

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO – UNINOVE
DEPARTAMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
PROGRAMA DE MESTRADO E DOUTORADO EM DIREITO

CRISTINA APARECIDA FACEIRA MEDINA MOGIONI

AS AUTARQUIAS CORPORATIVAS E A LIBERDADE DE PROFISSÃO

SÃO PAULO
2023

CRISTINA APARECIDA FACEIRA MEDINA MOGIONI

AS AUTARQUIAS CORPORATIVAS E A LIBERDADE DE PROFISSÃO

Tese submetida ao Programa *Stricto Sensu* de
Mestrado e Doutorado (PPGD), da Universidade
Nove de Julho – Uninove, para a obtenção do título
de Doutor em Direito
Área de Concentração: Direito Empresarial
Orientador: Dr. Gilberto Bercovici

SÃO PAULO
2023

Mogioni, Cristina Aparecida Faceira Medina.

As autarquias corporativas e a liberdade de profissão / Cristina Aparecida Faceira Medina Mogioni, 2023.
124 f.

Tese (Doutorado) – Universidade Nove de Julho – UNINOVE, São Paulo, 2023.

Orientador: Gilberto Bercovici

1. Liberdade de profissão. 2. Autarquias corporativas .3. Ordem dos Advogados do Brasil.

I. Bercovici, Gilberto. II. Título

CDU 34

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

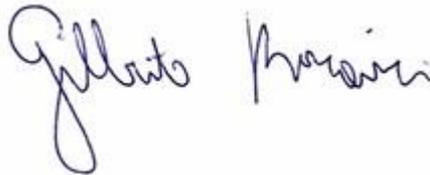
CRISTINA APARECIDA FACEIRA MEDINA MOGIONI

AS AUTARQUIAS CORPORATIVAS E A LIBERDADE DE PROFISSÃO

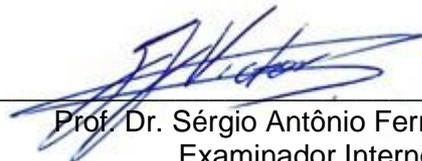
Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho como parte das exigências para a obtenção do título de Doutor em Direito.

São Paulo, 14 de dezembro de 2023.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Gilberto Bercovici
Orientador
UNINOVE



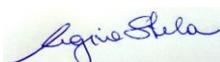
Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor
Examinador Interno
UNINOVE



Profa. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques
Examinadora Interna
UNINOVE



Prof. Dr. Eneas de Oliveira Matos
Examinador Externo
USP



Profa. Dra. Regina Stela Correa Vieira
Examinadora Externa
UNIFESP

Para Celso e Maria Beatriz

Agradecimentos

Agradeço aos professores Gilberto Bercovici, Marcelo Benacchio e Renata Mota Maciel, e à UNINOVE.

A aprovação da presente tese não significa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora, e da Universidade Nove de Julho (Uninove), à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

MOGIONI, Cristina Aparecida Faceira Medina. **As autarquias corporativas e a liberdade de profissão**. Orientador: Gilberto Bercovici. 2023. 124 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Universidade Nove de Julho (Uninove), São Paulo, 2023.

O presente estudo aborda a liberdade de profissão instituída no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988, cujo teor é o seguinte: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Inserida dentre os direitos fundamentais clássicos, a liberdade de profissão foi garantida por todas as Constituições Pátrias, de modo semelhante ao que hoje estabelece a Carta Constitucional vigente, e que está conforme a ordem jurídica internacional, inclusive na esfera internacional dos direitos humanos. A liberdade de profissão é direito de importância macroeconômica porque nele a atividade empresarial tem seu lastro, enquanto direito individual. Englobando a liberdade de escolha e de exercício, e se distinguindo a profissão de trabalho e ofício, porque é destinada a descrever a atividade do profissional que possui competência especializada e formal, ordinariamente adquirida por formação universitária, como se passa com os médicos, advogados e engenheiros, enfim, com os profissionais intelectuais, a liberdade de profissão estabelecida na Carta Magna não é absoluta, estando sujeita às qualificações profissionais que a lei, de competência da União (art. 22, XVI, da CF), vier a estabelecer. A intervenção na liberdade de profissão só se legitima mediante lei que delineie como se dará a restrição (critério formal), a qual substancialmente só se justifica perante razões de interesse público, exigindo-se adequação e proporcionalidade entre meio e fins almejados (critérios materiais), de modo a obstar que o núcleo essencial do direito fundamental em apreço seja comprometido. O autogoverno das profissões, também chamado de polícia das profissões, anseio mesmo dos profissionais liberais, tem sido exercido pelos conselhos profissionais ou autarquias corporativas, criados por lei, com personalidade jurídica de direito público, tendo em vista o exercício 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” (ADI 1717/2002). A personalidade de direito público dos conselhos profissionais, todavia, não acarreta a incidência integral do regime jurídico de direito público a tais entidades, mas regime jurídico híbrido, o qual é analisado em seus principais aspectos, para concluir pela ausência de integração dos conselhos na estrutura estatal e ao controle ou tutela do governo federal, pela livre escolha dos seus dirigentes, pela natureza tributária das anuidades cobradas, pela não sujeição ao regime de precatórios, pela submissão à fiscalização do Tribunal de Contas da União, pelo gozo da imunidade tributária, pela submissão à regra do concurso público para a contratação de seu pessoal, sob o regime da CLT. Analisa-se a situação da Ordem dos Advogados do Brasil, com destaque para o entendimento do Supremo Tribunal Federal, na ADI 3026/2006, que lhe conferiu a natureza jurídica de serviço público independente, sem, contudo, ser considerada autarquia corporativa, distinguindo-a dos outros conselhos profissionais. Comparando-se a Ordem dos Advogados do Brasil com as demais autarquias corporativas, conclui-se que não há justificativa para a distinção que se dispensa a ela.

Palavras-chave: liberdade de profissão; autogoverno das profissões liberais; autarquias corporativas ou conselhos profissionais; a ordem dos advogados do Brasil

ABSTRACT

MOGIONI, Cristina Aparecida Faceira Medina. **Corporate autarchies and the freedom of profession**. Orientador: Gilberto Bercovici. 2023. 124 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Universidade Nove de Julho (Uninove), São Paulo, 2023.

The present study addresses the issue of freedom of profession as established in the 1988 Federal Constitution's 5th article, section XIII, which states: "it is free the exercise of any work, craft or profession, if met the professional qualifications established by law". Inserted within the classical fundamental rights, the freedom of profession has been guaranteed by all the National Constitutions, in a similar way to what today is established by the current Constitution, and which is according to the international juridical order, including the international sphere of human rights. The freedom of profession is a right of macroeconomic importance because it is where the corporate activity has its foundation while an individual right. Embracing the freedom of choice and exercise, and distinguishing profession from work and craft, because it is destined to describe the activity from the professional who possesses specialized and formal competence, ordinarily acquired by University education, as it is the case for doctors, lawyers, engineers, lastly, with intellectual professionals, the freedom of profession established in the Magna Carta is not stark, being subject to the professional qualifications that the law, which is a competence of the Union (art.22, XVI, from the Federal Constitution), comes to establish. The intervention in the freedom of profession is only legitimate upon law that delineates how the restriction is going to be held (formal criterium), which substantially only justifies itself according to public interest reasons, thus demanding adequacy and proportionality between aimed means and ends (material criterium), in order to inhibit that the fundamental right's essential nucleus is compromised. The self-government of professions, also known as profession police, a true longing of the liberal professionals, has been exercised by the professional councils or corporate autarchies created by law with a juridical personality of public law, bearing in mind the exercise of "typical State activity, which covers even the power of policing, tributing and punishing, in what concerns the exercise of regulated professional activities" (ADI 1717/2002). The professional councils' public law personality, however, does not produce the total incidence of a public law juridical regime to those entities, but a hybrid juridical regime, which is analyzed in its main aspects, finally by the absence of integration of the councils in the state structure and the control or tutelage of the federal government, by the free choice of its leaders, by the tributal nature of the charged annuities, by the non subjection to the payment regime, by the submission to the fiscalisation of the Union Court of Auditors, by the enjoyment of tributal immunity, by the submission to the rule of public tender for hiring its people, under the CLT regime. It is analyzed in this study the situation of the Brazilian Order of Lawyers (OAB), emphasizing on the interpretation of the Federal Supreme Court, in the ADI 3026/2006, which granted it the juridical nature of an independent public service, without, however, it being considered a corporate autarchy, distinguishing itself from other professional councils. Comparing the OAB with the other corporate autarchies, it concludes that there is no justification to the distinction made to it.

Keywords: freedom of profession; self-government of liberal professions; corporate autarchies or professional councils; brazilian order of lawyers.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A LIBERDADE DE PROFISSÃO.....	13
1.1 <i>As Constituições Pátrias.....</i>	13
1.2 <i>Influência do direito internacional.....</i>	15
1.3 <i>Direito fundamental de ordem macroeconômica</i>	17
1.4 <i>Conteúdo.....</i>	20
1.4.1 <i>Liberdade de escolha e de exercício</i>	20
1.4.2 <i>Distinção entre trabalho, e ofício ou profissão.....</i>	23
2 A FORMA DE INTERVENÇÃO ESTATAL NA LIBERDADE DE PROFISSÃO	26
2.1 <i>A regulação ou regulamentação das profissões.....</i>	26
2.2 <i>A competência para a regulamentação do trabalho, ofício ou profissão</i>	27
2.3 <i>A lei: instrumento de limitação à liberdade de profissão</i>	29
2.4 <i>O Poder de Polícia</i>	31
3 A SUBSTÂNCIA DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA LIBERDADE DE PROFISSÃO	42
3.1 <i>A finalidade de interesse público da intervenção estatal.....</i>	42
3.2 <i>A proporcionalidade da intervenção estatal</i>	52
4 AUTARQUIAS CORPORATIVAS	57
4.1 <i>Referência Histórica.....</i>	57
4.2 <i>Natureza jurídica</i>	63
4.3 <i>Regime Jurídico.....</i>	73
4.3.1 <i>A criação.....</i>	73
4.3.2 <i>A ausência de integração na estrutura estatal</i>	75
4.3.3 <i>A ausência de submissão ao controle ou tutela estatal</i>	78
4.3.4 <i>A escolha dos dirigentes</i>	80
4.3.5 <i>A natureza jurídica das contribuições arrecadadas.....</i>	82
4.3.6 <i>O patrimônio.....</i>	86
4.3.7 <i>A ausência de submissão ao regime de precatórios.....</i>	90
4.3.8 <i>A submissão à fiscalização do Tribunal de Contas da União.....</i>	91
4.3.9 <i>A imunidade tributária.....</i>	93
4.3.10 <i>A submissão à regra do concurso público para a contratação de seu pessoal</i>	95
4.3.11 <i>A contratação de seu pessoal pelas regras da CLT.....</i>	97
5 A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.....	100
5.1 <i>Surgimento e natureza jurídica da OAB</i>	100
5.2. <i>O cumprimento de finalidade institucional.....</i>	102
5.3 <i>A ausência de submissão ao controle ou tutela.....</i>	103
5.4 <i>A OAB é incumbida da seleção da classe dos advogados que cumprem função essencial à Justiça.....</i>	104
5.5 <i>A ausência de submissão a controle do Tribunal de Contas da União.....</i>	105
5.6 <i>A legitimação do Conselho Federal da OAB para as ações constitucionais e sua participação nos concursos públicos de ingresso à magistratura e ao Ministério Público e nos Conselhos das respectivas carreiras (CNJ e CNMP)</i>	107
5.7. <i>Similitude entre a OAB e os demais conselhos profissionais.....</i>	112
CONCLUSÃO.....	114
REFERÊNCIAS	117

INTRODUÇÃO

A liberdade de profissão está instituída no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Todas as Constituições brasileiras asseguraram a liberdade de profissão, em termos bastante semelhantes, mas foi com a Carta Constitucional de 1934 que se mencionou expressamente que a liberdade do exercício de qualquer profissão estava condicionada ao que a lei estabelecesse quanto à capacidade técnica e outras, ditadas pelo interesse público (artigo 113, item 13).

Por ser direito fundamental clássico, a liberdade de profissão tutela um *status negativus* de seus titulares porque impõe um “não fazer” ao Estado, significando que, a princípio, não se pode turbar a livre escolha e o livre exercício da profissão.

A liberdade de profissão é um direito fundamental de ordem macroeconômica porque nele a atividade empresarial tem seu lastro, enquanto direito individual.

Trata-se, no entanto, de liberdade reconhecida, porquanto o dispositivo legal em referência possibilita que a lei estabeleça qualificações profissionais ao exercício de profissão.

Essa intervenção do Estado na liberdade profissional submete-se a determinados critérios, formais e materiais, a fim de que seja garantida a própria sobrevivência do direito.

Cumprido, pois, principiar pelo estudo do direito de liberdade profissional, analisando seu conteúdo e os limites à intervenção estatal, para prosseguir com a abordagem dos entes incumbidos do exercício da polícia das profissões intelectuais, liberais, fazendo menção à sua origem, natureza jurídica e regime jurídico a que se submetem.

A abordagem do autogoverno das profissões liberais, exercido pelas autarquias corporativas, também chamadas de ordens ou corporações profissionais, perpassa pela análise da doutrina e da jurisprudência quanto à generalidade delas para, ao final, tratar da Ordem dos Advogados do Brasil, a fim de aferir se merece o tratamento favorável que lhe foi conferido pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI 3026/2006, em que se reconheceu a configuração de serviço público independente, negando-lhe a natureza de autarquia corporativa.

O desiderado do presente estudo, portanto, é o de estudar o direito de liberdade de profissão, analisar os entes incumbidos de exercer a polícia das profissões e o regime jurídico a que se submetem, de modo a ser possível estabelecer conclusões sobre a exatidão das regras que a jurisprudência pátria lhes tem aplicado, inclusive, mediante comparação com o regime jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil.

Em conclusão, ter-se-á por respondida a indagação sobre se o tratamento dado às ordens profissionais e a Ordem dos Advogados do Brasil deve ser semelhante ou diverso, à medida que se chegue à conclusão de que são entes equivalentes ou não.

O método científico utilizado é o hipotético-dedutivo, eis que, após o estudo da liberdade de profissão e dos entes incumbidos do exercício da fiscalização e controle dos profissionais liberais, ou seja, das autarquias corporativas e seu correspondente regime jurídico, será respondida a questão sobre existir razão bastante para que a Ordem dos Advogados do Brasil seja apartada das demais autarquias corporativas, como entende o Supremo Tribunal Federal.

A aderência à área de concentração do Direito Empresarial justifica-se notadamente pela abordagem da liberdade de profissão, eis que, como dito, se trata de direito fundamental de ordem macroeconômica em que também a atividade empresarial está lastreada, enquanto direito individual.

1 A LIBERDADE DE PROFISSÃO

Direito fundamental clássico e reconhecido internacionalmente, a liberdade de profissão instituída no artigo 5º, XIII, da Carta Constitucional sempre mereceu consideração nas precedentes Constituições brasileiras, desde a Constituição do Império, e mediante normas com redação bem semelhante à atual: “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”.

É direito fundamental de importância macroeconômica em que a atividade empresarial, enquanto liberdade individual, tem seu lastro, eis que “a liberdade para criar e desenvolver uma empresa, costumeiramente alcunhada de ‘livre iniciativa’, seguida ou não do adjetivo ‘econômica’, também é protegida pelo direito ao livre exercício profissional” (Martins, 2012, p. 164).

Na proteção constitucional de liberdade de trabalho, ofício ou profissão, insere-se também a liberdade de escolha, no sentido de que o Estado não pode constranger o indivíduo a exercer uma ou outra atividade profissional.

Trata-se de liberdade reconhecida porque a lei pode estabelecer as condições de capacidade ao exercício das profissões.

A intervenção na liberdade de profissão, todavia, só se legitima mediante lei que delineie como se dará a restrição (critério formal), a qual substancialmente só se justifica perante razões de interesse público, exigindo-se adequação e proporcionalidade entre meio e fins almejados, de modo a obstar que o núcleo essencial do direito fundamental em apreço seja comprometido (critérios materiais).

1.1 As Constituições Pátrias

O tema debruça-se sobre o disposto no inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (Brasil, 1998).

Todas as Constituições pátrias garantiram a liberdade de profissão, desde a Constituição do Império, que no artigo 179, XXIV estabelecia: “Nenhum gênero de trabalho, de cultura, de indústria ou commercio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e saúde dos Cidadãos” (Brasil, 1824).

A Constituição de 1891 garantia o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial (artigo 72, §24) (Brasil, 1891).

A Constituição de 1934 foi a primeira a mencionar que a liberdade do exercício de

qualquer profissão estava condicionada ao que a lei estabelecesse quanto à capacidade técnica e outras, ditadas pelo interesse público (Brasil, 1934, art. 113, item 13).

Vale dizer, a Constituição de 1934 expressamente estabeleceu o princípio da liberdade reconhecida, porquanto deixou assentado que a liberdade do exercício das profissões não era absoluta, mas ficava restringida às condições de capacidade técnica e outras que a lei dispusesse, à luz do interesse público.

Isso, contudo, não significa que, anteriormente à Constituição de 1934, não se admitia a intervenção na liberdade profissional pelo Estado.

Na vigência da Constituição de 1891, questionou-se o caráter absoluto das disposições do artigo 72, §24, o que foi defendido pelo Apostolado Positivista do Brasil, mas que não vingou, como esclarece Haroldo Valladão (1952, p. 70-71):

Proclamada a República, estabeleceu a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, art. 72, princípio, a equiparação de direitos entre brasileiros e estrangeiros residentes, e determinou no §24: “É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.”

Discutiu-se muito na vigência daquela Constituição sobre o caráter absoluto dessas disposições.

Houve até corrente radical que sustentou ser possível o exercício no Brasil de profissão sem a exigência de quaisquer requisitos, mesmo de habilitação técnica ou científica, e que o Estado não podia intervir, na matéria, para estabelecer “controle” ou fiscalização.

Baseava-se tal modo de ver em emenda enviada à primeira Constituinte Republicana pelo Apostolado Positivista do Brasil.

Entretanto, esse histórico não aproveitava àquela exegese. Demonstraram-no os constitucionalistas pátrios e um deles, o eminente e saudoso Aureliano Leal, chegou a escrever: “Por outro lado, o Apostolado estabelecia a mais ampla liberdade profissional, que é preciso repetir e repetir sempre _ não vingou e não faz parte das nossas instituições constitucionais...” (“História Constitucional do Brasil”, 1915, pág. 239).

Prevaleceu, na doutrina e na jurisprudência, a orientação de que o direito de liberdade profissional, não era absoluto, podia e devia sofrer as limitações exigidas pelo bem geral (Barbalho), pelo interesse coletivo (Carlos Maximiliano), constantes de leis ordinárias.

Assim, se manifestaram favoráveis à exigência de habilitação profissional, os nossos eminentes juristas, Aristides Milton (“A Constituição do Brasil”, 1895, pág. 107), João Barbalho (“Comentários”, 1902, pág. 330), Filinto Bastos (“Direito Público Constitucional”, 1914, pág. 355), Pedro Lessa (“Do Poder Judiciário”, 1915, pág. 325), Carlos Maximiliano (“Comentários”, 3ª edição, 1929, pág. 789), Lacerda de Almeida (“Obrigações”, 2ª edição, 1916, pág. 373), Moitinho Doria (“O Direito”, 99/497).

João Barbalho (1902, p. 330, grifo do autor), em comentário ao artigo 72, §24, da Constituição de 1891, assim deixou assentado:

§24. O livre exercício de qualquer profissão é garantido como manifestação do direito inerente a cada individuo de, segundo sua própria determinação, applicar e desenvolver suas faculdades naturaes e adquiridas, na pratica de algum mister, officio, trabalho de qualquer genero, à sua escolha e independentemente de licença da autoridade, sendo apenas permitida a acção desta quanto ao que acaso prejudique ao bem geral e ao direito de terceiros. É assim consagrado o livre acesso e pratica das profissões, prohibida está a regulamentação d’ellas, bem como, matriculas, registros, inspecção por agentes do governo ou corporações prepostas ao exercício e direcção das mesmas e em geral quaesquer medidas de character preventivo, salvo as limitadas restricções acima indicadas e que se justificam emquanto indispensaveis para garantir a segurança geral e individual; fôra d’ahi o estado fere a justiça e coarcta o desenvolvimento social.

Quer dizer, apesar de ter sido a Constituição de 1934 a primeira a ser expressa quanto à intervenção do Estado, mediante lei, na liberdade profissional, sempre se entendeu que isso era possível.

A Carta Constitucional de 1937 igualmente condicionou a liberdade de escolha de profissão ou do gênero de trabalho, indústria ou comércio aos requisitos de capacidade e as restrições impostas pelo bem público, nos termos da lei (Brasil, 1937, art. 122, 8º).

De semelhante teor era o artigo 141, §14, da Constituição Federal de 1946: “É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer”.

A regra foi mantida no artigo 150, §23, da Constituição de 1.967, assim como no artigo 153, §23, da Emenda Constitucional nº 1/1969, ambos com a mesma redação: “É livre o exercício de qualquer trabalho, officio ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer” (Brasil, 1967; 1969).

Finalmente, a Constituição de 1988 repetiu a ideia, assim consubstanciada no inciso XIII do artigo 5º: “é livre o exercício de qualquer trabalho, officio ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (Brasil, 1988).

Vale dizer, a Carta Constitucional vigente estabelece a liberdade de profissão, assim como todas as Constituições Pátrias anteriores, mas condiciona propalada liberdade às “qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

1.2 Influência do direito internacional

A Constituição Brasileira de 1988 é fortemente inspirada na Constituição Portuguesa, o que se justifica “pelos profundos laços culturais e históricos que unem o Brasil a Portugal”, assim como pela “afinidade linguística, a modernidade, e atualidade do texto português” (Bastos, 1988, p. 63). Mas não só, também as constituições espanhola, italiana e alemã serviram de estudo para os autores da atual carta constitucional (Bastos, 1988, p. 64).

A Constituição Portuguesa trata da “Liberdade de escolha de profissão e acesso à função

pública”:

Art. 47.º

Liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública

Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade.

Todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso (Assembleia da República, [2005]).

A Constituição Espanhola igualmente menciona a liberdade de escolha de profissão ou ofício, além de assegurar a todos os espanhóis o dever e o direito ao trabalho:

Artículo 35.

1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

2. La Ley regulará un estatuto de los trabajadores (Tribunal Constitucional de España, 1978).

A Constituição Italiana, por sua vez, reconhece a todos os cidadãos o direito ao trabalho, garantindo-lhes o direito de escolha de uma atividade ou função que contribua com o progresso material ou espiritual da sociedade:

Art. 4. La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto.

Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società¹ (Costituzione Della Repubblica Italiana, p. 4, 2023).

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha também trata do assunto:

Artigo 12

[Liberdade de escolha da profissão]

(1) Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem. O exercício da profissão pode ser regulamentado por lei ou em virtude de lei.

(2) Ninguém poderá ser obrigado a determinado trabalho, salvo no âmbito de uma tradicional e geral prestação de serviços públicos obrigatórios, igual para todos.

(3) Trabalhos forçados só são admissíveis no caso de penas privativas de liberdade impostas por sentença judicial (Bundestag, p. 20).

Não apenas no âmbito nacional de diversos países a liberdade de profissão tem sido assegurada, mas também no âmbito do direito internacional dos direitos humanos:

¹ A República reconhece a todos os cidadãos o direito ao trabalho e promove as condições que tornem efetivo esse direito. Todos os cidadãos têm o dever de exercer, segundo as próprias possibilidades e a própria opção, uma atividade ou uma função que contribua para o progresso material ou espiritual da sociedade (Senato Della Repubblica, 2018).

Já tendo sido reconhecida em diversas Constituições nacionais, a liberdade de profissão acabou sendo agasalhada também na esfera do direito internacional dos direitos humanos, a começar pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, cujo art. XXIII, n.1, dispõe que “toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”. O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, por sua vez, traz no art. 6º o reconhecimento dos Estados-membros do direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito. A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, dispõe: “Art. 8º. A liberdade de consciência, a profissão e a prática livre de religião são garantidas. Sob reserva da ordem pública, ninguém pode ser objeto de medidas e constrangimento que visem restringir a manifestação dessas liberdades”. Por fim, mas não menos importante, no âmbito da União Europeia, a Carta de Direitos Humanos (2000) também incorpora a liberdade profissional e o direito de trabalhar, assegurando a todas as pessoas o direito de trabalhar e exercer uma profissão livremente escolhida ou aceita, e, ainda, dispõe que todos os cidadãos da UE têm a liberdade de procurar emprego, de trabalhar, de se estabelecer ou de prestar serviços em qualquer Estado-membro (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2017, p. 540).

Vê-se, pois, que a Carta Constitucional Brasileira em vigor está em sintonia com a ordem jurídica internacional.

1.3 Direito fundamental de ordem macroeconômica

A liberdade de profissão está inserida no artigo 5º da Magna Carta, que trata dos direitos fundamentais, a partir de seu *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” (Brasil, 1988).

Os direitos fundamentais do homem referem-se “a situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”, como esclarece José Afonso da Silva (2007, p. 57).

Nos dias atuais, considerada a evolução do Estado Liberal para o Estado Social, e, com ela, a evolução dos direitos, passa-se à tentativa de sua classificação, destacando-se a doutrina de Norberto Bobbio, referida por Celso Spitzcovski e Leda Pereira Mota (2000, p. 316):

[...] diante do papel ocupado pelo Estado moderno, uma nova visão dos direitos fundamentais começa a ser percebida.

[...] insuficiente, nos tempos atuais, o Estado Liberal, do qual se exige, apenas, que se omita de atuar naquela esfera de direitos que são assegurados ao indivíduo. Exige-se, agora, o Estado Social, que além de respeitar a esfera individual, atua para assegurar direitos supra individuais (coletivos e difusos), para a defesa dos quais o indivíduo isolado mostra-se incapaz.

A evolução desses direitos levou a doutrina, em particular Norberto Bobbio, em sua obra *A Era dos Direitos*, ed. Campos, tradução brasileira de Carlos Nelson Coutinho, 1992, pp. 4 a 6, a classificá-los da seguinte forma:

direitos de primeira geração

Aqui estariam incluídos as liberdades públicas e os direitos e garantias individuais clássicos.

direitos de segunda geração

Nesta categoria encontramos os direitos econômicos e culturais.

direitos de terceira geração

Destacam-se os direitos de solidariedade e os direitos difusos, tais como o direito do consumidor e o direito ao meio ambiente equilibrado.

Em Comentário ao artigo 153 da Carta Constitucional de 1967, cuja redação era semelhante ao atual artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal em vigor, esclarece José Celso de Mello Filho (1986, p. 424, grifo do autor):

As liberdades públicas constituem limitações jurídicas ao poder da comunidade estatal. Pertencem ao homem: *a*) enquanto *pessoa humana* (são as liberdades clássicas ou negativas); *b*) enquanto *pessoa política* (é a liberdade-participação, fundamento da ordem democrática); e *c*) enquanto *pessoa social* (são as liberdades positivas, também denominadas liberdades reais ou concretas). São três, portanto, as dimensões em que se projetam as liberdades públicas: 1) *dimensão civil* (liberdades clássicas); 2) *dimensão política* (liberdade-participação); e 3) *dimensão social* (liberdades concretas, direitos econômicos e sociais).

A respeito dos direitos de primeira geração, em que se inserem as liberdades públicas e, portanto, a liberdade de profissão, ensina Samantha Ribeiro Meyer-Pflug:

A Constituição da República dispõe logo em seu Título II sobre os “Direitos e Garantias Fundamentais”, de modo que tais direitos acabam por se irradiar pelo sistema normativo, estabelecendo que as demais normas sejam interpretadas em conformidade com o seu conteúdo. Ele é dividido em cinco capítulos, sendo o primeiro destinado ao tratamento dos direitos e deveres individuais e coletivos. São os direitos de primeira dimensão, que se caracterizam por serem direitos do indivíduo oponíveis ao Estado e que prestigiam o homem enquanto indivíduo. São direitos que limitam a atuação do ente estatal (2018, p. 411, grifo nosso).

Leonardo Martins destaca a importância macropolítica e macroeconômica dos direitos fundamentais:

Não será aqui o lugar para travar mais uma vez a discussão em torno da possibilidade da eficácia ou efeito horizontal dos direitos fundamentais [...], mas sim para demonstrar que os direitos fundamentais correspondem a normas dotadas de supremacia dentro do Estado Constitucional e democrático de direito. Tais normas dão respostas a questões macropolíticas e também macroeconômicas, dependendo de sua área de incidência ou “área de regulamentação” [...] (2012, p. 159).

Alguns direitos fundamentais são predominantemente de ordem macropolítica, tal como ocorre com a liberdade de expressão do pensamento, a liberdade de imprensa, a liberdade de crença e outras, diante de seu potencial de atingir toda a coletividade na eventualidade de ser proferida decisão judicial a seu respeito, em controle abstrato normativo (Martins, 2012, p. 160).

Os direitos de propriedade e da liberdade profissional, apesar de igualmente inseridos na ordem macropolítica, o que sobreleva é seu predominante papel macroeconômico. A esse respeito, o autor mencionado (2015, p. 160) pondera:

Assim, são dois os direitos fundamentais que desempenham um papel preponderante no contexto macroeconômico. Trata-se dos direitos fundamentais de propriedade (art. 5º *caput*, XXII *et. seq.*, da CF) e da liberdade profissional do art. 5º, XIII, da CF, pois a atividade empresarial enquanto liberdade individual encontra, como se verá, seu lastro constitucional no último dispositivo constitucional.

Com efeito, a livre iniciativa ou liberdade empresarial é protegida também pelo direito ao livre exercício profissional, sendo que “a origem desse alcance específico se deu com o surgimento de empresas criadas pelos assim chamados *profissionais liberais*”, que passaram a organizar empresas, como consultórios médicos, escritórios de advogados, persistindo o “*status negativus* relativo a esse alcance específico” com referência “à obrigação do Estado de não impedir a associação profissional” assim criada (Martins, 2012, p. 164, grifo do autor).

A racionalidade macroeconômica é característica do Direito Econômico, “pois trata da ordenação dos processos econômicos ou da organização jurídica dos espaços de acumulação” preocupando-se com a “geração, disputa, apropriação e destinação do excedente”, como ensina Gilberto Bercovici (2017, p. 403).

O trabalho, em sentido amplo, está inserido no âmbito da política econômica do Estado instrumentalizada pelo Direito Econômico, merecendo destaque o seguinte trecho da lavra do referido autor:

O arco dessas medidas vai da garantia do direito ao trabalho à estruturação do mercado de trabalho, passando, inclusive, até pela regulamentação das várias profissões. O trabalho está vinculado às várias etapas do processo de acumulação capitalista, como a produção, a circulação (trabalho como mercadoria), a repartição (política salarial), o consumo (política salarial, política de crédito e política de preços), além de ser um dos fundamentos da própria atuação do Estado na esfera econômica (direito ao trabalho e pleno emprego) (2017, p. 403-404, grifo nosso)

Também Washington Peluso Albino de Souza considera que o trabalho, por natureza, é um fato econômico, “visto que se define originariamente como o esforço do homem no sentido de obter os recursos para a satisfação de suas necessidades” (2017, p. 72).

Vital Moreira destaca que “a liberdade de profissão é um dos direitos de liberdade clássicos, um dos que marcou a ruptura com a ordem econômico-profissional do *antigo regime*”

(2003, p. 468).

Celso Ribeiro Bastos destaca o sentido filosófico existencialista da liberdade de trabalho, onde se inclui a liberdade de profissão:

Mas a liberdade de trabalho encontra outra fundamentação na própria condição humana, cumprindo ao homem dar um sentido à sua existência. É na escolha do trabalho que ele vai impregnar mais fundamentalmente a sua personalidade com os ingredientes de uma escolha livremente levada a cabo. A escolha do trabalho é, pois, uma das expressões fundamentais da liberdade humana (1990, p.186).

A liberdade de profissão é direito fundamental de primeira geração, de ordem macropolítica, mas sobretudo de ordem macroeconômica, inserido, portanto, no Direito Econômico, merecendo análise mais detida, o que se fará a partir do item seguinte, com vistas à definição do seu conteúdo e à análise da intervenção estatal permitida na referida liberdade.

1.4 Conteúdo

A liberdade de profissão compreende a liberdade de escolha e a liberdade de exercício, muito embora o artigo 5º, XIII, da Constituição Federal faça menção apenas à liberdade de exercício. Seria ilógico garantir o livre exercício de uma determinada profissão, se previamente não se assegurasse a livre escolha.

O dispositivo constitucional em análise menciona o livre exercício de trabalho, ofício ou profissão, havendo que se fazer a distinção entre os termos.

Há quem, como Leonardo Martins (2015, p. 161), distinga trabalho, de um lado, de ofício ou profissão, de outro, significando que ofício ou profissão se referem às atividades prestadas de forma duradoura, característica que não se exigiria do trabalho, podendo ser prestado uma única vez.

Mas só o termo profissão é que se refere às atividades profissionais intelectuais ou liberais, de que o presente estudo se ocupa.

1.4.1 Liberdade de escolha e de exercício

O artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal estabelece ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (Brasil, 1988).

A liberdade de *exercício* de qualquer trabalho, ofício ou profissão não ocorre sem que haja prévia liberdade de *escolha* quanto ao trabalho, ofício ou profissão a serem exercidos.

Além disso, o princípio é o da liberdade reconhecida, dado que a parte final do dispositivo legal sujeita o livre exercício de trabalho, ofício ou profissão às “qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Neste sentido, destaca-se novamente a doutrina de Leonardo Martins, para quem:

Como as qualificações a serem eventualmente fixadas pelo legislador são pressupostas ao *exercício* profissional, elas atingem, em primeira linha a *escolha* do titular do direito por um trabalho, ofício ou profissão. Talvez justamente por isso, segundo o teor do dispositivo, a *escolha* da profissão não foi expressamente assegurada. Porém, logicamente, o *livre exercício* de um determinado trabalho, ofício ou profissão pressupõe que sua *escolha* também seja livre, razão pela qual há de se interpretar o dispositivo extensivamente (2012, p. 160, grifo do autor).

José Afonso da Silva tem o mesmo ensinamento:

O dispositivo confere *liberdade de escolha de trabalho, de ofício e de profissão*, de acordo com as propensões de cada pessoa e na medida em que a sorte e o esforço próprio possam romper as barreiras que se antepõem à maioria do povo. Confere, igualmente, a liberdade de exercer o que fora escolhido, no sentido apenas de que o Poder Público não pode constringer a escolher e a exercer outro (2007, p. 108, grifo do autor).

José Celso de Mello Filho (1986, p. 467) igualmente faz referência à liberdade de escolha e de exercício:

Liberdade profissional

Esta regra assegura a liberdade de atividade profissional. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício, ou profissão, observadas as condições de capacidade fixadas em lei.

[...]

Assinale-se que a norma constitucional também assegura a liberdade de escolha de profissão ou do gênero de trabalho, indústria ou comércio. O Estado não pode constringer o indivíduo a exercer esta ou aquela atividade profissional. Ele é livre para escolhê-la e exercê-la, uma vez observadas as condições legais de capacidade.

Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2017, p. 543) também abordam a liberdade da profissão sob o aspecto da liberdade de escolha, aduzindo se tratar de direito fundamental complexo, abrangendo função defensiva (negativa) e prestacional (positiva).

Para os autores em pauta, a função defensiva refere-se “à liberdade de não ser impedido de escolher e exercer qualquer profissão para a qual se tenha atendido os requisitos necessários, mas também ao direito de não ser compelido (forçado) a escolher determinada profissão” (2017, p. 543). A função prestacional, a seu turno, diz respeito à relação existente entre a liberdade de profissão e o direito ao trabalho e à educação, a fim e que seja possível obter os requisitos legais ao exercício da profissão, contanto também se assegure igualdade de condições no acesso às profissões.

Vale transcrever a conclusão dos autores:

Em síntese, é possível afirmar que a liberdade de profissão, tanto na perspectiva negativa, quanto positiva, abrange, em termos gerais e não exaustivos: (a) a possibilidade de escolher (ou não) qualquer profissão, trabalho ou ocupação; (b) a garantia do livre exercício da profissão, trabalho ou ocupação escolhido; (c) igualdade de condições de acesso à profissão escolhida, desde que preenchidos os requisitos legais (2017, p. 545-546).

José Joaquim Gomes Canotilho aborda as duas funções dos direitos fundamentais: como direitos de defesa e como direitos de prestações (1993, p. 541-542).

Como direitos de defesa, os direitos fundamentais podem ser encarados sob dupla perspectiva: no plano jurídico-objetivo constituem normas de competência negativa porque proíbem a ingerência dos poderes públicos na esfera jurídica individual; e no plano jurídico-subjetivo implicam o poder de exercer os direitos fundamentais positivamente (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos como forma de evitar agressões lesivas (liberdade negativa).

Relativamente à função prestacional dos direitos fundamentais, exige-se dos poderes públicos que cumpram com sua responsabilidade de desempenhar as tarefas econômicas, sociais e culturais, “incumbindo-lhes pôr à disposição dos cidadãos prestações de vária espécie, como instituições de ensino, saúde, segurança, transportes, telecomunicações, etc.” (Canotilho, 1993, p. 542), de forma a assegurar a todos o direito de acesso e de usufruir sua quota-parte das prestações existenciais.

Em comentário ao artigo 47, nº 1, da Constituição Portuguesa de 1976, Jorge Miranda e Rui Medeiros (2005, p. 967, grifo do autor) dão relevo à liberdade de profissão envolver não só a escolha, mas também o exercício:

Com efeito, não obstante o artigo 47º, nº 1, só se referir ao direito de escolha livre da profissão ou do género de trabalho, a escolha, que toca a questão do *se* uma profissão é assumida, continuada ou abandonada (realização de substância), pressupõe o exercício, que se refere à questão do *como* (realização da modalidade), da mesma maneira que a segunda de nada valeria sem a primeira. Deste modo, o artigo 47º, nº 1, “não pode pretender regular somente a escolha da profissão, mas também o seu exercício. Se considerarmos [...] a unidade da liberdade profissional, também o exercício da profissão há-de ficar garantido contra intromissões administrativas ou contra regulamentações legais desmedidas” (ROGÉRIO ERHARDT SOARES, *a Ordem dos Advogados*, págs. 228 e 229 _ *cfr. Ainda JORGE MIRANDA, Liberdade de trabalho e de profissão*, págs. 145 e segs.; JOÃO PACHECO DE AMORIM, *A liberdade de profissão*, pág. 742; *Liberdade de Profissão e Direito ao Trabalho*, págs. 113 e segs.).

Vital Moreira também dá relevo a que a Constituição Portuguesa de 1976 expressamente garante a liberdade de *escolha* de profissão, surgindo questionamento sobre se a liberdade de profissão inclui somente a liberdade de *escolha* mas também a liberdade de *exercício*, indagação

que, aliás, já havia sido feita ao tempo da Constituição Portuguesa de 1933, onde se abeberou o artigo 47, nº 1, da Carta Portuguesa de 1976. E o autor responde aduzindo que a doutrina de A. R. Queiró e A. Barbosa de Melo sustentava que a liberdade de profissão abrangia as duas vertentes, a *escolha* e o *exercício* (2003, p. 468).

Na Constituição Brasileira de 1988, o artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal estabelece ser livre o *exercício* de qualquer trabalho, ofício ou profissão, de modo que a indagação é invertida, questionando-se se a liberdade de *escolha* também está garantida. A resposta, como visto, é no sentido afirmativo, havendo de se interpretar o dispositivo constitucional em apreço de modo mais abrangente, de modo a incluir a liberdade de *escolha* e de *exercício* do trabalho, ofício ou profissão.

1.4.2 Distinção entre trabalho, e ofício ou profissão

Por oportuno, há quem, como Leonardo Martins (2012, p. 161), distinga trabalho, de ofício ou profissão. O uso da conjunção alternativa “ou” teria por fim distinguir o trabalho, de um lado, de ofício ou profissão, de outro. E neste senso, ofício ou profissão seriam atividades prestadas de forma duradoura para prover a subsistência, ao passo em que trabalho poderia ser prestado uma única vez, ainda que também com remuneração.

Como conclui o autor:

A área de regulamentação corresponde assim à realização de “qualquer” atividade que, de forma duradoura ou não (até mesmo única), contribua para a subsistência econômica daquele que pratica. Até aqui, o termo não exclui da área de proteção nenhuma atividade específica que possa ser considerada uma contribuição para a subsistência econômica individual (p. 161).

Muito embora ofício ou profissão possam ser alocados num mesmo patamar para distinguir de trabalho, justamente com o fito de lhes conferir o traço da continuidade na prestação da atividade, e ainda que comumente os termos sejam utilizados como sinônimos, há diferenças entre eles.

Pesquisando a origem da palavra ofício, obtém-se a informação de que se trata de um substantivo masculino originado da palavra latina *officium*, associado com *opifex*, termo que, por sua vez, vem de *opus*, significando “obra”, e *fex*, sufixo que está ligado ao verbo fazer².

Assim, ofício é termo utilizado para descrever a atividade que se aprende na prática, transmitindo-se de geração para geração, como a de sapateiro, a de carpinteiro, a de artesão e outras.

² Ofício - Conceito, Definição e O que é Ofício (meusdicionarios.com.br). Acesso em: 11 abr. 2023, às 11:00

A palavra profissão também vem do latim *professio*, é a ação e o efeito de professar, e começou a ser utilizada na Idade Média após o surgimento das primeiras universidades, em que se ministravam conhecimentos especializados. De se ver, portanto, que profissão é termo destinado a descrever a atividade do profissional que possui competência especializada e formal, que se adquire ordinariamente mediante uma formação universitária, tais como para os médicos, advogados e engenheiros, enfim, os profissionais intelectuais³.

Importa o estudo da liberdade de profissão, porquanto é no conceito de profissão, como atividade desenvolvida pelos profissionais liberais, intelectuais, que se pretende centrar a discussão.

Dita liberdade profissional, todavia, não é absoluta, haja vista que o próprio dispositivo constitucional em estudo trata de condicionar seu livre exercício “às qualificações profissionais que a lei exigir”.

Isso significa que haverá espaço para a intervenção do Poder Público, mediante lei, seja no que se refere à escolha, seja no que se refere ao exercício de qualquer profissão.

Quer dizer, o Poder Público tem competência para, por intermédio de lei, regular ou regulamentar as profissões, intervindo, portanto, na liberdade profissional.

Rodrigues de Alckmin, nos autos da Representação nº 930/1976, ao tempo de ordem constitucional outra, mas que igualmente dispunha ser livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer, já dizia:

Essa liberdade, dentro do regime constitucional vigente, não é absoluta, excludente de qualquer limitação por via de lei ordinária. Tanto assim é que a cláusula final (“observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer”) já revela, de maneira insofismável, a possibilidade de restrições ao exercício de certas atividades (Brasil, 1976).

Admitida, portanto, a intervenção estatal na liberdade profissional, cumpre analisar a forma pela qual será exercida, e o que pode substancialmente conter.

Nas palavras de Leonardo Martins (2012, p. 170):

A lei configuradora e as medidas administrativas nela baseadas deverão atender a uma série de pré-requisitos formais e materiais para que representem uma intervenção justificada na área de proteção da liberdade profissional, e passem desta feita, no controle de constitucionalidade.

Desde logo, afirma-se que: (i) a intervenção estatal na liberdade profissional depende de lei, que é a forma pela qual a intervenção se dará no referido direito fundamental, ainda que, após sua elaboração, haja espaço para a atuação normativa do Poder Executivo; (ii) a lei

³ Profissão - O que é, conceito e definição. Acesso em: 11 abr. 2022, às 11:10.

estabelecerá quais qualificações profissionais serão exigidas para o exercício da profissão, com vistas ao adequado atendimento dos fins desejados, assegurando-se, outrossim, que os meios sejam proporcionais aos fins pretendidos. Essa é a parte substancial da intervenção estatal na liberdade profissional.

2 A FORMA DE INTERVENÇÃO ESTATAL NA LIBERDADE DE PROFISSÃO

A liberdade profissional instituída no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal pode sofrer limitações ou restrições por meio de lei, cuja competência para a elaboração é da União, nos termos do que dispõe o artigo 22, XVI, do mesmo diploma legal.

A intervenção estatal na liberdade de profissão depende de lei (critério formal), que disporá sobre as qualificações profissionais exigidas para o exercício da profissão, devendo ser obsequiosa à razoabilidade e proporcionalidade, no sentido de que ditas qualificações só se legitimam por finalidades fundadas no atendimento do interesse público, e não no interesse egoístico da categoria profissional ou mesmo de qualquer outro ente, garantindo-se adequação entre meios exigidos e fins almejados (critérios materiais).

2.1 A regulação ou regulamentação das profissões

A função normativa do Estado pode englobar a atividade legislativa das Casas Legislativas e também o poder normativo do Executivo.

Nesse sentido:

Adotando uma perspectiva jurídica de análise, regular pode ser entendido como *exercício de função normativa*. Nessa perspectiva, podemos ter o exercício de função normativa pelo Poder Legislativo – a atividade legislativa do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas Estaduais e das Câmaras de Vereadores Municipais -, bem como por órgãos do Poder Executivo que estabelecem normas. [...] Podemos chamar tal tipo de exercício de função normativa de *regulação administrativa*. (Lessa Mattos, 2017, p. 41, grifo do autor)

“A complexidade de um ordenamento jurídico deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta em qualquer sociedade é tão grande que não existe poder (ou órgão) capaz de satisfazê-la sozinho.” (Bobbio, 2008, p. 190)

Legislativo e Executivo debruçam-se na elaboração de tais regras de conduta, exercendo, portanto, a função normativa, que pode ser chamada, em sentido amplo, de regulação.

Regular, então, compreenderia a elaboração das regras de condutas pelas Casas Legislativas, mediante as leis, e também pelo Poder Executivo, mediante os atos normativos.

Poder-se-ia falar em regulação administrativa para destacar a atividade normativa do Poder Executivo, ou então em regulamentação.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao abordar o regulamento, diz que “o denominador comum encontrável para radicalizar atos compreendidos sob tal nome é tão somente o caráter

geral e normalmente abstrato que possuem, de par com a circunstância de serem expedidos por órgão diverso daquele ao qual esteja cometida a edição de leis (Legislativo)” (2012, p. 343).

De outra parte, não é incomum usar regulação como sinônimo de regulamentação para se referir apenas à função normativa do Poder Legislativo.

Diante de tanta divergência, basta que se faça opção pelo sentido abraçado na exposição do pensamento, a fim de que sejam afastadas conclusões equivocadas. Não se trata de considerar uma abordagem melhor do que a outra, mas apenas de optar por determinado sentido para que a interlocução com o leitor seja profícua.

A opção, no presente estudo, é de considerar regulação como sinônimo de regulamentação para o fim de designar a atividade legislativa tendente a impor qualificações à liberdade de profissão.

Para fazer referência ao regulamento como ato normativo do Chefe do Poder Executivo, dir-se-á ato normativo regulamentar ou regulamento em sentido estrito.

Em síntese, regulação ou regulamentação das profissões servirá ao propósito de se referir sobre a competência legislativa interventora da liberdade de profissão.

Nossa Carta Constitucional consagra, inicialmente, a ampla liberdade de trabalho, ofício ou profissão (artigo 5º, XIII), mas imediatamente faz a ressalva ao dispor “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Vale repetir: a liberdade de profissão estabelecida no dispositivo constitucional não é absoluta, mas está subordinada às qualificações profissionais que a lei vier a instituir, tratando-se, portanto, de liberdade reconhecida.

E para que não se veja frustrada a liberdade em questão, apenas por lei, editada pela pessoa política competente e perante razões de interesse coletivo, é que se legitimam as regras atinentes à capacidade específica exigida para o exercício de determinadas profissões.

2.2 A competência para a regulamentação do trabalho, ofício ou profissão

Compete à União, mediante lei, estabelecer as qualificações profissionais que devam ser atendidas para o exercício de determinado trabalho, ofício ou profissão. A interpretação conjugada do artigo 5º, XIII, com o artigo 22, XVI, da Constituição Federal leva à conclusão de que apenas a União pode legislar sobre as condições para o exercício das profissões, eis que recebeu competência privativa para tanto.

Para Marcus Vinicius Furtado Coêlho “é o interesse público que provoca o legislador ordinário a disciplinar determinados serviços e, para preservar a isonomia entre os

trabalhadores, fixou-se a reserva legal qualificada como competência privativa da União”⁴.

Como compete à União legislar sobre direito do trabalho, do mesmo modo se atribui a tal ente político a competência para legislar sobre as condições ou qualificações profissionais para o exercício de trabalho, ofício ou profissão. Entender de modo diverso acarretaria a quebra da isonomia entre os trabalhadores.

A competência da União para estabelecer as qualificações profissionais a serem atendidas para o exercício de determinado trabalho, ofício ou profissão foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal por mais de uma oportunidade.

Interessante questão envolvendo a profissão de chaveiro foi levada à consideração daquele Tribunal porque a Lei Estadual Paulista nº 11.066/2002⁵, a pretexto de criação de novas atribuições administrativas à Secretaria de Segurança Pública Estadual, trouxe obrigação de cadastramento dos profissionais junto à Administração Pública, assim como dispôs sobre condições especiais para o desempenho de suas atividades.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.924, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em sessão virtual de 16 a 18/07/2021, a lei foi considerada inconstitucional tanto pelo vício de iniciativa, já que a fixação de atribuições administrativas à Secretaria de Segurança Pública Estadual era de competência privativa do chefe do Poder Executivo Estadual, mas sobretudo pelo que interessa aqui, em razão da usurpação da competência legislativa privativa da União para dispor sobre condições de exercício de profissões, nos termos do que estabelece o artigo 22, XVI, da Constituição Federal.

Na mesma direção foi a decisão proferida em 28/06/2021 pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.754, em que as Portarias 831/2001 e 80/2006 do Estado do Tocantins foram declaradas formalmente inconstitucionais, justamente porque tencionaram estabelecer condições para o exercício da profissão de despachante de trânsito, cuja competência é da União em razão do contido no já referido artigo 22, XVI da Carta Magna (Brasil, 2021).

De se ver que, nas hipóteses mencionadas, não se tratou de profissão intelectual, objeto deste estudo, mas servem ao propósito de ilustrar a competência da União para legislar sobre trabalho, ofício ou profissão.

A União, portanto, é quem detém a competência para estabelecer as qualificações necessárias ao exercício de ofício ou profissão, haja vista que é preciso resguardar a isonomia

⁴ O direito fundamental ao livre exercício da profissão: As prerrogativas da advocacia como pressuposto da ordem jurídico-democrática. Acesso em: 28 abr. 2023

⁵ <https://www.al.sp.gov.br/norma/46>

entre os trabalhadores, o que estaria comprometido se a competência fosse difusa entre os entes da federação. Dita competência atribuída à União será exercida mediante lei.

2.3 A lei: instrumento de limitação à liberdade de profissão

Assentada, portanto, a competência da União para dispor sobre as qualificações para o exercício das profissões e se tratando de limitação ao direito fundamental de liberdade de escolha e de *exercício* de profissão, a União deverá fazê-lo por lei em sentido formal, vedando-se o repasse da atribuição ao Poder Executivo.

Dir-se-ia melhor limitação à *liberdade de profissão* e não ao *direito de liberdade de profissão*, porquanto não existam limitações ao direito de liberdade, mas à liberdade mesma, considerado que as limitações legalmente estabelecidas “integram o perfil do próprio direito”, como bem pontuado pelo jurista italiano Renato Alessi (1960, p. 506), ao fazer referência às limitações à liberdade individual:

[...] o que é posto em evidência é que a posição dos limites à esfera de liberdade do indivíduo não constitui uma compressão, uma limitação no sentido próprio, do direito de liberdade do indivíduo mesmo, senão que uma definição do direito em questão, vale dizer a definição daqueles que são os necessários confins da esfera da liberdade tutelada, clarificação necessária ao fim de atingir a harmônica convivência social (1960, p. 506, tradução nossa)⁶.

No mesmo sentido é o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar do Poder de Polícia e das limitações administrativas à liberdade e à propriedade:

Convém desde logo observar que não se deve confundir liberdade e propriedade com *direito de liberdade* e *direito de propriedade*. Estes últimos são as expressões daquelas, porém tal como admitidas em um dado sistema normativo. [...] São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele. Há, isto sim, limitações à liberdade e à propriedade (2012, p. 834, grifo do autor).

Preferindo-se mencionar “limitações à liberdade de profissão” em vez de “limitações ao direito de liberdade de profissão”, na esteira dos autores referidos, retoma-se a abordagem no sentido de que as limitações à liberdade de profissão reclamam disciplina em lei formal, por se tratar de reserva legal.

A respeito, Leonardo Martins fala:

⁶ [...] ciò che va posto in evidenza, si é che la posizione dei limiti alla sfera di libertà dell'individuo non costituisce una compressione, una limitazione in senso próprio, del diritto di libertà dell'individuo stesso, sibbene una definizione del diritto in questione, vale a dire la precisazione di quelli che nosso i necessari confini dela sfera di libertà tutelata, precisazione necessaria al fine di raggiungere l'armonica convivenza social.

O art. 5º, XIII, da CF contém uma reserva legal, ao afirmar que a liberdade profissional está sujeita às “qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Trata-se de lei em sentido formal. Segundo a teoria “substancial” (‘Wesentlichkeitslehre’), a parte substancial de assuntos que dizem respeito à limitação de direitos fundamentais tem que ser disciplinada pelo legislador ordinário, não podendo este transferir tal tarefa ao Poder Executivo. Daí a necessidade da lei formal para o estabelecimento de qualificações profissionais” (2012, p. 169).

No entanto, o próprio autor mencionado esclarece que a teoria substancial “não obsta que detalhes sobre determinada profissão sejam regulamentados por lei em sentido material (decretos, regulamentos, portarias)”, mas isso só será possível se assim for expressado por lei formal, elaborada, portanto, pelo Poder Legislativo, e desde que o legislador formal não tenha se furtado de dispor sobre os principais direitos e deveres profissionais, isto é, “desde que a substância da intervenção já esteja implícita na lei em sentido formal” (Martins, 2012, p. 169).

A reserva de lei, do ponto de vista do vínculo imposto pelo legislador, pode ser *absoluta* ou *relativa*. Será absoluta quando apenas a lei em sentido formal, excluída qualquer outra fonte a ela inferior, possa disciplinar determinada matéria. Será relativa quando a disciplina da matéria possa derivar de fonte infralegal, contanto que a lei em sentido formal venha a indicar “as bases em que aquela deva produzir-se validamente” (Silva, 2006, p. 84).

Na espécie, a reserva de lei é relativa porque, após o legislador formal dispor sobre as qualificações profissionais, ou seja, cuidar dos principais direitos e deveres profissionais, haverá espaço para a produção de atos normativos inferiores à lei (lei em sentido material), como regulamentos, instruções normativas, portarias.

Em sentido semelhante o comentário de José Celso de Mello Filho (1998, p. 467-468) com referência ao artigo 153, §23, da Constituição Federal de 1.967:

[...] as profissões ainda não regulamentadas são plenamente acessíveis a *qualquer* pessoa. Essa plena acessibilidade decorre da ausência de lei estipuladora das *condições de capacidade* a que se refere o texto constitucional. A partir do momento, porém em que sobrevier a lei, o exercício da atividade regulamentada ficará condicionado à prévia satisfação dos requisitos nela fixados, vedadas as cláusulas discriminatórias. A liberdade de atividade profissional não é absoluta, portanto, já que a própria Constituição torna possível ao legislador ordinário fixar condições para o exercício e determinados trabalhos, ofícios ou profissões. Essas condições devem, como regra geral, restringir-se aos requisitos de ordem técnica, embora outros possam ser estipulados segundo critérios racionais (RT, 283:472, 338:255), impostos por uma razão de interesse público. Restrições, ainda que legais, mas ditadas por interesses de grupos, que assumir nítido caráter corporativo, são inconstitucionais. Nesse sentido: TJTJSP, 2:148; RTJ, 58:279-83.

[...]

O exercício *livre* de qualquer trabalho, ofício ou profissão configura situação ordinária, que apenas a lei pode derrogar. As restrições ao desempenho de qualquer atividade profissional só se legitimam, *em face da Constituição*, desde que preenchidas as seguintes exigências: *a*) veiculação formal mediante lei; *b*) estipulação estrita de condições de capacidade; e *c*) pertinência ao exercício das profissões liberais e técnico-científicas (v. Art. 8º, XVII, *r*). A primeira exigência reveste-se de caráter evidentemente instrumental. Somente a lei configurará ato estatal adequado, e

constitucionalmente apto, a restringir o exercício de profissão. As duas outras exigências pertencem ao aspecto material da lei, cujos elementos contedutísticos só poderão dispor sobre as *condições de capacidade* para o exercício de atividade profissional, qualificada como *liberal* ou *técnico-científica* (grifo nosso).

Sobre a necessidade de lei para a imposição de restrições ao exercício da profissão, destaca-se:

Não podem, por atos internos decorrentes de assembleia geral, resultar para o profissional quaisquer restrições do seu exercício laboral. *Todas as ações dos conselhos profissionais, quando no exercício da atividade de polícia profissional, têm que ter como fonte primária de fundamentação a lei em sentido estrito.* A parcela do poder de polícia que os conselhos profissionais exercem, por outorga legislativa, não é disponível ou alterável por deliberação “assembleística”, mesmo porque a Constituição determina que as *condições para o exercício de profissões* devem resultar de lei (art. 22, inciso XVI, da CF) (Valente, 2002, p. 155).

Conclui-se, portanto, que compete à União, mediante lei, dispor sobre as qualificações profissionais, após o que atos normativos a ela subalternos poderão estabelecer detalhes sobre determinada profissão.

Do ponto de vista formal, portanto, a intervenção estatal na liberdade profissional só se realiza por lei proveniente do Congresso Nacional, tendo em conta que a competência para legislar sobre isso é da União. Feito isso, subsistirá competência normativa a outros entes para complementar a lei no tocante às qualificações profissionais.

Toda esta limitação à liberdade de profissão insere-se na atividade do poder de polícia, sendo pertinente traçar algumas linhas a seu respeito.

2.4 O Poder de Polícia

Dentre as atividades administrativas do Poder Público, é o poder de polícia que tem por função limitar a liberdade e a propriedade, sempre, evidentemente, em prol do interesse público.

O termo “Polícia” designava as atividades destinadas à manutenção das relações internacionais, à administração da justiça e das finanças e às interferências sobre a vida privada, mas, com o passar do tempo, a expressão ficou reservada apenas para se referir às injunções sobre a liberdade e a propriedade dos indivíduos.

Neste sentido, é o ensinamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2023, p. 133-134, grifo do autor):

Na Idade Média, durante o período feudal, o príncipe era detentor de um poder conhecido como *jus politiae* e designava tudo o que era necessário à **boa ordem da sociedade civil** sob autoridade do Estado, em contraposição à **boa ordem moral e religiosa**, de competência exclusiva da autoridade eclesiástica (Cf. Cretella Júnior, 1986:578).

Posteriormente, em fins do século XV, o *jus politiae* volta a designar, na Alemanha, **toda a atividade do Estado**, compreendendo poderes amplos de que dispunha o príncipe, de ingerência na vida privada dos cidadãos, incluindo sua vida religiosa e espiritual, sempre sob o pretexto de alcançar a segurança e o bem-estar coletivo. No entanto, logo se estabeleceu uma distinção entre a **polícia** e a **justiça**; a primeira compreendia normas baixadas pelo príncipe, relativas à Administração, e eram aplicadas sem possibilidade de apelo dos indivíduos aos Tribunais; a segunda compreendia normas que ficavam fora da ação do príncipe e que eram aplicadas pelos juízes. Esse **direito de polícia** do príncipe foi sofrendo restrições em seu conteúdo, deixando de alcançar, paulatinamente, primeiro as atividades eclesiásticas, depois as militares e financeiras, chegando a um momento em que se reduzia a normas relativas à atividade interna da Administração. Posteriormente, ainda, passou-se a ligar a polícia à ideia de coação; nesse momento, começou-se a distinguir a atividade de polícia das demais atividades administrativas hoje chamadas serviço público e fomento (cf. Garrido Falla, 1962:113-115).

Em resumo, nessa fase, conhecida como Estado de Polícia, o *jus politiae* compreendia uma série de normas postas pelo príncipe e que estavam fora do alcance dos Tribunais. Com o Estado de Direito, inaugura-se nova fase em que já não se aceita a ideia de existirem leis a que o próprio príncipe não se submeta. Um dos princípios básicos do Estado de Direito é o da **legalidade**, em consonância com o qual o próprio Estado se submete às leis por ele mesmo postas.

Como ensina Carlos Ai Sundfeld (2003, p. 9):

No período absolutista, o *Estado-Polícia* significava um poder ilimitado, valendo-se do Direito para controlar a sociedade, ordenando e coagindo, sem sujeitar-se a ele. Mas, com a implantação do Estado de Direito, novas bases se assentaram na relação entre autoridade e cidadão. Liberdade e propriedade se tornaram direitos subjetivos públicos, constituindo um espaço de autonomia frente à atuação governamental. A consagração constitucional dos direitos do indivíduo resultou em severa restrição à interferência estatal. Entretanto, a liberdade e a propriedade, pelo fato de serem direitos, haveriam de ser regulamentados pela lei, ao menos para compatibilizar o exercício de todos os direitos.

Caio Tácito explica que “a ordem econômica passou a um crescente relevo na sociedade moderna, convertendo o Estado em agente de intervenção, com o objetivo de promover o bem-estar social” (2001, p. 41).

Como ensina Eros Grau (2018, p. 70 a 72), a passagem da ordem econômica liberal para a ordem econômica social não se tratou de uma ruptura, mas de uma transformação. Desde o advento das constituições escritas sempre existiu na ordem jurídica regras destinadas à regulação da ordem econômica, as quais, no capitalismo, ainda que intervencionista, voltam-se à preservação do próprio regime: “Daí a feição social, que lhe é atribuída, a qual, longe de desnudar-se como mera concessão a um modismo, assume, nitidamente, conteúdo ideológico”. Duas circunstâncias demarcam esta transformação, que decorrem de o fato do Estado ser obrigado a desempenhar funções “de integração e modernização e de legitimação capitalista, o

que supõe a implementação de políticas públicas”. De um lado, a nova ordem econômica, que não se esgota na Constituição, passa a compreender, além das normas de ordem pública, normas de intervenção, “que instrumentam a intervenção do Estado na economia”. De outro lado, a nova ordem econômica que se contém no nível constitucional retira seu novo caráter “precisamente da circunstância de estar integrada em Constituição diretiva ou dirigente”.

A nova ordem econômica exige uma interferência maior do Estado no campo dos direitos individuais, limitando a liberdade e a propriedade com vistas ao atendimento do interesse público, ou seja, a ordem econômica social surgida da transformação da antiga ordem econômica dita liberal é campo propício para a atuação do poder de polícia.

O surgimento da expressão “poder de polícia” é creditado à jurisprudência norte-americana, a partir de votos proferidos nos casos *Brown versus Maryland* (1827)⁷ e *Noble Bank versus Haskell* (1911)⁸.

No primeiro caso, não houve a utilização da expressão *police power*, mas as palavras poder e polícia foram empregadas separadamente em uma mesma frase.

No segundo caso, em que se discutiu a exigência legal para o aporte de um por cento da média diária de depósitos do banco, com certas deduções, para a criação de um Fundo de Garantia dos Depositantes, a expressão *police power* foi utilizada na íntegra, como se extrai do seguinte trecho do julgado: “Pode-se dizer, de modo geral, que o poder de polícia se estende a todas as grandes necessidades públicas”⁹.

Modernamente, poder de polícia é a atividade estatal consistente em limitar a liberdade e a propriedade das pessoas em prol do interesse público.

Assim o corroboram:

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2023, p. 135, grifo do autor):

Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a **atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.**

Odete Medauar (2013, p 378):

A noção de poder de polícia permite expressar a realidade de um poder da Administração de limitar, de modo direto, com base legal, liberdades fundamentais, em prol do bem comum.

Hely Lopes Meirelles (2003, p. 127, grifo do autor):

Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para

⁷ *Brown v. Maryland*: 25 U.S. 419 (1827) :: Justia US Supreme Court Center

⁸ *Noble State Bank v. Haskell* : 219 U.S. 104 (1911) :: Justia US Supreme Court Center

⁹ “It may be said in a general way that de police power extends to all the great public needs”

condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

José Cretella Júnior (2000, p. 549, grifo do autor):

Poder de polícia é a faculdade discricionária do Estado de limitar a liberdade individual, ou coletiva, em prol do interesse público.

José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 79, grifo do autor):

De nossa parte, entendemos se possa conceituar o poder de polícia como a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade.

José Celso de Mello Filho (1986, 469):

O Poder Público exerce ação fiscalizadora sobre todas as atividades profissionais. O poder de polícia do Estado, também denominado polícia das profissões, tem por objetivo resguardar o interesse público, prevenindo e reprimindo abusos, fraudes ou atos nocivos à coletividade.

O poder de polícia, em sentido amplo, é exercido pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. Ao primeiro compete editar a lei limitando a liberdade e a propriedade, e ao segundo cabe exercer a polícia administrativa, seja mediante a edição de atos normativos inferiores à lei, tais como os regulamentos, seja expedindo atos concretos, como é o caso de licenças e autorizações, sempre no interesse de impedir que as atividades individuais atentem contra o interesse geral.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 838) distingue de modo lapidar o poder de polícia em sentido amplo e em sentido estrito, aduzindo que, *lato sensu*, abrange atos do Legislativo e do Executivo, referindo-se “ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos”; e *stricto sensu*, relaciona-se apenas com “as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo”, voltadas “a prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais”.

Na França, Yves Gaudemet (2005, p. 305) destaca tanto a atuação da polícia administrativa, exercida pelo Executivo, quanto o poder de polícia exercido por meio das leis, igualmente encarecendo a finalidade de atender à ordem pública:

A polícia administrativa é uma forma de intervenção que exercem certas autoridades administrativas e que consiste em impor, com vistas a atender a ordem pública, limitações às liberdades dos indivíduos.

A limitação das liberdades individuais não resulta, entretanto, apenas do exercício da polícia administrativa geral. Com efeito, isso ocorre primeiramente pelas diversas liberdades dos regimes gerais organizados pelas leis: assim existe um regime legislativo da liberdade individual, da liberdade de culto, da imprensa, etc. (tradução livre do autor)¹⁰.

Ao Poder Judiciário, por sua vez, competirá aferir, desde que provocado, se a regulamentação não é arbitrária ou desarrazoada, notadamente tendo em conta o interesse público que deve subjacer à intervenção estatal na liberdade de profissão.

Alcino Pinto Falcão (1957, p. 133) aborda tal questão:

[...] a simples alegação do legislador de que o exercício de determinada atividade toca ao interesse público e por isso merece regulamentação não é conclusiva no sentido do cabimento da regulação: sempre podem os interesse socorrer-se do juiz, que terá que apreciar da procedência ou não da alegação de interesse público informador da regulação.

Sem dúvida, a partir da imposição de restrições à liberdade profissional é que aparecem os conflitos envolvendo a necessidade da regulamentação, sua adequação e razoabilidade, o que invariavelmente vai desaguar no Poder Judiciário, que, uma vez invocado, não pode se furtar a exercer a jurisdição, ou seja, a dizer o direito aplicável ao caso concreto, porquanto vigente o princípio da inafastabilidade da jurisdição, conforme o disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

A invocação do Judiciário é nestes termos mencionada por Felipe Kazuo Tateno (2012, p. 442):

A partir do momento em que surgem restrições à liberdade profissional, nascem também os conflitos que devem ser apreciados pelo Poder Judiciário. Com efeito, a necessidade, ou não, de regulamentação de uma profissão é, na maioria das vezes, obscura. Em questões constitucionais como essa pode-se destacar a atuação do STF na análise da legitimidade dos requisitos para o exercício de profissão nos mais diversos casos. Com isso, grandes debates são gerados, e muitos argumentos são expostos no Tribunal.

Voltando o holofote à liberdade de profissão, é compatível, outrossim, com a teoria substancial, que atos normativos inferiores à lei (lei em sentido material), tais como regulamentos, possam estabelecer especificidades sobre o exercício de determinada profissão, desde que esta competência tenha sido reconhecida em lei formal, em que o legislador ordinário

¹⁰*La police administrative est une forme d'intervention que'exercent certaines autorités administratives et qui consiste à imposer, em vue d'assurer l'ordre public, des limitations aux libertés des individus. La limitation des libertés individuelles ne résulte d'ailleurs pas seulement de l'exercice de la police administrative generale. Il existe, em effet, d'abord pour les diverses libertés des régimes généraux organisés par les lois ainsi il existe um régime législatif de la liberté individuelle, de la liberté du culte, de la presse, etc.*

igualmente tenha disposto sobre o regime jurídico da profissão, estabelecendo seus direitos e deveres principais.

Em suma, uma vez que a União tenha exercido sua competência, e editado lei em sentido formal para dispor sobre as qualificações do exercício de determinada profissão, à luz dos artigos 5º, XIII e 22, XVI, há espaço para expedição de atos normativos inferiores à lei para detalhar sobre o exercício da profissão, desde que assim tenha previsto o legislador ordinário, que, ademais, tenha cumprido sua função ao estabelecer o regime jurídico da profissão, cuidando de seus principais direitos e deveres.

E após a formação do arcabouço normativo, incluindo, portanto, leis e atos normativos a ela inferiores, seguir-se-ão atos concretos destinados a fazer cumprir o que o ordenamento jurídico estabeleceu, seja para prevenir danos à ordem pública, o que se fará com a prática de atos preventivos do poder de polícia, tais como a expedição de licença para o exercício de profissão, por exemplo, seja para fazer cessar os danos eventualmente causados ao interesse público, o que se fará com o exercício de atos repressivos do poder de polícia, como é o caso de cassações de licença e de imposições de multas.

Ensina Vital Moreira (1997, p. 32-33) que “hoje as economias capitalistas são mistas quanto ao modelo de coordenação, na medida em que combinam em doses variáveis a coordenação estadual, a coordenação pelo mercado e a autorregulação por intermédio dos próprios agentes econômicos”. E prossegue esclarecendo que:

Nenhuma economia, por mais liberal que seja, dispensa hoje níveis de regulação mais ou menos intensa. O mercado coexiste com a regulação estadual. Mas nem toda a regulação é regulação estadual. Uma parte dela é prosseguida pelos próprios agentes económicos através das suas organizações – é auto-regulação associativa.

São as profissões liberais que estão, notadamente, sujeitas à regulação legal, por envolverem capacidades diferenciadas, exigindo específica formação científica, técnica ou mesmo cultural.

O artigo 5º, XIII, da Constituição Federal é exemplo de norma constitucional de eficácia contida porque presentes as seguintes características deste tipo de norma, como esclarece José Afonso da Silva (2003, p. 104):

A peculiaridade das normas de eficácia contida configura-se nos seguintes pontos:

I – São normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos.

II – Enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena; nisso também diferem das normas de eficácia limitada, de vez que a interferência do legislador ordinário, em relação a estas, tem o escopo de lhes conferir plena eficácia e aplicabilidade concreta e positiva.

III – São de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos ingressos vinculados à matéria de que cogitam.

A liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações que a lei estabelecer, e que, como já visto, implica a liberdade de escolha, está instituída em norma de eficácia contida porque, apesar de solicitar a intervenção do legislador ordinário para uma legislação vindoura, isso não será condicionante para a eficácia do direito, mas apenas lhe regulamentará. Enquanto não houver a edição da legislação, a liberdade estabelecida no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal será plena.

José Afonso da Silva exemplifica a norma de eficácia contida justamente com o artigo 5º, XIII, da Constituição Federal (2003, p. 106):

Outro exemplo – art. 5º, XIII: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”. Essa norma requer um pouco mais de atenção, pois dá a impressão de que a liberdade nela reconhecida fica na dependência de lei que deverá estabelecer as qualificações profissionais para sua atuação. Se assim for, tratar-se-á, nitidamente, de uma norma de eficácia limitada e aplicabilidade dependente de legislação – isto é – aplicabilidade indireta e mediata. Parece-nos, contudo, que 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, 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.

Vale ponderar que, não obstante a grande difusão da classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia, tal como elaborada por José Afonso da Silva, Virgílio Afonso da Silva, seu filho, defende que “*toda norma que garante um direito fundamental tem alguma limitação na sua eficácia*” (2006, grifo do autor, p. 50). Nesse sentido, todas as normas seriam de eficácia limitada. Isso porque o autor parte da ideia de que todo o direito fundamental é restringível, o que acaba por colocar “ [...] em xeque a tradicional distinção das normas constitucionais, quanto a sua eficácia, em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida

e normas de eficácia limitada” (2006, p. 49).

E a tese defendida por Virgílio Afonso da Silva (grifo do autor) volta-se a conferir um maior grau de proteção aos direitos fundamentais, como ele aborda:

Aqui, mais uma vez, poder-se-ia imaginar que a tese defendida implica um menor grau de proteção aos direitos fundamentais. Mais uma vez, o que ocorre é o contrário. *A classificação de José Afonso da Silva teve o inegável mérito de romper com a concepção de norma constitucional despida de qualquer eficácia.* Essa é uma idéia agora consolidada. O que aqui se propõe é tentar ir um pouco além.

A consolidação da classificação tríplice, sobretudo destacada de seu intento inovador inicial, acabou por gerar, com o passar do tempo, uma situação que impede um maior desenvolvimento da eficácia dos direitos fundamentais. Essa situação pode ser resumida da forma que se segue.

De um lado, a *crença na eficácia plena* de algumas normas, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais, solidificou a idéia de que não é nem necessário nem possível agir, nesse âmbito, para desenvolver essa eficácia. Se ela é plena, nada mais precisa ser feito. *Quanto mais essa crença for mitigada, como é o caso das conclusões deste trabalho, tanto maior será o ganho em eficácia e efetividade.* Para mencionar apenas um exemplo: se se imagina que a liberdade de imprensa é garantida por uma norma de eficácia plena, pode ser que a consequência dessa premissa seja a sensação de que já se atingiu o ápice da normatividade constitucional. Ao se mitigar essa idéia, torna-se possível exigir, por exemplo, *ações* que criem as condições não apenas de uma imprensa livre, mas de uma imprensa livre, plural e democrática.

De outro lado, a constatação de que algumas normas têm eficácia meramente limitada pode levar a duas posturas diversas: com base em uma determinada concepção de separação de poderes, pode-se imaginar que não resta nada aos operadores do direito, sobretudo aos juízes, senão *esperar* por uma ação dos poderes políticos; com base em concepção diversa, pode-se imaginar que a tarefa do operador do direito, sobretudo do juiz, é *substituir* os juízos de conveniência e oportunidade dos poderes políticos pelos seus próprios. Segundo o modelo que aqui se defende, nem uma nem outra posturas são as mais adequadas.

Com a ênfase, reiterada a todo instante, nas *exigências argumentativas que as restrições e a proteção aos direitos fundamentais impõem*, a postura mais adequada parece ser aquela que se disponha a um *desenvolvimento e a uma proteção dos direitos fundamentais* baseados nem na omissão nem na ação isolada e irracional, mas a partir de um *diálogo constitucional* fundado nessas premissas de comunicação intersubjetiva entre os poderes estatais e a comunidade (2006, p. 50-51).

De toda sorte, ainda que se abandone a classificação proposta por José Afonso da Silva e não se considere como de eficácia contida a norma inserida no artigo 5º, XIII, *in fine*, da Constituição Federal, isso não altera o fato de que a liberdade de profissão pode ser objeto de regulamentação.

Nesse sentido, o propósito da regra de contenção do artigo 5º, XIII, *in fine*, da Constituição Federal, é o de “assegurar que certos profissionais (sobretudo os ‘liberais’) possuam qualificação necessária para o exercício de suas atividades” (Martins, 2012, p. 171).

A repercussão da atividade de um profissional da área médica, por exemplo, exige que haja uma disciplina específica no tocante à prestação de seu serviço, de modo a garantir que só o faça se munido de capacidade específica.

Como já abordado:

As profissões intelectuais, como, por exemplo, de advogados, médicos, engenheiros, músicos, enfermeiros, etc, isto é, as atinentes aos profissionais liberais, são submetidas à normatização e fiscalização do Poder Público, em razão do interesse social envolvido, impondo-se detido controle sobre quem as exerce, haja vista o risco de um profissional desqualificado tecnicamente vir a causar grave dano a terceiro, o que ocorreria, por exemplo, se um curandeiro assumisse ares de médico e viesse a cuidar da saúde das pessoas.

Nesse sentido é que se justifica para os profissionais intelectuais, liberais, a existência de um regramento específico a lhes regular o exercício da profissão, assim como para os submeter à fiscalização e controle (Mogioni, 2022, p. 183-204).

No mesmo sentido é o entendimento de Marcus Vinicius Furtado Coêlho (2022):

A falta de aptidão técnica tem o potencial, a depender do ofício ou profissão, de gerar uma série de danos individuais e coletivos em razão da ação sem a devida perícia, sem a habilidade necessária ou mesmo por omissão ou negligência. É nesse contexto que a Constituição admite que certas atividades sejam disciplinadas. Dessa forma, objetiva-se evitar que outros indivíduos sejam atingidos negativamente pela ampla liberdade do exercício profissional de funções que, por essência, carecem de maior proteção em decorrência do interesse público, dos valores sociais ou dos direitos fundamentais.

Disso não discrepa Felipe Kazuo Tateno (2012, p. 442):

Sempre que se falar em garantias individuais há que se lembrar do direito à igualdade e do direito à liberdade, essenciais a qualquer ser humano. Além desses dois direitos fundamentais tradicionais, deve-se, em virtude da consolidação do regime capitalista, atentar para o direito à liberdade de profissão.

[...]

É devido a essa possibilidade de tornar a vida mais proveitosa que tantas pessoas almejam trabalhar nas mais diversas áreas. E o Estado Democrático de direito permite que isso aconteça, garantindo a liberdade profissional a todos. Todavia, o Poder Público não deve apenas garantir o direito de trabalhar às pessoas que o desejam, como também proporcionar meios de proteção para que a sociedade não se veja indefesa perante aqueles que atuam em segmentos profissionais em que uma levandade pode acarretar graves consequências. Eis que aparecem as condições de capacidade ou qualificações profissionais que a lei pode exigir de modo a evitar prejuízo para os cidadãos.

Antônio de Sampaio Doria manifestara-se na mesma linha ao comentar o artigo 141, § 14, da Constituição Brasileira de 1.946:

A lei, para fixar as condições de capacidade, terá de inspirar-se em critério de defesa social, e não em puro arbítrio. Nem tôdas as profissões exigem condições legais de exercício. Outras, ao contrário, o exigem. A defesa social decide. Profissões há que mesmo exercidas por ineptos jamais prejudicam diretamente direito de terceiro, como a de lavrador. Se carece de técnica, só a si mesmo se prejudica. Outras profissões há, porém, cujo exercício por quem não tenha capacidade técnica, como a de condutor de automóveis, piloto de navios ou aviões, prejudica diretamente direito alheio. Se mero carroceiro se arvora em médico-operador, enganando o público, sua falta de assepsia matará o paciente. Se um pedreiro se mete a construir arranha-céus, sua ignorância em resistência de materiais pode preparar desabamento do prédio e morte dos inquilinos. Daí, em defesa social, exigir a lei condições de capacidade técnica para as profissões cujo exercício possa prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das

vítimas (1960, p. 637).

José Celso de Mello Filho (1986, p. 468) pronunciara-se de modo semelhante ao comentar o artigo 153, §^o, da Constituição Federal de 1.967:

Não é, pois, *qualquer* trabalho, ofício ou profissão que poderá ter, por ato estatal, restringida a sua prática. Profissão, cujo exercício *prescinda* de requisitos especiais de qualificação técnica e não envolva situação de potencialidade danosa a terceiros, é *insuscetível de regulamentação*. Regulamentar uma profissão nada mais significa do que estabelecer, *por lei*, condições de capacidade para o seu exercício. Por isso mesmo, decidiu o STF, “[...] É inconstitucional a lei que atenta contra a liberdade consagrada na Constituição Federal, regulamentando e, conseqüentemente, restringindo exercício de profissão que não pressupõe *condições de capacidade*” (RTJ, 89:367, grifo do autor).

Na síntese de José Afonso da Silva (2007, p. 108): “Há, de fato, ofícios e profissões que dependem de capacidade especial, de certa formação técnica, científica ou cultural”.

Leonardo Martins (2012, p. 172) destaca outro aspecto da questão envolvendo a qualificação dos profissionais liberais, que é a relacionada à impossibilidade de avaliação dos serviços por eles prestados por parte dos seus consumidores, fazendo-se “necessário que o Estado regulamente tal qualificação, limitando o exercício da liberdade profissional, estabelecendo critérios de avaliação específica”.

A regulamentação da qualificação dos profissionais liberais envolve não apenas o estabelecimento das condições para o exercício de suas atividades, mas também o controle e a fiscalização a que se submetem.

Como ensina Vital Moreira (1997, p. 36-37:

Um processo de regulação implica tipicamente as seguintes fases: formulação das orientações da regulação; definição e operacionalização das orientações da regulação; definição e operacionalização das regras; implementação e aplicação das regras; controlo da aplicação das regras; sancionamento dos transgressores; decisão dos recursos”. Condensando e agregando estes diversos níveis, podem ser reunidos em três etapas essenciais: (a) aprovação das normas pertinentes (leis, regulamentos, códigos de conduta, etc.); (b) implementação concreta das referidas regras (autorizações, licenças, injunções, etc.); (c) fiscalização do cumprimento e punição das infrações. É por a regulação poder conjugar estes três tipos de poderes – um poder normativo, um poder executivo e um poder parajudicial – que a doutrina norte-americana refere as “comissões reguladoras independentes” como um concentrado dos três poderes típicos do Estado (legislativo, executivo e judicial).

Themístocles Brandão Cavalcanti (1966, p. 22) já dizia que “numerosas atividades, inclusive profissionais (advogados, engenheiros) obedecem a um regime disciplinar, sem que corresponda a uma função, sendo meros *encargos* e atividades que precisam de disciplina legal, pelo interesse público que representam”.

A título de exemplo, a Lei nº 3.268/1957, que dispõe sobre os Conselhos de Medicina,

prevê o exercício do poder normativo ao estabelecer, no artigo 5º, que são atribuições do Conselho Federal: a) organizar o seu regimento interno; b) aprovar os regimentos internos organizados pelos Conselhos Regionais; c) votar e alterar o Código de Deontologia Médica, ouvidos os Conselhos Regionais; d) expedir as instruções necessárias ao bom funcionamento dos Conselhos Regionais; e) normatizar a concessão de diárias, jetons e auxílio de representação, fixando o valor máximo para todos os Conselhos Regionais. Atribuições executivas são exercidas tanto pelo Conselho Federal quanto pelos Conselhos Regionais, destacando-se, por exemplo, a promoção de quaisquer diligências ou verificações, relativas ao funcionamento dos Conselhos de Medicina, nos Estados ou Territórios e Distrito Federal, e adotar, quando necessárias, providências convenientes a bem de sua eficiência e regularidade, inclusive a designação de diretoria provisória (Conselho Federal, art. 5º, alínea “e”), a deliberação sobre a inscrição e cancelamento no quadro do Conselho e a manutenção de um registro dos médicos, legalmente habilitados, com exercício na respectiva Região (Conselhos Regionais, art. 5º, alíneas “a” e “b”). No tocante ao exercício do poder disciplinar, o artigo 21 da lei em pauta o atribui ao Conselho Regional em que o médico estava inscrito ao tempo do fato punível, podendo ser-lhe aplicadas as seguintes penas disciplinares, conforme o artigo 22: a) advertência confidencial em aviso reservado; censura confidencial em aviso reservado; censura pública em publicação oficial; suspensão do exercício profissional até trinta dias; cassação do exercício profissional, *ad referendum* do Conselho Federal.

A consulta a outros diplomas normativos de criação dos conselhos profissionais vai apresentar panorama semelhante, onde se verão regras relativas ao poder regulamentar, abrangendo as três etapas essenciais referidas por Vital Moreira, que vale repetir: (a) aprovação das normas pertinentes (leis, regulamentos, códigos de conduta, etc.); (b) implementação concreta das referidas regras (autorizações, licenças, injunções, etc.); e (c) fiscalização do cumprimento e punição das infrações.

Num primeiro momento, portanto, é preciso abordar como substancialmente deve se dar essa regulamentação e, num segundo momento, é preciso tratar de quem exerce o controle e a fiscalização das mencionadas profissões, no caso, as autarquias corporativas.

3 A SUBSTÂNCIA DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA LIBERDADE DE PROFISSÃO

Cuida-se de analisar a intervenção estatal na liberdade profissional segundo os critérios materiais, ou seja, de aferir quais qualificações profissionais serão exigidas para o exercício da profissão, tendo em conta o adequado atendimento dos fins de interesse público almejados, garantindo-se também que os meios escolhidos sejam proporcionais aos fins pretendidos.

Além do artigo 5º, XIII, *in fine*, da Constituição Federal, o parágrafo único, do artigo 170 do mesmo diploma legal, assegura “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (grifo nosso).

Quer dizer, ambos os dispositivos legais cuidam de assentar a liberdade de atividade laborativa em sentido amplo, mas também são expressos no sentido de que a lei poderá estabelecer restrições a ela.

Nesse ponto, o questionamento que se coloca se refere aos limites impostos a esse poder estatal de intervir nas atividades desenvolvidas no âmbito de certos ofícios ou profissões, como as intelectuais, que nos interessa mais de perto.

Além do critério formal, já abordado, no sentido de que a intervenção na liberdade profissional seja realizada por lei, será que o Poder Público pode estabelecer as limitações que lhe aprouver, ou está adstrito a certos critérios materiais, e quais seriam eles?

3.1 A finalidade de interesse público da intervenção estatal

É preciso lembrar que “como o princípio é o da liberdade, a eficácia e a aplicabilidade da norma são amplas quando não exista lei que estatua condições ou qualificações especiais para o exercício do ofício ou profissão”, e que o direito de liberdade de profissão tem assento constitucional, ou seja, não decorre da lei que eventualmente venha a ser editada com a finalidade de conter a eficácia e aplicabilidade da norma constitucional do inciso XIII, do artigo 5º, da Constituição Federal (Silva, 2006. p. 109).

Desse modo, fosse possível deferir ao legislador infraconstitucional o estabelecimento de quaisquer limitações, a seu arbítrio, estar-se-ia permitindo que a lei inferior à Constituição Federal acabasse por anular o direito de liberdade profissional, o que não tem cabimento justamente por não ser defensável que a lei inferior à Constituição Federal torne o direito de liberdade de profissão instituído na Carta Maior esvaziado em seu conteúdo.

Sem dúvida que limitação alguma à liberdade de profissão pode ser levada a efeito se

comprometer fins e objetivos coletivos e atentar contra o progresso da sociedade.

Por empréstimo e por vislumbrar similitude no tema aqui tratado e naquele abordado por Gilberto Bercovici (2017, p. 404) ao discorrer sobre “os dilemas da proteção ao trabalho e do combate às desigualdades sociais na Constituição de 1988”, é que se pondera que a atuação estatal limitadora da liberdade de ofício ou profissão “só se justifica dentro de uma perspectiva não individualista, suficiente para excluir a visão atomística idealizada dos agentes econômicos eficientes e racionais das teorias econômicas neoclássicas”.

O autor fala, na verdade, em como a livre-iniciativa não é garantida em termos absolutos, mas como atividade que contribui para o progresso da sociedade. Aqui a abordagem é outra, relativa à justa causa para o poder público estabelecer limitações aos ofícios e profissões liberais, mas lá como cá, tudo deve se desenvolver dentro de uma perspectiva que propicie o progresso da sociedade.

Mesmo ao tempo da Constituição Federal de 1967, alterada pela Emenda Complementar nº 01/69, o Supremo Tribunal Federal, pela pena do Relator, Ministro Thompson Flores, ao julgar caso envolvendo a profissão de corretor de imóveis, no Recurso Extraordinário nº 70.563/1971, teceu considerações dignas de nota, como bem lembrou o Ministro Gilmar Mendes, ao relatar outro recurso extraordinário, o de nº 511.961/2009, com referência à profissão de jornalista. Assim lecionou o Ministro Thompson Flores:

A liberdade do exercício profissional se condiciona às condições de capacidade que a lei estabelecer. Mas, para que a liberdade não seja ilusória, impõe-se que a limitação, as condições de capacidade, não seja de natureza a desnaturar ou suprimir a própria liberdade. A limitação da liberdade pelas condições de capacidade supõe que estas se imponham como defesa social (Brasil, 2009).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 183/2019, discutiu a limitação ao exercício da profissão de músico instituída pela Lei Federal nº 3.857/1960¹¹, à vista do disposto nos artigos 5º, IX e XIII, da Constituição Federal, e concluiu pela ilegitimidade da regulação posta em vários dispositivos da lei, destacando que a atuação legislativa só se legitima no campo do exercício do trabalho se há interesse público a ser resguardado, como se destaca:

[...] a legitimidade da atuação legislativa no campo do exercício do trabalho deve ser restrita apenas ao indispensável para viabilizar a proteção de outros bens jurídicos de interesse público igualmente resguardados pela própria Constituição, como a segurança, a saúde, a ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio, a proteção especial da infância e outros (Brasil, 2019).

Como dito, a discussão aí travada referiu-se à limitação do exercício da profissão de

¹¹ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13857.htm

músico, estabelecida pela Lei Federal nº 3.857/1960, e a Corte Suprema entendeu que não era compatível com a liberdade de profissão e de expressão artística a existência de um conselho profissional com competência para selecionar, disciplinar e fiscalizar o exercício da profissão de músico, o que incluía a expedição de carteiras profissionais obrigatória e o exercício do poder de polícia, razão pela qual julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, declarando não recepcionados várias expressões e dispositivos da lei.

Também nos autos da Representação nº 930/1976, destaca-se o seguinte trecho do voto Ministro Rodrigues de Alckmin na abordagem específica quanto ao interesse público da regulação:

6. Mas se a lei ordinária pode exigir, regulamentando o exercício profissional, condições de capacidade que não sejam atinentes exclusivamente à técnica, nem por isso as condições podem ser arbitrárias ou ilimitadamente estabelecidas pelo legislador ordinário. Tais condições (de capacidade técnica, moral, física ou outras) há de ser sempre exigidas pelo interesse público, jamais pelos interesses de grupos profissionais ou de determinados indivíduos. “Qualquer franquia tem por limite o interesse superior da coletividade” (Carlos Maximiliano, “Coment. à Constituição Brasileira”, p. 83) (Brasil, 1976, grifo do autor).

Apenas visando ao atendimento do interesse público é que o caro direito de liberdade profissional pode sofrer restrições estabelecidas por lei, editada pela União.

A lei que vier a regulamentar a liberdade de profissão, firmará condições de capacidade, qualificações ao exercício profissional, e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido que referidas qualificações envolvem sobretudo a técnica, mas eventualmente se justificam também restrições relativas à capacidade moral, física e outras, desde que presentes superiores interesses da coletividade.

O trecho extraído do Recurso Extraordinário nº 70.563/71, de relatoria do Ministro Thompson Flores, citado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 511.961/2010 bem aborda o ponto:

A lei, para fixar as condições de capacidade, terá de inspirar-se em critério de defesa social e não em puro arbítrio.

[...]

Reconhece-se que as condições restritivas da liberdade profissional não sejam apenas de natureza técnica. Superiores interesses da coletividade recomendam que aquela liberdade também tenha limitações respeitadas à capacidade moral, física e outras (Cf. Carlos Maximiliano, Comentários à Constituição Brasileira, p. 798). Por outras palavras, as limitações podem ser de naturezas diversas, desde que solicitadas pelo interesse público, devidamente justificado (Cf. Pinto Falcão, “Constituição Anotada”, 1957, 2º v., p. 133; Pontes de Miranda, “Comentários à Constituição de 1967”, 5º v., p. 507). Escreve este insigne publicista:

‘O que é preciso é que toda política legislativa a respeito do trabalho se legitime com a probabilidade e a verificação do seu acerto. Toda limitação por lei à liberdade tem de ser justificada. Se, com ela, não cresce a felicidade de todos, ou se não houve proveito na limitação, a regra legal há de ser eliminada. Os mesmos elementos que tornam a dimensão das liberdades campo aberto para as suas ilegítimas explorações

do povo estão sempre prontos a explorá-lo, mercê das limitações.’ (Brasil, 2009).

Tem-se, portanto, que a lei interventora na liberdade de profissão pode veicular restrições de qualificações notadamente técnicas, mas igualmente de outras ordens, contanto que justificadas nos superiores interesses da coletividade.

E a jurisprudência pátria foi pródiga em fornecer julgados onde ficou assentado que o cerceio à liberdade profissional pela atividade legislativa típica só se justificava à guisa de condições de capacidade motivadas pelo interesse público, em caráter excepcional.

Isso tanto ao tempo da Constituição Federal de 1967, quanto atualmente.

A análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal corroborará a conclusão.

O primeiro caso que merece referência é o dos corretores de imóveis, que envolve a análise do Recurso Extraordinário nº 70.653/1971, e também a Representação de Inconstitucionalidade nº 930/1976, ajuizada em função do julgamento do referido recurso extraordinário.

No Recurso Extraordinário em pauta, a pretensão foi a de que restasse autorizada a cobrança de comissão de corretagem, mesmo que o corretor não possuísse registro, o que envolvia a análise do artigo 7º, da Lei nº 4.116/62, de seguinte teor: “Sómente os Corretores de Imóveis e as pessoas jurídicas legalmente habilitadas, poderão receber remuneração como mediadores na venda, compra, permuta ou locação de imóveis, sendo, para isso, obrigados a manterem escrituração dos negócios a seu cargo” (Brasil, 1962).

A decisão unânime proferida foi embasada no voto do Ministro Thompson Flores, que citou o voto do Ministro Rodrigues Alckmin, quando este era Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo ficado assentado que o artigo 7º da Lei nº 4.116/62¹² contrariava o princípio da liberdade profissional reinante no país desde outras Constituições, sem justificção excepcional porque somente as condições de capacidade motivadas pelo interesse público é que motivariam eventual restrição.

Em suma, ficou afirmado que a liberdade de profissão não é absoluta porque condições de capacidade estabelecidas em lei e motivadas pelo interesse público podem restringi-la, o que, todavia, não se configurou no caso em julgamento, dando ensejo à decisão do Tribunal Supremo pela inconstitucionalidade do artigo 7º, da Lei nº 4.116/62.

O julgamento do recurso extraordinário em apreço deu ensejo a que o Sindicato dos Advogados do Estado da Guanabara representasse ao Procurador Geral da República pela inconstitucionalidade da Lei nº 4.116/62, que regulamentou a profissão dos corretores de

¹² https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/4116.htm

imóveis.

O relator original, Ministro Cordeiro Guerra, aduziu que: a) o princípio da liberdade de profissão está consagrado no artigo 153, §23, da Constituição Federal (a referência diz respeito à Carta Magna de 1.967, conforme Emenda Constitucional nº 01/69); b) as restrições à liberdade de profissão somente podem decorrer de condições de capacidade estabelecidas em lei; e c) as restrições à liberdade de profissão só se justificam por razões de interesse público.

No entanto, o Ministro conclui pela constitucionalidade da lei, porquanto entendeu que ela provia, “pelos requisitos necessários ao seu exercício, uma seleção de profissionais capazes moral e intelectualmente de bem exercê-la [a profissão de corretor de imóveis]”, negando tenha a lei sido inspirada no propósito de criar privilégios, e sim “no critério de defesa social, no interesse da coletividade”, arrematando nos seguintes termos:

Estou em que a Lei 4.116, de 27.08.62 não viola o princípio da liberdade do exercício de profissão, a todos assegurado, apenas regulamenta a seleção e a disciplina, no interesse público, da profissão de corretor de imóveis, o que é constitucionalmente permitido, por inspirada no interesse da coletividade.

Contudo, apesar do Ministro Cordeiro Guerra ter afirmado que a lei poderia restringir a liberdade de profissão “no critério da defesa social, no interesse da coletividade” ou mesmo “no interesse público”, não esclareceu a contento o que entendia por tais expressões, limitando-se a dizer que a lei conferia o acesso a todos que pretendessem realizar a profissão de corretores de imóveis, e acabava por prover uma seleção de profissionais capazes moral e intelectualmente de bem fazê-lo.

Mas como analisou Felipe Kazuo Tateno (2005, p. 24):

O voto do Min. Cordeiro Guerra é pela constitucionalidade da lei. Segundo sua argumentação, a liberdade profissional só poderia ser restringida frente ao “interesse superior da coletividade”. Entretanto, esse ministro não define o que ele entende por essa expressão e diz que a necessidade de registro profissional para os corretores de imóveis resultará em profissionais mais idôneos, satisfazendo, por conseqüência, o interesse público. Como se pode entender, esse ministro faz pouco esforço para verificar o que seria interesse público e quais seriam os limites do legislador ordinário. Com isso, pode-se observar que, para o ministro Cordeiro Guerra, o simples fato de se exigir honestidade e idoneidade já seria justificativa para a restrição da liberdade de profissão (grifo nosso).

Muito embora o voto concordante do Ministro Cunha Peixoto, seguiu-se pedido de vista do Ministro Rodrigues de Alckmin, que abriu divergência, e foi acompanhado pelos Ministros Leitão de Abreu, Thompson Flores, Eloy da Rocha e Djaci Falcão.

O voto vencedor, portanto, foi o do Ministro Rodrigues de Alckmin, o qual afirmou, em síntese: a) a liberdade de profissão está assegurada na Constituição Federal (era vigente a Constituição Federal de 1967, alterada pela Emenda Complementar nº 1, de 1969); b) essa

liberdade, por não ser absoluta, pode sofrer limitação por lei ordinária; c) o estabelecimento de restrições ao exercício de qualquer gênero de atividade lícita não está sujeito ao livre critério do legislador infraconstitucional; d) a liberdade de profissão só pode ser limitada por lei que estabeleça as condições de capacidade fundadas em interesse público e de maneira razoável; e e) cabe ao Poder Judiciário exercer o controle de legitimidade de tais restrições.

Vale transcrever os seguintes trechos do voto do Ministro Rodrigues de Alckmin:

Assegura a Constituição, portanto, a liberdade do exercício de profissão. Essa liberdade, dentro do regime constitucional vigente, não é absoluta, excludente de qualquer limitação por via de lei ordinária. Tanto assim é que a cláusula final ('observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer') já revela, de maneira insofismável, a possibilidade de restrições ao exercício de certas atividades. Mas também não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições que entenda ao exercício de qualquer gênero de atividade lícita. Se assim fosse, a garantia constitucional seria ilusória e despida de qualquer sentido. Que adiantaria afirmar 'livre' o exercício de qualquer profissão, se a lei ordinária tivesse o poder de restringir tal exercício, a seu critério e alvitre, por meio de requisitos e condições que estipulasse, aos casos e pessoas que entendesse? É preciso, portanto, um exame aprofundado da espécie, para fixar quais os limites a que a lei ordinária tem de ater-se, ao indicar as 'condições de capacidade'. E quais os excessos que, decorrentes direta ou indiretamente das leis ordinárias, destandem à garantia constitucional.

[...]

Assenta-se, portanto, que a liberdade de exercício de profissão, se pode ser limitada, somente o pode ser com apoio na própria permissão constitucional ('observadas as condições de capacidade que na lei estabelecer') e de maneira razoável. E ao Poder Judiciário cabe, indubitavelmente, em face da lei que regulamenta exercício profissional, examinar, à luz desses critérios, a legitimidade da regulamentação.

Vê-se, portanto, que o julgamento assentou que o cerceamento à liberdade profissional só se justifica por condições de capacidade motivadas pelo interesse público, em caráter excepcional, conforme estabelecido em lei.

O segundo caso que merece referência é o da quarentena instituída pelo artigo 86 da Lei nº 4.215/63, com a redação dada pela Lei nº 5.681/71, o qual alijava do exercício da advocacia pelo prazo de dois anos, os magistrados, os membros do Ministério Público, os servidores públicos, inclusive de autarquias e entidades paraestatais, e os funcionários de sociedade de economia mista, definitivamente aposentados ou em disponibilidade, bem como os militares transferidos para a reserva remunerada ou reformados (Brasil, 1963; 1971).

A declaração de inconstitucionalidade foi postulada pelo Procurador Geral da República, nos autos da Representação de Inconstitucionalidade nº 1.054/1984, por alegação de ofensa ao artigo 153, §23, da Constituição Federal então vigente, e o Ministro Néri da Silveira, a quem foi atribuída a relatoria do julgamento, proferiu voto no sentido de que o princípio da liberdade profissional é de eficácia imediata, mas pode ser restringido pelo

legislador, desde que haja razão bastante de interesse público, e, na espécie, entendeu existente motivo de interesse público para a restrição imposta no artigo 86 da Lei nº 4.215/63 porque, “no que concerne à advocacia, pela natureza e importância dessa profissão, no mecanismo da ordem jurídica, tudo aquilo que puder significar salvaguarda do bom nome e independência de seus profissionais” merece “o amparo da lei, ao disciplinar o seu desempenho”.

Ao assim julgar, o Ministro relator abriu espaço ao arbítrio do legislador para restringir o direito de liberdade de profissão como bem lhe aprouvesse:

Afinal, a citação de que o que zela pelo “bom nome” da advocacia é motivo para limitação profissional acarreta, por se tratar de expressão muito vaga, que qualquer ação sob o pretexto de honrar a advocacia é válida e, por conseguinte, qualquer requisito poderá restringir o direito de trabalhar como advogado (Tateno, 2005, p. 16).

Quer dizer, apesar do Ministro Néri da Silveira defender posição no sentido de que a liberdade profissional apenas poderia ser restringida em casos excepcionais e perante razões de interesse público, acabou por permitir que o legislador fosse o senhor da definição do que configuraria o interesse público, como se vê do seguinte destaque do seu voto: “Coube, todavia, ao legislador ordinário, dentro da margem de atuação, que a Constituição lhe reserva, formular o juízo de conveniência e de interesse público, [...]”.

Apesar de existir um fundamento válido na ideia defendida pelo Ministro Néri da Silveira, no sentido de ser do legislador a legitimidade quanto à definição do interesse público na espécie, até porque compete mesmo ao Poder Legislativo a edição de leis para regulamentar a Constituição Federal, “a restrição à liberdade profissional não pode ficar sem controle algum. Caso contrário, estar-se-ia aceitando que qualquer justificativa do legislador (inclusive as abusivas) cerceasse a liberdade de profissão” (Tateno, 2005, p. 15).

E já se viu que compete ao Poder Judiciário exercer o controle de legitimidade das restrições impostas pelo legislador à liberdade de profissão.

O voto do Ministro Néri da Silveira foi acompanhado pelos Ministros Francisco Rezek e Oscar Corrêa, mas o Ministro Moreira Alves divergiu, e seu voto prevaleceu, acompanhado que foi pelos votos dos Ministros Alfredo Buzaid, Rafael Mayer, Décio Miranda, Soares Muñoz, Djaci Falcão e Cordeiro Guerra.

O Ministro Moreira Alves aduziu que o princípio da liberdade do exercício de trabalho, ofício ou profissão admite restrições estabelecidas em lei no que concerne aos requisitos de capacidade, entendidos como pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos, e que estejam relacionadas com o interesse público, “entendido este, não como o interesse do Estado como Estado, mas como o interesse da

sociedade”.

Contudo, no caso concreto, analisou a restrição do exercício da advocacia por dois anos pelas pessoas referidas no artigo 86 da lei 4.125/63, e concluiu não existir qualquer condição de capacidade que justificasse o impedimento, nem mesmo de ordem moral.

Em análise desse julgamento, Felipe Kazuo Tateno (2005, p. 17-18, grifo do autor) expõe:

Vale colocar que o Min. Moreira Alves também não invocou o conceito de interesse público de forma consistente. Entretanto, nesse caso, de acordo com a sua *ratio decidendi* não havia necessidade para que o fizesse, [...]independentemente dos outros argumentos que o levaram a decidir a questão, pode-se notar que ele e aqueles que o seguiram fizeram valer o princípio da liberdade profissional, visto que não invocaram um conceito esvaziado como mero pretexto para rechaçar a liberdade de profissão, isto é, defenderam, realmente, a tese de que a liberdade de profissão tem aplicação direta e imediata, mas pode ser restringida somente em casos **excepcionais**. Essa idéia enquadra-os, nesse caso, entre aqueles que vislumbram a possibilidade de restrição, contudo, somente em casos extremos. Quanto ao conceito de interesse público, o Min. Moreira Alves o utilizou de forma superficial, mas suficientemente – para esse caso – carregada de conteúdo, que o possibilitou refutar a vagueza do conceito utilizado pelo Min. Néri da Silveira.

Aqui também restou assentado que o cerceamento à liberdade profissional só se justifica por condições de capacidade motivadas pelo interesse público, em caráter excepcional, conforme estabelecido em lei.

O terceiro caso para análise é o que envolve os fisiatras, fisioterapeutas e terapeutas, julgado ainda ao tempo da Constituição anterior.

Trata-se da Representação de Inconstitucionalidade nº 1.056/1983, em que se postulava a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 3º e 4º do Decreto-Lei nº 938/69¹³ e do parágrafo único do artigo 12 da Lei nº 6.316/75.

Interessa, no presente estudo, abordar parte da discussão havida no julgamento, justamente a que se refere à imposição de restrições à liberdade de profissão, quais sejam os artigos 3º e 4º do Decreto-Lei nº 938/69, que previam:

Decreto-Lei nº 938/1969:

Art. 3º É atividade privativa do fisioterapeuta executar métodos e técnicas fisioterápicas com a finalidade de restaurar, desenvolver e conservar a capacidade física do cliente.

Art. 4º É atividade privativa do terapeuta ocupacional executar métodos e técnicas terapêuticas e recreacional com a finalidade de restaurar, desenvolver e conservar a capacidade mental do paciente (Brasil, 1969).

Como os artigos em apreço atribuíam ao fisioterapeuta e aos terapeutas ocupacionais, respectivamente, a privatividade na execução de métodos e técnicas correspondentes à área de

¹³ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0938.htm

cada qual, pretendeu-se a declaração da inconstitucionalidade dos referidos dispositivos legais porque a norma alijava os médicos fisiatras da execução do tratamento.

O voto vencedor foi do Ministro Moreira Alves, que centrou a discussão quanto a se saber se o legislador ordinário tem arbítrio no estabelecimento das condições de capacidade, “ou se está ele circunscrito a condições reais de capacidade para o exercício do trabalho, ofício ou profissão”.

E no mister, considerou evidente a ausência de arbítrio do legislador porque não poderia “restringir o exercício da profissão por quem tenha capacidade para exercê-la em toda a sua plenitude, sob a alegação de que, por haver cursos universitários, mais restritos e, portanto, de formação mais reduzida, tais cursos formam profissionais que passam a ter competência privativa de realização material de técnicas que não são ínsitas ao exercício pleno da profissão que exige habilitação mais completa”.

Com acerto, o Ministro considerou que os médicos especialistas no terreno abrangido pelo Decreto-Lei nº 938/69, com capacidade para diagnosticar a doença, indicar o tratamento adequado e o supervisionar até a alta, teriam de ter, à evidência, capacidade para também executar o tratamento.

Seu voto considerou constitucionais os dispositivos impugnados, dando-lhes, contudo, interpretação restritiva, não se aplicando os artigos 3º e 4º do Decreto-Lei nº 938/69 aos médicos especialistas nesse setor da medicina.

Para Felipe Kazuo Tatenó (2005, p. 21):

Nesse caso, por se tratar de uma situação mais homogênea, verifica-se que os ministros do Supremo Tribunal Federal se enquadravam na posição daqueles que defendiam que havia liberdade profissional, salvo em real necessidade de proteção à sociedade. Quanto à expressão de interesse público, pode-se notar que o conceito não encontrava consenso entre os ministros. Com efeito, tanto o ministro Néri da Silveira, como o Min. Décio Miranda, enxergavam ‘interesse público’ não tão consistente, visto que, embora tenham delimitado um conceito quando analisaram a regulamentação dos fisioterapeutas e dos terapeutas, quando verificaram a regulamentação médica tentaram expandir a noção desse instituto a ponto de cogitarem de “interesse público em não se desestimular faculdades de fisioterapia e terapia ocupacional”. Devido a sua vagueza, essa afirmação foi desmontada facilmente pela posição vencedora. Cumpre colocar que o restante dos ministros acompanhou o voto de Moreira Alves.

De todo modo, nesse caso igualmente foi afirmado que o cerceamento à liberdade profissional só se justifica por condições de capacidade motivadas pelo interesse público, em caráter excepcional, nos termos da lei.

O quarto caso a ser considerado é o que envolveu a discussão sobre a necessidade ou não de os jornalistas serem diplomados já ao tempo da Constituição Federal em vigor.

A questão foi analisada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 511.961/2009.

O recurso extraordinário em tela teve origem em ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal, em face da União, em que defendeu a não recepção pela Constituição Federal de 1988 do artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/69, o qual exigia o diploma de curso superior de jornalismo, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista, por contradição com o disposto nos artigos 5º, IX e XIII e 220, *caput* e §1º, da Carta Constitucional.

A relatoria do julgamento foi atribuída ao Ministro Gilmar Mendes, cujo voto pela ilegitimidade da exigência foi acompanhado por todos os Ministros, salvo pelo Ministro Marco Aurélio de Mello.

O voto, após resolver as preliminares de legitimidade ativa e cabimento da ação civil pública na situação concreta, adentrou ao mérito afirmando que “o tema envolve, em uma primeira linha de análise, a delimitação do âmbito de proteção da liberdade do exercício profissional assegurada pelo art. 5º, inciso XIII, da Constituição, assim como a identificação das restrições e conformações legais constitucionalmente permitidas”.

A delimitação do âmbito de proteção faz-se pela análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista: “a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (*âmbito de proteção da norma*); b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (*expressa restrição constitucional*) e a identificação das *reservas legais de índole restritiva*”.

No que pertine à liberdade de profissão, enfatiza-se que a Constituição Federal de 1988, semelhantemente às Constituições anteriores, “segue um modelo de reserva legal qualificada”, porquanto legitimou o legislador infraconstitucional a restringir o âmbito dessa liberdade.

No entanto, o voto é de uma densidade maior em comparação aos proferidos ao tempo da Constituição anterior, principalmente quando estabelece limites às restrições legais, de modo a não entregar ao “*arbitrio* do legislador infraconstitucional a definição sobre o que é ‘interesse público’, já que a amplitude desse conceito indeterminado depende de exame realizado dentro de certos parâmetros” (Tateno, 2012, p. 451).

A densidade maior do referido voto é destacada na abordagem da proporcionalidade da intervenção, de que adiante se tratará.

3.2 A proporcionalidade da intervenção estatal

“O critério da proporcionalidade, embora não tenha lastro constitucional específico, foi recepcionado pela doutrina constitucional brasileira a partir da dogmática alemã dos direitos fundamentais e, assim como lá, tem sido fundamentado no princípio do Estado de direito ou no próprio vínculo do legislador aos direitos fundamentais” (Martins, 2012, p. 171).

Em se tratando da liberdade de profissional, não está, o legislador, sujeito ao seu próprio arbítrio porque, além de só estar autorizado a interferir no aludido direito se houver razão de interesse público bastante, deverá superar o crivo da proporcionalidade ao definir as qualificações profissionais a serem atendidas. A lei será proporcional “se servir a um propósito legítimo e se for, em relação a ele, adequada e necessária” (Martins, 2012, p. 171).

O caso dos jornalistas, julgado nos autos do Extraordinário nº 511.961/2009, bem ilustra o ponto.

Vale destacar o trecho seguinte do voto:

É preciso não perder de vista que as restrições legais são sempre limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanes ou “limites dos limites” (*Schranken-Schranken*), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses *limites*, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas (grifo nosso).

Além disso, no referido voto, discorre-se sobre a imperiosa necessidade de que a intervenção na liberdade de profissão seja obsequiosa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que não seja atingido seu próprio núcleo essencial:

Assim, parece certo que, no âmbito desse modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, paira uma imane questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.

[...]

Dessa forma, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imane, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*.

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, como também a *adequação* desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*).

Comparando o julgamento em pauta com os casos anteriores à Constituição vigente, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal persistiu no entendimento de que: a) a liberdade profissional é direito fundamental existente em todas as Constituições Pátrias; b) a liberdade profissional é direito de eficácia imediata, mas que pode sofrer restrições impostas pelo legislador no tocante às condições de capacidade; c) as condições de capacidade só se justificam por razões de interesse público.

Todavia, no caso em que se discutiu a exigência de diploma para o exercício do jornalismo, o voto condutor do julgamento, de autoria do Ministro Gilmar Mendes, é mais substancial porque aborda a necessidade de preservação do núcleo essencial da liberdade de profissão, limitando as restrições por suas vezes limitadoras do direito em pauta à observância do princípio da proporcionalidade, nos seus desdobramentos de legitimidade dos meios utilizados e fins perseguidos, como também a adequação dos meios para o atingimento dos objetivos almejados e a necessidade de sua utilização.

Nas palavras de Felipe Kazuo Tateno (2012, p. 453):

Assim, o ministro-Relator constatou: (i) a liberdade profissional tem sido prevista desde as primeiras Constituições brasileiras; (ii) somente as qualificações profissionais podem restringi-la; (iii) essas limitações devem atender ao interesse público, de modo a não colocar em risco a saúde, a vida e outros direitos das pessoas. Todavia, o ministro foi além em sua argumentação. A essa estrutura predefinida foi acrescentando, entre outros elementos, que as limitações não podem interferir no núcleo essencial do direito individual, mesmo que sejam justificadas. E essa medição ocorrerá na ponderação com outros direitos fundamentais por meio do princípio da proporcionalidade (com seus três subprincípios – quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Portanto, o conceito de “interesse público” não depende do arbítrio do legislador infraconstitucional, mas tem sua amplitude limitada pela ponderação de valores e pelos contornos do núcleo essencial do direito.

Mais uma vez, portanto, o Supremo Tribunal Federal afirmou que a liberdade de profissão prevista em todas as Constituições Pátrias não é absoluta, havendo espaço para a intervenção do Poder Público que, mediante lei, pode estabelecer restrições a mencionado direito, mas o que só estará justificado à luz de interesse público bastante.

Há, como ensina Leonardo Martins (2012, p. 170), pré-requisitos formais e materiais para uma intervenção justificada na área de proteção da liberdade profissional.

Sob o ponto de vista da forma, a limitação à liberdade de profissão só pode se dar por lei, de iniciativa do competente órgão legiferante e que ultrapasse o correspondente processo legislativo. Já se ponderou que é necessária lei no sentido estrito da palavra para estabelecer limites à liberdade de profissão, e que a competência para tanto é da União, *ex vi* do disposto no artigo 22, XVI, da Constituição Federal.

Além disso, a lei deve superar positivamente o processo legislativo, sem vícios que comprometam sua aplicabilidade.

Quanto aos critérios materiais, a lei interventora deve estar fundada em condições de capacidade que se justifiquem pelo interesse público que necessita de proteção, e ser obsequiosa à proporcionalidade, no sentido de que deve servir a um propósito legítimo, havendo adequação entre os meios utilizados e fins almejados.

Leonardo Martins (2012, p. 171) ensina que “a reserva legal do art. 5º, XIII, *in fine*, da CF pode ser classificada num primeiro momento como qualificada se entendermos que ela já fixa o propósito que deverá ser perseguido pela lei concretizadora”.

Quer dizer, o propósito da lei interventora seria mesmo o de fixar os requisitos de qualificação para o exercício de determinada profissão liberal, de modo a assegurar, tanto quanto possível, que a sociedade usufrua de profissional cuja competência específica foi avaliada.

Por outro lado, a locução “qualificações profissionais” contida no artigo constitucional mencionado estaria a expressar “a faculdade em si do legislador comum para criar critérios (relativos ao mero exercício ou relativos ao ingresso, subjetivos ou objetivos), ou justamente ‘qualificações’ que servissem a outros propósitos lícitos do ponto de vista constitucional, mas não declarados na reserva legal em pauta, tal qual cunhada pelo constituinte” (Martins, 2012, p. 172).

No exame da licitude do propósito, não basta uma análise meramente formal, consistente no confronto da regulação limitadora da liberdade profissional com a Constituição Federal e a lei infraconstitucional, é preciso também aferir sobre a razoabilidade da limitação, o que não é, todavia, fácil, até porque perpassa por uma análise empírica e ajustada às mudanças sociais.

Ao acompanhar o voto do Relator Ministro Rodrigues Alckmin, o Ministro Leitão de Abreu, nos autos da Reclamação nº 930/1976, em que se discutia a constitucionalidade da Lei nº 4.116/62, que regulamentou a profissão de corretor de imóveis, e que, ao fim e ao cabo foi considerada integralmente inconstitucional, destacou a dificuldade de conceituar o termo razoabilidade:

[...] 4. Transparente ou diáfano, à primeira vista, o significado do termo razoabilidade, recobre-se, todavia, inesperadamente, de sombras, quando, numa segunda inspeção, se intenta apanhar o exato perfil do seu conteúdo conceitual. Por isso mesmo, adverte, inicialmente, famoso dicionário jurídico no verbete relativo à palavra razoável: “Não seria razoável esperar uma definição exata do vocábulo ‘razoável’; “A razão” – continua – “varia nas suas conclusões de acordo com a idiosincrasia do indivíduo, bem como da época e circunstâncias, nas quais ele pensa. O raciocínio que construiu a antiga lógica escolástica ressoa neste caso como tinido de um brinquedo de criança” (Reasonable. It would be unreasonable to expect an exact definitipn of the word ‘reasonable’. Reason varies in its conclusions according to the idiosyncrasy of the

individual, and the times and circumstances in which he thinks. The reasoning which built up the old scholastic logic sounds now like the jingling of a child's toy" (Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases, 3ª. Ed., 1953) (Brasil, 1976, grifo do autor).

E quanto ao uso jurídico, assim se referiu à razoabilidade:

Todavia, no uso jurídico, o vocábulo razoável assume, por vezes, feição relativa ou particularizada, consoante as circunstâncias do discurso ou a acepção especial com que é empregado. "Quando aplicado em relação a medidas legislativas" – explica outro repertório jurídico, - (razoável) "significa dentro de limites próprios, conveniente ou apropriado ao fim que se tem em vista" (As applied to legislative measures, within proper limits, fit and appropriate to the end in view" (Cyclopedia of Law and Procedure, v. 33. New York, The American Law Book Company, 1909) (Brasil, 1976, grifo do autor).

Em outras palavras, ainda que se considere uma atuação discricionária do Poder Legislativo, posto que, dentro de um espectro bem abrangente de possibilidades na elaboração das leis limitadoras da liberdade profissional está habilitado a fazer escolhas, certamente deverá exercer sua competência na extensão e intensidade equivalentes ao atendimento do interesse público a que atrelado.

Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 113):

Sobremodo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.

Vale mencionar mais uma vez o julgamento da representação nº 930/1976, em que foi Relator para o acórdão o Ministro Rodrigues Alckmin, para ilustrar como o Supremo Tribunal Federal tem se debruçado sobre a razoabilidade da intervenção na liberdade de profissão, destacando-se o trecho seguinte:

A Constituição Federal assegura a liberdade de exercício de profissão. O legislador ordinário não pode nulificar ou desconhecer esse direito ao livre exercício profissional [...] Pode somente limitar ou disciplinar esse exercício pela exigência de condições de capacidade, pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos. Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não (Brasil, 1976, grifo nosso).

Indispensável, portanto, a observância ao princípio da razoabilidade na elaboração da lei limitadora da liberdade profissional, e, para tanto, há de se valer do meio adequado e necessário, como ensina Martins (2012):

A adequação da intervenção estará presente se houver uma relação de fomento entre a sua utilização e o seu propósito. [...] O critério da necessidade restará ofendido se houver meios alternativos igualmente adequados, mas que, por sua vez, poupem a liberdade atingida por onerá-la de maneira menos grave ou intensa (p. 173 e 174).

No mesmo sentido, Furtado Coêlho (2022):

Embora a restrição à liberdade de trabalho esteja expressamente prevista no texto constitucional, o legislador deve observar determinadas balizas e limites. Por se tratar de direito fundamental, eventual restrição deve respeitar o princípio da proporcionalidade, a fim de evitar limitações desarrazoadas e arbitrárias, que atinjam o núcleo essencial do direito. Como corolário do referido princípio, tem-se que a atividade legislativa deve ser necessária e adequada ao fim pretendido.

Para Bartolome A. Fiorini (p. 149 *et seq.* Poder de Polícia), as leis regulamentares não podem destruir as liberdades consagradas como fundamentais e invioláveis da pessoa humana, devendo ser obsequiosas à razoabilidade, observando-se quatro princípios:

1º) a limitação deve ser justificada; 2º) o meio utilizado, quer dizer, a quantidade e o modo da medida, deve ser adequado ao fim desejado; 3º) o meio e o fim utilizados devem se manifestar proporcionalmente; 4º) todas as medidas devem ser limitadas. A razoabilidade se expressa com a justificação, adequação, proporcionalidade e restrição das normas que se sancionam. [...] A razoabilidade, quando se refere à medida ditada pela gestão policial, deve restar justificada, realizada de forma adequada e sacrificando minimamente os âmbitos individuais¹⁴.

Em suma, a intervenção na liberdade de profissão só se legitima mediante lei que delineie como se dará a restrição (critério formal), a qual substancialmente só se justifica perante razões de interesse público, exigindo-se adequação e proporcionalidade entre meio e fins almejados (critérios materiais), de modo a obstar que o núcleo essencial do direito fundamental em apreço seja comprometido.

Mas como a lei não será suficiente para conter todas as regras de conduta necessárias ao exercício das profissões liberais, caberá o exercício da função regulamentar em sentido estrito aos conselhos profissionais, também conhecidos por autarquias corporativas, de que se passa a tratar.

¹⁴ 1º) la limitación debe ser JUSTIFICADA; 2º) el medio utilizado, es decir, la cantidad y el modo de la medida, debe ser adecuado, al fin deseado; 3º) el medio y el fin utilizados deben manifestarse proporcionalmente; 4º) todas las medidas deben ser LIMITADAS. La razonabilidad se expresa con la justificación, adecuación, proporcionalidad y restricción de las normas que se sancionen. [...] La razonabilidad cuando se refiere a la medida dictada por la gestión policial debe hallarse justificada, realizada en forma adecuada y sacrificando minimamente los ámbitos individuales.

4 AUTARQUIAS CORPORATIVAS

As autarquias corporativas ou conselhos profissionais são entes incumbidos do autogoverno das profissões liberais, competindo-lhes o exercício de atividade típica de Estado, abrangendo a arrecadação das contribuições parafiscais pagas por seus membros, a regulamentação, o controle e a fiscalização das profissões, ou seja, a chamada polícia das profissões.

Ainda que remotamente possam ser originadas a partir das corporações de ofício e mestres da Idade Média, as corporações e seu papel regulatório não se encaixavam no ideal de liberdade de comércio, indústria e profissão da Revolução Francesa. Superado o princípio individualista exacerbado no final do século XIX, a intervenção pública na economia ressurgiu e, nesse contexto, renasceram as associações corporativas para regular a atividade econômica-profissional, na defesa dos interesses profissionais comuns.

No Brasil, os conselhos profissionais ostentam a personalidade jurídica de direito público, daí porque são chamados de autarquias corporativas, de base associativa, portanto.

Apesar de serem pessoas jurídicas de direito público, de natureza autárquica, não se incluem na Administração Indireta da União, nem a seu controle se submetem. Seu regime jurídico é híbrido, de modo que nem sempre incidirá o regime jurídico correspondente à sua personalidade jurídica de direito público, devendo ser investigado, caso a caso, se há razão ou não para a incidência da regra de direito público, o que a jurisprudência tem feito, como fez ao decidir que tais entes não se submetem ao regime de precatório, mas se sujeitam ao controle do Tribunal de Contas da União, por exemplo.

4.1 Referência Histórica

No antigo regime, as profissões eram organizadas pelo sistema das corporações de ofícios e mestres, as quais detinham o monopólio do exercício das profissões.

“Constituídas sobre uma base hierárquica, de mestres, ofícios e aprendizes, as corporações eram elas mesmas subordinadas às autoridades políticas, inicialmente aos senhores ou às cidades, e depois ao rei” (Guy, 1938, p. 10)¹⁵.

A monarquia considerava as corporações como serviços públicos voltados a regular a vida profissional, até que gradualmente a partir do século XVI, as corporações tornam-se

¹⁵ *Constituées sur une base hiérarchique, des maîtres aux compagnons et aux apprentis, les corporations étaient elles-mêmes subordonnées aux autorités politiques, d'abord les seigneurs ou les villes, puis en définitive le roi.*

“coisas do rei”, imbricando-se, portanto, na estrutura do Estado, a ponto de se falar em “órgãos semi-públicos”, tão desenvolvida a ligação entre as corporações e a estrutura monárquica até o século XVIII. O Antigo Regime cuidou, todavia, de suprimir as corporações, quando elas foram ferozmente atacadas, notadamente pelos fisiocratas e pelos ideais de livre comércio, sensibilizando a cúpula do Estado Francês e ecoando no Ministério de Turgot, até que, em 12 de março de 1776, Turgot logrou suprimir as corporações de mestres e ofícios (Branthôme, 2013, p. 213-229).

Restabelecidas as corporações com a queda de Turgot, não tardou sua supressão pela Revolução Francesa, como decretado pela Assembleia Nacional, em 17 de março de 1791 (Decreto de Allarde), sobrevindo, pouco depois, a Lei de Le Chapelier, que proibia a criação ou o restabelecimento de associações pelos cidadãos de mesmo estado ou profissão, ou operários e companheiros de qualquer ofício.

Vital Moreira (1997, p. 11) assim resume a extinção das corporações no período da Revolução Francesa:

Em 17 de Março de 1791, em plena Revolução, a Assembléa Nacional Francesa decretava a abolição das corporações de mesteres, e em 14 de Junho do mesmo ano a Lei de Le Chapelier proibia o seu restabelecimento, bem como a criação de quaisquer associações por parte dos “cidadãos do mesmo estado ou profissão [ou] operários e companheiros de qualquer ofício”, com o fim de “formular regulamento sobre os seus pretensos interesses comuns” (art. 2º). No relatório da lei proclamava-se: ‘Não haverá corporação no Estado. Existirá apenas o interesse particular de cada indivíduo e o interesse geral. A ninguém é permitido inspirar aos cidadãos um interesse intermediário, separá-los da coisa pública por um espírito de corporação’.

De fato, as corporações e seu papel regulatório não se encaixavam no ideal de liberdade de comércio, indústria e profissão da Revolução Francesa:

Juntamente com o estabelecimento da liberdade de comércio, indústria e profissão _ outra das medidas da revolução liberal _, a proibição dos corpos profissionais, bem como do papel de regulação que eles haviam possuído no “antigo regime”, constituiu a trave mestra da ordem burguesa originária (Moreira, 1997, p.11).

No final do século XIX, uma vez superado esse princípio individualista exacerbado, renasce a intervenção pública na economia e as associações corporativas com a pretensão de regular a atividade econômica-profissional, na defesa dos interesses profissionais comuns:

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 económicas, com pretensões de assumir de novo uma função de regulação e disciplina da actividade económico-profissional. De facto, 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 [...] (Moreira, 1997, p. 11)

Em 21 de março de 1884, a Lei de Le Chapelier é revogada e é autorizada a formação de sindicatos de trabalhadores na França. “E assim se reconstituem no século XIX, sob o nome de sindicatos, as associações de defesa de interesses profissionais” (Guy, 1938 p. 18)¹⁶.

A lei de Le Chapelier teve o mérito de por fim aos privilégios corporativistas do Antigo Regime, que impediam o livre exercício do comércio, indústria e profissão, mas, passado um século de sua edição, volta a tomar força o corporativismo como alternativa para minorar os efeitos nefastos do individualismo exacerbado e retirar os trabalhadores do isolamento que lhes foi impingido.

Essa ideia ecoa até na Igreja Católica, culminando na elaboração da Encíclica “Rerum Novarum” pelo Papa Leão XIII, em 15 de maio de 1891, com referência ao destino da classe operária, enfatizando a urgência em encontrar soluções para socorrer os homens das classes mais baixas, que, em sua maioria, se achavam em situação de infortúnio e miséria imerecida, com a riqueza concentrada nas mãos de poucos a par da pobreza da multidão. O Sumo Pontífice rejeita as ideias socialistas e marxistas, e apresenta a restauração do corporativismo como uma terceira via, um projeto capaz de fornecer proteção aos trabalhadores. “Nem socialismo nem capitalismo, portanto, mas um projeto de sociedade onde ‘é importante para a salvação pública e privada que a ordem e a paz reinem em toda parte’ ”¹⁷ (Branthôme, 2013, p. 213/229).

A 1ª Guerra Mundial põe fim à economia liberal e ao abstencionismo regulatório do Estado, ao mesmo tempo em que se incrementam as ideias de autorregulação e autodireção econômica por corpos de representação profissional, com a promoção estatal, sendo a Constituição Alemã de Weimar sua mais expressiva expressão jurídico-institucional. (Moreira, 1997, p. 11).

Thomas Branthôme descreve como o corporativismo seduziu um público amplo, durante a primeira metade do século XX, apresentando-se como um ponto de união dos opositores do liberalismo e do socialismo, sendo tratado nas universidades, inserido em programas políticos e manifestações econômicas, não só na França, mas em toda a Europa, a ponto do ex-Ministro romeno Mihaïl Manoïlesco proclamar que o século XX será o “século do corporativismo” e o Papa Pio XI confirmar as disposições *Rerum Novarum* na encíclica *Quadragesimo Anno*, em 15 de maio de 1931, “que mais uma vez compromete a Igreja Católica à instituição dos assuntos corporativos e à ‘restauração da ordem social’ ”¹⁸ (2013, p. 213-229).

¹⁶ [...] et ainsi se reconstituèrent au XIXe siècle, sous le nom de syndicats, les associations de défense des intérêts professionnels.

¹⁷ Ni socialisme ni capitalisme, donc, mais un projet de société où « il importe au salut public et privé que l'ordre et la paix règnent partout.

¹⁸ [...] qui engage une nouvelle fois l'Église catholique en faveur de l'institution corporative et de la « restauration

No anos 30, o corporativismo é atual e representa a sociedade proposta pelos defensores dos regimes totalitários.

Com a derrota da Itália e da Alemanha na 2ª Guerra, o corporativismo experimentou forte rejeição, no entanto, “as tendências de fundo que haviam dado lugar à hipérbole corporativista não desapareceram, antes se desenvolveram no meio século decorrido desde a Guerra” (Moreira, 1997, p. 12).

Em 1974, Schmitter apresenta sua provocante tese: “Still the Century of Corporatism?”¹⁹. Um corporativismo diferente daquele dos anos trinta, “liberal” ou “democrático”, mas ainda marcado pelo estatuto público das associações econômico-profissionais e pelo seu papel determinante na definição das políticas econômico-sociais, e sua implementação administrativa (Moreira, 1997, p. 12).

Nem mesmo o movimento neoliberal dos anos oitenta, com sua proposta desreguladora da economia, logrou por fim ao corporativismo profissional:

A crítica do modelo neocorporativista e as posteriores tendências de desregulação pública da economia, sob impacto da vaga neo-liberal desencadeada nos anos oitenta, não foram de molde a apagar os dados reais do problema. Desde as profissões liberais às regiões vinícolas, desde as câmaras de comércio às associações de regantes, é incontornável a persistência, em muitos países, sob as mais diferentes configurações institucionais, de uma certa medida de auto-administração econômico-profissional, nomeadamente por intermédio de corporações profissionais juridicamente qualificadas como entidades públicas, ou pelo menos oficialmente dotadas de poderes públicos (Moreira, 1997, p. 12) (grifo nosso).

No Brasil, o controle e a fiscalização do exercício das profissões liberais eram, inicialmente, da incumbência do próprio Estado, mas a partir de 1930, estas atribuições passaram a ser desenvolvidas pelas Ordens ou Conselhos de Fiscalização do Exercício Profissional, falando-se, então, em autogoverno das profissões, anseio mesmo dos próprios interessados, como destacam Pedro Paulo de Castro Pinheiro e Adilson da Silva Pereira (2002, p. 18):

Em nosso país, identificamos que a fiscalização do exercício profissional, inicialmente, era exercida por repartições públicas governamentais. Themístocles Brandão Cavalcanti, há quase quatro décadas, já assinalava que o poder público deu caráter de entidade de direito público aos Conselhos quando delegou competência “para a prática de atos que anteriormente, eram exercidos pelas repartições públicas da União” (nota 2 – “Direito e Processo Disciplinar” – 2ª ed. – FGV – p.115) (pág.18). O auto-governo das profissões sempre foi aspiração dos profissionais liberais, como assinala Alberto Barreto de Mello¹, para que se desligando da posição de subordinados ao poder disciplinar genérico do Estado, pudessem gozar do privilégio de serem julgados pelos seus pares” (pág. 17). (Natureza Jurídica da Ordem dos Advogados, *in* Boletim da Divisão Jurídica do IAA – p. 15/24 – Vol. XIII – 1958).

de l'ordre social.

¹⁹ “Ainda o século do Corporativismo?”

Themístocles Brandão Cavalcanti (1966, p. 13) ensina que “é preciso considerar que as entidades com autoridade legal para exercer a função disciplinar agem por delegação do próprio Estado”. O autor ainda exemplifica com as profissões de advogados, engenheiros, arquitetos e médicos (1966, p. 14).

O surgimento das ordens profissionais, no Brasil, ocorre no Estado Novo, a ponto de a Constituição Federal de 1934, em seu artigo 23, estabelecer que *“a Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos mediante sistema proporcional e sufrágio universal, igual e direto, e de representantes eleitos pelas organizações profissionais na forma que a lei indicar”* (grifo nosso).

Para Paula Campos Pimenta Velloso (2017, p. 58),

[...] a Constituição de 1934 fixou, em seu Capítulo II, dedicado ao Poder Legislativo, o convívio entre duas formas de representação na Câmara dos Deputados, a tradicional, dos representantes eleitos pelo povo, e a profissional, dos eleitos pelas “organizações profissionais”. Definiu que os “representantes do povo” seriam eleitos mediante o sistema proporcional e sufrágio universal, igual e direto, mas furtou-se a definir com precisão a forma da representação profissional, limitando-se a afirmar, em seu art. 23, que a “Câmara dos Deputados compõe-se [...] de representantes eleitos pelas organizações profissionais na forma que a lei indicar² (BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. São Paulo: Edição Saraiva, 1967, p.244).

A par da Carta Constitucional de 1934 pretender incluir na Câmara dos Deputados representantes eleitos pelas organizações profissionais, também dispôs que os sindicatos e as associações profissionais seriam reconhecidos de conformidade com a lei (art. 120).

Mas, a essa altura, já existia a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados, associação profissional, portanto. Por força do disposto no artigo 17 do Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930, que tratou de reorganizar a Corte de Apelação e dar outras providências, é que surgiu a Ordem dos Advogados Brasileiros:

Art. 17. Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados, que se regerá pelos estatutos que forem votados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados, e aprovados pelo Governo.

Houve várias tentativas de criação da OAB anteriormente ao Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930, inclusive por meio de três anteprojetos de lei: “o primeiro em 20 de agosto de 1880, por Saldanha Marinho e Batista Pereira; o segundo em 1911, por Celso Bayma; e o terceiro em 1914, por Alfredo Pinto”²⁰.

Foi por obra do Desembargador André de Faria Pereira que se inseriu, no texto do Decreto nº 19.408/30, que reorganizava a Corte de Apelação do então Distrito Federal, o artigo

²⁰ A CRIAÇÃO DA OAB — Portal da Memória (oabsp.org.br), acesso em 14/10/2023, às 21:01horas.

17 destinado a instituir a Ordem dos Advogados Brasileiros:

O processo de instalação da OAB foi descrito pelo Desembargador André de Faria Pereira como “um verdadeiro milagre”, dado o fenômeno paradoxal que se observava: ao mesmo tempo em que o governo concentrava os três poderes da República em suas mãos, entregava para órgãos da própria classe dos advogados a disciplina e a seleção de seus membros, uma aspiração que vinha desde o século XIX.

Ocorre que André de Faria Pereira, então Procurador-Geral do Distrito Federal e bastante influente no gabinete do ministro da Justiça do Governo Provisório, Osvaldo Aranha, percebeu o quão oportuna era a ocasião.

Em uma carta citada pelo advogado e historiador Alberto Venâncio Filho, Pereira revela: “levei o projeto (que viria a se tornar o decreto 19.408/30) a Osvaldo Aranha, que lhe fez uma única restrição, exatamente no artigo 17, que criava a Ordem dos Advogados, dizendo não dever a Revolução conceder privilégios, ao que ponderei que a instituição da Ordem traria ao contrário, restrição aos direitos dos advogados e que, se privilégio houvesse, seria o da dignidade e da cultura”. A argumentação sustentada por Pereira foi convincente e o artigo 17 foi mantido no decreto, acabando por criar a OAB²¹.

Via-se na Ordem dos Advogados Brasileiros um resquício das antigas corporações de ofício, o que dificultava sua instituição em razão da mentalidade republicana que vicejava na ocasião. Como esclarecem Pedro Paulo de Castro Pinheiro e Adilson da Silva Pereira (2002, p. 20):

À margem dos acalorados debates sobre a pecha de corporação de ofício, argüida por um pequeno grupo de juristas, nasceu a Ordem dos Advogados, para a qual os órgãos estatais despojaram-se do controle direto do privilégio e da ética destes profissionais, outorgando a eles próprios a função de organizar e disciplinar a profissão.

João Leão de Faria Júnior deixou registrado que: ‘A regulamentação das profissões intelectuais, ou como, impropriamente, ainda se qualificam de liberais, ordenou-as em corporações profissionais, mas não iguais e nem semelhantes às corporações de ofício, porque criou-se o privilégio do trabalho e sua defesa em razão das condições que integram a proteção da sociedade e não para favorecer o profissional, o indivíduo’.

Nesse contexto, é que surge a Ordem dos Advogados, a primeira corporação profissional a quem se atribuiu o controle e fiscalização da profissão de advogado.

Depois dela, surgiram, na sequência, o Conselho para regular as profissões de engenheiros, arquitetos e agrimensores, pelo Decreto nº 23.569, de 11 de dezembro de 1933²², e o Conselho de Medicina, pelo Decreto-Lei 7.955, de 13 de setembro de 1945²³.

Outros conselhos profissionais foram surgindo com o passar do tempo, todos com a atribuição de exercer a polícia das profissões, como o Conselho de Farmácia, pela Lei 3.820, de 11 de novembro de 1960²⁴, o Conselho de Odontologia, por intermédio da Lei nº 4.324, de 14 de abril de 1964²⁵, o Conselho de Enfermagem, conforme a Lei nº 5.905, de 12 de julho de

²¹ A CRIAÇÃO DA OAB — Portal da Memória (oabsp.org.br), acesso em 14/10/2023, às 21:01horas

²² https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d23569.htm

²³ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del7955.htm

²⁴ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13820.htm

²⁵ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14324.htm

1973²⁶, dentre outros.

Vale observar que, apesar da menção no singular a respeito de cada um desses Conselhos, as correspondentes leis criaram Conselhos Federais e Regionais.

Tais entidades suscitam muita discussão no que se refere à sua natureza jurídica e, conseqüentemente, ao regime jurídico a que se submetem, como se verá.

4.2 Natureza jurídica

As autarquias corporativas, também chamadas de conselhos, ordens ou corporações profissionais, entre outras expressões que pretendam dar significação às entidades legalmente incumbidas do exercício da regulamentação, controle e fiscalização das profissões ditas intelectuais ou liberais, mediante delegação do Poder Público, suscitam muita controvérsia sobre sua natureza jurídica, assim como sobre seu regime jurídico.

Já se viu que, no início, era o Estado quem, por meio de seu próprio aparato, exercia a “administração” do exercício das profissões regulamentadas por lei federal, mas ante a aspiração dos profissionais intelectuais de se submeterem à disciplina e fiscalização pelos próprios pares, e os esforços e lutas empreendidos nesse mister, evoluiu-se para o autogoverno das profissões exercido pelas autarquias corporativas.

Importa, portanto, tratar da personalidade jurídica de tais ordens profissionais, a par de compará-las com as demais autarquias, justamente para, ao final, as distinguir e, mais adiante, tratar de seu regime jurídico.

Sabe-se que as pessoas jurídicas podem ser de direito público ou de direito privado.

Os entes da federação, por exemplo, são pessoas jurídicas de direito público, as sociedades empresárias criadas à luz do Código Civil são pessoas jurídicas de direito privado, e nisso novidade alguma se coloca.

Além dos entes da federação, as autarquias também possuem personalidade jurídica de direito público.

A distinção entre os entes da federação e as autarquias está em que só os primeiros possuem capacidade política, isto é, são dotados de competência para elaborar as próprias leis, e possuem também capacidade administrativa, na qual se inclui a capacidade financeira. As autarquias não são dotadas de capacidade política, apenas administrativo-financeira.

As autarquias são pessoas jurídicas de direito público de capacidade exclusivamente

²⁶ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15905.htm

administrativa, como prelecionam:

Edmir Netto de Araújo (2006, p. 169, grifo do autor):

Autarquia, no direito brasileiro, é pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com praticamente as mesmas sujeições e prerrogativas da Administração Direta, pouco desta diferindo nas suas relações com os administrados, quando aparece, na prática como o próprio Estado⁵¹. (mesmo autor, Administração Indireta, cit. p. 38) Diferencia-se das pessoas políticas porque se trata de uma **pessoa pública administrativa**, e lhe falta exatamente a *capacidade política* ou *legiferante*, de criar seu próprio direito, e também porque é detentora de *competências específicas*, ao contrário daquelas, que possuem capacidade genérica no âmbito de suas jurisdições respectivas [...]

Hely Lopes Meirelles (2003, p. 65, grifo do autor):

Entidades autárquicas – São pessoas jurídicas de Direito Público, de natureza meramente administrativa, criadas por lei específica, para a realização de atividades, obras ou serviços descentralizados da entidade estatal que as criou. Funcionam e operam na forma estabelecida na lei instituidora e nos termos de seu regulamento. As autarquias podem desempenhar atividades educacionais, previdenciárias e quaisquer outras outorgadas pela entidade estatal-matriz, mas sem subordinação hierárquica, sujeitas apenas ao controle finalístico de sua administração e da conduta de seus dirigentes.

José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 496, grifo do autor):

[...] pode-se conceituar autarquia como *pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado*.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2023, p. 555, grifo do autor):

[...] pode-se conceituar a autarquia como a **pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de autoadministração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei**.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 164):

Sinteticamente, mas com precisão, as autarquias podem ser definidas como ‘pessoas jurídicas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa’.

Lúcia Valle Figueiredo (2004, p. 133, grifo do autor):

Autarquias são pessoas jurídicas de direito público, de capacidade administrativa, criadas pelo Estado para persecução de finalidades públicas; de conseguinte, submetem-se ao regime jurídico de direito público.

Marçal Justen Filho (2016, p. 121, grifo do autor):

Melhor é definir autarquia nos termos seguintes: *autarquia é uma pessoa jurídica de direito público, instituída para desempenhar atividades administrativas sob regime de direito público, criada por lei que determina o grau de sua autonomia em face da Administração direta*.

Muita discussão ainda paira sobre a autarquia porque é um gênero bastante abrangente de várias e distintas espécies, mas, além dos entes federativos, só remanescem as autarquias como pessoas jurídicas de direito público, muito embora aqueles sejam dotados de capacidade política e administrativa, e essas, unicamente de capacidade administrativa, como destacado.

Ainda que autarquia seja gênero abrangente de várias espécies, como todas elas têm o traço da personalidade jurídica de direito público e a capacidade meramente administrativa, permanece útil a manutenção do gênero autarquia.

A autarquia, pela personalidade de direito público que ostenta, é predisposta a prestar um serviço público ou a exercer outra atividade administrativa.

Sendo conveniente ao Estado, a atividade administrativa será destacada de sua Administração Direta e atribuída à autarquia.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (1968, p. 5):

Estar-se-á diante do fenômeno das autarquias sempre que o Estado lançar mão da técnica de criar pessoas para perseguir mencionados interesses, seja para prestação de serviços, seja para polícia de certas atividades, desde que, ao criá-las, não as coloque expressamente sob regime jurídico típico das relações privadas.

Também para Marçal Justen Filho (2016, p. 122):

As autarquias são instituídas para o desempenho de atividades administrativas públicas próprias do Estado, sob regime de direito público. Antes da instituição da autarquia, essas competências eram de titularidade da Administração direta, que as exercitava por meio de seu aparato organizacional.

Em parecer sobre a Ordem dos Advogados do Brasil, Dario de Almeida Magalhães (p. 344), nos idos de 1950, já pontuava o que caracteriza a pessoa jurídica de direito público:

O traço marcante da pessoa jurídica de direito público é a de ser detentor do *jus imperii*, de autoridade estatal para o desempenho de funções que normalmente deveriam competir ao próprio Estado, e que só por êste poderiam ser exercidos. [...] Mas, o poder de império há de ser exercido *in nomine proprio*, e não por simples delegação do Estado, em nome dêste, como o exercem, por exemplo as emprêsas concessionárias de serviços públicos. A pessoa jurídica de direito público trás em si, em parcela maior ou menor, como *signum specificum*, a investidura da soberania estatal: o Estado lhe transmite, ao lhe dar vida, uma porção de seu poder de império, para que ela o aplique, em nome próprio (grifo do autor)

Fixado que a autarquia é pessoa jurídica de direito público de capacidade exclusivamente administrativa e que é predisposta a prestar um serviço público ou a exercer uma atividade administrativa, é momento de tratar de sua classificação, que abrange a autarquia corporativa.

As autarquias corporativas estão inseridas na classificação que trata da estrutura das autarquias.

Quer dizer, dentre as várias classificações das autarquias, destaca-se a que diz respeito à sua estrutura, distinguindo-se as autarquias fundacionais e as autarquias corporativas.

A classificação leva em conta a distinção que se faz entre, de um lado, as fundações, e de outro, as associações e sociedades.

Em estudo anterior, aduziu-se que “[...] importa lembrar que as pessoas jurídicas podem ser classificadas, conforme a estrutura que apresentem, em associações e fundações, sendo que essa classificação tanto se aplica ao direito privado, quanto ao direito público” (Mogioni, 2022, p. 183-204).

Nas palavras de Edmir Netto Araújo (2006, p.170, grifo do autor):

Fundação, como **categoria jurídica** (ainda não particularizada em uma disciplina do direito), é um **patrimônio** personalizado e dirigido (“*afetado*”) à realização de alguma finalidade. Se tal finalidade for pública (interesse público), e se essa pessoa **jurídica estiver submetida a um regime jurídico de direito público, temos a autarquia fundacional**, que é denominada na doutrina (principalmente estrangeira) como *fundação de direito público*, ou seja, uma das espécies de autarquia.⁵³ (Edmir Netto de Araújo, Administração Indireta, ct. p. 39).

Corporação, também categorialmente, é o conjunto de **pessoas**, personalizado, também preordenado à realização de determinada finalidade, privada (associação) ou pública (**autarquia corporativa e ordens profissionais**).

De teor semelhante é o entendimento de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2023, p.557, grifo do autor):

Um outro critério considera a **estrutura** das autarquias e as subdivide em:

1. **fundacionais**; e
2. **corporativas** ou **associativas**.

Essa classificação é baseada na distinção que se contém no novo Código Civil entre as duas modalidades de pessoas jurídicas privadas: **associação** e **sociedade**, de um lado, e **fundação** de outro (art. 44, I e III), que repete a mesma classificação contida no art. 16 do Código Civil de 1916.

Na pessoa jurídica de forma associativa, o elemento essencial é a existência de determinados **membros** que se associam para atingir a certos fins que a eles mesmos beneficiam, na fundação, o elemento essencial é o **patrimônio** destinado à realização de certos fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade, indo beneficiar terceiros estranhos a ela.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1968, p. 369) igualmente ensina:

Se considerarmos as pessoas públicas exclusivamente administrativas – autarquias – verifica-se, pois, que se apresentam, tal como no direito privado, divididas em dois tipos no que tange a seus substratos estruturais: autarquias fundacionais e autarquias corporativas. Estas, diferentemente do que ocorre na esfera privada, caracterizam-se pela compulsória filiação de seus membros, circunstância que, entretanto, não desnaturaliza seu caráter, posto que não interfere com os elementos apontados para delinear-lhes a estrutura.

Santi Romano (1937, p. 89) distinguia as pessoas autárquicas em várias categorias:

“Relativamente à estrutura, contrapõem-se as comunidades ou corporações e as instituições ou fundações, conforme tenham ou não uma coletividade de membros entre seus elementos” (tradução nossa)²⁷.

De fato, a depender do substrato que importa na formação da pessoa jurídica, ter-se-á uma fundação, ou então uma sociedade ou associação.

A fundação é de base patrimonial, podendo mesmo ser entendida como um patrimônio destinado à consecução de uma finalidade que vai atender ao interesse de terceiros, que não são seus membros nem sócios. E assim se passa tanto na fundação de direito privado, quanto na fundação de direito público.

A associação e a sociedade são de base corporativa porque nelas o mais importante é a reunião de pessoas, e são voltadas primordialmente ao atendimento dos interesses dos próprios integrantes. Em se tratando de autarquia corporativa, que interessa de perto, dir-se-ia mais precisamente que desenvolvem um fim de interesse público que também se volta ao interesse mesmo de seus membros.

Conclui-se no estudo precedentemente referido (Mogioni, 2022, p. 183-204):

[...] a estrutura das pessoas jurídicas, apartando, de um lado, as fundações, e de outro as associações, não é pertinente apenas ao direito privado, mas também tem cabimento no direito público, de sorte que havendo pessoa jurídica de direito público cujo substrato seja o patrimônio, será considerada autarquia fundacional, ao passo em que, havendo pessoa jurídica de direito público cujo substrato seja a reunião de pessoas, será considerada autarquia corporativa. E mais: a autarquia fundacional virá a desenvolver finalidade que atingirá pessoas indeterminadas e mesmo distintas das que a integram, enquanto que a autarquia corporativa desenvolve fim de interesse público que interessa diretamente a seus membros ou associados.

As ordens ou conselhos profissionais são autarquias corporativas, porquanto seu substrato é a reunião de pessoas que atuam voltadas ao atingimento de seus próprios interesses, mas, ao fazê-lo, cumprem também fim de interesse público.

O Ministro Néri da Silveira, no contexto do julgamento da ADI 641/1991, ponderou que as ordens profissionais “além de exercerem fiscalização, são também órgãos de defesa das atividades profissionais respectivas” (Brasil, 1991, p. 233).

Vital Moreira ensina (1998, p. 188-189):

²⁷ *In riguardo alla loro struttura, si contrappongono le comunità o corporazioni alle istituzioni o fondazioni, a seconda che abbiano fra i loro elementi o non abbiano una collettività di membri.*

Aqui está expressa de modo inequívoco a *ambivalência da generalidade das corporações públicas profissionais*. Por um lado, ela representa e defende os interesses privativos de determinada categoria de pessoas, perante terceiros e perante o próprio Estado, sendo por isso uma associação profissional, um “sindicato” de defesa de interesses colectivos. Por outro lado, ela desempenha, em vez do Estado, tarefas de regulação pública, incluindo funções de disciplina sobre essas mesmas pessoas, funcionando como entidade administrativa e estando sujeita às regras próprias da administração pública. E cada uma destas vertentes qualifica e condiciona a outra. Sendo uma associação profissional, não é porém igual às outras, pelo facto de ser também um organismo público. Sendo uma entidade administrativa, também não é idêntica a qualquer outro organismo administrativo, pelo facto de ser uma associação profissional (daí a autonomia em relação ao Estado, o autogoverno mediante órgãos representativos, etc.).

José Leão de Faria Júnior (1975, p. 217-219) afirmara ao tempo da Constituição anterior que:

As Ordens e Conselhos não se fizeram para defender a profissão, nem o profissional e nem o interesse das classes respectivas. A defesa da profissão, do profissional e do interesse da classe, cabe por lei (art. 513 da CLT) aos sindicatos e, quando apropriada nos estatutos, às associações de classe.

Compete aos Conselhos e Ordens defender a sociedade, pelo ordenamento da profissão, tendo, por função, o controle das atividades profissionais respectivas, zelando o privilégio e controlando a ética. Valorizando a profissão ao impedir que pessoas inabilitadas exercem as atividades profissionais e, ainda, combatendo a falta (de) ética profissional, atingem os Conselhos e Ordens o seu “desideratum”.

Dentro deste senso não existirão conflitos.

É corriqueiro ver-se que os dirigentes destes órgãos partem do pressuposto que têm por finalidade defender os profissionais e tomar dos outros tudo aquilo que puderem para engrossar as vantagens da profissão que tutelam. Mas isto não é direito.

Direito, hoje, é defesa do interesse social, que se sobrepõe ao interesse individual.

Os conselhos e Ordens se organizaram porque a sociedade necessita de um órgão que a defenda, impedindo o mau exercício profissional, não só dos leigos inabilitados, como dos habilitados sem ética. Tanto uns como os outros lesam a sociedade. Compete aos conselhos evitar esta lesão.

Muito embora a aparente divergência entre o ensinamento de Vital Moreira e o julgamento proferido pelo Ministro Néri da Silveira no contexto da votação da ADI 641/1991, de um lado, e a doutrina de João Leão de Faria Júnior, de outro, ela não subsiste se vista de perto.

Ninguém está a defender que haja legitimação aos conselhos profissionais para a defesa de interesses egoísticos de seus membros, mas, certamente, em decorrência da defesa dos interesses públicos ao serem estabelecidas restrições ao exercício das profissões liberais, estar-se-á, conseqüentemente, defendendo os interesses dos correspondentes profissionais.

De outra parte, sem dúvida que as autarquias corporativas e os sindicatos se aproximam no que diz respeito à incumbência da defesa dos interesses dos seus inscritos enquanto sejam compatíveis com o interesse público, mas não se equiparam porque há divergência de estrutura, funcionamento e finalidades.

Atualmente, os sindicatos são pessoas jurídicas de direito privado, cuja fundação não

depende de autorização do Estado, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical (artigo 8º, I, da Constituição Federal), competindo-lhes a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas (artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal) e sendo a filiação facultativa (artigo 8º, inciso V, da Constituição Federal).

As autarquias corporativas, por sua vez, são pessoas jurídicas de direito público, incumbidas do exercício da regulamentação, controle e fiscalização das profissões ditas liberais, mediante delegação do Poder Público, e que, portanto, cumprem a função pública de zelar pelo esmero desempenho das atividades dos seus filiados obrigatórios.

A submissão dos membros das autarquias corporativas ao controle e à fiscalização destas entidades cumpre interesse público porque assegura, ao menos em tese, que os profissionais liberais só exercem sua profissão após demonstrarem que ostentam a exigível capacidade específica e que a mantêm por não sofrerem punição que os alije do exercício de suas atividades.

Quer dizer, é de interesse público que o exercício das profissões liberais seja regulamentado e que os respectivos profissionais submetam-se à fiscalização e controle das ordens profissionais, assegurando que a capacidade específica exista e se mantenha presente durante todo o desenrolar da sua vida laborativa.

A submissão ao poder disciplinar da ordem profissional também assegura aos seus membros que dita disciplina seja exercida por quem exerce a profissão, e, portanto, detém conhecimento a seu respeito, evitando interferências de pessoas externas e sem capacidade técnica para aferir o bom desempenho dos profissionais.

Como a “administração” do exercício das profissões regulamentadas por lei federal era exercida, no início, pelo Estado, até porque envolve atividades que lhe são típicas, como o poder de polícia e o poder disciplinar, de rigor que só seria possível delegar tais funções a pessoa jurídica que ostentasse personalidade de direito público.

Em sendo assim, as ordens profissionais deveriam ser autarquias, únicas pessoas dotadas de personalidade jurídica de direito público além dos entes da federação. E por serem de base associativa, a conclusão inafastável é a de que se trata de autarquias corporativas.

Lucia Valle Figueiredo (2004, p. 133 e 137) ensina que as autarquias funcionam como *longa manus* do Estado e, portanto, possuem personalidade jurídica de direito público, destacando as autarquias corporativas como sendo “associações de pessoas com finalidade de atingimento de certos fins que a estas beneficiam [...]”. Exemplifica com a Ordem dos

Advogados do Brasil e os Conselhos Regionais de Medicina, Farmácia, Odontologia, etc. No entanto, é preciso pontuar que a OAB não é considerada autarquia, por força do julgamento proferido na ADI 3026/2006, que será oportunamente abordado.

Odete Medauar (2013, p. 110) bem destaca que as ordens e conselhos profissionais exercem “a chamada *polícia das profissões*, que originariamente caberia ao poder público”, sendo, assim, “delegada às ordens profissionais”. A autora também diz que a jurisprudência vinha reconhecendo sua natureza autárquica, mesmo diante das leis que omitiam essa condição, mas ressalva que se trata de autarquia peculiar, não integrante da Administração Indireta e que não se enquadra totalmente nos preceitos do Decreto-lei nº 200/67.

José Cretella Júnior (2000, p. 156, grifo do autor) igualmente confere às corporações profissionais a natureza jurídica autárquica:

Corporação de direito público é a segunda das espécies em que se desdobra a autarquia, ao lado da fundação de direito público, a primeira espécie 149. Forma estrutural da personalidade, 150 espécie inequívoca da autarquia administrativa, apresenta-se a corporação como uma relação jurídica ob personam, 151, estabelecida entre serem humanos que se reúnem para compô-la. 152 Nosso direito administrativo conhece três tipos principais de corporações, as profissionais, as assistenciais e as mercantis. As corporações profissionais reúnem os membros especializados para o exercício de profissões que, pela natureza típica de que se revestem, pressupõem condições de capacidade intelectual e requisitos de ordem moral de seus componentes. Tais organizações autônomas colaboram com o Estado, integrando-se no sistema administrativo e exercendo funções típicas de índole fiscal. Desse modo, o exercício das profissões liberais (de médicos, advogados, guardalivros, engenheiros), equiparando-se a serviços públicos, é fiscalizado por entidades – as Ordens Profissionais.

Não destoam o ensinamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2023, p. 557), para quem as autarquias corporativas ou associativas distinguem-se das autarquias fundacionais porque são de base associativa, ao passo que essas são de base patrimonial. E especificamente sobre as autarquias corporativas, a professora pontua: “O Estado pode instituir pessoa jurídica constituída por sujeitos unidos (ainda que compulsoriamente) para a consecução de um fim de interesse público, mas que diz respeito aos próprios associados, como ocorre com a OAB e demais entidades corporativas; [...]”.

O Ministro Moreira Alves bem destacou a natureza autárquica dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina, na oportunidade de relatar o Mandado de Segurança nº 22.643/1998, merecendo o destaque:

Esses Conselhos – o Federal e os Regionais – foram, portanto, criados por lei, tendo cada um deles personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira. Ademais, exercem eles a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre do disposto nos artigos 5º, XIII, 21, XXIV, e 22, XVI, da Constituição Federal, é atividade tipicamente pública. Por preencherem, pois, os requisitos de autarquia, cada um deles é uma autarquia, embora a Lei que os criou declare que todos, em seu conjunto, constituem uma autarquia, quando, em realidade, pelas características que ela lhes dá, cada um deles é uma autarquia distinta (Brasil, 1998, p. 114).

A propósito, o Ministro Moreira Alves recordou o voto do Ministro Victor Nunes Leal, proferido nos autos do mandado de segurança nº 10.272, nos idos de 1963, justamente para justificar que de há muito a Corte Suprema conferia natureza jurídica autárquica ao Conselho Federal de Medicina, como base no artigo 1º da Lei nº 3.268/57 (Brasil, 1998, p. 114-115):

Com relação ao Conselho Federal de Medicina, de há muito esta Corte, ao julgar o mandado de segurança 10.272, em 8 de maio de 1963, assentou, com base nesse mesmo artigo 1º da lei 3.268/57, que era ele uma autarquia, estando, em razão disso, sujeita a prestação de contas ao Tribunal de Contas da União. Em seu voto, salientou o relator, Ministro **VICTOR NUNES LEAL**:

“Quando a Constituição manda tomar contas, pelo Tribunal competente, aos administradores das autarquias o que visa é resguardar o interesse público nelas envolvido. O patrimônio das autarquias – já o temos decidido inúmeras vezes a propósito da imunidade tributária – é bem público, ainda que formado de contribuições de natureza não tributária. Mesmo os bens doados por particulares a pessoas jurídicas de direito público, passam a constituir patrimônio público.

No caso especial do Conselho Federal de Medicina, as contribuições de seus membros, ainda que o **quantum** seja por estes fixado, funcionando como órgão do Conselho têm caráter compulsório, obrigatoriedade que só se justifica pelo interesse coletivo posto sob a guarda do Conselho. As prerrogativas de ordem pública, que a lei lhe confere, têm sua contrapartida em obrigações igualmente de ordem pública, uma das quais é prestar contas ao órgão fiscal instituído na própria Constituição.

O ilustre advogado pretende estabelecer uma distinção entre as autarquias: aquelas que têm recursos originários da Fazenda Pública estariam a isso obrigadas. Mas o que importa, no caso, não é a origem do patrimônio, mas a sua natureza. Quando a Constituição menciona, expressamente, no art. 77, que as autarquias estão sujeitas à prestação de contas perante o Tribunal de Contas o que tem em vista é a natureza pública do patrimônio, ainda que formado parcial ou totalmente, de fontes particulares” (RTJ 29,125, grifo do autor).

Em suma, exercendo, os conselhos profissionais, atividade típica de Estado, imprescindível que o façam com a personalidade de direito público, daí porque devem ser considerados como autarquias profissionais.

Apesar de tudo o que foi dito, houve tentativa de conferir aos conselhos profissionais a personalidade jurídica de direito privado, a partir da redação do *caput* do artigo 58 da Lei nº 9.649/98: “Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa”.

Por força do julgamento da ADI 1717-6/2002, contudo, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo 58, *caput*, e dos parágrafos, 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º, da Lei nº 9.649/98, aduzindo ser indelegável, a uma entidade privada, atividade típica de Estado,

que abrange poder de polícia, de tributar e de punir relativamente ao exercício de atividades profissionais regulamentadas.

Na ADI em apreço, o Supremo Tribunal só fez reafirmar sua jurisprudência anterior sobre a natureza autárquica dos conselhos profissionais, como já mencionado na abordagem feita quanto ao julgamento da ADI 641/1991, onde se entendeu que os conselhos não são entidades de classe de âmbito nacional, mas autarquias, daí porque não possuíam legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade ante o rol de legitimados ao ajuizamento de tal ação.

Também nos MS n^{os} 22.643/1998 e 21.797/2000 restaram afirmadas a natureza autárquica dos Conselhos de Medicina e de Odontologia, respectivamente.

No julgamento da Questão de Ordem em Ação Cível Originária n^o 684/2005, o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a natureza autárquica ao Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais, em voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

E a natureza autárquica dos conselhos profissionais continuou a ser afirmada pelo Pretório Excelso em outros julgamentos, valendo destacar: RE 611.947/2011; RE 539.224/2012; e RE 938.837/2017.

Enfim, o entendimento prevalecente no Supremo Tribunal Federal é o de que “os conselhos de fiscalização, por exercerem atividade típica de Estado, não delegável a um ente privado, são pessoas jurídicas de direito público e, dadas algumas de suas características, a essas pessoas se aplica o regime jurídico das autarquias federais” (Brasil, 2016, p. 12).

É de suma importância saber qual a personalidade jurídica dos conselhos profissionais porque interfere diretamente com o regime jurídico a que se submeterão.

Nesse sentido, destaca-se (Mogioni, 2022, p. 183-204):

Enfim, a discussão quanto à natureza jurídica dos entes não é recente e traz implicação sobre o regime jurídico a que serão submetidos e, portanto, deverão obediência.

Sabe-se, por exemplo, que os entes de direito privado não exercem poderes de autoridade perante os seus iguais, como também não se submetem, em seus contratos, a regras impositivas de deveres de publicidade, eficiência, impessoalidade, entre outras. De ordinário, a menos que recebam recursos públicos, não são submetidos à fiscalização do Tribunal de Contas. Não demandam em juízo da Fazenda Pública nem podem fazer uso de execução fiscal para cobrar seus créditos.

Todavia, os entes públicos submetem-se a regime jurídico de direito público, daí porque devem obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, da CF), licitam, via de regra, antes de contratar, realizam concurso público para admissão de seus servidores, prestam contas ao Tribunal de Contas, cobram seus créditos no juízo da Fazenda Pública por meio da execução fiscal, etc.

Vê-se, então, que é relevante averiguar a natureza jurídica dos conselhos profissionais, a partir do que será esclarecido a qual regime jurídico que se subordinarão.

Assentada a personalidade jurídica de direito público de tais entes, a submissão ao regime jurídico de direito público vem a reboque, mas haverá situações em que o regime de direito público não será aplicado.

De fato, por serem autarquias diferenciadas, não integrantes da estrutura estatal, nem sempre estarão submetidas às regras de direito público, como se verá adiante.

4.3 Regime Jurídico

A personalidade jurídica de direito público das autarquias corporativas deveria acarretar, ao menos em tese, sua integral submissão ao regime jurídico de direito público, eis que a finalidade de se enquadrar determinada pessoa como de direito público ou de direito privado é, justamente, a de inclui-la num ou noutro regime.

E a alocação das ordens profissionais como espécie do gênero autarquia também as fariam assemelhadas às demais autarquias.

No entanto, como as autarquias corporativas não integram a estrutura estatal, nem sempre estarão submetidas ao regime jurídico de direito público.

4.3.1 A criação

A criação de uma autarquia sempre depende de lei específica.

Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (1968, p. 417): “Entre nós, a origem da pessoa autárquica radica-se inexoravelmente na lei”.

Disso não destoam outros juristas pátrios, em análise à ordem jurídica vigente: “A criação por lei é exigência que vem desde o Decreto-lei 6.016/43, repetindo-se no Decreto-lei 200/67 e constando agora do artigo 37, XIX, da Constituição” (Di Pietro, 2023, p. 555).

“[...] autarquia é uma pessoa jurídica de direito público, instituída para desempenhar atividades administrativas sob regime de direito público, criada por lei que determina o grau de sua autonomia em face da Administração direta” (Justen Filho, 2005, p. 101-102, grifo nosso).

“As autarquias devem ser *criadas por lei específica*, conforme exige o inc. XIX do art. 37 da CF)” (Medauar, 2013, p. 83, grifo do autor).

[...] a *instituição das autarquias*, ou seja, sua criação, faz-se por lei específica (art. 37, XIX), mas a organização se opera por *decreto* que aprova o *regulamento* ou *estatuto* da entidade, e daí por diante sua implantação se completa por atos da diretoria, na forma regulamentar ou estatutária, independentemente de quaisquer registros públicos (Meirelles, 2003, p. 335, grifo do autor).

“Vimos anteriormente que a vigente Constituição, ao contrário das anteriores, decidiu estabelecer para a criação das pessoas da Administração Indireta o princípio da reserva legal: todas elas, inclusive as autarquias, devem ser criadas por lei” (Carvalho Filho, 2017, p. 498).

Os conselhos profissionais, a despeito de não serem integrantes da Administração Indireta do governo federal, mas por ostentarem natureza jurídica autárquica, são criados por lei, que a par de os instituírem, também lhes define as atribuições.

O primeiro conselho profissional surgido no Brasil foi a Ordem dos Advogados Brasileiros, instituída em 1930, pelo artigo 17 do Decreto nº 19.408²⁸, como entidade de classe dos advogados, a ser organizada em todo o território nacional.

Muito embora a OAB não seja considerada como autarquia corporativa pelo Supremo Tribunal Federal, à vista do decidido nos autos da ADI 3026/2006, é certo que a lei vigente, a de nº 8.906/1994, dispõe se tratar de serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tendo por finalidade, além de “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas” (art. 44, I), a de “promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil”, em tudo, portanto, semelhante aos conselhos de fiscalização profissional (art. 44, II).

Na sequência, surgiu o Conselho regulando as profissões de engenheiros, arquitetos e agrimensores, pelo Decreto nº 23.569/1933. Atualmente, as profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro-agrônomo são submetidas ao poder de polícia exercido pelo Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CONFEA) e pelos Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CREA), na forma da Lei nº 5.194/1966²⁹.

Mencionada lei estabelece no artigo 80 que “os Conselhos Federal e Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia” são “autarquias dotadas de personalidade jurídica de direito público, constituem serviço público federal, gozando os seus bens, rendas e serviços de imunidade tributária total (art. 31, inciso V, alínea “a”, da Constituição Federal) e franquia postal e telegráfica” (Brasil, 1966). A referência constitucional feita era atinente à Constituição

²⁸ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19408.htm

²⁹ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5194.htm

de 1946.

Em 1945, surgiram os Conselhos de Medicina, por força do Decreto-lei nº 7.955, hoje regidos pela Lei 3.268/1957 que, logo em seu artigo 1º aborda a personalidade jurídica de direito público de que se revestem:

Art. 1º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina, instituídos pelo Decreto-lei nº 7.955, de 13 de setembro de 1945, passam a constituir em seu conjunto uma autarquia, sendo cada um deles dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira (Brasil, 1957).

Outros conselhos profissionais existem, tais como os dos profissionais de medicina veterinária (Lei nº 5.517/1968³⁰) e de odontologia (Lei nº 4.324/1964), os quais, segundo as respectivas leis de regência, possuem natureza jurídica autárquica e a função de fiscalizar o exercício das correspondentes profissões, além de orientar, supervisionar e disciplinar as atividades a elas relativas.

A criação por lei e a configuração dos conselhos profissionais como autarquias estão imbricadas, como pode ser destacado do seguinte trecho do voto do Ministro Edson Fachim, nos autos do Recurso Extraordinário nº 938.837/2017 (p. 10):

Em consequência do reconhecimento da qualidade de autarquia federal das entidades de fiscalização de profissionais, já que criadas por lei, com personalidade jurídica de direito público, prestando um serviço tipicamente público, de fiscalização do exercício de determinadas profissões, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo pela aplicação obrigatória a elas da regra contida no artigo 37, II, da CR/88, ou seja, reconheceu que a contratação de servidores dessa espécie de autarquia deve observar o regime jurídico único previsto na Lei 8.112/90.

Autarquias que são, os conselhos profissionais submetem-se à regra de criação por lei, em tudo semelhante às outras entidades autárquicas.

4.3.2 A ausência de integração na estrutura estatal

A autarquia corporativa, apesar de ser pessoa jurídica de direito público, não integra a estrutura orgânica do Estado, não fazendo parte da Administração Pública Indireta.

Nesse sentido, Carlos Ari Sunfeld e Jacyntho Arruda Câmara (2007, p. 1356) ensinam: “[...] acompanhando uma tendência presente no Direito Comparado, a regulação das atividades profissionais no Brasil foi atribuída a entidades de caráter corporativo, com personalidade de direito público, mas visivelmente destacadas da estrutura burocrática estatal”.

De mesmo teor é o ensinamento de Odete Medauar (2013, p. 110):

³⁰ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15517.htm

Na doutrina são denominadas de *autarquias para-administrativas, corporações autárquicas, corporações profissionais, instituições corporativas, autarquias corporativas*. A jurisprudência pátria lhes reconhece natureza autárquica, mesmo que as leis instituidoras omitam essa condição. Trata-se, no entanto, de autarquia peculiar, diferenciada, visto não integrar a Administração indireta, nem se enquadrar nos preceitos do Dec.lei 200/67.

De mesmo teor é o entendimento colhido do voto do Ministro Edson Fachim, nos autos do Recurso Extraordinário nº 938.837/2017 (p. 12):

Entretanto, despontam manifestações no sentido de se lhes atribuir qualificação de entes públicos, porém não pertencentes à estrutura orgânica do Estado. A Procuradoria-Geral da República e a Advocacia-Geral da União, em suas manifestações lançadas nestes autos, reconhecem que as entidades de fiscalização profissional, qualificadas como autarquias especiais, têm características que as distinguem das demais autarquias, especialmente por não estarem sujeitas a vinculação ou subordinação direta ou indireta de qualquer entidade da Administração Pública, como sói ocorrer com todas as demais autarquias; por não receberem dotação orçamentária, direta ou indireta, da União; por terem seus empregados pagos exclusivamente com os recursos arrecadados pela própria categoria; e por não seguirem a regra da criação de cargos pela via legislativa.

Enfim, apesar de serem consideradas autarquias, as ordens profissionais não integram a Administração Pública Indireta da União.

A justificativa para isso é a de que não se deve identificar a natureza pública de um ente com a natureza estatal. Há entes que possuem personalidade jurídica de direito privado e, não obstante, integram a Administração Pública Indireta, como ocorre com as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Do mesmo modo, não é espantoso que haja autarquia, pessoa jurídica de direito público, portanto, que não integre a Administração Pública Indireta nem se submeta a controle ou tutela por parte da Administração Pública Direta, como ocorre com as ordens profissionais.

Novamente convém destacar o que dizem Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara (2007, p. 1355).

Acontece que não há relação necessária entre possuir natureza de direito público e integrar a estrutura estatal. Deveras, não é todo ente estatal que apresenta regime jurídico de direito público, bem como não é necessário que todo ente público faça parte da estrutura estatal.

As empresas estatais (empresas públicas ou sociedades de economia mista), por exemplo, apesar de integrarem a Administração, possuem natureza jurídica de direito privado.

[...]

A legislação também pode criar, desde que tenha motivo razoável para fazê-lo, uma entidade com natureza jurídica de direito público sem que a torne parte integrante da Administração. Nessas hipóteses o ente seria público, mas não estatal.

Dario de Almeida Magalhães, no parecer antes mencionado a respeito da Ordem dos Advogados do Brasil, também abordou o aspecto da não submissão a controle, que é uma

consequência de não estar integrada na Administração Indireta (1950, p. 342, grifo do autor):

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 “contrôle”, 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.

No entanto, há quem, como José dos Santos Carvalho Filho, manifeste estranheza quanto ao fato de não integrarem, as autarquias corporativas, a Administração Indireta (2017, p. 502):

[...] Outra anomalia é o fato de não integrar (o autor fala da OAB) a Administração Indireta – fato, aliás, extensível a todas as demais autarquias profissionais. Se presta serviço público indelegável, como foi reconhecido pela mais alta Corte, e exercendo poderes especiais de Estado, como o poder de polícia, não se compreende qual a sua real posição no sistema de governo, sem que esteja integrada na administração descentralizada do governo federal.

Soa mesmo estranho que os conselhos profissionais sejam considerados autarquias, pessoas jurídicas de direito público, incumbidos do exercício de um serviço público, mas não façam parte da Administração Indireta do governo federal.

No entanto, o integrar a Administração Indireta traz a consequência de submissão a controle ou tutela da Administração Direta e, no caso dos conselhos profissionais, não se vislumbra qual a legitimidade para que remanescesse nas mãos da Administração Centralizada o controle da entidade estatal criada justamente para exercer a polícia das profissões.

Como se trata de atribuir aos conselhos profissionais o autogoverno das profissões regulamentadas, não se poderia restringir sua independência com a submissão ao controle ou tutela da Administração Direta do governo federal.

Apesar, portanto, da estranheza manifestada por José dos Santos Carvalho Filho, melhor o entendimento já esboçado no sentido de que os conselhos corporativos não integram a Administração Indireta do governo federal.

O inconveniente do entendimento de que são entes autárquicos alheios ao aparelho estatal e não se lhes podendo alocar ao lado das pessoas jurídicas de direito privado, é o de se criar uma terceira categoria de entidade, pública, não estatal, apartada de todas as demais.

Tal estranheza, todavia, não é suficiente para que as autarquias corporativas sejam inseridas entre as entidades da Administração Pública Indireta porque, repita-se, a elas foi atribuído o autogoverno das profissões intelectuais, não se justificando que isso seja restringido pela atuação controladora da Administração Indireta da União.

Ademais, a estranheza também pode ser superada na esteira do ensinamento de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho de Arruda Câmara antes referido (2017, p. 502), no sentido de que “não

há relação necessária entre possuir natureza de direito público e integrar a estrutura estatal”.

Então, a conclusão que deve prevalecer é a de que a autarquia corporativa, a despeito de ser pessoa jurídica de direito público, não integra a estrutura da Administração Indireta do Estado.

4.3.3 A ausência de submissão ao controle ou tutela estatal

Todos os integrantes da Administração Indireta são submetidos a controle ou tutela por parte da Administração Pública Direta do ente a que se vinculam.

A autarquia corporativa, por não estar inserida dentro da estrutura orgânica do Estado, não se submete ao controle ou tutela característico da descentralização administrativa.

Sabe-se que, na descentralização administrativa, quando o Estado decide criar uma pessoa jurídica de direito público ou de direito privado e a ela repassar o exercício de dada atividade, o vínculo que unirá o criador e a criatura será a tutela, também chamado de controle, que, na esfera federal, é denominado de supervisão ministerial em razão se ser ordinariamente desempenhado pelo Ministério de Estado correspondente à área de atuação do ente criado.

Trata-se de controle ou tutela destinada a assegurar que a entidade criada não se desviará dos fins para os quais surgiu.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, o controle “é o poder que assiste à Administração Central de influir sobre elas (autarquias) com o propósito de conformá-las ao cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais foram criadas, harmonizando-as com a atuação administrativa global do Estado” (2012, p. 166).

Não se cuida de subordinação hierárquica porque o controle ou tutela é exercido na exata delimitação da lei, não sendo, então, pressuposto.

A subordinação hierárquica vige na desconcentração, no interior de uma mesma pessoa, entre seus órgãos, sendo mesmo pressuposta porque a hierarquia é um vínculo de coordenação e subordinação entre os diversos órgãos da mesma pessoa jurídica. É o que ocorre, por exemplo, com a União e seus Ministérios.

Na descentralização administrativa, o que vigora é o controle ou tutela, de modo que as autarquias em geral, por serem entes descentralizados, estão submetidas a dito controle.

Todavia, isso não ocorre com a autarquia corporativa.

As ordens profissionais ou autarquias corporativas, justamente por não estarem inseridas na estrutura orgânica do Estado, não se submetem ao controle ou tutela exercida por parte da Administração Direta.

Marçal Justen Filho (2016, p. 126) é do entendimento de que as autarquias corporativas não se submetem ao poder de tutela jurídica do Estado brasileiro, destacando, inclusive, a forma de escolha, indicação e investidura de seus dirigentes, que é feita pelos próprios pares, daí porque conclui: “Por isso, afirmava-se que essas entidades não eram propriamente integrantes da estrutura administrativa estatal, mas manifestações da própria sociedade civil, ainda que exercitasse competências tipicamente estatais”.

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2007, 1356), após aduzirem que os conselhos profissionais são entidades públicas por determinação da própria lei que as instituiu e justificarem essa personalidade pelo poder de autoridade típico de Poder Público que exercem, concluem que nada disso é suficiente para que sejam consideradas como parte integrante da Administração Pública:

Acompanhando uma tendência presente no Direito Comparado, a regulação das atividades profissionais no Brasil foi atribuída a entidades de caráter corporativo, com personalidade de direito público, mas visivelmente destacadas da estrutura burocrática estatal.

O legislador optou por não submeter a disciplina das diversas profissões regulamentadas à interferência da Administração Pública. Ao adotar esse modelo de regulação, o legislador prestigia inclusive uma antiga diretriz presente nas Constituições brasileiras, que é a de assegurar a liberdade de exercício profissional. Para as profissões de maior interesse social, a lei cria um sistema de regulamentação do exercício da atividade, mas preserva a autonomia da classe, transferindo a aplicação dos ditames legais à própria categoria, e não ao Estado.

Nos autos do Recurso Extraordinário 938.837/2017, o Ministro Alexandre de Moraes aduziu que “os Conselhos profissionais gozam de ampla autonomia e independência, eles não são submetidos ao controle institucional político, administrativo de um ministério ou da Presidência da República, ou seja, eles não estão na estrutura orgânica do Estado” (Brasil, 2017, p. 33).

Vale mencionar a lição de Dario de Almeida Magalhães (1950, p. 342) a respeito da OAB:

Os órgãos da Ordem, dentro das atribuições que lhes são reservadas pelo regulamento, são soberanos para deliberar sobre tudo o que diz respeito à finalidade da instituição, tal como define a lei. Só há recurso das decisões tomadas para os órgãos da própria corporação, hierarquicamente superiores. Não se admite a interferência de qualquer outra entidade ou poder, a não ser, como já assinalamos, o judiciário, ao qual cabe sempre, no nosso regime, a última palavra nas controvérsias oriundas da aplicação das leis.

Em razão dos conselhos profissionais serem autarquias corporativas não inseridas na Administração Descentralizada do governo federal e, portanto, não submetidas a seu controle ou tutela, é que se lhes confere um regime jurídico híbrido, significando que “são a elas aplicáveis as regras constitucionais que derivam da sua natureza pública (como a sujeição ao

controle do Tribunal de Contas e a imunidade de impostos), mas não se lhes aplicam as regras cujo objetivo é disciplinar a atuação dos entes do Estado” (Sundfeld; Câmara, 2007, p. 1361).

Sendo pessoas jurídicas de direito público, submeter-se-ão ao correspondente regime, ou seja, de direito público, mas não integralmente, como destacado pelo Ministro Edson Fachin no contexto do julgamento do Recurso Extraordinário nº 938.837/2017 (p. 17), em que foi reconhecida a Repercussão Geral para aferir se os Conselhos Profissionais deveriam ou não se submeter ao regime do precatório para pagamento de suas dívidas:

[...] em que pese o assento da natureza autárquica dos conselhos profissionais pela jurisprudência, doutrina e pelas legislações que os regem, ter-se-ia a incidência de um regime jurídico híbrido, ora aplicando-se regras próprias do direito público, ora regras específicas para essa espécie de pessoa jurídica não compreendida na estrutura orgânica da Administração.

No julgamento em referência merece destaque o seguinte trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso (p. 55, grifo do autor), justamente o que faz menção à natureza híbrida dos conselhos profissionais:

Em síntese, não haveria qualquer empecilho a que os conselhos de fiscalização mantivessem a sua natureza híbrida: permaneceriam como autarquias, mas que, em razão de sua natureza especial, não se submetem ao regime de precatórios, assim como também não são vinculadas a nenhum órgão da Administração Direta, não estão sujeitas à intervenção direta do poder público nem a supervisão ministerial e possuem autonomia administrativa, financeira e orçamentária. Todas essas características seriam compatíveis com o regime *sui generis* dessas autarquias.

Assentado, portanto, que as autarquias corporativas não integram a estrutura da Administração Pública Federal nem se submetem a controle ou tutela por parte do Estado, o que se afigura correto para ser preservada a autonomia dos entes que realizam a fiscalização das profissões liberais, segue-se com a apreciação dos principais aspectos do regime jurídico a que estão sujeitas.

4.3.4 A escolha dos dirigentes

Os dirigentes das autarquias administrativas são eleitos pelos próprios pares, sem qualquer interferência do Estado, e cumprem mandato a prazo certo, não podendo ser destituídos do cargo por decisão da Administração Pública.

Consequência mesmo de não integrarem as ordens profissionais o aparelho orgânico estatal, sem submissão a controle ou tutela por parte do Estado, é o autogoverno das profissões, o que principia pela escolha dos seus dirigentes pelos próprios membros.

Assim é que, por exemplo, o Conselho Federal de Medicina é composto de 28 conselheiros titulares, na forma do artigo 4º e §1º, da Lei nº 3.268/1957, “escolhidos por

escrutínio secreto e maioria de votos, presentes no mínimo 20% (vinte por cento), dentre os médicos regularmente inscritos em cada Conselho Regional”.

O Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, por sua vez, é constituído por 18 membros, todos eles eleitos, na forma que dispõem os artigos 29 e 30 da Lei nº 5.194/1966.

Acaso as ordens profissionais integrassem a Administração Indireta de algum dos entes da federação, seus dirigentes seriam indicados pelo Estado.

Mesmo diante das agências reguladoras, que são autarquias administrativas com maior grau de independência do Executivo, a indicação dos dirigentes ainda é feita pelo Executivo, mas com a participação do Legislativo.

Assim é que, na esfera federal, enquanto no regime do Decreto-lei 200/67³¹ os dirigentes das autarquias são indicados pelo Ministro de Estado da área de sua atuação, para as agências reguladoras a indicação dos dirigentes é feita pelo Presidente da República, com submissão dos nomes à aprovação do Senado Federal. Além disso, os dirigentes das agências reguladoras desempenham mandato a prazo certo, durante o qual não podem ser imotivadamente demitidos. Tudo conforme a Lei nº 13.848/2019³², que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.

Quer dizer, ainda que haja uma menor interferência do Executivo na direção das agências reguladoras, eis que a nomeação dos dirigentes exige a aprovação do Senado, além do que sua substituição não se dá ao bel prazer da autoridade administrativa, não se pode afirmar a ausência de interferência do Executivo nas ditas autarquias com maior grau de independência.

No que se refere aos conselhos profissionais, ao contrário, não há interferência alguma do Executivo porque seus dirigentes são eleitos pelos próprios pares, para cumprimento de mandatos com prazo determinado.

Para Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2007, p. 1356):

[...] Não há nenhuma participação do Estado na definição dos membros que irão compor a direção desses organismos de fiscalização profissional. A escolha é, por definição legal, atribuída à própria categoria a ser regulada e deve recair, necessariamente, sobre seus membros. Ao contrário do que ocorre na Administração Indireta, o Estado (seja Executivo ou Legislativo) não interfere na indicação dos dirigentes. Não existe, também, nenhum mecanismo que permita à Administração centralizada destituir esses dirigentes. Há, portanto, completa independência funcional em relação à Administração Pública.

Também no voto do Ministro Edson Fachin, extraído dos autos do Recurso

³¹ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm

³² https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm

Extraordinário nº 938.837/2017 (p. 9, grifo do autor) é conferido destaque à questão:

Também os seus dirigentes são eleitos de forma distinta das demais autarquias. Enquanto os dirigentes das autarquias federais “gerais” são escolhidos por uma autoridade da administração direta e são, portanto, indicados, os dos conselhos profissionais são eleitos dentre os seus membros e exercem mandatos de prazo determinado estabelecido previamente na respectiva lei de regência.

A independência dos conselhos profissionais depende mesmo de que sua gestão seja levada a cabo pelos dirigentes eleitos pelos próprios pares, sem qualquer interferência do Executivo, tanto no que se refere à sua escolha, quanto à sua destituição.

Consequência decorrente do autogoverno e da não submissão a controle ou tutela da Administração Centralizada é a gestão própria, apartada de ingerência do Executivo.

Fosse de outro modo, a independência funcional dos conselhos profissionais estaria irremediavelmente comprometida, daí o acerto da ausência de interferência do Estado no tocante à nomeação dos seus dirigentes.

4.3.5 A natureza jurídica das contribuições arrecadadas

As ordens profissionais recebem contribuições anuais, por isso mesmo também chamadas de anuidades, pagas pelos seus membros.

As únicas receitas públicas que recebem as autarquias corporativas são as decorrentes dessas anuidades, que seus integrantes lhes destinam, já que não são beneficiadas com dotação orçamentária por parte do Estado, como ocorre com a Administração Direta ou autárquica.

Nesse sentido:

Outra característica marcante da autonomia das corporações de fiscalização profissional envolve suas receitas. Há previsão legal instituindo a cobrança de anuidade dos profissionais em favor da entidade. É comum, inclusive, a previsão expressa do direito de essas entidades se valerem do processo de execução fiscal para viabilizar a cobrança de tais valores. Essas características fazem com que essas receitas sejam consideradas públicas.

Todavia, o fato de parte das receitas das entidades de fiscalização profissional ser considerada pública não identifica plenamente seu regime jurídico com o aplicável às receitas de entidades que integram a Administração. Os entes corporativos fazem jus apenas a esse tipo de receita pública, cuja incidência se restringe aos membros da própria corporação. [...] Não há destinação de recursos de origem estatal a tais entidades. Essas entidades, noutras palavras, não dependem do orçamento público. Aliás, suas receitas e despesas não são inseridas na lei orçamentária anual, como são as referentes às entidades que integram a Administração direta ou autárquica (Sundfeld; Câmara, 2007. p. 1356/1357).

A principal fonte de receita dos conselhos profissionais, portanto, é decorrente das contribuições anuais pagas pelos seus membros.

Referidas anuidades possuem natureza tributária, estão inseridas no artigo 149, *caput*, da Constituição Federal, e sua instituição é de competência da União:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo (Brasil, 1988).

Tributo, aliás, é conceituado pelo artigo 3º do Código Tributário Nacional como sendo “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (Brasil, 1966). E as anuidades pagas pelos membros das corporações profissionais preenchem todos os requisitos necessários para que se insiram na categoria de tributo.

Quanto à natureza tributária das contribuições especiais instituídas no interesse de categorias profissionais ou econômicas, explica Misabel Abreu Machado Derzi (2008, p. 626-627) que:

Em nosso País, somente após a Constituição de 1988, cem anos depois, acolheu-se a tese, na jurisprudência dos tribunais superiores, de que as contribuições sociais e os empréstimos compulsórios teriam a mesma natureza dos tributos e, portanto, estariam tais espécies de exações, como de fato estão, sujeitas às limitações do poder de tributar consagradas no poder de tributar consagradas no art. 150 da Constituição.

Assim, o caráter tributário das contribuições especiais e dos empréstimos compulsórios, sempre defendido por Aliomar Baleeiro, foi definitivamente reconhecido pela Constituição de 1988. Por ora, o importante é realçar que, à luz da Constituição de 1967, na redação da Emenda 69, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal somente incluía os impostos, as taxas e a contribuição de melhoria dentro do gênero **tributo**, dele afastando as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, além dos empréstimos compulsórios. A Constituição de 1988 colocou a polêmica sob novo enfoque, porque, pela primeira vez, tratou as contribuições em geral – sociais, inclusive de custeio da Seguridade Social, de intervenção no domínio econômico e corporativas – como tributo, de forma insistente e inequívoca, integrando-as aos princípios e normas que regem o sistema tributário nacional (grifo nosso).

Para Hugo de Brito Machado (2003, p. 65, grifo do autor), as contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas inserem-se nas contribuições sociais:

Contribuições Sociais. São aquelas que a União Federal pode instituir com fundamento nos arts. 149 e 195 da Constituição. Dividem-se em três subespécies, a saber: as do art. 149, que são as *contribuições de intervenção no domínio econômico*, e as *contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas*, e as do art. 195, que são as *contribuições de seguridade social*.

[...]

As *contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas*, que poderíamos denominar, simplesmente, contribuições profissionais, caracterizam-se por serem instituídas em favor de categorias profissionais ou econômicas, vale dizer, por sua vinculação a entidades representativas desses segmentos sociais.

A natureza tributária das contribuições sociais, em que se inserem as contribuições de categorias profissionais ou econômicas, foi de há muito afirmada por Paulo de Barros Carvalho (1993, p. 35-36, grifo do autor):

Não é de agora que advogamos a tese de que as chamadas *contribuições sociais* têm natureza tributária. Vimo-las sempre como figuras de impostos ou de taxas, em estrita consonância com o critério constitucionais consubstanciado naquilo que nominamos *tipologia tributária no Brasil*. Todo o suporte argumentativo calcava-se na orientação do sistema., visto e examinado na sua integralidade estrutural. Assim, outra coisa não fez o legislador constituinte senão prescrever manifestamente que as *contribuições sociais* são entidades tributárias, subordinando-se em tudo e por tudo às linhas definitórias do regime constitucional peculiar aos tributos.

A redação do art. 149 está composta assim:

Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e II, e sem prejuízo previsto no artigo 195, §6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

[...]

A conclusão parece-nos irrefutável: as contribuições sociais são tributos que, como tais, podem assumir a feição de impostos e de taxas.

Roque Antônio Carraza (1999, p. 397, grifo do autor) também afirma a natureza tributária das contribuições de interesse das categorias profissionais:

Já, as *contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas*, destinam-se a custear entidades (pessoas jurídicas de direito público ou privado) que têm por escopo fiscalizar e regular o exercício de determinadas atividades profissionais ou econômicas, bem como representar, coletiva ou individualmente, categorias profissionais, defendendo seus interesses. Enquadram-se nesta categorias as *contribuições* arrecadadas, de seus filiados, pelos sindicatos, as *contribuições* que os advogados e os estagiários pagam à Ordem dos Advogados do Brasil, as *contribuições* que os médicos pagam ao Conselho Regional de Medicina, etc.

Tais *contribuições* também são tributos (revestindo, normalmente, a natureza de imposto), devendo, destarte, ser instituídas ou aumentadas por meio de *lei ordinária*, sempre obedecido o *regime jurídico tributário*.

Afirmada a natureza tributária das anuidades pagas pelos membros das corporações profissionais, nelas se verifica a presença do fenômeno da parafiscalidade.

O fenômeno da parafiscalidade ocorre “quando uma pessoa que não aquela que criou o tributo vem a arrecadá-lo para si própria” (Carraza, 1999, p. 386).

Sobre a parafiscalidade, novamente o magistério de Misabel Abreu de Machado Derzi merece destaque (1988, p. 631-634, grifo do autor):

Na Constituição de 1988, as chamadas contribuições especiais, que geralmente são também parafiscais, são divididas pelo art. 149 da Constituição Federal em três espécies: **sociais, de intervenção no domínio econômico e corporativas**.

Nessa espécie de tributo, a destinação passou a fundar o exercício da competência da União. Sem afetar o tributo às despesas expressamente previstas na Constituição, falece competência à União para criar contribuições (grifo nosso).

[...]

A expressão “parafiscalidade” se consagrou a partir do inventário Schumann, realizado na França, em 1946, que levantou e classificou os encargos assumidos por entidades autônomas e depositárias de poder tributário, por delegação do Estado, como parafiscais. O inventário incluiu, como encargos de natureza parafiscal, não só os encargos sociais, inclusive seguros sociais e acidentes do trabalho, como as taxas arrecadadas pelas administrações fiscais para certas repartições e estabelecimento públicos financeiramente autônomos (Câmaras de Agricultura, de Comércio, Fundo Nacional de Habitar etc.), como os profissionais (Associação Francesa de Padronização, Associações Interprofissionais e órgãos de classe).

[...]

Do ponto de vista estritamente jurídico-tributário, a parafiscalidade é apenas o fenômeno segundo o qual a lei da pessoa competente atribui “*a titularidade do tributo a pessoas diversas do estado, que as arrecadam em benefício das próprias finalidades. É o caso de autarquias dotadas de capacidade tributária ativa (IAPAS, OAB, CONFEA, CEH) ou de entidades paraestatais, pessoas de direito privado chamadas por lei a colaborar com a administração pública como as define Celso Antônio Bandeira de Mello em Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*” (cf. Geraldo Ataliba, *Hipótese de Incidência Tributária*, 4. Ed. São Paulo, Ed. RT, 1990, p.83). O lógico é que, tendo o Estado criado pessoas, como serviços descentralizados, evite arrecadar os recursos para depois repassá-los à pessoa beneficiada, delegando-lhes tal aptidão diretamente.

De teor semelhante:

As ‘contribuições parafiscais’ – Também as ‘contribuições parafiscais’ não se constituem numa nova modalidade de tributos. São, simplesmente, tributos.

[...]

Conforme já afirmamos, os tributos quase sempre são arrecadados pela pessoa jurídica que os instituiu. Como, porém, a *capacidade tributária ativa* é delegável por lei, nada obsta a que uma pessoa diversa daquela que criou a exação venha, afinal, a arrecadá-la. Para tanto, basta, fundamentalmente, que a pessoa beneficiada persiga finalidades públicas ou, pelo menos, de interesse público, isto por exigência do *princípio da destinação pública do dinheiro arrecadado mediante o exercício da tributação*.

[...]

Em suma, se a parafiscalidade é simplesmente a cobrança por terceiro, em seu próprio benefício, de um tributo, as chamadas “contribuições parafiscais” são, por sem dúvida, tributos, podendo, pois, revestir-se da natureza jurídica de imposto, de taxa ou de contribuição de melhoria (conforme a *materialidade* de suas *hipóteses de incidência*). (Carraza, 1999, p. 386/387, grifo do autor)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reitera a natureza tributária das anuidades, valendo destacar a decisão proferida no Mandado de Segurança 21.797/2000, em que foi Relator o Ministro Carlos Velloso (p. 721-722):

Esclareça-se, ademais, que as contribuições cobradas pelos conselhos de fiscalização das profissões têm caráter tributário, porque são contribuições de interesse de categorias profissionais, assim contribuições corporativas – C.F., art. 149. Reporto-me, no ponto, ao voto que proferi por ocasião do julgamento do RE 138.284-CE, em que analisei e discuti, amplamente, o tema das contribuições parafiscais (RTJ 143/313).

Um dos fundamentos, inclusive, para a declaração da inconstitucionalidade do *caput* do artigo 58 da Lei nº 9.649/98³³ foi justamente o da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, **que abrange até o poder de tributar**, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas (ADI 1717/2002).

Nesse sentido é que se preservou a personalidade jurídica de direito público das autarquias corporativas.

O Supremo Tribunal Federal reiterou a natureza tributária das anuidades cobradas dos membros dos conselhos profissionais, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 938.837/2017 (p. 21):

Ainda que as contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas sejam tributos, criados dentro da competência legislativa atribuída à União (art. 149), não seguem a mesma lógica do recolhimento dos demais tributos da União, não compreendendo o conjunto das receitas públicas destinadas ao financiamento geral da União e da satisfação das necessidades públicas da comunidade. São tributos teleológicos, pois servem de instrumento para realizar um fim específico, qual seja, o de custear o serviço de fiscalização dos conselhos e as atividades que promovam o interesse de suas categorias.

Com acerto, portanto, o Pretório Excelso, ao conferir a natureza tributária às anuidades cobradas pelas autarquias corporativas, haja vista que todos os elementos do tributo se fazem presentes.

4.3.6 O patrimônio

O patrimônio das autarquias corporativas é formado principalmente das anuidades cobradas de seus membros, as chamadas contribuições parafiscais, que possuem natureza tributária.

Com isso em mente, a questão que se coloca é atinente à natureza jurídica dos bens das autarquias corporativas, indagando-se se são bens públicos e, portanto, submetidos ao regime jurídico aplicável a tais bens, com destaque para a impenhorabilidade.

Bens públicos são assim conceituados por Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 929, grifo do autor):

[...] são todos os bens que pertencem às *peçoas jurídicas de Direito Público*, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público (estas últimas, aliás, não passam de autarquias designadas pela base estrutural que possuem), bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público.

³³ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19649cons.htm

Conforme o disposto no artigo 99 do Código Civil em vigor, os bens públicos, quanto à sua destinação, classificam-se em:

- I - de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;
- II - de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;
- III - dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades (Brasil, 2002).

Os bens de uso comum do povo são “os destinados ao uso indistinto de todos”; os bens de uso especial “são os afetados a um serviço ou estabelecimento público”; e os bens dominicais “são os próprios do Estado como objeto de direito real, não aplicados nem ao uso comum, nem ao uso especial, tais os terrenos ou terras em geral, sobre os quais tem senhoria, à moda de qualquer proprietário, ou que, do mesmo modo, lhe assistam em conta de direito pessoal” (Mello, 2012, p. 930).

Os bens públicos são dotados das características da inalienabilidade ou alienabilidade nos termos da lei, da impenhorabilidade e da imprescritibilidade.

No que se refere à inalienabilidade, e como decorre dos artigos 100 e 101 do Código Civil, respectivamente, “os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar”, e “os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei” (Brasil, 2002).

A impenhorabilidade, a seu turno, impede que tais bens sejam objeto de constrição judicial por meio da penhora, o que para o autor anteriormente citado “é uma consequência do disposto no art. 100 da Constituição. Com efeito, de acordo com ele, há uma forma específica para a satisfação de créditos contra o Poder Público inadimplente”, que, como é sabido, é o regime de precatório (Mello, 2012, p. 932).

Pela imprescritibilidade, tem-se o impedimento de que os bens públicos sejam adquiridos pela usucapião.

Acórdão antigo, da relatoria do Ministro Victor Nunes Leal, proferido em 08 de maio de 1963, ou seja, ao tempo da Constituição Federal de 1946, e atinente à necessidade do Conselho Federal de Medicina prestar contas à então “Côrte de Contas da União”, abordou o ponto relativo à natureza jurídica dos bens da aludida autarquia corporativa (Mandado de Segurança nº 10.272), extraindo-se o seguinte (p. 56/57):

O Conselho Federal da Medicina é, indiscutivelmente, uma autarquia, por definição expressa da Lei 3.268, de 1957, art. 1º.

Embora, em doutrina, os traços definidores da autarquia sejam imprecisos, os autores são concordes em considerar autarquia a entidade que a lei assim o declare. E o art. 1º, da lei 3.268, de 30/9/57, diz, expressamente: (lê).

Quando a Constituição manda tomar contas, pelo Tribunal competente, aos administradores das autarquias, o que visa é resguardar o interesse público nelas envolvido. O patrimônio das autarquias – já o temos decidido numerosas vezes a propósito da imunidade tributária – é bem público, ainda que formado de contribuições de natureza não tributária. Mesmo os bens doados por particulares a pessoas jurídicas de direito público, passam a constituir patrimônio público.

No caso especial do Conselho Federal de Medicina, as contribuições de seus membros, ainda que o quantum seja por estes fixado, funcionando como órgão do Conselho, têm caráter compulsório, obrigatoriedade que só se justifica pelo interesse coletivo posto a guarda do Conselho. As prerrogativas de ordem pública, que a lei lhe confere, têm sua contrapartida em obrigações igualmente de ordem pública, uma das quais é prestar contas ao órgão fiscal instituído na própria Constituição.

O ilustre advogado pretende estabelecer uma distinção entre as autarquias: aquelas que têm recursos originários da Fazenda Pública estariam sujeitas à prestação de contas ao Tribunal competente; aquelas cujos recursos provêm de fontes privadas, não estariam a isso obrigadas. Mas o que importa, no caso, não é a origem do patrimônio, mas a sua natureza.

Quando a Constituição menciona, expressamente, no art. 77, que as autarquias estão sujeitas à prestação de contas perante o Tribunal de Contas, o que tem em vista é a natureza pública do patrimônio, ainda que formado, parcial ou totalmente, de fontes particulares (grifo nosso).

A natureza jurídica do patrimônio do Conselho Federal de Medicina foi analisada no contexto da discussão sobre seu dever de prestação de contas ao Tribunal de Contas da União, que, por votação unânime, foi afirmada.

Não houve qualquer contrariedade à afirmação de que o patrimônio do Conselho Federal de Medicina, por ser autarquia, é público. Ao contrário, outros Ministros, ao acompanharem o relator, também reiteraram a conclusão, como foi o caso dos Ministros Pedro Chaves (p. 59), Gonçalves de Oliveira (p. 60/61) e Cândido Motta Filho (p. 63).

Mais recentemente, nos autos do Recurso Extraordinário nº 948.847/2017, no ensejo da discussão do tema 877 da repercussão geral, que acabou por afirmar que os conselhos profissionais não se submetem ao regime de precatórios, o Ministro Alexandre de Moraes adentrou na discussão pertinente à natureza jurídica do patrimônio de tais entes, mas não chegou a definir o seu entendimento.

O Ministro deu realce ao caráter *sui generis*, híbrido, portanto, dos conselhos profissionais, aduzindo que disso se exige cautela “no exame de todas as implicações decorrentes de sua caracterização *a priori* como pessoa jurídica de direito público” (p. 37).

Além disso, ponderou que na ADI 1717/2002, onde se firmou a personalidade jurídica das autarquias corporativas como decorrência do exercício da polícia das profissões, não ficou decidida a natureza dos bens constituintes de seu patrimônio, nem tampouco sobre sua penhorabilidade ou impenhorabilidade, como, aliás, observado no julgamento da Reclamação

nº 4.645/2012, da relatoria do Ministro Dias Toffoli (p. 37/38).

Não bastasse, refletiu que “atribuir impenhorabilidade aos bens titularizados pelos Conselhos não atenderia a nenhuma finalidade relacionada ao exercício de autorregulação das profissões”, sendo o pagamento por precatório, aliás, “desvantajoso para os que se relacionam com as pessoas públicas, na medida em que protela, ou mesmo frustra, o pagamento de créditos judicialmente reconhecidos por título com força executiva” (p. 38).

E, por fim, concluiu que ainda que se considerassem públicos os bens das entidades em apreço, isso não acarretaria obrigatória submissão ao regime de precatórios por serem conceitos distintos. Confira-se a conclusão (p. 39):

Ou seja, a eventual impenhorabilidade do patrimônio do devedor, caso tal venha a ser reconhecido – porque ainda não há posição pacífica nesse sentido em relação aos Conselhos -, não justificaria, por todas as razões anteriormente expostas, novamente com a devida vênia ao Ministro-Relator, a modificação do rito processual de execução e muito menos a extensão de um sistema de pagamentos excepcionalíssimo, que é o pagamento no regime de precatórios, expressamente previsto na Constituição, exatamente porque esse sistema, como criado, só pôde ser previsto na Constituição pelo legislador constituinte, uma vez que qualquer previsão posterior seria um atentado contra a vigência e a eficácia das decisões judiciais transitadas em julgado.

Diante de tudo o que foi exposto, não há como dizer que o Supremo Tribunal Federal firmou posição sobre a natureza jurídica dos bens das autarquias corporativas.

Se por um lado a natureza jurídica autárquica dos conselhos de fiscalização das profissões, a configuração tributária da contribuição paga pelos seus membros, as prerrogativas de ordem pública que exercem, notadamente por meio do poder regulamentar e disciplinar que a lei lhes confere, poderiam justificar a conclusão pela natureza pública dos bens de seu patrimônio, de outra parte, a submissão dos bens dessas entidades ao regime jurídico de direito público, com as características que lhe são próprias, com destaque para a inalienabilidade ou alienabilidade nos termos da lei e a impenhorabilidade, poderia embaraçar-lhes a gestão, e deixaria sem pagamento seus eventuais credores, já que a aplicação do regime de precatório às autarquias corporativas foi negado pela Corte Suprema.

Diante disso, entende-se como correto negar a natureza jurídica pública dos bens das autarquias corporativas, a fim de que não se inviabilize sua autogestão nem fiquem seus credores desprotegidos.

Não se argumente que essa conclusão poderia levar os dirigentes dessas entidades a malversação dos tributos recebidos, o que, sem dúvida, comprometeria profundamente o interesse público.

Como o controle externo pelo Tribunal de Contas existe e também porque há o controle

interno por meio das assembleias gerais dos conselhos profissionais, consoante estabelecido nas respectivas leis de regência, crê-se que é suficiente para que haja resguardo do interesse público na destinação dos recursos advindos das contribuições parafiscais, espécies de tributos.

4.3.7 A ausência de submissão ao regime de precatórios

O Supremo Tribunal Federal, apreciando o tema 877 da repercussão geral, nos autos do Recurso Extraordinário 938.837/2017, fixou a seguinte tese: “Os pagamentos devidos, em razão de pronunciamento judicial, pelos Conselhos de Fiscalização não se submetem ao regime de precatórios”.

Apesar de serem autarquias corporativas, o Pretório Excelso concluiu pela não submissão de referidas ordens ao regime de precatórios para os pagamentos decorrentes de decisões judiciais, afastando, portanto, o regime jurídico de direito público.

Na oportunidade, o Relator, Ministro Edson Fachin, fez um extenso estudo sobre as ordens profissionais, destacando copiosa doutrina e mencionando também jurisprudência, e, pelo seu voto, concluiu no sentido de que as entidades deveriam se submeter ao regime dos precatórios.

Entendendo que as contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas são tributos, que não obstante não seguem a mesma lógica dos demais tributos da União, porquanto são tributos teleológicos justamente por se vincularem a um específico fim, “o de custear o serviço de fiscalização dos conselhos e as atividades que promovam o interesse das categorias”, é que o Ministro reputou possível a aplicação do disposto no §5º, do artigo 100, da Constituição Federal, aos conselhos profissionais.

Não obstante, o voto divergente do Ministro Marco Aurélio de Mello foi vencedor e afastou o regime dos precatórios para pagamento das dívidas das ordens profissionais decorrentes de decisões judiciais.

O voto divergente afastou tal submissão porque os conselhos profissionais não estão submetidos ao capítulo da Constituição Federal que versa sobre finanças públicas, não são dotados de orçamentos fixados pela lei orçamentária anual e não recebem aportes do Poder Central, no caso, a União.

Prevaleceu o voto divergente, vencido o Ministro Edson Fachin, e então a fixação da tese foi no sentido de negar a submissão dos conselhos profissionais ao regime de precatórios no tocante às dívidas decorrentes de pronunciamento judicial.

A decisão do Supremo Tribunal Federal foi acertada, notadamente porque os recursos

financeiros recebidos pelos conselhos profissionais são provenientes das anuidades, contribuições parafiscais, pagas pelos seus membros, não recebendo recursos orçamentários da União, assim como suas despesas não são ditadas por lei orçamentária anual, do Congresso Nacional.

Além disso, na esteira do voto do Ministro Alexandre de Moraes, proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 938.837/2017 (p. 34-35, grifo do autor):

[...] o sistema de pagamento por precatórios não é uma imposição necessária e inafastável do regime jurídico administrativo, mas providência eleita pelo constituinte como favorável à igualdade na ordem de pagamentos custeados pelo erário e à proteção da gestão orçamentária do Estado. Os Conselhos Profissionais, apesar de serem pessoas jurídicas de direito público, não integram a estrutura orgânica do Estado, nem são subvencionados por recursos públicos (como o são, p.ex., as empresas públicas prestadoras de serviço público). Isso afasta a incidência das regras constitucionais que se destinam estritamente aos órgãos do Estado, como as disposições de direito financeiro e orçamentário (art. 165 e ss., CF) e o próprio art. 100, expressamente limitado aos pagamentos devidos pela *Fazenda Pública*.

Em suma, como os conselhos profissionais não integram a estrutura da Administração Indireta do Estado, não são considerados como *Fazenda Pública*, não são contemplados na lei orçamentária anual, não recebem aportes orçamentários da União, só recebendo anuidades de seus membros, não haveria mesmo justificativa para a submissão do pagamento de suas dívidas ao regime de precatórios do artigo 100 da Constituição Federal.

4.3.8 A submissão à fiscalização do Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas da União auxilia o Congresso Nacional no controle externo das contas devidas pela Administração Direta e Indireta da União e por 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”, na forma do que dispõem os artigos 70 e 71 da Constituição Federal.

Como visto, as anuidades arrecadadas pelas autarquias corporativas ostentam natureza tributária, porque são contribuições parafiscais, de sorte a ser cabível a fiscalização do Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas. Em outras palavras, como as ordens profissionais arrecadam valores públicos, elas se submetem à fiscalização do Tribunal de Contas da União.

Trata-se de receita pública, muito embora não formada por dotações orçamentárias diretas ou indiretas da União.

Como ensina Misabel Abreu Machado Derzi (2008, p. 633, grifo do autor):

Semanticamente, pois, a palavra “parafiscalidade” nasceu para designar a arrecadação por órgão ou pessoa paraestatal, entidades autônomas, cujo produto, por isso mesmo, não figura na peça orçamentária única do Estado, mas é dado integrante do orçamento do órgão arrecadador, sendo contabilizado, portanto, em documento paralelo ou “para orçamentário”.

Os julgamentos do Supremo Tribunal Federal são unânimes no sentido da submissão das autarquias corporativas à fiscalização por parte do Tribunal de Contas da União.

Nos autos do Mandado de Segurança nº 22.643-9/1998, o Ministro Moreira Alves, destacando a natureza autárquica dos Conselhos Profissionais de Medicina, o Federal e os Regionais, haja vista que o caso específico a eles se referia, lembrou que, “de há muito” aquela corte, “ao julgar o mandado de segurança 10.272, em 8 de maio de 1963, assentou” a natureza autárquica do Conselho Federal de Medicina, sujeitando-o “à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União”, como salientado pelo relator, Ministro Victor Nunes Leal. Assim, o Ministro concluiu também pela submissão dos referidos Conselhos à fiscalização por parte do Tribunal de Contas da União.

Vale citar trecho do voto do Ministro Relator (p. 114-116):

Esses Conselhos – o Federal e os Regionais – foram, portanto, criados por lei, tendo cada um deles personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira. Ademais, exercem eles a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre do disposto nos artigos 5º, XIII, 21, XXIV e 22, XVI, da Constituição Federal, é atividade tipicamente pública. Por preencherem, pois, os requisitos de autarquia, cada um deles é uma autarquia, embora a Lei que os criou declare que todos, em seu conjunto, constituem uma autarquia, quando, em realidade, pelas características que ela lhes dá, cada um deles é uma autarquia distinta. [...]

Essas considerações se aplicam aos Conselhos Regionais de Medicina que, como sucede com o Conselho Federal, são também autarquias federais, que continuam sujeitas à prestação de contas do Tribunal de Contas da União por força do disposto no inciso II do artigo 71 da atual Constituição.

Colhe-se do voto do Relator Ministro Carlos Velloso, no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.797/2000, o mesmo entendimento de submissão das autarquias corporativas à fiscalização do Tribunal de Contas da União, sempre destacando a natureza autárquica de tais entidades e a natureza tributária das contribuições que elas recebem.

Igualmente nos autos do Recurso Extraordinário nº 938.837/2017, a conclusão foi pela incidência da fiscalização por parte do Tribunal de Contas da União, quando então o Ministro Edson Fachin deu destaque à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal retro mencionada, para concluir “pela submissão dos conselhos profissionais ao artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal” (p. 15), com a ressalva de que o controle é diferenciado porque estas entidades estão dispensadas de apresentar prestação de contas ordinária ao Tribunal de Contas, mas se submetem às demais formas de fiscalização exercidas pelo controle externo, tal como

consta da Instrução Normativa 47/2004 desse Tribunal (artigo 2º, §1º).

A submissão ao controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União justifica-se sobretudo pela natureza tributária da contribuição parafiscal que a autarquia corporativa recebe, não merecendo qualquer reparo a orientação jurisprudencial destacada, a não ser no que se refere à Ordem dos Advogados do Brasil, que foi liberada do aludido controle, mas cuja abordagem será feita em item próprio.

4.3.9 A imunidade tributária

A imunidade tributária, como ensina Hugo de Brito Machado (2003, p. 247) “é o obstáculo decorrente da regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina como hipótese de incidência tributária aquilo que é imune. É limitação de competência tributária”.

Paulo de Barros Carvalho (1993, p. 117, grifo do autor) conceitua a imunidade como:

[...] a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcançam situações específicas e suficientemente caracterizadas.

A imunidade distingue-se da isenção porque “é uma forma de não incidência pela supressão da competência impositiva para tributar certos fatos, situações ou pessoas, por disposição constitucional, na isenção ocorre a derrogação da lei de incidência fiscal, [...] (Pinheiro; Pereira, 2002, p. 69).

As autarquias corporativas gozam da imunidade tributária de que trata o artigo 150, inciso VI, alínea “a” e §2º, da Constituição Federal, que dispõe:

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:
patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

[...]

§ 2º - A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às 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.

Com efeito, ostentando os conselhos profissionais a natureza de autarquia, ainda que corporativa, é de se aplicar a imunidade tributária recíproca de que trata o artigo 150, VI, “a” e §2º, da Carta Magna em vigor, de modo que fiquem imunes de pagamento de impostos no tocante ao seu patrimônio, renda ou serviços.

A imunidade tributária recíproca aplicável aos conselhos de fiscalização profissional, justamente pela natureza de autarquia que ostentam, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, como destacado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 938.837/2017 (p. 80/81), conforme segue:

As Turmas deste Supremo Tribunal reconheceram a aplicabilidade da imunidade tributária recíproca aos conselhos de fiscalização profissional, por terem natureza jurídica de autarquia. Vejam-se os seguintes acórdãos:

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Imunidade recíproca reconhecida em favor de conselhos regionais. Possibilidade. Ausência de distinção quanto à natureza das autarquias para fins de imunidade.

1. No julgamento da ADI nº 1.717/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sydney Sanches, DJ de 28/3/03, a Corte fixou o entendimento de que os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas (sic) têm natureza jurídica de direito público autárquico.

2. O acórdão recorrido, partindo adequadamente das premissas fáticas delineadas no acórdão regional, perfilhou o mesmo entendimento seguido pela jurisprudência desta Corte.

3. Agravo regimental não provido”. (RE 643.414-AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 20.2.2013)

“Embargos de declaração em recurso extraordinário. 2. Decisão monocrática do relator. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 3. Reexame de prova. Não ocorrência. 4. IPTU. Imunidade recíproca. Extensão às autarquias. Precedentes. 5. Ônus da sucumbência. Distribuição proporcional. 6. Agravo regimental a que se dá parcial provimento” (RE n. 417.400-ED, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 7.3.2008).

E o voto proferido pelo Ministro Edson Fachim nos autos desse recurso extraordinário também afirmou a imunidade tributária dispensada aos conselhos de fiscalização profissional, valendo mencionar o trecho extraído da página 20:

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a natureza pública dos bens das entidades profissionais ao estender-lhes a imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150, VI, “a”, e § 2º, da Constituição Federal (v. g. RE 340.872-ES, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 18.06.2009; RE 643414 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 20.02.2013; RE 969.101, de minha relatoria, DJe de 18.05.2016; RE 344.649, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 03.11.2009).

[...]

Também a Ministra Carmem Lúcia assim se pronunciou no referido julgamento (p. 82):

Tem-se que os conselhos de fiscalização profissional possuem personalidade jurídica de direito público, com natureza de autarquia, no desempenho de atividade estatal indelegável a particulares. [...] Gozam de imunidade tributária recíproca devendo prestar contas aos Tribunais de Contas, dadas as receitas oriundas de contribuição de caráter tributário.

Também a doutrina de Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara (2007, p. 1354) menciona que os conselhos profissionais “gozam de imunidade de impostos”.

Constata-se, pois, a pertinência entre a natureza autárquica dos conselhos profissionais

e a imputação de imunidade tributária porque a Constituição Federal defere a todas as autarquias, sem exceções, a imunidade recíproca no tocante aos impostos incidentes sobre o patrimônio, a renda e os serviços eventualmente prestados pelos entes abrangidos pelo *caput* e §2º do artigo 150.

4.3.10 A submissão à regra do concurso público para a contratação de seu pessoal

Questiona-se se os conselhos de fiscalização profissional, por serem autarquias incumbidas do exercício de atividade pública, qual seja, a fiscalização do exercício das profissões liberais, estariam submetidos à realização de concurso público para contratação de seu pessoal, nos termos do que estabelece o artigo 37, II, da Constituição Federal: “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

As duas Turmas do Supremo Tribunal Federal já tiveram oportunidade de apreciar a controvérsia jurídica atinente à indagação e o entendimento firmado foi no sentido da realização do concurso público para a admissão de pessoal.

No Recurso Extraordinário nº 539.224/2012, a Primeira Turma, pelo voto do Ministro Luiz Fux, assentou, no item 1 de sua ementa:

1. Os Conselhos de fiscalização profissional, posto autarquias criadas por lei e ostentando personalidade jurídica de direito público, exercendo atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização do exercício profissional, submetem-se às regras encartadas no artigo 37, inciso II, da CB/88, quando da contratação de servidores.

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 731.301/2013 foi a vez da Segunda Turma firmar jurisprudência no mesmo sentido, isto é, pela exigência constitucional de realização de concurso público para ingresso nos quadros de Conselho de Fiscalização Profissional. Desta feita, o voto condutor foi do Ministro Celso de Mello.

Em data mais recente, nos autos do Recurso Extraordinário 1.128.254/2021, por decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, posteriormente confirmada pela Segunda Turma em sede de agravo interno, novamente foi reiterada a jurisprudência da Corte Suprema, dando-se provimento ao recurso extremo para afastar o julgamento então proferido pelo E. Tribunal Superior do Trabalho que havia entendido que o Conselho Regional de Fonoaudiologia não estava submetido à regra do concurso público prévio à contratação de pessoal, inserida no artigo

37, II, da Constituição Federal. Aliás, interpostos embargos de declaração da decisão do agravo interno no recurso extraordinário, a Turma, por unanimidade, os rejeitou, quando o então Ministro Relator, Nunes Marques, lembrou a jurisprudência daquela casa sobre o assunto no sentido da obrigatoriedade da realização de concurso público para as ordens profissionais admitirem seus empregados.

Muito embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal seja pacífica quanto à obrigatoriedade da submissão das autarquias corporativas à realização de concurso público para a contratação de empregados, não se compactua com o entendimento.

O artigo 37, II, da Constituição Federal dispõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Brasil, 1988)

A regra inserida no inciso II do artigo 37 da Carta Magna só tem aplicação à Administração Pública Direta e Indireta dos Poderes dos entes da federação, como, aliás, decorre do *caput* do artigo.

As corporações profissionais não integram a Administração Pública Indireta e, portanto, nada justifica lhes seja aplicada a regra em apreço.

Como as autarquias profissionais, embora pessoas jurídicas de direito público, não integram a estrutura estatal, resta mesmo injustificável que sejam obrigadas à realização de concurso público para a contratação de seu pessoal.

No entendimento de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, os conselhos profissionais congregam, simultaneamente, natureza pública e não estatal, de sorte que “determinada norma de direito administrativo poderá incidir sobre os entes corporativos devido a sua natureza pública. Outras não incidem porque tais entes não integram a Administração” (2007, p. 1357).

No caso dos conselhos profissionais, justamente por não integrarem a Administração Pública Indireta, não estão abrangidos pelo *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, não se lhes aplicando, conseqüentemente, a regra do concurso público para a contratação de pessoal inserida no inciso II do artigo.

Novamente ensinam os autores mencionados que a lógica da realização do concurso

público é a de “evitar que a estrutura do Estado seja totalmente assumida por quem exerça o governo”, justificando-se pela preservação do valor institucional, o que, contudo, não ocorre com relação aos conselhos profissionais, em que, em muitos casos, a estrutura dos conselhos regionais é mínima, com pequenos escritórios e reduzido número de funcionários que só desempenham funções de apoio e secretariado, já que os cargos de direção são ocupados de maneira honorífica pelos próprios membros da corporação (Sundfeld ; Câmara, 2007, p. 1359).

Não existe, portanto, correlação lógica entre os cargos públicos da Administração Direta e Indireta dos Poderes dos entes da federação e os empregos existentes nos conselhos profissionais, que não fazem parte da estrutura estatal, a ponto de se lhes aplicar a mesma regra do concurso público inserida no artigo 37, II, da Constituição Federal.

Relativamente à Ordem dos Advogados do Brasil, nos autos da ADI 3.026/2006, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela não observância da regra do concurso público para a admissão de seu pessoal, sob o principal fundamento de que a Ordem não integra a Administração Pública.

Nenhum conselho profissional integra a Administração Pública, razão pela qual o mesmo raciocínio aplicado à OAB deveria servir para afastar a imposição da regra inserida no artigo 37, II, da Constituição Federal aos demais entes de fiscalização profissional.

Muito embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para submissão das autarquias corporativas à exigência constitucional de realização de concurso público para ingresso em seu quadro de pessoal, desta feita há que se manifestar contrariedade ao entendimento.

4.3.11 A contratação de seu pessoal pelas regras da CLT

Discutiu-se, nas ações direta de inconstitucionalidade 5367/2020, declaratória de constitucionalidade 36/2020 e de descumprimento de preceito fundamental 367/2020, a contratação do pessoal das autarquias corporativas pelas regras da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

A principal regra posta em discussão foi a contida no artigo 58, §3º, da Lei 9.649/1998, cujo teor transcreve-se:

Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa.
[...]

§ 3º Os empregados dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são regidos pela legislação trabalhista, sendo vedada qualquer forma de transposição, transferência ou deslocamento para o quadro da Administração Pública direta ou indireta.

Além desse diploma legal, outros dois diplomas, relacionados aos Conselhos Federal e Regional de Economistas Domésticos (Lei nº 8.042/1990³⁴) e ao Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil (Lei nº 12.378/2010³⁵), e que estabeleciam a contratação pelas regras da CLT igualmente foram objeto de discussão.

Cumprе lembrar que o *caput* do artigo 58 da Lei 9.649/98, assim como os parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º, já haviam sido declarados inconstitucionais nos autos da ADI 1717/2002, tendo a ação sido julgada prejudicada, no ponto em que impugnava o parágrafo 3º do mesmo artigo, em face do texto originário da Constituição Federal de 1.988.

Feita a lembrança, a questão controvertida referiu-se à contrariedade ao disposto no art. 39 “caput”, da Constituição Federal, que estabelece regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas dos entes federativos.

A postulação defendia o caráter público das ordens profissionais, autarquias corporativas com competência para o exercício do poder de polícia, o que os submeteria ao regime jurídico de direito público, aplicando a seus empregados o regime de cargos públicos, afastando-se o regime celetista de admissão de pessoal.

Importante ressaltar que, nesse julgamento, não se questionou a natureza jurídica e nem a admissão de pessoal por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, eis que a discussão a seu respeito ocorreu na ADI 3026/2006.

A discussão restringiu-se, então, aos demais Conselhos Profissionais.

O voto vencedor do Ministro Alexandre de Moraes concluiu pela natureza peculiar dos Conselhos Profissionais, que, embora de natureza autárquica, não estão submetidos a controle ou tutela por parte da Administração Direta e são autônomos administrativa e financeiramente, de sorte que:

A exigência de aplicação do regime jurídico de direito público, ou seja, do regime jurídico único, para o pessoal das Autarquias Corporativas ofenderia a sua propalada independência administrativa e financeira porque impor a criação de cargos e a fixação de sua remuneração mediante lei (Mogioni, 2022, p. 183-204).

³⁴ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8042.htm

³⁵ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112378.htm

Assentada ficou a inexistência de “razão de fundo constitucional a exigir que o legislador equipare o regime dos Conselhos Profissionais ao das autarquias, nesse aspecto”.

O voto conclui como válida a opção feita pelo legislador quanto à formação dos quadros das ordens profissionais por pessoas admitidas pelo vínculo celetista.

Assim é que a ADI 5367/2020 foi julgada improcedente, e a ADC 36/2020, onde se pretendia, justamente, a declaração de constitucionalidade do art. 58, §3º, da Lei 9.649/98, foi julgada procedente.

A ADPF 367/2020, em que se tencionava invocar o descumprimento de preceito fundamental em decorrência do disposto no art. 58, §3º quanto à não submissão do pessoal dos Conselhos Profissionais ao regime jurídico único do art. 39, “caput” da Constituição Federal, teve o mesmo destino da ADI, qual seja, a improcedência.

A contratação de pessoal pelo regime celetista para trabalhar nos Conselhos Profissionais foi considerada constitucional.

Como constou no item precedente, não se partilha o entendimento da necessidade de submissão do pessoal das autarquias corporativas a concurso público, justamente por não serem consideradas entidades da Administração Indireta.

Em sendo assim, e considerando que as autarquias corporativas não são integrantes da Administração Indireta, nem se submetem a controle ou tutela da União, a melhor alternativa é a de que seu pessoal seja submetido ao regime da CLT.

5 A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

A Ordem dos Advogados do Brasil, instituída no Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930 com o nome de Ordem dos Advogados Brasileiros, tem sido tratada de modo diferente em comparação com os demais conselhos profissionais.

Não é considerada autarquia corporativa, como ocorre com as outras entidades de fiscalização profissional, mas um serviço público independente, que não sofre qualquer controle por parte do Estado, nem mesmo do Tribunal de Contas.

Cumprе analisar o regime jurídico a que se submete a OAB, a fim de ser respondida a pergunta sobre se há justificativa para o tratamento diferenciado, em comparação com as demais entidades de classe.

5.1 *Surgimento e natureza jurídica da OAB*

A Ordem dos Advogados do Brasil foi instituída pelo Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930 que, não obstante editado para reorganizar a Corte de Apelação, tratou também da criação da Ordem, a quem incumbiu da disciplina e seleção da classe dos advogados.

Interessante notar que a justificativa para a expedição do decreto, como dele próprio constou, foi o de atender:

à necessidade de prover ao melhor funcionamento da Justiça local do Distrito Federal, fazendo equitativa distribuição dos feitos, normalizando o desempenho dos cargos judiciários, diminuindo os ônus aos litigantes, em busca do ideal da justiça gratuita, prestigiando a classe dos advogados, e enquanto não se faz a definitiva reorganização da Justiça (Brasil, 1930).

Constata-se, portanto, que a Ordem dos Advogados do Brasil foi considerada desde o início como indispensável à Administração da Justiça, tanto que inserida no mesmo Decreto que tratou da Reorganização da Corte de Apelação. No referido Decreto nº 19.408/1930, a Ordem foi criada por força do artigo 17, cujo teor se transcreve:

Art. 17. Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados, que se regerá pelos estatutos que forem votados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados, e aprovados pelo Governo (Brasil, 1930).

Frise-se que o diploma normativo incumbiu a OAB da disciplina e seleção da classe dos advogados foi editado ao tempo da Constituição Federal de 1891, que havia sofrido três Emendas, sendo a última delas a de nº 3, datada de 03 de setembro de 1926.

E o regime constitucional então vigente não tratava da Ordem dos Advogados do Brasil, nem mesmo fazia menção à classe dos advogados, trazendo uma única referência indireta a eles

ao dispor, no artigo 72, §16, que aos acusados se asseguraria na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas.

Em suma, ao tempo da criação da Ordem dos Advogados Brasileiros, como então se denominava, por meio do Decreto Federal nº 19.408/1930, os advogados e a OAB não mereceram qualquer menção direta na Constituição Federal então vigente, apenas indireta pela garantia de que, aos acusados, a lei asseguraria a plena defesa, com todos os recursos e meios inerentes, o que, para ocorrer, não prescindiria da atuação de um advogado.

De lá para cá, a Ordem dos Advogados do Brasil ganhou *status* constitucional, por meio da legitimação de seu Conselho Federal à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, como consta do artigo 103, VII, da Constituição Federal de 1988, conforme a Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, sem falar de outros artigos da Constituição assegurando a participação da Ordem nos concursos e ingresso da Magistratura, do Ministério Público e da Advocacia Pública, assim como da participação de advogados indicados pelo seu Conselho Federal no Conselho Nacional de Justiça e no Conselho Nacional do Ministério Público.

A advocacia foi considerada pela Constituição Federal de 1988 como uma das funções essenciais à Justiça, ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública, conforme os artigos 133, 127 e 134, respectivamente.

A Ordem dos Advogados do Brasil é o conselho corporativo que mais celeuma suscitou e ainda suscita na doutrina e jurisprudência pátrias, muito embora o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3026/2006, lhe tenha conferido natureza jurídica de serviço público independente, de feição único, afastando-a das demais autarquias corporativas, e lhe atribuindo autonomia e independência capaz de ser apartada de todo e qualquer controle da Administração Pública.

Depois disso, o Supremo Tribunal Federal reforçou a autonomia e a independência da OAB, reiterando sua diferença com relação aos demais conselhos profissionais, como, por exemplo, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.182.189, em 24/03/2023, que firmou a seguinte tese de repercussão geral: “O Conselho Federal e os Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil não estão obrigados a prestar contas ao Tribunal de Contas da União nem a qualquer outra entidade externa”.

Mas a pedra de toque de distinção da OAB dos demais órgãos de fiscalização profissional foi a consideração de que ela não está voltada apenas a finalidades corporativas, “mas, nos termos do artigo 44, I, da lei, tem por finalidade ‘defender a Constituição, a ordem

jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pelo boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas' ” (voto do Relator Ministro Eros Grau no julgamento da ADI 3.026/2006, p. 488).

A conclusão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.026/2006, portanto, foi de que a Ordem dos Advogados do Brasil é um serviço público independente, imune a qualquer controle da Administração Direta ou Indireta, não estando incluída na categoria em que se inserem as “autarquias especiais”, nem é congênera dos demais órgãos de fiscalização profissional porque ostenta finalidade institucional, e não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas.

Tal entendimento também fora exposto por Paulo Luiz Netto Lôbo (1996, p. 180), para quem:

Em suma, a OAB não é nem autarquia nem entidade genuinamente privada, mas *serviço público independente*, categoria *sui generis*, submetida ao direito público (exercício do poder de polícia administrativa da profissão) e ao direito privado (demais finalidades).

Nesse ponto, indaga-se se a conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal é correta, isto é, se a OAB merece ser apartada das autarquias corporativas, e já se adianta que a resposta é negativa, como se passa a abordar.

5.2. O cumprimento de finalidade institucional

No que se refere ao cumprimento de finalidade institucional, todos os conselhos profissionais o fazem; isso não é privilégio da OAB.

O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina, por exemplo, são “órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente” (art. 2º, da Lei nº 3.268/1957); essa, portanto, sua finalidade institucional.

As ordens profissionais são incumbidas do controle e da fiscalização do exercício das profissões regulamentadas, vale dizer, são investidas no exercício da polícia das profissões, e, ao fazê-lo, estão a defender, na verdade, os interesses da sociedade e dos usuários dos serviços profissionais. Trata-se, portanto, de dar cumprimento a uma finalidade institucional, inclusive realizando atividade típica de Estado, como assentado nos autos da ADI 1717/2002, que firmou

a natureza jurídica autárquica dos conselhos profissionais, como nunca é demais lembrar em destaque ao voto do eminente Ministro Sidney Sanches (p. 157):

[...] 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.

Quer dizer, todas as ordens profissionais cumprem dupla função: cumprem finalidade institucional ao realizar atividade típica de Estado, a chamada polícia das profissões, e atuam no interesse dos próprios pares, são entidades corporativas, formadas pela reunião de pessoas que agem também no interesse da classe a que pertencem.

Parece frágil, portanto, o argumento de que a OAB seria distinta dos demais conselhos profissionais porque cumpriria finalidade institucional, haja vista que todas as ordens profissionais igualmente o fazem.

Bem por isso é que não se sustenta a distinção da OAB em comparação com as outras autarquias corporativas no que se refere à personalidade jurídica. A OAB, tanto quanto às demais entidades de fiscalização do exercício das profissões intelectuais, deveria ser considerada autarquia corporativa, dotada, portanto de personalidade jurídica de direito público.

5.3 A ausência de submissão ao controle ou tutela

Outro argumento contido no julgamento da ADI 3026/2006 para firmar a natureza jurídica peculiar da OAB, como serviço público independente e infenso a qualquer controle por parte da Administração Direta ou Indireta de qualquer dos entes da federação, é o de que ela se ocupa de “atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça, nos termos do que dispõe o artigo 133 da Constituição do Brasil”. Por desempenhar tal mister, a OAB “não poderia vincular-se ou subordinar-se a qualquer órgão público”.

A bem da verdade, nenhum conselho profissional está sujeito a controle ou tutela por parte da Administração Direta de qualquer dos entes federativos. Ainda que denominadas autarquias, as ordens profissionais não estão inseridas na Administração Indireta do Estado e, portanto, não estão afetas ao controle ou tutela a que as autarquias em geral estão submetidas e que, na esfera federal, ordinariamente é da incumbência do Ministério da área de atuação da autarquia, por isso mesmo denominado de controle ministerial.

De se ver, pois, que não há substancial diferença entre a OAB e as demais ordens

profissionais no que se refere à submissão ao controle ou tutela; nenhuma delas está sujeita a dito controle.

Essa questão foi abordada anteriormente, em que se destacou doutrina e jurisprudência para corroborar a conclusão de que os conselhos profissionais não se sujeitam ao controle ou à tutela por parte da Administração Indireta da União.

Não havendo, portanto, distinção no que se refere ao controle ou tutela do governo federal sobre as entidades configuradas como conselhos profissionais e a Ordem dos Advogados do Brasil, o tratamento diferenciado conferido à OAB não se justifica pelo fundamento em pauta.

5.4 A OAB é incumbida da seleção da classe dos advogados que cumprem função essencial à Justiça

Pergunta-se, então, o que remanesceria como fundamento para que a OAB tivesse uma maior independência em comparação às outras ordens profissionais, para delas ser apartada e não ser considerada autarquia.

Dizem os vários julgamentos que trataram da OAB no Supremo Tribunal Federal, inclusive o que a considerou imune ao controle do Tribunal de Contas, o Recurso Extraordinário nº 1.182.189/2023, que, por se ocupar dos advogados, os quais exercem função constitucionalmente privilegiada porque foram considerados indispensáveis à Administração da Justiça, nos termos do que dispõe o artigo 133 da Constituição Federal, a OAB teria de obrigatoriamente ser tratada de modo absolutamente independente e autônomo, sem qualquer submissão a controle.

Mas não há correlação lógica entre o fato de os advogados terem sido considerados, pela Constituição Federal, como indispensáveis à Administração da Justiça e a entidade de classe que os seleciona e congrega ser dotada de independência superior aos demais entes fiscalizadores das outras profissões liberais.

É da natureza da autarquia a autonomia, só não dotada de capacidade política porque só quem a tem são os entes da federação.

As autarquias corporativas, como os Conselhos de Medicina e de Odontologia, por exemplo, são entes autônomos e distintos das demais autarquias por não integrarem a Administração Pública Indireta nem estarem submetidos a controle por parte dos entes da federação, além de outras peculiaridades, como, por exemplo, serem dirigidos por pessoas eleitas por seus integrantes, e não indicados pelo Estado.

Isso já lhes confere um grau de autonomia bastante destacado, mais do que suficiente a que todos os conselhos profissionais, o que inclui a OAB, possam desempenhar seu mister livre de interferências por parte do poder público.

O que a Constituição Federal fez ao considerar o advogado como indispensável à Administração da Justiça foi deixar esclarecido que a jurisdição, para ser validamente exercida pelo Poder Judiciário, não dispensa a presença do advogado, assim como não dispensa a presença do advogado público, do promotor público e do defensor público nas situações em que se lhes exige a participação.

Assegura-se, portanto, a prestação da jurisdição mediante a atuação de todos os profissionais que exercem funções essenciais à justiça, alguns deles componentes do aparelho estatal, como é o caso de advogados públicos, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, e outros de fora do aparelho estatal, como é o caso dos advogados particulares.

Mas nada disso permite a conclusão de que a OAB, por ser a entidade de classe que seleciona e fiscaliza os advogados, precisa ser dotada de independência maior do que qualquer outro conselho profissional.

Todas as ordens profissionais ostentam autonomia suficiente para que seus membros possam desenvolver suas atividades de modo igualmente autônomo, submetendo-se apenas às regras científicas e técnicas de sua profissão.

5.5 A ausência de submissão a controle do Tribunal de Contas da União

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a OAB, por meio de seus Conselhos Federal e Regionais, não estão obrigados à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União.

Nos autos do Recurso Extraordinário nº 1.182.189/2023 foi afirmada a Repercussão Geral, para discutir o Tema 1054, sobre a “controvérsia relativa ao dever, por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, de prestar contas ao Tribunal de Contas da União”.

Ao final do julgamento, a tese firmada foi a seguinte: “O Conselho Federal e os Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil não estão sujeitos a prestar contas ao Tribunal de Contas da União nem a qualquer outra entidade externa”.

O julgamento se deu por maioria de votos, em que ficou vencido o Ministro Marco Aurélio de Mello.

O Ministro Marco Aurélio de Mello afirmou a natureza pública da Ordem dos Advogados do Brasil, ressaltando que ela não se confunde com a natureza estatal, assim como

aduziu que, “sob o enfoque financeiro, ‘se toda verba orçamentária é pública, nem toda verba pública é orçamentária’ ” (p. 11/12). E no decorrer de seu voto, ponderou que a OAB, muito embora não se lhe deva conferir tratamento idêntico aos conselhos de fiscalização de profissões diversas, haja vista que a Ordem, “além de possuir competências vinculadas à disciplina da corporação”, também “se volta a objetivos ligados à preservação da estabilidade do Estado brasileiro” (p. 12), exarou o entendimento de que a OAB é uma autarquia especial, e a anuidade cobrada de forma compulsória de seus membros, possui natureza tributária, de modo a ser defensável a sua submissão ao controle do Tribunal de Contas da União, nos termos do artigo 70 da Constituição Federal.

A tese, para o voto vencido, seria a seguinte: “A Ordem dos Advogados do Brasil está submetida a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União”.

Mas o entendimento que prevaleceu foi o defendido pelo Ministro Edson Fachim, que pode ser resumido nos termos da própria Ementa conferida ao julgamento:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 1054. JULGAMENTO DE MÉRITO. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB. NÃO SUJEIÇÃO À PRESTAÇÃO DE CONTAS PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. NATUREZA JURÍDICA. ADI 3.026.

1. A Ordem dos Advogados do Brasil - OAB não é uma entidade da Administração Indireta, tal como as autarquias, porquanto não se sujeita a controle hierárquico ou ministerial da Administração Pública, nem a qualquer das suas partes está vinculada.
2. A Ordem dos Advogados do Brasil é instituição que detém natureza jurídica própria, dotada de autonomia e independência, características indispensáveis ao cumprimento de seus múnus públicos. ADI 3.026, de relatoria do Ministro Eros Grau, Plenário, DJ 29.09.2006. Precedentes.
3. Não obstante a prestação de serviço público exercido pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, não há que se confundir com serviço estatal. O serviço público que a OAB exerce, é gênero do qual o serviço estatal é espécie.
4. Recurso extraordinário a que se nega provimento com a proposta de fixação da seguinte Tese: “O Conselho Federal e os Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil não estão obrigados a prestar contas ao Tribunal de Contas da União nem a qualquer outra entidade externa”.

Apesar da conclusão dada ao julgamento em apreço, entende-se que a solução correta corresponde à exarada pelo voto vencido.

Com efeito, não há que se confundir a natureza pública, com a estatal, na esteira do ensinamento outrora mencionado de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2007, p. 1355). Nem todo ente imbricado na estrutura do estado se submete a regime de direito público, bastando mencionar as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que integram a Administração Indireta, mas são pessoas jurídicas de direito privado e, portanto, submetidas a regime jurídico híbrido, ora se aplicando o regime de direito público, como, por exemplo, a

realização de concurso público para a contratação de seu pessoal, ora se aplicando o regime de direito privado, como na hipótese de contratação de seu pessoal pela CLT, nos moldes das pessoas jurídicas de direito privado. De outra parte, nem todo ente público é necessariamente estatal. A lei pode criar uma pessoa jurídica de direito público alheia ao aparelho estatal, como é o caso das autarquias corporativas.

Ainda que se considere a OAB um serviço público independente, desprovida de natureza autárquica e não integrante da estrutura estatal, o fato de arrecadar anuidades compulsórias de seus membros, que ostentam a natureza tributária de contribuição parafiscal, é suficiente para deflagrar a fiscalização do Tribunal de Contas da União, com fundamento no parágrafo único do artigo 70, da Constituição Federal: “prestará contas 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”.

Então, afigura-se equivocada a não sujeição da Ordem dos Advogados do Brasil ao controle externo do Tribunal de Contas da União.

De todo pertinente fosse submetida a controle semelhante aos dos demais conselhos profissionais, nos moldes do artigo 70, parágrafo único da Carta Magna, com a ressalva de que o controle é diferenciado por estarem dispensadas de apresentação ordinária de contas ao Tribunal de Contas, submetendo-se às demais formas de fiscalização exercidas pelo controle externo, nos termos da Instrução Normativa 47/2004 desse Tribunal (artigo 2º, §1º).

5.6 A legitimação do Conselho Federal da OAB para as ações constitucionais e sua participação nos concursos públicos de ingresso à magistratura e ao Ministério Público e nos Conselhos das respectivas carreiras (CNJ e CNMP)

Também a circunstância do Conselho Federal da OAB ser legitimado à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, nos termos do artigo 103, VII, da Constituição Federal, não vai ao ponto de lhe dar autonomia ampliada.

Dir-se-ia que a legitimação da OAB, pelo seu Conselho Federal, ao ajuizamento de ação hábil a retirar lei do ordenamento jurídico pelo vício da inconstitucionalidade, ou, ao contrário, a obter a declaração de que o diploma normativo está conforme a ordem constitucional, é exercício de função política, bastante próxima à própria função de legislar. Sem dúvida que a legitimação conferida ao Conselho Federal da OAB é de ordem política, mas isso apenas justificaria conferir à OAB uma personalidade jurídica de direito público, que mais aproximaria dos outros legitimados à propositura de tais ações, e não o reconhecimento de que de autarquia

não se trata, reputando-a “serviço público independente”, “categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro” (voto do Ministro Eros Grau na ADI 3026).

Ora, se a pretensão é de conferir à OAB autonomia a ponto de lhe afastar de qualquer controle por parte da Administração Direta, mas, ao mesmo tempo, qualificando-a como serviço público independente, não lhe resta alternativa senão a assunção da personalidade de direito público, e por não ser ente da federação, só poderá ser pessoa jurídica autárquica.

Com todo o respeito ao julgamento da ADI 3026/2006, usar a expressão “categoria ímpar no direito brasileiro” nada esclarece, só causa confusão, justamente porque ao mesmo tempo se lhe atribui a qualidade de serviço público independente.

Melhor seria deixar apenas dito que por pessoa jurídica de direito público, de natureza autárquica, não se quer significar pessoa estatal, na esteira do ensinamento de Carlos Sundfeld e Arruda Câmara (2007, p. 1355):

Acontece que não há relação necessária entre possuir natureza de direito público e integrar a estrutura estatal. Deveras, não é todo ente estatal que apresenta regime jurídico de direito público, bem como não é necessário que todo ente público faça parte da estrutura estatal.

As empresas estatais (empresas públicas ou sociedades de economia mista), por exemplo, apesar de integrarem a Administração, possuem natureza jurídica de direito privado. [...]

A legislação também pode criar, desde que tenha motivo razoável para fazê-lo, uma entidade com natureza jurídica de direito público sem que a torne parte integrante da Administração. Nessas hipóteses o ente seria público, mas não seria estatal.

Enfim, nada impede que a Ordem dos Advogados do Brasil seja considerada pessoa jurídica de direito público, de natureza autárquica, mas seja apartada do aparelho estatal, e, ainda, assim, seja legitimada à propositura das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade.

Como ponderou o Ministro Néri da Silveira no julgamento da ADI 641/1991 (p. 229/230) _ ao defender o entendimento de que o Conselho Federal de Farmácia deveria ser legitimado à propositura de ação direta de inconstitucionalidade quando se cuidar de lei ou ato normativo com referência ao interesse profissional da categoria, o que, todavia, não vingou _ a Ordem dos Advogados do Brasil, pelo seu Conselho Federal, detém a prerrogativa de ajuizar ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, de forma ampla, e não somente quando se refira ao interesse profissional dos advogados:

Se a Constituição, no art. 5º, XIII, estipula que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, as entidades criadas para o controle das atividades profissionais liberais, tão significativas na ordem social, hão de estar, ao menos, em nível não inferior ao reconhecido pela ordem jurídica a associações privadas, entidades de prerrogativas jurídicas de direito privado, que também se erigem, estas por vontade de profissionais, para, por igual, zelar pelo normal exercício e pelas prerrogativas da profissão, pelo respeito às atividades que lhe são próprias.

Compreendo, de outra parte, que não afasta essa ilação a circunstância de a Lei Maior, no art. 103, VII, haver, de explícito, destacado o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, entre os legitimados, ativamente, à ação direta de inconstitucionalidade. Se é exato, de um lado, que a Ordem dos Advogados do Brasil é entidade, também, de disciplina profissional, de defesa das prerrogativas da classe dos advogados, à semelhança dos demais Conselhos Federais, no que concerne às diversas profissionais (sic) liberais regulamentadas, não é menos procedente, de outra parte, que há razões históricas, remotas e próximas, que justificam a decisão constituinte, no sentido de conferir à Ordem dos Advogados do Brasil essa posição distinta, logo após o Procurador-Geral da República, pois é missão institucional desse órgão oficial, dentre outras, a defesa da ordem jurídica e da lei. Adequado se fez, destarte, conferir ao Conselho Federal da OAB essa prerrogativa de aforar ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, de forma ampla tal como pode fazê-lo o Procurador-Geral da República, e não apenas quando se cuidar de lei ou ato normativo, que respeite ao interesse profissional da classe dos advogados, ou à sua disciplina.

Por oportuno, a participação da OAB nos concursos de ingresso às carreiras jurídicas também não lhe confere maior autonomia em comparação com os demais conselhos profissionais, porquanto seria mesmo impensável que um médico ou um dentista pudesse tomar assento em tais concursos.

Chega-se à mesma conclusão quanto à participação de advogados indicados pelo Conselho Federal da OAB no Conselho Nacional de Justiça e no Conselho Nacional do Ministério Público. Tratando-se do exercício de competência disciplinar com referência aos membros da Magistratura e o Ministério Público, natural que fosse o Conselho Federal da OAB e não de Conselho de outra ordem profissional a indicar integrantes do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público.

Enfim, nada contido na Constituição Federal quanto aos advogados ou à OAB permite concluir que ela mereça ser considerada uma entidade superior aos demais conselhos profissionais. O que se lhe deferiu na Constituição Federal diz respeito à sua própria natureza. Seu Conselho Federal ostenta competências atinentes especificamente à prestação da justiça, simples assim.

O que os julgamentos recentes do Supremo Tribunal Federal têm feito é colocado a Ordem dos Advogados do Brasil numa posição superprivilegiada porque goza dos bônus que o regime jurídico de direito público ostenta, sem, todavia, ter de arcar com os ônus do mencionado regime.

Apesar de não lhe conferir a natureza autárquica, o Supremo Tribunal Federal entendeu

que a OAB é um serviço público independente.

A propósito, serviço público é a atividade destinada a oferecer uma utilidade ou comodidade material à coletividade em geral, que o Estado presta, por si ou por quem lhe faça as vezes, por ter sido assumida como pertinente a seus deveres, e com submissão a regime jurídico de direito público, “portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interessados definidos como públicos no sistema normativo” (Mello, 2012, p. 687).

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro serviço público é “[...] toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público” (2023, p. 119).

José dos Santos Carvalho Filho também é do entendimento de que serviço público consiste em “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade” (2017, p. 337).

Do conceito de serviço público, colhem-se três elementos: o elemento subjetivo, o elemento material e o elemento formal.

O elemento subjetivo identifica-se com o Estado, que é quem titulariza a atividade considerada por lei como serviço público, podendo geri-lo centralizadamente (mediante seus próprios órgãos que compõem a Administração Pública centralizada dos entes da federação) ou descentralizadamente (por intermédio, basicamente, das pessoas criadas por lei para o exercício da atividade, tais como, autarquias, fundações instituídas e mantidas pelo poder público, empresas públicas e sociedades de economia mista, além dos particulares concessionários e permissionários de serviços públicos).

O elemento material corresponde à atividade de interesse público que foi atribuída ao Estado para ser prestada à coletividade:

Quanto ao primeiro elemento – seu *substrato material* –, cumpre observar que a atividade estatal denominada *serviço público* é a prestação consistente no oferecimento, *aos administrados em geral*, de *utilidades ou comodidades materiais* (como água, luz, gás, telefone, transporte coletivo etc.) singularmente fruíveis pelos administrados que *o Estado assume como próprias*, por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da Sociedade, em dado tempo histórico. Aliás, é por isto que as presta *sob regime de Direito Público*, diretamente ou através de alguém por ele qualificado para tanto (Mello, 2006, p. 637/638, grifo do autor).

O elemento formal, por fim, diz respeito ao regime jurídico de direito aplicável, o que, para Celso Antônio Bandeira de Mello, é integralmente de direito público, mas para Maria

Sylvia Zanella di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho pode ser parcial ou basicamente público.

A diferença de opinião diz respeito aos denominados serviços públicos comerciais ou industriais, que são aqueles mencionados no artigo 175 da Constituição Federal, cuja execução pode se dar direta ou indiretamente, por meio de concessão ou permissão, de que são exemplos os serviços de transportes, energia elétrica, telecomunicações e outros previstos nos artigos 21, XI e XII, e 25, §2º, da Carta Constitucional.

Como a prestação destes serviços dá-se pelo regime jurídico híbrido, já que ora se aplica o direito público, ora o direito privado, isso justifica o conceito no sentido de que o regime jurídico do serviço público é integral ou parcialmente público.

Apenas para exemplificar com um traço deste regime jurídico híbrido e considerando que normalmente os serviços comerciais ou industriais são prestados por empresas públicas e sociedades de economia mista, o seu pessoal é submetido à contratação pela Consolidação das Leis Trabalhistas, incidindo, portanto, uma regra aplicável às pessoas jurídicas de direito privado contratantes, mas a contratação depende da realização de concurso público, regra de direito público.

Todavia, como explica Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Segundo alguns autores, como Celso Antônio Bandeira de Mello (2019:717) e Marçal Justen Filho (2010:692), o serviço público é sempre prestado no regime de direito público. E, com efeito, ainda que sob certos aspectos possam ser aplicadas normas de direito privado, como exposto no parágrafo anterior, a sujeição a regime publicístico é inerente ao próprio conceito de serviço público, no sentido de que os princípios a que se submetem as entidades prestadoras de serviço público, ainda que tenham a natureza de pessoa jurídica de direito privado (como empresas estatais e concessionárias e permissionárias de serviço público), são os mesmos a que se submete a Administração Pública, como os da continuidade, isonomia entre usuários, mutabilidade, generalidade, universalidade, etc (2023, p. 120).

Diante do entendimento de serviço público, notadamente do elemento material, identificado como uma prestação de oferecimento, aos administrados em geral, de utilidades ou comodidades materiais, como, por exemplo, água, luz, transporte coletivo, etc, não se vislumbra como possa a OAB ser considerada Serviço Público Independente.

Poder-se-ia dizer que a OAB presta serviço público porque o advogado é essencial à Justiça, mas se isso for suficiente, então também se tem o médico como essencial à prestação de serviço de saúde, de sorte que o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina deveriam igualmente ser considerados serviços públicos independentes.

Não bastasse, os entes que prestam serviços públicos, mesmo os que possuem personalidade jurídica de direito privado, como as empresas públicas e as sociedades de

economia mista, submetem-se a controle ou tutela da Administração Direta, à fiscalização do Tribunal de Contas, realizam concurso público para admissão de seu pessoal, devem obediência aos princípios da continuidade, isonomia entre usuários, generalidade, universalidade, etc.

Mas a situação da OAB é bem diversa.

A OAB não está submetida ao controle ou tutela da Administração Direta da União, nem à fiscalização do Tribunal de Contas da União, apesar de receber contribuição obrigatória por parte dos inscritos em seu quadro.

Ela pode contratar seus empregados sem concurso público, submetendo-os ao regime celetista.

Apesar de não se submeter a nenhum controle público e a regra alguma de direito público, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a OAB é um serviço público independente.

Mesmo diante da compreensão de que há entidades submetidas a regime jurídico híbrido, tal como ocorre com as sociedades de economia mista e as empresas públicas, o que ocorre com a OAB causa espécie.

OAB foi criada por decreto com força de lei _ mas não é pessoa jurídica de direito público autárquica _; arrecada contribuição compulsória de seus advogados _ mas o Supremo entendeu que não se trata de tributo _; é serviço público independente _ mas não é autarquia nem se assemelha às demais ordens profissionais.

O que se tem é uma pessoa jurídica privilegiada, infensa a qualquer controle, nem mesmo o relativo ao dinheiro que arrecada compulsoriamente, com o que não se compactua.

Melhor seria que todos os conselhos profissionais recebessem tratamento igualitário no que diz respeito à generalidade do regime jurídico aplicável, já que todos eles exercem a polícia das profissões.

5.7. Similitude entre a OAB e os demais conselhos profissionais

Muito embora o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a Ordem dos Advogados do Brasil não são autarquias corporativas, não se igualando, portanto, aos demais conselhos profissionais, ousa-se discordar.

Por tudo o que foi exposto, reitera-se que não se vislumbra justificativa para o tratamento diferenciado conferido à Ordem dos Advogados do Brasil em comparação às demais entidades de fiscalização das profissões liberais.

A natureza jurídica de autarquia corporativa, com o regime híbrido que se lhe aplica, já esmiuçado no que se refere a vários aspectos, tais como, a não integração na estrutura estatal, a

ausência de controle ou tutela do governo federal, a eleição dos dirigentes pelos próprios pares, o gozo da imunidade tributária, entre outros, é suficiente para garantir a independência de todos os conselhos profissionais, incluindo a OAB.

Por oportuno, a submissão a controle do Tribunal de Contas, nos moldes do que se passa com as outras ordens profissionais em nada atrapalharia a função desempenhada pela OAB ou pelos advogados de seus quadros. Ao contrário, em tempos em que se exige transparência no emprego do dinheiro que advém do público, ainda que seja um público restrito como o dos advogados, seria salutar que a OAB estivesse submetida à prestação de contas como todo e qualquer conselho corporativo. Isso lhe daria maior representatividade perante a própria classe e perante a sociedade.

Além disso, é de todo recomendável que os empregados de todas as autarquias corporativas não se submetam a concurso público, o que, no entender da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, só ocorre com os empregados da OAB, como mencionado precedentemente.

Nada justifica o tratamento diferenciado da OAB em comparação com os outros conselhos profissionais do ponto de vista da função institucional que exercem. Todos eles são incumbidos do exercício da polícia das profissões, que é atividade típica de Estado como afirmado nos autos da ADI 1717/2002.

Enfim, por qualquer ângulo que se analise a questão, não se vê razão bastante para que a Ordem dos Advogados do Brasil seja considerada um Conselho Profissional diverso dos demais existentes.

Portanto, a conclusão inafastável é pela similitude existente entre a OAB e os demais conselhos profissionais, não existindo justificativa bastante para o entendimento da jurisprudência, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, de que a Ordem dos Advogados do Brasil não é autarquia corporativa, mas entidade de feitió único, prestadora de serviço público independente.

A Ordem dos Advogados do Brasil deveria ser considerada autarquia corporativa porque o regime jurídico aplicável a tal ente é hábil a lhe garantir independência e autonomia, liberando-a dos controles estatais que poderiam lhe criar embaraço ao cumprimento de sua função institucional, e quando o regime jurídico aplicável à autarquia corporativa viesse a comprometer o desempenho da sua função, como ocorre, por exemplo, quando se impõe a regra do concurso público para a admissão de seus empregados, bastaria afastar o entendimento para a generalidade dos conselhos profissionais.

CONCLUSÃO

Ao fim e a cabo, após a análise do direito de liberdade de profissão e dos entes incumbidos da fiscalização e controle dos profissionais liberais, permite-se firmar as seguintes conclusões:

1ª) a Constituição Federal de 1988, assim como todas as anteriores Constituições pátrias, garante o direito de liberdade de profissão, no que se refere aos aspectos de escolha e exercício, o qual, por ser um direito fundamental clássico, tutela um *status negativus* de seu titular, impondo um “não fazer” ao Estado;

2ª) a liberdade de profissão instituída no artigo 5º, inciso XIII, da vigente Carta Magna é um direito de ordem macroeconômica porque nele a atividade empresarial tem seu lastro, enquanto direito individual, e o trabalho, em sentido amplo, está inserido no âmbito da política econômica do Estado instrumentalizada pelo Direito Econômico;

3ª) trata-se de liberdade reconhecida, eis que o exercício da profissão é livre, mas a lei pode estabelecer requisitos de qualificação profissional a serem atendidos;

4ª) a intervenção estatal na liberdade de profissão depende de lei, no sentido material e formal, isto é, elaborada pelo Poder Legislativo, observada a competência da União, a teor do disposto no artigo 22, XVI, da Constituição Brasileira. O critério formal a ser observado, portanto, é o de que a intervenção do Estado liberdade de profissão exige lei;

5ª) dita intervenção estatal realiza-se pelo poder de polícia, que tem por função limitar ou restringir a liberdade e a propriedade em prol do atendimento do interesse público;

6ª) a par da observância de critérios formais, a intervenção estatal também obedece a critérios materiais, de modo a só se justificar desde que presente razão bastante de interesse público, exercendo-se na exata extensão necessária e adequada a atingir os fins pretendidos;

7ª) são as autarquias corporativas, também denominadas de corporações ou ordens profissionais, incumbidas da chamada polícia das profissões, abrangendo até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas (ADI 1717/2002);

8ª) as autarquias corporativas são pessoas jurídicas de direito público, como, inclusive reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 1717/2002, sob fundamento de que só pessoas com personalidade de direito público é que podem exercer atividade típica de Estado, consistente na polícia das profissões;

9ª) por serem autarquias, pessoas jurídicas de direito público, submeter-se-ão a várias regras de direito público, muito embora tal regime não lhes seja integralmente aplicável porque

não compõem a estrutura estatal;

10^a) os conselhos profissionais são criados por lei, em decorrência do disposto no artigo 37, XIX, da Constituição Federal; não integram a estrutura estatal, nem se submetem a controle ou tutela da Administração Direta da União porque apesar de entes públicos, não são estatais; seus dirigentes são escolhidos por seus próprios pares para cumprimento de mandato a prazo certo, sem interferência do Executivo e em nome de sua independência funcional; seu patrimônio é formado, basicamente, pelas contribuições parafiscais que arrecadam de seus membros, mas não se sujeitam ao regime de precatório; não há consenso sobre a natureza jurídica de seus bens que, se forem públicos, notadamente pela impenhorabilidade, poderia lhes embaraçar sua gestão; gozam de imunidade tributária recíproca, à luz do disposto no artigo 150, VI, “a” e §2º, da Constituição Federal, o que justifica o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União (artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal); seu pessoal, para ser admitido, deve se submeter a concurso público, mas a contratação se dá pelas regras da Consolidação das Leis do Trabalho;

11^a) a Ordem dos Advogados do Brasil, embora seja considerada como serviço público independente pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do dedido nos autos da ADI 3026/2006, analisado seu regime jurídico, nada justifica o tratamento desigual em comparação com as demais autarquias corporativas;

12^a) as autarquias corporativas, tanto quanto a Ordem dos Advogados do Brasil, cumprem finalidade institucional, recebendo delegação para o desempenho de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir no que pertine ao exercício de atividades profissionais; nenhuma delas está sujeita ao controle ou tutela do Estado, nem integra o aparelho estatal; o fato de a OAB agregar os advogados, que exercem função essencial à justiça, além de ser legitimada à propositura de ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade e à participação de concurso de ingresso de carreiras jurídicas, não justifica o tratamento diferenciado a ela dispensado. A jurisdição, para ser validamente prestada pelo Judiciário, não prescinde da presença do advogado, assim como não dispensa a participação do Ministério Público, da Defensoria Pública e do Advogado Público, mas isso não permite a conclusão de que a OAB precisa ser dotada de independência superior a dos outros conselhos profissionais. As competências atribuídas à OAB são atinentes à prestação da justiça, nada além;

13^a) as autarquias corporativas fazem jus ao mesmo tratamento conferido à OAB, pela similitude entre elas, inclusive não se justificando a ausência de controle externo pelo Tribunal de Contas com relação à Ordem dos Advogados do Brasil porque recebem anuidades de seus

membros, à semelhança das demais autarquias corporativas.

Por tudo isso, é que o autogoverno das profissões exercido pelas autarquias corporativas ou conselhos profissionais, à luz do que permite a Constituição Federal, no artigo 5º, XIII, *in fine*, só se legitima se existente lei para dispor sobre a intervenção estatal no caro direito clássico de liberdade de profissão, com vistas ao adequado atendimento dos fins desejados, assegurando-se, outrossim, que os meios sejam proporcionais aos fins pretendidos.

Semelhantemente aos conselhos profissionais ou autarquias corporativas, a Ordem dos Advogados do Brasil é incumbida do controle e fiscalização da classe dos advogados, e se lhe fosse atribuída a personalidade de autarquia, isso seria suficiente para garantir sua independência, assim como se passa com todas as entidades de fiscalização do exercício das profissões intelectuais.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. [S. l. : s. n.], 1960.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ASSEMBLÉIA DA REPÚBLICA. **Constituição da República Portuguesa**. VII Revisão Constitucional [2005]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira**: comentários. Rio de Janeiro: Typographia da Companhia Litho-Typographia em Sapopemba. 1092.

BASTOS, Celso. Constituição Portuguesa. **R. Inf. Legisl. Brasília**, ano. 25, n. 97, p. 63 a 69, jan./mar. 1988. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224175/000435107.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 ago. 2023.

BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Saraiva. 1990.

BERCOVICI, Gilberto. Os dilemas da proteção ao trabalho e ao combate às desigualdades sociais na Constituição de 1988. *In*: COPETTI NETO, Alfredo; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coord.). **Dilemas na Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 401-411. Disponível em: https://loja.editoraforum.com.br/image/catalog/pdf/2017/Release_Dilemas%20na%20Constituicao.pdf. Acesso em: 15 nov. 2023.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BRANTHÔME, Thomas. Introduction à l'historiographie des corporations : une histoire polémique (1880-1945). **Cairn.info. Les Études Sociales**, n. 157-158, p. 213 a 229, 2013. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-les-etudes-sociales-2013-1-page-213.htm>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADC 36/2020**. Relator: Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754375069>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI 3026/2006**. Relator: MIN. EROS GRAU. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2178282>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADPF 367/DF**. Relator: Min. Cármen Lúcia. Disponível em: [paginador.jsp \(stf.jus.br\)](https://portal.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754375069). Acesso em: 22 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal **ADI 6754**. Relator: Min. Edson Fachin. 2021. Disponível

em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6133812>. Acesso em: 13 mar. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-1-17-outubro-1969-364989-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.182. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Decreto nº 19.408/1930. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19408.htm. Acesso em: 28 abr. 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 938, de 13 de outubro de 1969. Provê sobre as profissões de fisioterapeuta e terapeuta ocupacional, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0938.htm. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. **Lei no 3.268, de 30 de setembro de 1957.** Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3268.htm. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 4.116, de 27 de agosto de 1962.** Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4116.htm. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963.** Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4215-27-abril-1963-353993-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 15 nov. 2023

BRASIL. **Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966.** Regula o exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro-Agrônomo, e dá outras providências. Disponível:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5194.htm. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 5.681 de 20 de julho de 1971.** Altera a redação de dispositivos da lei 4.215, de 27/04/1963 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Disponível em:

<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=5681&ano=1971&ato=3acg3aE50MjRVVTff8>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI 5367/2020.** Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4828140>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI 641/1991.** Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346502>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 183 Distrito Federal.** 27 set. 2019. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751377825>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **MS 22.643-9/SC.** Relator: Min. Moreira Alves. 1998. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85800> Acesso em: 19 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **RE 1.128.254/202.** Relator: Min. Nunes

Marques. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447782>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **RE 511/961.** 2009. Disponível em: RE 511961 (stf.jus.br). Acesso em: 11 abr. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **RE 539.224/2012**. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2187962>. Acesso em: 22 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **RE 731.301/2013**. Relator: Min. Celso de Melo. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4355426>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Representação nº 930/1976**. Relator: Ministro Rodrigues de Alckmin. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=39644>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI 3924**. Relator: Min. Rosa Weber. 2007. Disponível em:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **MS 21.797-9/RJ**. Relator: Min. Carlos Velloso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85612>). Acesso em: 19 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **RE 938.837**. Relator: Ministro Presidente. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral8223/false>. Acesso em: 01 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI 1717/2002**. Min. Sydney Sanchez, 07 nov. 2002. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266741>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BUNDESTAG, Deutscher. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Versão alemã de 23 de maio de 1949. Edição de junho de 2022. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra. Livraria Almedina, 1993.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo, Atlas, 2017

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1993.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Direito e processo disciplinar**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1966.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. O direito fundamental ao livre exercício da profissão:

As prerrogativas da advocacia como pressuposto da ordem jurídico-democrática. **Justiça e Cidadania**, 03 ago. 2022. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/o-direito-fundamental-ao-livre-exercicio-da-profissao-as-prerrogativas-da-advocacia-como-pressuposto-da-ordem-juridico-democratica/> . Acesso em: 28 abr. 2023.

COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA. Testo A Cura del Servizio Studi e della Segreteria Generale. Roma, Marzo 2023. Disponível em: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Costituzione_della_Repubblica_italiana.pdf. Acesso em: 15 nov. 2023.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

DERZI, Misabel Abreu Machado. A causa final e a rgra-matriz das contribuições. *In*: DE SANTI, Eurico Marcos Diniz (coord). **Curso de direito tributário e finanças públicas: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 626-666.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

DORIA, A. DE SAMPAIO. **Direito Constitucional**: volume 4. São Paulo: Max Limonad, 1960.

FALCÃO, Alcino Pinto. **Constituição Anotada**: volume II. Rio de Janeiro: Konfino, 1957.

FARIA JÚNIOR, João Leão de. Ordens e Conselhos Profissionais: Noções (Excertos de um parecer). **RT**, n. 475, p. 217-219, 1975.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FIORINI, Bartolome A. **Poder de Policia**. Buenos Aires:Alfa. 1957.

GAUDEMET, Yves. **Droit administratif**. 18. Ed. Paris: LGDJ, 2005.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

GUY, Georges. Vues sur le Corporatisme. **Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique**, Paris, n°s 3-4, p. 7-36, 1938. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código C734-7966-589E-D293 e senha F2FF-E3A8-25A0-A0ED . Acesso em:13 mar. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

LÔBO NETTO, Paulo Luiz. **Comentários ao Estatuto da Advocacia**. 2. ed. Brasília. Brasília Jurídica, 1996.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 22. ed. São Paulo: Malheiros

Editores, 2003.

MAGALHÃES, Dario de Almeida. Ordem dos Advogados do Brasil – Sua natureza jurídica, seus poderes, funções e encargos – Conceito de autarquia em face da doutrina e da lei – Prestação de contas ao Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, p. 340/351, abr./jun . 1950.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo estado regulador no Brasil: eficiência e Legitimidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2003.

MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza jurídica e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Os direitos sociais e o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. *In*: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Constituição Federal: 30 anos**. Ribeirão Preto. Editora Migalhas. 2018. p. 411-433.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. Coimbra. Coimbra Editora, 2005.

MOGIONI, Cristina Aparecida Faceira Medina. Os conselhos de fiscalização de exercício profissional à luz da jurisprudência do STF. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 20, p. 183-204, set. 2021/fev.2022.

MOREIRA, Vital. **Administração autónoma e associações pública**. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora. 2003.

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

MOREIRA, Vital. **O Governo de Baco. A organização institucional do Vinho do Porto**. Porto, Portugal: Afrontamento, 1998. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/317313193_O_Governo_de_Baco_a_Organizacao_Institucional_do_Vinho_do_Porto. Acesso em: 15 nov. 2023

PINHEIRO, Pedro Paulo de Castro; PEREIRA, Adilson da Silva. **Autarquias**

Corporativas, Conselhos de Fiscalização de Exercício Profissional. Rio de Janeiro: Mondrian, 2002.

ROMANO, Santi. **Corso di diritto amministrativo, Principii generali.** 3. ed. Milão: Casa Editrice Dorr.; Antonio Milani, 1837.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. rev. e atual. Saraiva: São Paulo, 2017.

SENATO DELLA REPUBBLICA. Costituzione Italiana. Edizione in lingua portoghese. Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 15 nov. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, p. 23-51, 2006. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf. Acesso em: 19 jan. 2024.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico.** 6. ed. São Paulo. Editora LTR, 2017.

SPITIZCOVSKI, Celso; MOTA, Leda Pereira. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Juarez Editora, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacyntho Arruda. Conselhos de Fiscalização Profissional: Entidades Públicas não estatais. **Boletim de direito administrativo**, v. 23, n. 12, p. 1353-1361, dez. 2007.

TÁCITO, Caio. Princípio de Legalidade e Poder de Polícia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 5, n. 10, jul./dez. 2001. Disponível em: http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2001/revdireito2001B/art_poderpolicia.pdf. Acesso em: 15 nov. 2023.

TATENO, Felipe Kazuo. **A amplitude do interesse público nas regulamentações profissionais e o alcance do princípio da liberdade profissional nessas situações.** 2005. Monografia - Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo, 2005. Disponível em: <https://dokumen.tips/documents/a-amplitude-do-interesse-pblico-nas.html>. Acesso em: 15 nov. 2023.

TATENO, Felipe Kazuo. **Jurisdição constitucional no Brasil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. **Constitución Española**. 1978. Disponível em:
<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Sobre a natureza jurídica dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 39, n. 56, jan./mar. 2002. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/753>. Acesso em: 15 nov. 2023.

VALLADÃO, Haroldo. Exercício por estrangeiros – constitucionalidade da exigência legal de reciprocidade. **Revista dos Tribunais**, ano 41, jul. 1952.

VELLOSO, Paula Campos Pimenta. Uma ambiguidade com pretensões duradouras: a formulação liberal da representação profissional e sua distinção em face do corporativismo. **Confluências - Revista interdisciplinar de sociologia e direito**, v. 19, n. 3, p. 57-89, 2017.