considerou, dentre outros argumentos, que o STF *"já afastou a possibilidade de exercício da supervisão ministerial sobre as entidades fiscalizadoras de profissões liberais (RMS n.20.976, relator o ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 16.02.1990), evidenciando o não recebimento do parágrafo único do art.1º do decreto-lei n.968/69*".

Não obstante, volta e meia se vê decisões judiciais, inclusive no âmbito do próprio STF, ainda fazendo referência à existência da supervisão ministerial no tocante aos conselhos profissionais. Cite-se, por exemplo, trecho de decisão monocrática prolatada pelo ministro Joaquim Barbosa em 14/10/2009, nos autos do MI 1952/DF:

"esta Suprema Corte, no julgamento plenário da ADI 641, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, DJ de 12.03.1993, enunciou, expressamente, a incompatibilidade da natureza pública, autárquica e fiscalizadora das ordens e conselhos profissionais com o conceito e a finalidade das entidades de classe, que são formadas por pessoas pertencentes a uma mesma categoria profissional ou econômica. Asseverou este Supremo Tribunal, nesse sentido, que os conselhos de fiscalização profissional não são entidades autônomas, mas sim autarquias inseridas na estrutura do Poder Executivo Federal, dotadas de competências administrativas específicas e submetidas ao controle ou supervisão de altos órgãos da Administração Pública direta, quais sejam, dos Ministérios de Estado".

3.9) A permanência do controle externo pelo TCU.

Apesar do entendimento de que teria havido a supressão definitiva dos mecanismos de supervisão ministerial após a revogação, pelo DL 2299/86, do art.1º, p. único, do DL 968/69, o TCU continuou exigindo a prestação de contas pelos Conselhos. Vale dizer, foi extinto o controle interno pelos Ministérios, mas remanesceu o controle externo de contas a cargo do TCU.

Foi assim que na Decisão n.140/91 o plenário do TCU considerou que mesmo antes do advento do DL 968/69 estavam os Conselhos obrigados a prestar contas, em face da natureza pública dos recursos por eles arrecadados, de modo que mesmo que se considerasse revogada a supervisão ministerial sobre tais entidades, haveria de permanecer a competência do TCU para o controle externo delas. E o STF teve oportunidade de confirmar esse posicionamento, consoante veremos em tópico posterior.

Livrou-se desse controle tão-somente a OAB, tendo em vista o quanto decidido pelo TFR em acórdão de 1951 já mencionado anteriormente.

3.10) O advento da MP 1549, convertida na Lei 9.649, de 27/05/98.

Por conversão da MP 1549, de 1997, foi editada a Lei 9.649/98 estabelecendo que todos os conselhos de fiscalização profissional, à exceção da OAB, passariam a ter personalidade jurídica de direito privado.

Nessa época foi instituído, no âmbito do TCU, um grupo de trabalho para avaliar o alcance de tais disposições sobre as atividades de controle e fiscalização exercidas sobre os conselhos profissionais.

Ficou então mais uma vez decidido pelo plenário do TCU (Decisão n. 701/98), que os conselhos de fiscalização profissional continuariam prestando contas, em face do disposto na CF/88 e na Lei 8.443/92, considerando que mesmo as pessoas de direito privado haveriam de prestar contas ao Tribunal, desde quando manipulassem dinheiro público.

E, conforme se verá, logo em seguida houve o posicionamento do STF afastando os efeitos da Lei 9649 e reafirmando a natureza autárquica dos conselhos profissionais.

3.11) A decisão do STF no MS 22.643-9.

A despeito da MP 1549 e sua posterior conversão na Lei 9.649/98, a jurisprudência manteve o entendimento de que os conselhos continuavam tendo natureza autárquica.

Foi assim que no julgamento do MS 22.643-9 (relator: min. Moreira Alves), impetrado pelo Conselho Regional de Medicina de Santa Catarina e julgado em 06/08/1998 – decidiu-se que *"os Conselhos Regionais de Medicina, como sucede com o Conselho Federal, são autarquias federais sujeitas à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União por força do disposto no inciso II do artigo 71 da atual Constituição".*

Nesse julgamento foi registrado o que já decidido no anterior MS 10272, acrescentando-se ainda o fato de a CF/88 haver conferido poderes mais amplos ao TCU.

Com efeito, o art.70 da CF/88, na sua redação original, já contemplava a competência do TCU para o controle de contas de *"qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de a fiscalização contábil, financeira, orçamentária natureza pecuniária".*

Posteriormente, a EC 19/98 modificou a redação do dispositivo, melhor adaptando-o à interpretação extensiva que já vinha sendo dada no tocante às entidades públicas e privadas sujeitas ao controle do TCU, de modo a reconhecer a sua competência para cobrar a prestação de contas de *"qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária"* – destacamos.

Essa abrangência de controle já havia sido regulamentada pela Lei 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU), cujo art.5º, V, estabelece a jurisdição do Tribunal sobre *"os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebem contribuições parafiscais e prestem serviços de interesse público ou social".*

Por outro lado, cumprindo determinação do plenário na Decisão n. 701/98 do TCU, foi então editada a sua IN n. 29/99, promovendo alterações na IN n. 12/96, no sentido de simplificar o exame e o julgamento das prestações de contas dos Conselhos. Levando em conta o entendimento que prevaleceu na jurisprudência do STF, no sentido de que os Conselhos não estão submetidos à supervisão ministerial, a IN 29/99 afastou a necessidade de apresentação de relatório de auditoria, parecer e certificado pelo órgão de controle interno do ministério, documentos que antes eram exigidos.

3.12) A decisão liminar do STF na ADI 1.717-6.

Contra os dispositivos previstos no *caput* e parágrafos do art.58 da Lei 9.649/98, foi ajuizada a ADI 1.717-6 (relator: min. Sidney Sanches), buscando-se liminarmente a suspensão dos seus efeitos.

No ano de 2000 o STF deferiu a medida cautelar, considerando 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".*

Logo após esta decisão, houve questionamentos no âmbito do TCU sobre a aplicabilidade da IN 29/99 que havia simplificado o processo de tomada de contas dos Conselhos. Mas o TCU, por meio do acórdão 149/2000, confirmou a aplicabilidade da IN 29/99 mesmo em face da liminar concedida na ADI 1.717, salientando que os Conselhos já não se submetiam à supervisão ministerial mesmo antes da Lei 9.649/98, porquanto as leis de criação dessas entidades as destacaram da Administração Pública, dotando-as de fontes próprias de recursos e ampla autonomia para desincumbirem-se de suas atribuições.

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 regulamentadas".*

3.13) A decisão do STF no MS 21.797-9.

Pouco depois da liminar deferida na ADI 1.717, o STF voltou a tratar do tema por ocasião do julgamento do MS 21.797-9 (relator: min. Carlos Velloso) – impetrado pelo Conselho Federal de Odontologia e com julgamento concluído em 09/03/2000 – no qual reconheceu a natureza autárquica do Conselho de Odontologia e a obrigatoriedade de prestar contas ao TCU.

Em seu voto condutor, salientou o ministro Carlos Velloso que *"é estatal a atividade de fiscalização do exercício profissional (C.F., art.5º, XIII; art.21, XXIV; art.22, XVI). Daí a afirmativa, que é correta, no sentido de que as entidades fiscalizadoras do exercício profissional exercem funções tipicamente públicas e, por essa razão, regem-se pelas regras de Direito Público".*

Considerando que o controle realizado pelo TCU por si só não afeta a relativa independência funcional de que gozam os conselhos, o ministro ressaltou que *"o Supremo Tribunal Federal, cúpula do Poder Judiciário nacional, está sujeito a essa finalização e isso nada o diminui. Ao contrário, torna transparente os seus atos de gestão da coisa pública".*

Em seu voto-vista, o Ministro Maurício Corrêa, apesar de sustentar que os conselhos não seriam autarquias, mas, sim, entidades paraestatais com personalidade de direito público, ainda assim considerou sofrerem o controle do Tribunal de Contas. Nas suas palavras, *"seja qual for a definição que se queira emprestar aos Conselhos de Fiscalização do Exercício Profissional, quer seja autarquias de natureza especificamente corporativas, com as peculiaridades que as envolvem, definição*

que não conta com a minha adesão, quer seja por atribuir-lhes o conceito de entes paraestatais, a verdade é que em quaisquer circunstâncias não estão desoneradas da submissão ao controle da respectiva Corte de Contas. Pouco importa até, que se lhes configure a natureza jurídica como entidades de direito privado, pois o fato de receberem esses Conselhos recursos a título de contribuições do universo de seus filiados, colocam-nos no âmbito do preceito constitucional pela administração, movimentação e manejo de dinheiros públicos".

Na esteira desses posicionamentos da Suprema Corte, o TCU veio mantendo o controle sobre as contas de todos os conselhos de fiscalização profissional, à exceção apenas da OAB pelas razões já mencionadas.

3.14) Um controle externo diferenciado em relação aos conselhos profissionais.

Desde a época da edição da IN 29/99, que buscou simplificar o processo de prestação de contas pelos conselhos, já havia divergências no TCU acerca de eventual dispensa de prestação de contas anual, em vista da pouca materialidade dos recursos geridos, o que não os isentaria de outras modalidades de controle, tais como auditorias e inspeções. Esta dispensa encontra previsão no art.6º da Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/92).

Diante disso, foi editada a IN 47/2004, em cujo art.2º, §1º ficou estabelecido que *"os responsáveis pelas entidades de fiscalização do exercício profissional estão dispensados de apresentar prestação de contas ordinárias ao Tribunal, sem prejuízo da manutenção das demais formas de fiscalização exercidas pelo controle externo".*

Esta disposição veio a ser depois mantida pela IN 57/2008 do TCU.

3.15) A reafirmação da exclusão da OAB do controle pelo TCU.

No tocante à situação da OAB, havia o entendimento no sentido que, além de possuir legislação específica excluindo-a de qualquer controle administrativo (art.44, §1º, da Lei 8906/94), estava acobertada pelo trânsito em julgado da decisão proferida pelo TFR na década de 1950, excluindo-a do controle pelo TCU.

Esse entendimento, todavia, vinha sendo muito questionado, sobretudo após as modificações implementadas pela Constituição Federal de 1988, que, como já dito, conferiu poderes mais amplos ao TCU. Sob este fundamento, houve representação formulada pelo Ministério Público junto ao TCU, mas o plenário manteve o posicionamento anterior e, por meio do Acórdão 1765/2003, decidiu *"firmar o entendimento de que o Conselho Federal e os Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil não estão obrigados a prestar contas a este Tribunal, em respeito à coisa julgada, decorrente da decisão proferida pelo Tribunal Federal de Recursos nos autos do Recurso de Mandado de Segurança n.797".*

Por conta dessa decisão, ajuizaram-se ações civis públicas e outras ações judiciais em diversos Estados (a exemplo do DF, Pernambuco, Sergipe e Maranhão), na tentativa de se obrigar a OAB a prestar contas ao TCU. Foram até deferidos em primeiro grau alguns desses pedidos, mas acabaram sendo julgados improcedentes em sede de recurso.

Atualmente tramita no Congresso Nacional o projeto de lei 5062/2005 (de autoria do deputado Wladimir Costa) no sentido de submeter a OAB ao controle do TCU, sob o argumento de que "não parece razoável que a OAB pretenda fugir aos controles legais ou considerar-se de natureza diversa daquela de todas as entidades congêneres", sendo "que arrecada contribuições parafiscais, de natureza tributária".

Esse projeto, todavia, teve parecer em sentido contrário na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara (relator deputado Marcelo Ortiz), considerando o disposto no art.44, §1º, da Lei 8906/94 no sentido de que "a OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico", bem como o fato de haver a decisão do TFR tomada em 1951, já considerada como coisa julgada pelo próprio TCU.

3.16) A decisão do STF na ADI 3026-4.

Em 08/06/2006, o STF julgou a ADI 3026-4-DF (rel. Min. Eros Grau), tendo decidido que a OAB não se sujeita aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta, é uma "categoria ímpar" não incluída na categoria das autarquias, nem mesmo as chamadas autarquias especiais tais como as agências. Afastou-se, assim, qualquer vinculação da OAB à Administração Pública, bem como se considerou que a OAB não pode ser tida como congênere dos demais conselhos profissionais.

Assim consta na ementa do julgado:

"Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 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 chamada 'agências'. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer de suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é forma e materialmente necessária. 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 CF/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. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente. 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. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB".

Sobre a ausência de qualquer tipo de controle por parte da Administração Pública Direta (tutela administrativa) não haveria muito a discutir, pois, consoante explica Rui Cirne Lima,

"a OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico. Tal é a disposição constante do §1º do art.44 da Lei 8.906/1994. Isso significa que a OAB não está sujeita ao poder de inspeção do Estado e à tutela administrativa. Trata-se de um caso singular de descentralização administrativa com personificação, em que a entidade que surge desse processo é totalmente autônoma, não estando sujeita a nenhuma ingerência do Poder Público. A OAB representa, entre nós, o caso único de descentralização perfeita. Como dizia Hans Kelsen, as normas editadas pelos órgãos autônomos são finais e independentes, pelo menos com relação aos órgãos centrais da Administração do Estado (General Theory of Law and State", Harvard, 1945, pp.314 e 315). Isso significa que inexiste poder de tutela sobre a OAB, pois se trata de uma autarquia decorrente de um processo de descentralização perfeita, totalmente independente de qualquer ingerência estatal".

Aliás, consoante visto em tópico anterior, a inexistência de supervisão ministerial é uma característica que já vinha sendo há muito reconhecida em relação a todos os conselhos de fiscalização profissional e não apenas à OAB. Nesse particular, portanto, a ADI 3026 em nada inovou.

A inovação propriamente dita se deu ao considerar a OAB como um ente não autárquico (apesar de ter personalidade de direito público) e não integrante da Administração Indireta. Com isso, afastou-se a exigência de concurso público para admissão de pessoal prevista no art.37, II, da Carta, sendo vencidos, nesse particular, os ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, que consideravam necessário o concurso público salvo para cargos de assessoramento e chefia.

Sobre a não sujeição da OAB ao controle pelo TCU, o assunto não foi propriamente discutido na ADI 3026. Porém, a jurisprudência vem extraindo tal conseqüência da força vinculante deste julgado. Cite-se, por exemplo, a decisão do TRF da 1ª Região que em 03/08/2007 suspendeu liminar que submetia a OAB-MA ao Tribunal de Contas, levando em conta não apenas o posicionamento do STF, mas, também, o posicionamento já firmado no próprio TCU por meio do aludido Acórdão 1765/2003.

3.17) A decisão do STF no MS 26.150/DF e a extensão dos fundamentos da ADI 3026.

Em 19/09/2006, o Ministro Eros grau deferiu pedido liminar no MS 26.150, impetrado pelo Conselho Regional de Odontologia do Mato Grosso do Sul contra ato do Tribunal de Contas que determinou a realização de concurso público para admissão de pessoal, bem como a rescisão de contratos firmados anteriormente sem concurso.

Nessa decisão monocrática, o ministro se valeu dos mesmos argumentos já empregados em relação à OAB no julgamento da ADI 3026:

"Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, assim como a OAB, não constituem autarquias, eis que diferentemente do que ocorre com elas, não estão sujeitos à tutela da Administração. Os conselhos sustentam-se por meio de contribuições cobradas de seus filiados, inclusive no que se refere ao pagamento de funcionários, não recebendo quaisquer repasses do Poder Público".

Interessante observar que apesar de o julgamento da ADI 3026 haver se dado ao argumento de que a OAB não poderia ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional, este novo posicionamento do ministro Eros Grau no MS 26150 acabou por igualar a situação jurídica de todos os entes no que concerne ao seu lugar na organização administrativa.

Nesse entendimento generalizado sobre os conselhos, o ministro considerou que o preceito contido no *caput* do art.1º do DL968/69 – segundo o qual não se aplicam aos conselhos as normas legais sobre pessoal e demais disposições de caráter geral, relativas à administração interna das autarquias federais – *"foi recebido pela Constituição do Brasil".*

Diante dessa decisão monocrática do ministro Eros Grau no MS 26.150, outros conselhos profissionais (CFF e CREMERJ) tentaram ingressar na lide, certamente buscando usufruir dos efeitos da decisão liminar, mas tiveram a sua pretensão indeferida.

Interessante também que, discordando apenas do mérito da decisão tomada pelo TCU, o ministro tenha considerado inaplicável aos conselhos a regra do concurso público para contratação de funcionários, todavia nada tenha falado sobre a inexistência de competência do TCU para efetuar o controle externo sobre eles.

Permanece o entendimento contemplado no julgamento do MS 21.797-9, quando o STF reconheceu que o Conselho Federal de Medicina deveria prestar contas ao TCU, este há de ser aplicado aos demais Conselhos, à exceção apenas da OAB.

3.18) A decisão do STF no MS 26.149/DF e a não extensão dos fundamentos da ADI 3026:

Em 07/03/2007, o ministro Celso de Mello indeferiu pedido liminar no MS 26.149, impetrado pelo Conselho Federal de Odontologia contra ato do Tribunal de Contas idêntico ao que foi objeto do MS 26.150 acima mencionado. O pleito havia sido inicialmente apreciado pela ministra Ellen Gracie, na presidência do STF, e teve negado pedido de reconsideração.

Nesse caso (do MS 26.149) o ministro Celso de Mello, indo de encontro à posição adotada meses antes pelo ministro Eros Grau (no MS 26.150), continuou na esteira do entendimento prevalecente no STF no sentido de que os conselhos profissionais continuam possuindo natureza autárquica, aplicando-se-lhes a exigência constitucional de concurso público para seleção de pessoal.

E assim ministro Celso de Mello fez questão de destacar que o posicionamento adotado pelo plenário do STF na ADI 3026 apenas se aplicaria à OAB, por razões específicas, não podendo se estender aos demais conselhos profissionais:

"Nem se invoque o julgamento plenário que o Supremo Tribunal Federal proferiu na ADI 3.026/DF, Rel. Min. Eros Grau, pois, em tal decisão, pertinente ao estatuto jurídico da OAB, reconheceu-se que a Ordem dos Advogados do Brasil 'não é uma entidade da Administração Indireta da União', eis que – enquanto serviço público independente – qualifica-se como 'categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro'. Em decorrência de tal julgamento (ADI 3026/DF, Rel. Min. Eros Grau), o Supremo Tribunal Federal, ao acentuar ser 'incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB', assim justificou, no ponto, as razões – inaplicáveis aos demais conselhos profissionais – determinantes de tal entendimento: '(...)7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional".

3.19) A localização dos conselhos profissionais fora da Administração Pública:

O aspecto que mais chamou a atenção no voto do Ministro Eros Grau tanto na ADI 3026 quanto no MS 26.150, foi a afirmação de que os conselhos são entidades não pertencentes à Administração Indireta.

Admitiu-se com isso a existência de uma pessoa jurídica de direito público, criada por lei para exercer atividade típica de Estado (pessoa administrativa, portanto), mas situada fora da estrutura da Administração Pública.

É o terreno do *público não estatal*, antes apenas admitido no sentido funcional (entes privados exercendo funções públicas delegadas), mas agora alcançando inclusive um sentido orgânico (entes de direito público não pertencentes ao aparelho administrativo do Estado).

Em que pese já ter havido anteriormente menção à localização dos conselhos fora da estrutura administrativa[30], essa afirmação, reforçada pelo STF especificamente no tocante à OAB, foi de encontro à tradição doutrinária brasileira que sempre se valeu de uma noção ampla de descentralização administrativa funcional, isto é, considerando todos os entes administrativos de natureza pública (*autarquias*) como integrantes da Administração Indireta, variando eventualmente apenas o regime jurídico conforme disposto na lei de criação, de modo a se admitir certa categoria de "autarquias especiais", eis que dotadas de maiores prerrogativas de independência.

Entre nós nunca houve muito espaço à discussão levantada por alguns doutrinadores estrangeiros sobre a distinção entre Administração *Indireta* e Administração *Autônoma*.

Vital Moreira explica que na Alemanha, por exemplo, travou-se um debate entre duas correntes: "a) uma, segundo a qual toda a administração pública é administração direta ou indireta do Estado, pelo que a chamada administração

[30] No julgamento do MS 797 em 1951, o TFR já havia se posicionado nesse sentido em relação à OAB. Mas recentemente, no âmbito do próprio STF, houve este mesmo entendimento em relação a todos os conselhos no voto-vista proferido pelo Ministro Maurício Corrêa no MS 21.797.

autônoma não é senão um outro modo de dizer administração indireta (Forsthoff, H. H. Klein) ou, quanto muito, uma modalidade de administração indireta (doutrina dominante); b) outra, segundo a qual a administração autônoma é conceitualmente distinta da administração indireta, incluindo as coletividades locais e as corporações de direito público".[31]

Já no Brasil, porém, por influência da doutrina italiana das entidades autárquicas, prevaleceu a primeira corrente. Nessa linha, discorrendo sobre as corporações de direito público (autarquias corporativas), dentre elas as corporações profissionais, José Cretella Júnior as considera como integrantes da Administração indireta:

"a corporação de direito público 'administra', é 'gestora de serviços públicos', é 'pessoa interposta' entre a entidade política e o serviço gerido; é o 'serviço público personalizado'; ao separar-se da Administração direta, a corporação pública integra a Administração indireta, colaborando lado a lado com a pessoa jurídica pública política maior, a União, de existência necessária, que lhe deu nascimento, para a consecução de seus fins".[32]

Saber se, no Brasil, determinado ente integra ou não a Administração Indireta do Estado não é algo que possa significar uma inócua discussão em derredor de mero rótulo. O efeito prático é indiscutível, porque a nossa Constituição Federal de 1988, no *caput* do artigo 37, faz expressa menção à *"administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios",* seguindo-se, em seus diversos incisos e parágrafos, uma série de vetores a formatar o regime jurídico dos entes administrativos.

Esse, aliás, foi o cerne da questão ventilada na ADI 3026, em que se discutiu à aplicabilidade, quando à OAB, das disposições constitucionais referentes ao regime funcional de seus empregados e à exigência de concurso público prevista na regra do art.37, II, da Lei Maior. A afirmação de que a entidade não integra a Administração Indireta serviu como argumento lógico encontrado para colocá-la à margem dos ditames do art.37, em especial da exigência de concurso público.

O fato de uma entidade ser pessoa jurídica de direito público ou de direito privado por si só não resolveria, porquanto o próprio STF, ao julgar o MS 21.322 (relator: min. Paulo Brossard), já havia reconhecido a exigência de concurso público mesmo em relação às entidades estatais com personalidade de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista). Sobre isso alertou o ministro Sepúlveda Pertence no bojo do julgamento da ADI 3026:

"quando o Tribunal afirmou a exigência do concurso público para indiscutíveis entidades de Direito Privado da Administração Pública, vale dizer, as empresas públicas e sociedades de economia mista, afirmou também que o regime trabalhista não afasta, com relação a entes da administração, o concurso público".

Daí porque o ministro Eros Grau fez questão de destacar que a regra constitucional do concurso público (art.37, II) não se aplicaria a um ente não pertencente ao sistema orgânico da Administração Pública:

---

[31] *Op. cit.,* p. 212.
[32] *Idem*, p. 157.

"a exigência de concurso público alcança todas as entidades da Administração, seja as dotadas de personalidade de direito público, seja as de personalidade jurídica de direito privado. Entidade que não participa da Administração não fica sujeita, a meu ver, a concurso público. A Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos, que também têm características semelhantes, não estão sujeitos a concurso público. Por medida de coerência, se entendêssemos que uma entidade que não participa da Administração deve ficar sujeita a concurso público, teríamos de impor essa exigência, exigência de concurso público, ao PT, ao PMDB, ao PSDB e assim por diante. Não cabe a exigência em relação a entidade que, embora dotada de personalidade de direito público, não participa da Administração, não está sujeita a tutela administrativa".

A definição exata do que seja "Administração Indireta" não é fácil, daí porque esta categoria sequer é empregada em outros países, inclusive na própria França, de onde, sabe-se, veio a maior influência doutrinária na formação do nosso Direito Administrativo. Escreve Vital Moreira que "a doutrina francesa desconhece em geral as categorias de administração indireta e administração autônoma. Prefere-lhes os conceitos de descentralização (descentralização territorial, descentralização por serviços)".[33]

Seja como for, a conjugação entre os entendimentos firmados pelo STF nos julgamentos da ADI 1717 e da ADI 3026, ambas com efeitos *erga omnes* e força vinculante, conduz à conclusão de que a OAB é um ente com personalidade de direito público, que desempenha função pública descentralizada, mas está localizado fora do aparelho estatal. Enquadra-se, portanto, como uma *entidade paraestatal de direito público*.

3.20) A situação dos conselhos de fiscalização profissional após a ADI 3026:

Apesar do que restou decidido pelo plenário do STF na ADI 3026, ainda persiste no Pretório Excelso o entendimento de que os conselhos profissionais possuem natureza autárquica.

Ao que parece, até o momento somente o ministro Eros Grau resolveu estender a todos os conselhos de fiscalização os mesmos fundamentos respeitantes à OAB e que nortearam o seu voto na ADI 3026.[34]

Diversas decisões monocráticas vieram sendo proferidas por outros ministros do Supremo, todas elas reafirmando serem, os conselhos profissionais, autarquias corporativas integrantes da Administração Indireta e sujeitas a todas as disposições do regime jurídico-administrativo, dentre elas a exigência de concurso público para contratação de pessoal.

A começar pela já citada decisão do ministro Celso de Mello ao apreciar pedido liminar no **MS 26.149**, em que sustentou expressamente a não aplicação do entendimento da ADI 3026 em relação aos demais conselhos profissionais.

---

[33] *Ib idem*, p.205.
[34] Conforme decidido monocraticamente em 19/09/2006, no MS 26.150.

Vejamos outras decisões nesse mesmo sentido:

Ao apreciar o **RE 368917**, em 21/10/2009, o ministro Ricardo Lewandowski decidiu que

"o acórdão recorrido encontra-se em harmonia com o entendimento da Corte, que reconheceu a natureza autárquica dos conselhos de fiscalização das profissões e o caráter tributário das contribuições que lhes são anualmente devidas, identificando-as como contribuições de interesse das categorias profissionais, nos termos do art. 149 da CF. Nesse contexto, é de se exigir que a instituição e a majoração dessas contribuições respeitem o princípio da legalidade tributária, previsto no art. 150, I, da Lei Maior".

No **MI 1952**, o ministro Joaquim Barbosa proferiu decisão em 14/10/2009, na mesma linha do julgamento anteriormente feito pela ministra Ellen Gracie, no **MI 1529** em 03/08/2009, nos seguintes termos:

"O Conselho Nacional de Técnicos em Radiologia foi criado pela Lei 7.394, de 29.10.1985, e funciona, no tocante à estrutura e à finalidade, nos mesmos moldes do Conselho Federal de Medicina (art. 12). A norma que regulamenta o referido diploma legal, o Decreto 92.790, de 17.06.1986, enuncia, ademais, que os Conselhos Nacional e Regionais de Técnicos em Radiologia "constituem, em seu conjunto, uma autarquia, sendo cada um deles dotado de personalidade jurídica de Direito Público" (art. 12). Verifico que não obstante a natureza autárquica do impetrante, pessoa jurídica de direito público criada por lei federal e integrante da Administração Pública indireta, esforça-se ele, na presente ação mandamental, em equiparar-se, na pretensão de defender os interesses dos profissionais por si fiscalizados, às entidades sindicais e às associações de classe. Todavia, esta Suprema Corte, no julgamento plenário da ADI 641, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, DJ de 12.03.1993, enunciou, expressamente, a incompatibilidade da natureza pública, autárquica e fiscalizadora das ordens e conselhos profissionais com o conceito e a finalidade das entidades de classe, que são formadas por pessoas pertencentes a uma mesma categoria profissional ou econômica. Asseverou este Supremo Tribunal, nesse sentido, que os conselhos de fiscalização profissional não são entidades autônomas, mas sim autarquias inseridas na estrutura do Poder Executivo Federal, dotadas de competências administrativas específicas e submetidas ao controle ou supervisão de altos órgãos da Administração Pública direta, quais sejam, dos Ministérios de Estado".

Assim também se posicionou a ministra Carmen Lúcia em decisão monocrática no **RE 559814/SP**, em 17/09/2009:

"Ao afirmar não ser uma autarquia o Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado de São Paulo, o Tribunal a quo divergiu do que assentado por este Supremo Tribunal. Conquanto haja discussão doutrinária quanto à classificação de autarquia propriamente dita, autarquia em regime especial e autarquia corporativa peculiar, este Supremo Tribunal sedimentou o entendimento de que os conselhos regionais e os conselhos federais de profissão são autarquias".

Ao indeferir medida cautelar no **MS 27670,** a ministra Ellen Gracie assim se posicionou em 19/12/2008:

"Considero, ainda, relevante o fato de o Supremo Tribunal Federal ter decidido pela natureza autárquica dos Conselhos de Fiscalização Profissional (Mandado de Segurança 21.797/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ 18.5.2001), motivo por que devem as autarquias obedecer às regras que envolvem a Administração direta, indireta ou fundacional. As demais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.717/DF, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 28.3.2003, declarou a inconstitucionalidade do caput e dos parágrafos 1o, 2o, 4o, 5o, 6o, 7o e 8o do art. 58 da Lei 9.649/98, não tendo estabelecido ressalva alguma em relação aos efeitos ex tunc inerentes a esse tipo de decisão".

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). Já no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, consoante se verá no tópico seguinte, consolidou-se o entendimento de que tais conselhos não se submetem ao mesmo regime jurídico dos entes da Administração Indireta, havendo julgados que inclusive os trataram como entidades paraestatais.

3.21) O regime de pessoal nos conselhos de fiscalização das profissões.

Na legislação específica de alguns conselhos havia expressa menção ao regime estatutário para seus servidores[35], situação que veio sendo admitida pela jurisprudência como decorrente da natureza autárquica, sem prejuízo que pudessem ter também, em seus quadros, funcionários celetistas (como de fato se deu com a maioria do pessoal contratado).

Nessa linha, firmou-se o entendimento de que antes da CF/88 o regime de pessoal nos conselhos seria, em regra, o regime celetista, podendo haver também servidores estatutários. Num e noutro caso não havia a exigência de prévio concurso público.

Com a nova Constituição prevendo originariamente o regime jurídico único para as autarquias e implementado este com o advento da Lei 8112/90, firmou-se posição no sentido de que o regime de pessoal em todos os conselhos tornou-se necessariamente estatutário. Além disso, por força do art.37, II, da nova Carta, passou-se a exigir concurso público para a admissão de pessoal.

Confira-se a respeito o seguinte julgado do STJ, que reflete a jurisprudência dominante na época:

"Processual Civil – Associação de classe profissional – CREA – Autarquia especial – Defesa dos direitos individuais dos associados – Legitimidade 'ad causam' –

[35] Foi o caso, por exemplo, do antigo Estatuto da OAB (Lei 4.215/63), em cujo art.148 estava previsto: *"Aplica-se aos funcionários da Ordem dos Advogados do Brasil o regime legal do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União e leis complementares".*

Substituto processual. A jurisprudência assentada nesta Corte consolidou o entendimento de que as entidades de fiscalização do exercício profissional, como o Conselho Federal e os Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, têm natureza jurídica de autarquias especiais, cujos servidores estão submetidos ao regime jurídico único estatutário" – 6ª Turma, relator: ministro Vicente Leal, DJ de 20.10.1993.

Mas ainda assim surgiam decisões divergentes no âmbito dos tribunais federais, como se percebe do teor do seguinte aresto:

"Administrativo – Regime jurídico único – Lei 8.112, de 11.12.90 – Servidores dos conselhos de fiscalização profissional – inaplicabilidade. 1. Os Conselhos são autarquias corporativas peculiares e assim sendo, regidas pelo Decreto-lei 968/69, não se submetendo seus servidores aos ditames da Lei 8.112/90, arts. 205 e 206. 2. Apelação provida" – TRF da 5ª Região, 2ª Turma, AMS 5050060/95-CE, relator: juiz Araken de Assis, DJ de 03.01.1996.

A polêmica foi mais uma vez reforçada com o advento da EC 19/98, alterando a redação do art.39 da Carta e pondo fim ao regime jurídico único, de modo a se admitir mais uma vez a contratação, pelos conselhos profissionais, de empregados sob regime da CLT. Esta tendência se confirmou com a edição da Lei 9.649/98 e não se modificou mesmo após o julgamento da ADI 1717, prevalecendo a idéia de que com a extinção do regime jurídico único nada impediria que os conselhos adotassem o regime celetista para seu pessoal.

Ao julgar a ADI 1717, o STF inclusive deixou assentado que o advento da EC19 tornou prejudicada a ação no tocante à alegação de inconstitucionalidade do §3º do art.58 da Lei 9.649/98, que estabeleceu o regime trabalhista para todos os empregados dos conselhos profissionais.

Nova polêmica surgiu, porém, com o julgamento da ADI 2.135, quando o STF suspendeu, com efeitos *ex nunc*, a vigência do art.39 da CF/88 na redação que lhe havia sido dada pela EC 19/98, de forma a restabelecer a obrigatoriedade do regime jurídico único. Com isso, voltou-se ao entendimento, no STJ, de que o regime de pessoal dos conselhos passou a ser novamente o estatutário, situação que perdura até o presente momento.

A propósito da evolução que tiveram os debates sobre o tema no âmbito da jurisprudência, confira-se o teor dos seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA FEDERAL. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. SERVIDORA. REGIME JURÍDICO ESTATUTÁRIO. DEMISSÃO. AUSÊNCIA DO REGULAR PROCESSO ADMINISTRATIVO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Os conselhos de fiscalização profissional possuem natureza jurídica de autarquia, sujeitando-se, portanto, ao regime jurídico de direito público. Precedentes do STF e do STJ. 2. Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, era possível, nos termos do Decreto-Lei 968/69, a contratação de

servidores, pelos conselhos de fiscalização profissional, tanto pelo regime estatutário quanto pelo celetista, situação alterada pelo art. 39, caput, em sua redação original. 3. Para regulamentar o disposto na Constituição, o legislador inseriu na Lei 8.112/90 o art. 253, § 1º, pelo qual os funcionários celetistas das autarquias federais passaram a ser servidores estatutários, não mais sendo admitida a contratação em regime privado, situação que perdurou até a edição da Emenda Constitucional 19/98 e da Lei 9.649/98.4. No julgamento da ADI 1.717/DF, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a natureza jurídica de direito público dos conselhos fiscalizadores, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 53 da Lei 9.649/98, com exceção do § 3º, cujo exame restou prejudicado pela superveniente Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998, que extinguiu a obrigatoriedade do Regime Jurídico Único. 5. Em 2 de agosto de 2007, porém, o Supremo Tribunal Federal deferiu parcialmente medida liminar na ADI 2.135/DF, com efeitos ex nunc, para suspender a vigência do art. 39, caput, da Constituição Federal, com a redação atribuída pela referida emenda constitucional. Com essa decisão, subsiste, para a administração pública direta, autárquica e fundacional, a obrigatoriedade de adoção do regime jurídico único, ressalvadas as situações consolidadas na vigência da legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa. 6. No caso, a recorrida foi contratada pelo Conselho de Contabilidade em 7 de fevereiro de 1980, tendo sido demitida em 27 de fevereiro de 1998 (fl. 140), antes, portanto, da edição da Emenda Constitucional 19/98, sem a observância das regras estatutárias então em vigor, motivo por que faz jus à reintegração pleiteada. Precedentes do STJ em casos análogos. 8. Recurso especial conhecido e improvido". (STJ, 5ª Turma, REsp 820696/RJ, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 17/11/2008)

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA ARQUITETURA E AGRONOMIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - CREA/RJ. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA FEDERAL. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. REGIME JURÍDICO. 1. Após o julgamento da ADIn n.º 1.717/DF, ficou reafirmada pela Suprema Corte a natureza jurídica de direito público dos serviços de fiscalização de profissões regulamentadas, restando imaculada, ainda, sua inserção dentre as autarquias. 2. O regime jurídico aplicável aos funcionários dos conselhos de fiscalização profissional, no âmbito federal, por força do art. 1.º do Decreto-lei n.º 968, de 13 de outubro de 1969, era, como regra, o celetista, até o advento da Lei n.º 8.112, de 11 de novembro de 1990 que, pelo seu art. 243, regulamentando o art. 39 da Constituição Federal (redação originária), instituiu o Regime Jurídico Único, no caso, sendo escolhido o estatutário. Essa situação perdurou até o advento da Emenda Constitucional n.º 19, de 04 de junho de 1998, que deu nova redação ao art. 39 da Carta Magna, extinguindo a obrigatoriedade de um regime único, passando a prevalecer a regra especial insculpida no § 3.º do art. 58 da Lei n.º Lei n.º 9.649/98 – mantido incólume pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADIn n.º 1.717/DF –, que prevê o regime celetista. 3. Na hipótese em apreço, o Recorrente foi admitido pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado do Rio de Janeiro – CREA/RJ em 09/01/1978, tendo sido demitido em 04/02/2000, sem observância das regras estatutárias então vigentes. Desse modo, há de ser reconhecido o seu direito à almejada reintegração. 4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para dar provimento ao recurso especial". (STJ,

5ª Turma, EDcl no REsp 702315 / RJ, Relatora: Ministra LAURITA VAZ, DJ de 26/11/2007).

E uma vez se considerando os conselhos profissionais como autarquias (ainda que atípicas, especiais, *sui generis* etc.), integrantes da Administração Indireta, seria plenamente aplicadas a elas a regra do art.37, II, da CF/88 que obriga a realização de concurso público para seleção de pessoal, sejam os celetistas (para o período em que se admitiu esse regime), sejam os estatutários, entendimento este que, conforme visto em tópico anterior, está em harmonia com o posicionamento de grande parte dos ministros do STF.[36]

A questão, porém, tem tomado outro direcionamento no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, onde a jurisprudência dominante firmou posição no sentido de serem celetistas todos os empregados dos conselhos e não se lhes aplicar a regra de obrigatoriedade do concurso público.

Vejamos o teor de diversos julgados daquela Corte Especializada:

"RECURSO DE REVISTA. CONSELHO FEDERAL DE FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. NATUREZA JURÍDICA. CONTRATO DE TRABALHO. DESNECESSIDADE DE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. A jurisprudência uníssona desta C. Corte perfilha do entendimento de que os conselhos federais e regionais de fiscalização do exercício profissional, por possuírem autonomia administrativa e financeira, não se submetem ao mandamento constitucional inserto nos artigos 37, II e 41. Por conseqüência, a validade do contrato de trabalho dos seus empregados não requer aprovação em concurso público. Recurso de revista não conhecido". (RR 1892/2003, 6ª Turma, relator: min. Aloysio Corrêa da Veiga, julgado em 27/05/2009)

"ESTABILIDADE. ARTIGO 19 DO ADCT. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ESPÓLIO. REINTEGRAÇÃO. ESPÓLIO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. Os Conselhos de fiscalização profissional são pessoas jurídicas dotadas de personalidade jurídica de Direito Público que, não obstante detenham a titularidade e responsabilidade pela execução de serviços públicos, não são destinatárias do mesmo regime jurídico das autarquias típicas. Beneficiam-se, tão-somente, das vantagens estipuladas nas leis que as instituíram ou daquelas reputadas indispensáveis à consecução de seus fins. Assim, aos empregados de tais Conselhos não se reconhece a estabilidade do artigo 19 do ADCT da CF/88." (PROC. Nº TST-RR 541.850/99.1, 1ª Turma, relator: ministro João Oreste Dalazen, DJ de 06/05/2005).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. CONSELHO REGIONAL NATUREZA JURÍDICA CONCURSO PÚBLICO - DESNECESSIDADE. A tese de má-aplicação do art. 37, inciso II, da Constituição Federal justifica o processamento do recurso de revista. Agravo provido. RECURSO DE REVISTA. CONSELHO REGIONAL NATUREZA JURÍDICA CONCURSO PÚBLICO - DESNECESSIDADE. Os conselhos regionais são órgãos dotados de recursos próprios e exercem suas

[36] Não obstante se tenha notícia de liminares suspendendo decisão do TCU que determinou a rescisão de contratos de emprego firmados sem concurso, até que a matéria seja apreciada pelo plenário do STF. Cite-se *v.g.* o MS 26.134 (relatora: min. Carmen Lúcia).

atividades detendo ampla autonomia financeira e administrativa. Assim sendo, fundado é o reconhecimento de que a pessoa jurídica criada (conselho regional) é uma entidade paraestatal atípica, por se tratar de órgão dotado de recursos próprios. Assim, o CREA não se enquadra nos moldes do artigo 37 da Constituição Federal. Recurso conhecido e provido." (RR 5933/2005, 2ª Turma, relator: min. Renato de Lacerda Paiva, DJ de 25/04/2008).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS CRECI. AUTARQUIA. REGIME ESPECIAL. ESTABILIDADE. REINTEGRAÇÃO. Evidencia o Regional que a reclamante não prestou concurso público para ingresso no reclamado, salientando, ainda, que os conselhos de fiscalização profissional não se equiparam às autarquias com função pública própria e típica, outorgada pelo Estado. Assim, com efeito, não há que se cogitar da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal. Agravo de instrumento conhecido e desprovido." (AIRR 118/2006, 3ª Turma, relator: ministro Alberto Bresciani, DJ de 20/06/2008).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE DO ARTIGO 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSELHO REGIONAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL DA SEGUNDA REGIÃO. Os Conselhos Regionais destinados à fiscalização dos profissionais a eles vinculados, embora intitulados como entidades autárquicas, não se inserem no âmbito da Administração Pública direta ou indireta. Trata-se de entes paraestatais, com situação especial em relação aos empregados por eles contratados, os quais não são alcançados pela estabilidade dos servidores públicos. Carece do devido e necessário prequestionamento a argüição de ofensa aos artigos 37, 39 e 84, IV e XXIV, da Constituição Federal, violação das Leis 8027/90 e 8028/90 e contrariedade à Súmula nº 333/TST. -1 e 22 da SBDI-2) e ofensa direta do artigo 41 da Constituição Federal. Arestos inespecíficos não impulsionam o processamento do recurso de revista, a teor da Súmula nº 296 do TST. Agravo de Instrumento conhecido e não provido." (AIRR 550/2002, 6ª Turma, relator: juiz convocado Luiz Antônio Lazarim, DJ de 11/05/2007).

"ESTABILIDADE DO ART. 19 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS - ENTE PARAESTATAL E NÃO AUTÁRQUICO. Os Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis identificam-se como entidade paraestatal, portanto, pessoa jurídica de direito privado, e não de natureza autárquica, daí porque seus empregados, que não usufruem da condição de servidores públicos, não são beneficiários da estabilidade prevista no art. 19 do ADCT da Constituição Federal de 1988. Regulados pelo Decreto-Lei nº 968/69 e Decreto-Lei nº 93.617/86 desempenham função de fiscalização do exercício profissional; não recebem subvenções ou transferência da União, na medida em que possuem recursos próprios, e igualmente não são destinatários das normas legais sobre pessoal relativos à administração interna das autarquias federais. Recurso de embargos não conhecido." (E-RR 117785/1994, SBDI-1, relator: min. Milton de Moura França, DJ de 11/02/2000).

"ESTABILIDADE - ART. 19 DO ADCT - CONSELHO PROFISSIONAL - ENTE PARAESTATAL - ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO - EMPREGADOS REGIDOS PELO REGIME DA CLT. Tendo os conselhos profissionais a missão de fiscalizar os

profissionais a eles vinculados (médicos, odontólogos, veterinários, advogados, contabilistas, etc.), seus empregados não são, pelo fato de se tratar de entes paraestatais, regidos pelo Regime Jurídico Único, não possuindo, por isso, direito à estabilidade no emprego prevista no art. 19 do ADCT da Constituição Federal de 1988. Inteligência do § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649/98, cristalizada na jurisprudência pacífica desta Corte. Incidência da Súmula nº 333 do TST. Recurso de embargos não conhecido." (E-RR 97913/1993, SBDI-1, relator: ministro Ives Gandra Martins Filho, DJ de 07/12/2000).

"CONSELHO REGIONAL PROFISSIONAL - ESTABILIDADE "As entidades criadas por lei com atribuições de fiscalização do exercício das profissões liberais que sejam mantidas com recursos próprios e não recebam subvenções ou transferências à conta do Orçamento da União regular-se-ão pela respectiva legislação específica, não se lhes aplicando as normas legais sobre pessoal e demais disposições de caráter geral, relativas à administração interna das autarquias federais". (art. 1º do Decreto-Lei 869/69) Impertinente, pois, atribuir ao Reclamado, para fins de aplicação da legislação trabalhista diferenciada, a condição de organismo estatal, ou Órgão da Administração Pública Indireta, no sentido estrito, bem como considerar que seus empregados possam ser alcançados pelo benefício constitucional da estabilidade, previsto no art. 19 do ADCT. Embargos não providos." (E-RR 173409/1995, SBDI-1, relator: ministro Rider de Brito, DJ de 12/11/1999).

Como se observa, o tema da natureza e regime jurídico dos conselhos de fiscalização profissional sempre desafiou e continua desafiando grandes divergências na jurisprudência. Um dos motivos para este grau de discrepância de entendimentos é a falta de uma legislação geral que imprima um tratamento uniforme, conseguindo adaptar o regime público inerente às atividades de polícia das profissões e as peculiaridades de gestão administrativa desses entes.

É o que se está agora buscando fazer.

3.22) Iminência de nova legislação sobre organização da administração pública.

Considerando as insuficiências, contradições e imprecisões do DL 200/67, dentre outros aspectos que demandam uma legislação mais atual, no final do ano de 2007 o Poder Executivo federal editou portaria nomeando uma comissão de juristas encarregados de elaborar um anteprojeto de uma nova lei tratando da organização da Administração Pública.

Concluído o trabalho em julho/2009, a comissão – composta pelos ilustres professores Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano Azevedo Marques Neto, Maria Coeli Simões Pires, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Paulo Modesto e Sérgio de Andréa Ferreira – apresentou a íntegra da proposta do anteprojeto, acompanhada de detalhada exposição de motivos, em que se considerou haver na legislação vigente *"a falta de delimitação mais nítida entre as atividades de supervisão e controle; a ausência de disciplina do controle social da administração, a confusão entre descentralização e desconcentração; o não tratamento adequado do tema das subsidiárias das entidades da administração indireta, bem como o não tratamento do tema das empresas das quais o Estado participe sem integração à*

administração indireta, além da omissão na disciplina geral de numerosas questões surgidas após a edição do Decreto-lei 200/67".

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).

Nessa linha, todos os conselhos de fiscalização profissional foram considerados *entidades paraestatais*, conforme se justificou na exposição de motivos:

"Nessa categoria se incluem as chamadas corporações profissionais, tais como OAB, CREA, CREM e outras semelhantes que, por exercerem atividade de polícia (melhor se diria atividade disciplinar), de regulação e de repressão sobre os seus associados, têm que ser tratadas como pessoas jurídicas de direito público, no que diz respeito a esse seu papel fiscalizador, regulador e sancionador, que constitui sua atividade-fim. Acompanha-se entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que tais atividades, sendo típicas de Estado, só podem ser exercidas por pessoas jurídicas de direito público, com os controles respectivos. Porém, nos aspectos estritamente de gestão (pessoal e contratações, por exemplo), a aplicação do regime das entidades estatais de direito público seria incompatível com a independência de que essas entidades paraestatais devem, por sua natureza, gozar frente ao Estado, como, aliás, já decidiu o Supremo Tribunal Federal relativamente ao caso da OAB. Assim, o anteprojeto acompanha a tendência crescente, no direito estrangeiro, de excluir tais entidades do âmbito da Administração Pública direta e indireta, o que é compatível com a peculiaridade de sua missão e com seu caráter corporativo".

A comissão deixou claro, então, que tais entidades paraestatais estarão sujeitas a um regime jurídico híbrido, de um lado o regime predominantemente privado no que concerne aos seus atos de gestão e de outro o regime público quanto às atividades de fiscalização profissional:

"Os dois tipos de entidades paraestatais previstos no anteprojeto sujeitar-se-ão, por extensão, a princípios próprios da Administração Pública (legalidade, legitimidade, moralidade, eficiência, interesse público e social, razoabilidade, impessoalidade, economicidade e publicidade), ficando, contudo, excluídos do âmbito de aplicação das normas das entidades estatais sobre a contratação administrativa e servidores públicos, para preservar sua autonomia. Elas devem adotar procedimentos próprios de gestão financeira, contratação e seleção de pessoal que assegurem a eficiência e a probidade na aplicação de seus recursos, publicando anualmente suas demonstrações financeiras e prestando contas nos termos do parágrafo único do artigo 70 da Constituição, as quais serão apreciadas pelo Tribunal de Contas da União dentro dos limites determinados pelo respeito à autonomia que lhes foi conferida por lei.

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 dispondo de prerrogativas próprias de autoridade".

Daí porque a comissão fez constar no art.72, §2º, do anteprojeto 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"*.

Em linhas gerais, pode-se dizer que a futura lei estabelecerá o seguinte regime jurídico para os conselhos de fiscalização profissional:

a) são pessoas jurídicas de direito público, mas que não integram a Administração Indireta.

b) sendo pessoas jurídicas de direito público, submetem-se predominantemente a normas de direito público no que tange a sua atividade-fim (exercício do poder de polícia das profissões), porém incide sobre eles também normas de direito privado em relação aos atos de gestão (pessoal, contratações etc.).

c) por não integrarem a Administração Indireta, não se submetem às regras fixadas no art.37 e incisos da CF/88 naquilo que se relacionar com tais atos de gestão. Assim, por exemplo, não estão obrigados a realizar concurso público para a seleção de pessoal, nem licitações para as compras, obras e contratações de serviços.

d) por desempenharem atividade pública no tocante aos atos de polícia das profissões (regulação, fiscalização e sanção), incidem sobre eles, nesse particular, os princípios que regem a Administração Pública, inclusive os previstos no caput do art.37 da CF/88 e no art.2º, p. único, da Lei 9.784/99.

Inevitavelmente haverá dúvidas se, apesar de serem pessoas jurídicas de direito público, mas não integrando a Administração Pública, continuarão gozando de certas prerrogativas conferidas por lei à Fazenda Pública, tais como a legitimação ativa para execução fiscal, a impenhorabilidade de bens, os prazos processuais diferenciados, dentre outras.

No tocante à execução fiscal, por exemplo, o STJ tem precedentes de que a OAB, mesmo sendo pessoa jurídica de direito público, não poderia mais gozar de prerrogativas que a lei conferiu à Fazenda Pública. Já os demais conselhos de fiscalização profissional, não acobertados pela decisão do STF na ADI 3026, continuariam sendo autarquias e, com isso, usufruindo do regime jurídico da Fazenda Pública. Confira-se, a respeito, o seguinte comentário doutrinário:

"Os conselhos profissionais (CREA, CRO, CRM etc.) podem ajuizar execução fiscal. Tal possibilidade foi reafirmada pelo STF no julgamento da ADIN 1.717/DF, quando restou decretada a inconstitucionalidade do art.58 da Lei Federal n. 9.649/1998, que atribuía aos conselhos profissionais a natureza de pessoa jurídica de direito privado. Segundo o entendimento firmado pela Suprema Corte, é indelegável a uma entidade

privada a atividade típica do Estado, que abrange o poder de polícia, o de tributar e o de punir, relativamente ao exercício de atividades profissionais regulamentadas. Manteve-se, então, o entendimento, segundo o qual os conselhos profissionais ostentam a natureza de autarquias especiais, enquadrando-se, portanto, no conceito de Fazenda Pública. Desse modo, podem os conselhos profissionais intentar execução fiscal.

No que diz respeito especificamente à OAB, o Superior Tribunal de Justiça veio a modificar o entendimento, concluindo não ser possível cobrar anuidades de advogados por meio de execução fiscal; cabe-lhe, isto sim, valer-se da execução por quantia certa contra devedor solvente, adotando-se o procedimento capitulado no Código de Processo Civil.

Com efeito, já se firmou o entendimento no STJ quanto à impossibilidade de a OAB valer-se do executivo fiscal. A razão de tal entendimento repousa na circunstância de, embora a OAB ostentar a natureza de autarquia especial, não integrar a Administração Pública indireta, não estando submetida à Lei Federal n. 4.320/1964, que estatui normas de direito financeiro dos orçamentos e balanços das entidades estatais. Ora, segundo dispõe o art.2º da Lei Federal n. 6.830/1980, somente constitui dívida ativa aquela definida como tributária ou não tributária pela Lei Federal n. 4.320/1964. Sendo certo que a receita da OAB não é composta de verbas orçamentárias, nem atende às exigências do referido diploma legal, é curial não lhes ser possível fazer uso da execução fiscal. (STJ, 1ª S, EREsp n. 503.252/SC, rel. Min. Castro Meira, j. em 25.08.2004, publicado no DJ de 18.10.2004, p. 181; STJ, 1ª S, EREsp n. 449.036/SC, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 18.10.2004, publicado no DJ de 13.12.2004, p. 201).

(...) A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afasta, como se percebe, a possibilidade de a OAB valer-se da execução fiscal, mas dá a entender que os demais conselhos profissionais poderiam continuar a fazer uso dela, pois não ostentariam essas qualidades da OAB, nem estariam destinadas à função por esta exercida".[37]

Nesse diapasão, vem se firmando nos tribunais federais posição no sentido que as anuidades cobradas pela OAB não teriam natureza tributária, haja vista inclusive que o seu estatuto (Lei 8.906/94) afastou expressamente a aplicação da Lei 6.994/82 que fixou parâmetros de valores das contribuições cobradas pelos conselhos profissionais.

Desse entendimento já se pode então antecipar a discussão que certamente advirá com a nova legislação que exclui, da Administração Pública, todos os conselhos de fiscalização profissional.

Deveras, o tratamento jurídico que esta legislação buscará agora atribuir aos conselhos não mais se coaduna integralmente com o regime que, conforme visto ao logo desse estudo, ainda vem lhes sendo aplicado pela jurisprudência, não obstante o quanto decidido na ADI 3026 no que concerne à OAB.

---

[37] Fredie Didier Jr., Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil - Execução*, vol. 5, Salvador: Jus Podium, 2009, p. 734-735.

Entrementes, pensamos que esta solução legislativa virá em boa hora e fatalmente modificará a jurisprudência, dando coerência ao sistema de controle de todas as profissões.

Há muito já se reconheceu a ausência de supervisão ministerial em relação aos conselhos, o que demonstra não serem autarquias típicas integrantes da Administração Indireta no sentido em que esta expressão é empregada no art.37 da CF/88. E ao invés de se continuar insistindo na categorização das corporações profissionais como sendo autarquias *sui generis, atípicas*, *especiais* ou coisas do gênero, melhor mesmo definitivamente enquadrá-las como uma categoria à parte da Administração Pública, qual seja a das *entidades paraestatais*.

Por mais que se diga que a OAB detém atribuições institucionais que vão além daquelas desempenhadas pelos demais conselhos, não há razões para conferir tratamento diferenciado àquela em relação a estes, na medida em que são comuns os traços que diferenciam todos os conselhos – e não só a OAB – das autarquias administrativas. Daí porque os fundamentos empregados no julgamento da ADI 3026 devem mesmo ser estendidos aos demais conselhos profissionais, como reconheceu o ministro Eros Grau em decisão que proferiu no MS 26.150.

Outrossim, é razoável que os conselhos não se submetam aos mesmos rigores que as entidades estatais em tema de licitações e contratos administrativos, o mesmo ocorrendo no tocante à exigência de concurso público para admissão de pessoal, tema que vem atormentando inúmeros trabalhadores que, tendo sido contratados sem qualquer má-fé ou aparência de ilicitude, de uma hora para outra se viram sob o risco de perderem seus empregos por não terem se submetido a um processo seletivo de direito público que sequer imaginavam necessário. O anteprojeto deixa claro que os conselhos não estão submetidos aos rigores do art.37, II, da CF, cabendo a cada entidade adotar os mecanismos que reputar adequados à seleção de seu pessoal, se for o caso curvando-se voluntariamente à regra democrática do concurso público, como, aliás, ponderaram os ministros Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie nos seus votos na ADI 3026.

Seguindo a tendência da jurisprudência do TST, o anteprojeto, de modo acertado, deixou claro que todos os trabalhadores dos conselhos profissionais devem estar submetidos ao regime comum de emprego na iniciativa privada, ou seja, ao regime da CLT. Na ADI 3026 o STF assim considerou em relação apenas à OAB e não vemos razões, como dito, para ser diferente em relação aos demais conselhos.

Por fim, no tocante ao controle externo de contas, já se viu que o próprio TCU vem reconhecendo estarem os entes profissionais sujeitos a um controle menos rígido dadas as suas peculiaridades. Nesse particular o anteprojeto também recepciona este entendimento da Corte de Contas, admitindo o controle na forma do art.70, p. único, da CF/88, porém dentro dos limites determinados pelo respeito à autonomia que foi conferida por lei a cada conselho.

Sob este aspecto, dúvidas remanescerão quanto à situação da OAB, que, como visto, continua sendo poupada de qualquer fiscalização por parte do TCU, escudando-se nas peculiaridades da sua atuação institucional, bem como numa antiga decisão do TFR. O anteprojeto nada diz a respeito – nem poderia por se tratar

de uma lei geral –, mas ao admitir o controle externo, sem nada excepcionar, abriu espaço para novas investidas contra a OAB, tal qual aconteceu ao tempo da edição do DL 968/69.

Com efeito, não vemos porque isentar a OAB do controle de contas pelo TCU nos moldes flexíveis em que aceito em relação aos demais conselhos profissionais, com respeito a sua autonomia e observada a não aplicação de regras de direito público no tocante à gestão de bens ou de pessoal. O argumento da independência funcional e da importância da atuação dos advogados para a administração da justiça, se é que poderia ser invocado durante os regimes de exceção que já houve no Brasil, não mais se justifica num regime democrático sob na égide da Carta de 1988. Infere-se daí que a decisão proferida no acórdão de 1951 do TFR não pode mais valer frente à nova Constituição, sendo que a norma do art.44, §1º, da Lei 8906/94 apenas se refere à ausência de supervisão ministerial (tutela administrativa pelo ministério) e não propriamente ao controle externo de contas.

Relembrando o que disse o ministro Carlos Velloso em voto proferido no julgamento do MS 21.797, o controle pelo Tribunal de Contas não é por si algo que possa afetar a independência funcional, pois *"o Supremo Tribunal Federal, cúpula do Poder Judiciário nacional, está sujeito a essa finalização e isso nada o diminui. Ao contrário, torna transparente os seus atos de gestão da coisa pública".*

De mais a mais, temos que o grau de complexidade com que vieram sendo tratadas as questões envolvendo os conselhos de fiscalização profissional torna muito bem-vinda a futura legislação que, fixando ao menos em linhas gerais o regime jurídico dessas entidades, assegurará um mínimo de segurança jurídica em derredor da matéria.

Mas certamente não bastará a edição desta nova lei, outras indagações ainda surgirão de suas inevitáveis lacunas, sobretudo quanto ao efetivo alcance das disposições de direito público que se reconheceu serem aplicadas aos conselhos profissionais em questões envolvendo o seu poder fiscalizador, regulador e sancionador, bem como no que diz respeito aos parâmetros de controle pelo TCU, a exemplo do que já ocorreu no tocante às empresas estatais.

São temas que certamente ainda desafiarão muitos debates, como aconteceu nas alterações legislativas do passado. O tempo dirá.

RERE Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado | Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

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. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-25-MAIO-2011-DURVAL-CARNEIRO-NETO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Nenhuma informação disponível.