

Recebimento do artigo: 10/06/2008

Aprovado em: 17/06/2008

José Levi Mello do Amaral Júnior

São Paulo, São Paulo, Brasil

jose.levi@uol.com.br

Sumário

1 Introdução. 2 Liberdades públicas e direitos sociais. 3 Direito (liberdade) de trabalhar e direito (social) ao trabalho. 4 Especificamente sobre o direito (liberdade) de trabalhar. 5 Conselhos profissionais: natureza autárquica. 6 Concurso público para os servidores dos conselhos profissionais. 7 Conclusão: conselhos profissionais assemelham-se a agências reguladoras. 8 Referências bibliográficas.

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da USP. Professor do Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Doutor em Direito do Estado pela USP. Procurador da Fazenda Nacional.

Resumo

O artigo examina os conselhos profissionais do Direito brasileiro e a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal sobre liberdade profissional.

Abstract

The paper examines the professional associations in Brazilian's Law and Brazilian Supreme Court's recent decisions relating to professional freedom.

Palavras-chave

Conselhos profissionais. Liberdade de trabalhar. Jurisprudência recente.

Key words

Professional associations. Professional freedom. Recent decisions.

1 Introdução

A presente exposição tem por objeto examinar, mormente no caso de conselheiro empregado, como e com que isenção, pode um conselheiro fiscalizar a instituição onde ele trabalha¹. Aventa-se – para o fim de argumentação – comparação com o caso dos sindicatos, regidos que são no particular pelo art. 543, § 3o da CLT². Enfim, também vale discutir a possibilidade de os conselhos profissionais remunerar os conselheiros que sejam servidores públicos dispensados sem remuneração na forma do art. 92 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Para tanto, importa examinar, primeiro, o art. 5o, inciso XIII, da Constituição de 1988, em especial para determinar a natureza da liberdade dele constante, bem como a natureza da própria norma constitucional em causa. A seguir, deve-se estudar a natureza dos conselhos profissionais, segundo a doutrina e a jurisprudência pátrias, mormente a do Supremo Tribunal Federal. Por fim, serão enfrentadas as questões aludidas.

2 Liberdades públicas e direitos sociais

Liberdades públicas (ou direitos individuais) são direitos subjetivos, poderes de agir de um indivíduo (uma pessoa humana) perante o Estado e a sociedade. Impõem ao Estado e aos demais indivíduos uma abstenção, um não fazer. Compõem a chamada “primeira geração de direitos” (fundada na liberdade) e eram desconhecidos do direito positivo até a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789³.

Segundo Jean Rivero:

O que torna “pública” uma liberdade, seja qual for o seu objeto, é a intervenção do poder para reconhecê-la ou regulamentá-la. Essa intervenção dá à liberdade a consagração do direito positivo. As liberdades públicas são poderes de autodeterminação consagrados pelo direito positivo.⁴

¹ Exposição levada a efeito no “Seminário dos órgãos de fiscalização do exercício profissional – SOFEP” realizado em maio de 2007.

² Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada, nos termos desta Consolidação.

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 28-29.

⁴ RIVERO, Jean. **Liberdades públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 10.

Direitos sociais (que podem ou não configurar direitos subjetivos⁵) são poderes de exigir (geralmente do Estado) dada prestação positiva. Logo, não implicam abstenção estatal, mas, sim, demandam ação do Estado⁶, “conferem a seu titular um crédito sobre o Estado”⁷. Compõem a segunda geração de direitos (fundada na igualdade).

As Constituições democráticas (ou seja, não-marxistas) posteriores à II Grande Guerra conjugam ambas as gerações, trazem os “**direitos de**” e os “**direitos a**”⁸. Vale registrar, a propósito, que um dos grandes desafios da política democrática contemporânea é, justamente, realizar a igualdade sem prejuízo das liberdades⁹, ao contrário do que pretendeu a esquerda clássica, marxista, “que rejeitava os direitos de liberdade simplesmente porque ‘burgueses’”¹⁰.

A Constituição brasileira de 1988 é um feliz exemplo da conjugação de liberdades públicas e de direitos sociais.

3 Direito (liberdade) de trabalhar e direito (social) ao trabalho

Exemplo rico e interessante nesta matéria, no texto constitucional brasileiro, ocorre em matéria laborativa. A Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso XIII, veicula o **direito (liberdade) de trabalhar**; em seu art. 6º, veicula o **direito (social) ao trabalho**.

A teor do art. 5º, inciso XIII, da Constituição de 1988, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Conforme decorre da própria literalidade do dispositivo em causa, trata-se de uma liberdade, ou, mais especificamente, do direito de trabalhar, da liberdade de escolher e de desempenhar o trabalho, ofício ou profissão que se deseja. No entanto, e, a própria norma constitucional o prevê, a liberdade de trabalhar pode

⁵ O que depende da Constituição ou da legislação em geral. Quando a Constituição deseja que um direito social seja um direito subjetivo, ela o afirma expressamente, como, por exemplo, em seu art. 208, § 1º (“O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.”).

⁶ FERREIRA FILHO. **Direitos humanos fundamentais...**, p. 49-50.

⁷ RIVERO. **Liberdades públicas...**, p. 109.

⁸ RIVERO. **Liberdades públicas...**, p. 109.

⁹ Explica NORBERTO BOBBIO sobre os direitos de primeira geração e os de segunda: “São antinômicos no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral dos outros. Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos.” (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 21). Veja-se, por exemplo, o direito de propriedade e a função social da propriedade (art. 5º, incisos XXII e XXIII, da Constituição brasileira de 1988).

¹⁰ BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores**. Uma gramática da democracia. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 113.

204 sofrer condicionantes por parte da lei (“atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”). A esta liberdade pública conectam-se outras, como, por exemplo, e com maior intimidade, aquelas dos arts. 8º e 9º da Constituição: (1) a liberdade de associação profissional ou sindical; (2) o direito de greve¹¹.

Por sua vez, o art. 6º da Constituição de 1988 menciona os seguintes direitos sociais: “educação, saúde, **trabalho**, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados”. O art. 7º começa a desdobrar o direito (social) ao trabalho, aludindo a uma série de direitos – muitos deles subjetivos – dos trabalhadores urbanos e rurais. No mais, o direito (social) ao trabalho deve ser compreendido em função do art. 170, inciso VIII da Constituição, que funda a ordem econômica brasileira “**na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa**” e afirma que “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” observados alguns princípios, dentre os quais a “**busca do pleno emprego**”. Em outras palavras, neste sentido, o direito (social) ao trabalho requer do Estado a elaboração e a implantação de políticas públicas vocacionadas à criação de postos de trabalho, capazes de acolher toda a população economicamente ativa.

Importa destacar o nítido influxo exercido pelo direito (social) ao trabalho sobre o direito (liberdade) de trabalhar, conforme salienta Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “A liberdade de trabalho, por outro lado, recebe certas limitações, destinadas a proteger o próprio trabalhador e a sociedade contra abusos. São limitações concernentes às condições do trabalho, previstas no art. 7º da Constituição”¹².

4 Especificamente sobre o direito (liberdade) de trabalhar

Como já referido, o direito (liberdade) de trabalhar consta do art. 5º, inciso XIII, da Constituição de 1988. Dele decorre o direito subjetivo de escolher e de desempenhar livremente um trabalho, do ofício ou da profissão. Porém, pode a lei

¹¹ Os incisos VI e VII do art. 37 da Constituição de 1988 também asseguram estas liberdades para os servidores públicos. Sobre a greve enquanto liberdade pública: RIVERO. **Liberdades públicas...**, p. 326-327. Por outro lado, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde o Mandado de Injunção nº 20-4/DF, Relator o Ministro Celso de Mello, julgado em 19 de maio de 1994, a greve era tida como um direito de eficácia limitada, dependente, portanto, de lei regulamentadora para ser exercido. A matéria foi recentemente rediscutida nos Mandados de Injunção nos 670-9/ES e 712-8/PA, relatados pelos Ministros Maurício Corrêa e Eros Grau, respectivamente. Sobre o particular: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Processo constitucional no Brasil. Nova composição do STF e mutação constitucional, **Revista de direito constitucional e internacional**, nº 57, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 104-107.

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 304.

estabelecer qualificações cujo atendimento ela torna necessário para o exercício do trabalho, ofício ou profissão a que se refira.

Assim, o art. 5º, inciso XIII, da Constituição de 1988 veicula uma norma constitucional “de aplicabilidade imediata e de eficácia contida” ou “de aplicabilidade imediata e de eficácia restringível”, fórmula essa que parece mais precisa. Isso porque, enquanto não houver lei no sentido de estabelecer qualificações profissionais cujo atendimento seja determinado, a liberdade é plena e irrestrita. Note-se: a liberdade em comento não nasce “contida”; porém, ela pode ser restringida por lei superveniente à Constituição ou que por ela tenha sido recepcionada.

A propósito, vale conferir o magistério de José Afonso da Silva sobre o tema:

(...) o princípio da liberdade de exercício profissional, consignado no dispositivo, é de aplicabilidade imediata. Seu conteúdo envolve, também, a escolha do trabalho, do ofício ou da profissão, não apenas o seu exercício. O legislador ordinário, não obstante, pode estabelecer qualificações profissionais para tanto. **Se, num caso concreto, não houver lei que preveja essas qualificações, surge o direito subjetivo pleno do interessado, e a regra da liberdade se aplica desembaraçadamente.** Aqui não se cogita do direito de trabalho, como previa o art. 145, parágrafo único, da Constituição de 1946, de natureza programática [similar ao art. 6º combinado com o art. 170, inciso VIII, ambos da Constituição de 1988 – nota nossa], quando assegurava a todos, trabalho que possibilitasse existência digna. Trata-se, ao contrário, de algo concreto: da liberdade do indivíduo de determinar-se em relação ao trabalho, ofício e profissão, segundo seu próprio entendimento e conveniência. A lei só pode interferir para exigir certa habilitação para o exercício de uma ou outra profissão ou ofício. **Na ausência de lei, a liberdade é ampla, em sentido teórico.**¹³

No mais das vezes, havendo previsão legal de qualificações profissionais que devam ser atendidas pelos interessados em exercer determinado trabalho, ofício ou profissão, a verificação do atendimento – e da manutenção – de tais condições no tempo, é confiada a um conselho profissional de área, organizado de modo federativo (um conselho nacional e vários conselhos regionais) que exerce poder de polícia sobre o exercício do trabalho, ofício ou profissão em causa. Importa, assim, conhecer a natureza de tais conselhos.

5 Conselhos profissionais: natureza autárquica

A doutrina e a jurisprudência pátrias compreendem os conselhos profissionais como autarquias. Assim, pretende-se, aqui, demonstrar que os conselhos aproxi-

¹³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 106.

206 mam-se mais das agências reguladoras (que são espécies de autarquias especiais) do que dos sindicatos. Mas o que são autarquias?

O Decreto-lei n. 200, de 1967, conceitua autarquia como

serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada (art. 5º, inciso I).

Tem personalidade jurídica de direito público, a exemplo dos entes federados, conquanto não tenham autonomia política que lhes é inerente, mas, sim, uma autonomia de gestão própria da descentralização administrativa de que decorrem¹⁴.

Odete Medauar explica a diferença de regime entre autarquias em geral e autarquias especiais:

Por vezes, a diferença de regime está no modo de escolha ou nomeação do dirigente. Por vezes, está na existência de mandato do dirigente, insuscetível de cessação por ato do Chefe do Executivo. Por vezes, no grau menos intenso dos controles. Por vezes, no tocante à gestão financeira. (...) ¹⁵

Examinando especificamente o caso das “ordens e conselhos profissionais”, a mesma autora sustenta:

Trata-se de organismos destinados, em princípio, a “administrar” o exercício de profissões regulamentadas por lei federal. São geridos por profissionais da área, eleitos por seus pares. De regra, têm estrutura federativa, com um órgão de nível nacional e órgãos de nível estadual. As leis que regulamentam profissões e criam ordens ou conselhos transferem-lhes competência para exercer a fiscalização do respectivo exercício profissional e o poder disciplinar. A chamada “polícia das profissões”, que originariamente caberia ao poder público, é, assim, delegada às ordens profissionais, que, nessa matéria, exercem atribuições típicas do poder público.¹⁶

Odete Medauar registra ainda que algumas das leis que instituem “ordens e conselhos profissionais” nem sequer esclarecem a natureza desses entes. Destaca que eles não integram a Administração Pública indireta, não se enquadram totalmente nos preceitos do Decreto-lei n. 200, de 1967, nem se sujeitam à tutela ou supervisão ministerial¹⁷. Em razão dessas características, conclui que são **autarquias**

¹⁴ MEDAUAR. **Direito administrativo moderno...**, p. 79-80.

¹⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: RT, 1996, p. 82.

¹⁶ MEDAUAR. **Direito administrativo moderno...**, p. 105.

¹⁷ Odete Medauar menciona, a propósito, o § 1º do art. 44 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 – “Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)”: “A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.”

peculiares ou diferenciadas¹⁸.

De fato, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é clara sobre o assunto. Há diversos precedentes do Supremo sobre conselhos profissionais, mas, certamente, o mais emblemático é a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.717-6/DF, Relator o Ministro Sydney Sanches, cuja liminar foi julgada (e deferida) em 22 de setembro de 1999¹⁹.

A Ação referida foi ajuizada por três partidos políticos – PT, PDT e PC do B – em face de Medida Provisória²⁰ que: (1) declarava de caráter privado, por delegação do poder público e mediante autorização legislativa, o exercício dos serviços de fiscalização das profissões regulamentadas²¹; (2) definia de direito privado a personalidade jurídica dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas²²; (3) submetia à legislação trabalhista os empregados dos referidos conselhos²³; (4) autorizava os conselhos a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas, bem como preços de serviços e multas²⁴; (5) confiava o controle das atividades financeiras e administrativas dos conselhos – a prestação anual de contas – somente às relações intestinas entre os órgãos federal e regionais (sem nenhuma referência ao Tribunal de Contas da União)²⁵; (6) reconhecia aos conselhos “imunidade tributária total em relação aos seus bens, rendas e serviços” (“por constituírem serviço público”)²⁶; e, enfim, (7) submetia à competência da Justiça Federal as controvérsias que envolvessem os conselhos²⁷.

O Supremo Tribunal Federal deu pela inconstitucionalidade dos pontos referidos, à exceção do regime jurídico dos empregados dos conselhos, porque fora impugnado em face da redação originária do art. 39 da Constituição de 1988, modificada que foi pela Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, em razão do que a Ação Direta ficou prejudicada no particular (modificação do parâmetro de controle)²⁸.

¹⁸ MEDAUAR. **Direito administrativo moderno...**, p. 105.

¹⁹ O julgamento do mérito da Ação Direta (que se deu em 7 de novembro de 2002) confirmou, por unanimidade de votos, o juízo cautelar.

²⁰ Em verdade, a Ação Direta fora movida contra uma linha de reedições de Medidas Provisórias. A última delas (a Medida Provisória nº 1.651-43, de 5 de maio de 1998) foi convertida na Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998.

²¹ Art. 58, *caput*, da Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998.

²² Art. 58, § 2º, da Lei nº 9.649, de 1998.

²³ Art. 58, § 3º, da Lei nº 9.649, de 1998.

²⁴ Art. 58, § 4º, da Lei nº 9.649, de 1998.

²⁵ Art. 58, § 5º, da Lei nº 9.649, de 1998.

²⁶ Art. 58, § 6º, da Lei nº 9.649, de 1998.

²⁷ Art. 58, § 8º, da Lei nº 9.649, de 1998.

²⁸ Importa registrar que o *caput* do art. 39 da Constituição de 1988, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, teve a sua eficácia suspensa pelo Supremo Tribunal Federal que

Nos demais pontos, o Supremo Tribunal Federal reafirmou diversos entendimentos que já estavam, no mínimo, prenunciados em julgados anteriores.

Natureza autárquica. O Supremo entende que os conselhos profissionais são autarquias, não só porque as leis pertinentes costumam ser expressas no particular, mas, também, porque os conselhos exercem poder de polícia²⁹, ou seja, limitam ou condicionam o exercício do direito (liberdade) de trabalhar, poder esse que, por sua própria natureza, não pode ser objeto de delegação a uma pessoa jurídica de direito privado. A propósito, o Voto do Ministro Sydney Sanches na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.717-6/DF:

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

Natureza das contribuições. Quanto à natureza das contribuições corporativas, de interesse das categorias profissionais que os respectivos conselhos cobram, são elas tributos³⁰. As chamadas “contribuições corporativas” somente podem ser arrecadadas “pela pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir seu cumprimento”, a teor do art. 119 do Código Tributário Nacional³¹.

Prestação de contas ao TCU. Autarquias que são, os conselhos profissionais devem, portanto, prestar contas ao Tribunal de Contas da União, conforme de há muito entende o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, já desde o Mandado de Segurança nº 10.272/DF, Relator o Ministro Victor Nunes, julgado em 8 de maio de 1963, ou, mais recentemente, no Mandado de Segurança nº 22.643-9/SC, Relator o Ministro Moreira Alves, julgado em 6 de agosto de 1998. Neste último precedente, ficou assente, inclusive, a possibilidade de o TCU impor multa e, até

deferiu medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135-4/DF, Relator o Ministro Néri da Silveira, julgada em 2 de agosto de 2007. Logo, voltou a vigorar o regime jurídico único.

²⁹ O art. 78 do Código Tributário Nacional define “poder de polícia” nos seguintes termos: “Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”

³⁰ Mandado de Segurança nº 21.797-9/RJ, Relator o Ministro Carlos Velloso, julgado em 9 de março de 2000.

³¹ Cf. Voto do Relator que, no particular, acolheu Parecer da Procuradoria-Geral da República, proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade (mérito) nº 1.717-6/DF, Relator o Ministro Sydney Sanches, julgada em 7 de novembro de 2002.

mesmo, afastamento temporário do exercício da Presidência ao Presidente de conselho profissional.

Imunidade tributária. Sobre imunidade tributária que a legislação impugnada reconheceu aos conselhos profissionais, decorre ela da própria Constituição, que assegura imunidade às autarquias nos termos da alínea a do inciso VI do art. 150 da Constituição de 1988, aplicável que é às autarquias por força do § 2º do mesmo artigo constitucional³². Logo, não é necessário lei no particular.

Competência da Justiça Federal. No que concerne ao foro a que se sujeitam os conselhos profissionais, não há que ter dúvida: justamente porque são autarquias, estão sujeitos ao foro federal, a teor do art. 109, inciso I, da Constituição de 1988, não porque uma lei ou medida provisória assim definiu em favor de uma entidade com personalidade jurídica de direito privado (o que não se coaduna com a Constituição). A propósito, vale citar a precisa manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence: “(...) ou a competência é – como entendo que deva ser – da Justiça Federal, porque autarquias são; ou essa competência da Justiça Federal seria de chapada inconstitucionalidade.”³³

6 Concurso público para os servidores dos conselhos profissionais

Enquanto autarquias que são, parece natural concluir que aos conselhos profissionais se impõe a realização de concurso público para preenchimento de seus respectivos quadros funcionais.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal – em decisão recente que abre exceção à jurisprudência da Corte sobre o assunto – dispensou a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB de promover concurso público para preencher o respectivo quadro funcional. O Supremo assim decidiu porque expressamente excluiu a OAB da Administração Pública indireta da União. O Ministro Eros Grau, inclusive, negou natureza autárquica à OAB. Para ele, a OAB seria um “serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro”³⁴.

³² “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (...) VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços uns dos outros; (...) § 2º A vedação do inciso VI, a, é extensiva às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo poder público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.”

³³ Voto do Ministro Sepúlveda Pertence na Ação Direta de Inconstitucionalidade (Medida Cautelar) nº 1.717-6/DF, Relator o Ministro Sydney Sanches, julgada em 22 de setembro de 1999.

³⁴ Voto do Ministro Eros Grau na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026-4/DF, Relator o Ministro Eros Grau, julgada em 23 de fevereiro de 2005.

210 A questão parece em aberto no Supremo Tribunal Federal no que toca aos demais conselhos profissionais. Despachos monocráticos de diferentes relatores seguem caminhos diversos na matéria, alguns dispensando os demais conselhos profissionais da realização de concurso público³⁵, outros não³⁶.

7 Conclusão: conselhos profissionais assemelham-se a agências reguladoras

Os conselhos profissionais exercem poder de polícia sobre o respectivo âmbito profissional que fiscalizam. São, por isso, autarquias, ainda que “peculiares”, porque, por exemplo, não se sujeitam à tutela ministerial. Expedem atos administrativos, inclusive disciplinar-punitivos. Baixam normas reguladoras do exercício profissional de que cuidam (“regulam” um determinado âmbito profissional). Seus dirigentes têm, em regra, mandato fixo a cumprir.

Em razão dessas características, os conselhos profissionais aproximam-se das “autarquias especiais” ou, mais especificamente, das agências reguladoras. A expressão “agências reguladoras” é um modismo³⁷. Trazem pouco de novo em relação às autarquias especiais de há muito conhecidas do Direito pátrio. Basta ver o caso do Banco Central do Brasil, autarquia especial que regula o sistema financeiro nacional. A doutrina refere – como papel novo de algumas agências mais recentes – o poder de autorizar, permitir ou conceder serviços públicos³⁸. Porém, em última análise, até mesmo isso já se encontra de longa data no rol de competências, por exemplo, do Banco Central.

As agências reguladoras possuem diretores com mandatos determinados para que bem possam desempenhar o múnus público a eles confiado. Os conselheiros titulares de conselhos profissionais – cujo múnus público diz não propriamente com a regulação de um serviço público ou de setor econômico, mas, sim, com a regulação de certo âmbito profissional – também devem gozar da mesma tranqüilidade.

Portanto, parece correto comparar os conselheiros de conselhos profissionais com os diretores de agências reguladoras, mais do que com dirigentes sindicais.

Importa examinar, ainda, o período posterior ao exercício do mandato de conselheiro em conselho profissional, mormente quando exercido por profissional: (1)

³⁵ Mandado de Segurança nº 26.134/DF, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, liminar deferida em 14 de setembro de 2006; Mandado de Segurança nº 26.150/DF, Relator o Ministro Eros Grau, liminar deferida em 19 de setembro de 2006.

³⁶ Reclamação nº 2.886/DF, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, não conhecida em 5 de setembro de 2005.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 391.

³⁸ DI PIETRO. **Direito administrativo...**, p. 395.

empregado no setor privado; ou (2) efetivo em cargo público.

Aqui também parece útil recorrer ao modelo típico das agências reguladoras, qual seja, a adoção de uma “quarentena”, isto é, um interstício em que fica (ou ficaria) assegurado ao ex-dirigente o recebimento de valor correspondente à remuneração do mandato exercido, respeitado o teto remuneratório aplicável³⁹. Porém, no caso de o ex-dirigente retomar de imediato sua atividade profissional anterior (pública ou privada, desde que inexista conflito de interesse), não se coloca o problema, em razão do que não se aplicaria o cuidado ora cogitado (percepção de valores em razão de quarentena).

Enfim, quanto à possibilidade ou não de os conselhos profissionais remunerarem os conselheiros que sejam servidores públicos dispensados sem remuneração na forma do art. 92 da Lei nº 8.112, de 1990: na hipótese (conselheiro que seja servidor público), parece melhor cogitar não dispensa não remunerada, mas, sim, cessão – do servidor público eleito conselheiro – ao conselho profissional. Isso porque o conselho é uma autarquia, em razão do que cabe cessão (art. 93 da Lei nº 8.112, de 1990), como já ocorre em favor de agências reguladoras. Os arts. 92 e 93 parecem alternativos. Porém, no caso de cessão, não há direito do servidor público a ela: trata-se de decisão discricionária do titular do órgão ou entidade cedente. Por sua vez, o art. 92, a partir da eleição e observados os quantitativos dele constantes, gera direito subjetivo à licença não remunerada pelo período do mandato.

Referências

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Processo constitucional no Brasil. Nova composição do STF e mutação constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 57, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores**. Uma gramática da democracia. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

³⁹ Quanto a diárias – e o entendimento parece aplicável também à remuneração como um todo – o Supremo Tribunal Federal decidiu, relativamente a conselho profissional, o seguinte: “Já que não existe lei estabelecendo um quantum para a administração direta ou indireta, não me parece razoável que possa um órgão autárquico, assim da administração indireta, em nome de sua autonomia, fixar valores superiores aos fixados pelo Chefe do Poder Executivo, o Presidente da República, que exerce a direção superior da administração federal (C.F., art. 84, II).” (Voto do Ministro Carlos Veloso no já citado Mandado de Segurança nº 21.797-9/RJ).

- 212 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: RT, 1996.
- RIVERO, Jean. **Liberdades públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.