



IAB INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
NA VANGUARDA DO DIREITO DESDE 1843



PARECER – COMISSÃO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

INDICAÇÃO 038/2019 – CONSELHOS PROFISSIONAIS

PEC N° 108/2019

EM APROVADO
05.02.2020
[Handwritten signature]

EMENTA: Análise da constitucionalidade da proposta de Emenda Constitucional (PEC) de n° 108/2019, de iniciativa do Poder Executivo, que “Dispõe sobre a Natureza Jurídica dos Conselhos Profissionais.”. Doutrinariamente pairam ainda diversas divergências sobre a natureza jurídica dos conselhos profissionais. O STF consolidou o entendimento de que os conselhos desempenham função social relevante de fiscalização e controle da qualidade dos serviços profissionais prestados, necessitando valer-se de prerrogativas estatais, como o Poder de Polícia. Poderes típicos de estado não podem ser delegados a entidades particulares (ADI n° 1.717-6). A proposta abrange a Ordem dos Advogado do Brasil, o que interfere negativamente na advocacia violando o art. 133 da CF em razão da OAB exercer um papel social fundamental na administração da justiça. Da mesma forma, a PEC fragiliza os conselhos profissionais ao ponto de comprometer a qualidade e a tutela



de ética profissional em detrimento de um liberalismo desmedido do mercado que não necessariamente atenderá as perspectivas de um acompanhamento do desenvolvimento tecnológico no país. Pela inconstitucionalidade da PEC.

1) DA PROPOSTA E SUA RAZÕES:

A PEC nº 108/2019 propõe, sem sombra de dúvidas, uma importante inovação para o mundo jurídico e, principalmente, ao direito administrativo com a alteração da natureza jurídica dos Conselhos Profissionais. Os Conselhos sempre alimentaram muita discussão dentro da própria doutrina que nunca chegou a ser pacificada.

Houve Ação Direita de Constitucionalidade de nº 361 onde este tema foi objeto de discussão proposto ao STF. Propôs no teor da ação que o art. 58, §3º da lei federal 9.649/1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios seria constitucional ao determinar a aplicação da CLT aos empregados dos Conselhos Profissionais. A justificativa é de que os conselhos não são propriamente entidades estatais.

Assim dispõe o art. 58 da lei:

Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa.

§ 1º-A organização, a estrutura e o funcionamento dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas serão disciplinados mediante decisão do plenário do conselho federal da respectiva profissão, garantindo-se que na composição deste estejam representados todos seus conselhos regionais.



§ 2º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

§ 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.

§ 4º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas e jurídicas, bem como preços de serviços e multas, que constituirão receitas próprias, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos créditos decorrentes.

§ 5º O controle das atividades financeiras e administrativas dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas será realizado pelos seus órgãos internos, devendo os conselhos regionais prestar contas, anualmente, ao conselho federal da respectiva profissão, e estes aos conselhos regionais.

§ 6º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, por constituírem serviço público, gozam de imunidade tributária total em relação aos seus bens, rendas e serviços.

§ 7º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas promoverão, até 30 de junho de 1998, a adaptação de seus estatutos e regimentos ao estabelecido neste artigo.

§ 8º Compete à Justiça Federal a apreciação das controvérsias que envolvam os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, quando no exercício dos serviços a eles delegados, conforme disposto no caput.

§ 9º O disposto neste artigo não se aplica à entidade de que trata a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (OAB).



Perceba que da simples leitura da lei federal depreende-se que os conselhos exercem a fiscalização dos profissionais mediante delegação do Poder Público, por meio de autorização legislativa, mas por outro lado não possuem qualquer vínculo funcional ou hierárquico com a Administração Pública. Em outras palavras, os conselhos profissionais por lei hoje possuem prerrogativas estatais típicas, como o Poder de Polícia, Poder de Tributar e de Sancionar, no que diz respeito ao exercício e fiscalização de atividades profissionais e ao mesmo tempo se apresentam como entidades não sujeitas ao controle da Administração Pública.

Portanto, a interpretação acima, comungada com o art. 5º, inciso XIII; art. 22, inciso XVI; art. 21, inciso XXIV; art. 70, parágrafo único; art. 149 e art. 175 da CF/88 foi a conclusão da ADI nº 1.717-6, de relatoria do Ministro Sydney Sanches. **O STF entendeu que é impossível delegar atividade de poder de polícia, tributação e persecução disciplinar à entidade privada, portanto, os conselhos profissionais possuem natureza jurídica de autarquia.**

O art. 58, § 9º prevê ainda que estas diretrizes não se aplicam à OAB. Secundariamente, no julgamento da ADI 3.026, de relatoria do ministro Eros Grau, o STF entendeu que a OAB não é entidade integrante da administração indireta, sequer na condição de agência especial, constituindo “serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro”. Por isso, não se haveria de cogitar da aplicação à entidade do regime jurídico típico das autarquias pertencentes à administração indireta.

Isso nos leva a crer que a natureza jurídica dos conselhos é, até o presente momento, de direito público, o que mais se aproxima das autarquias, com exceção da OAB, tida como verdadeira entidade *sui generis*. Porém, nesse mesmo sentido, o procurador-geral da República tratou de questionar por meio da ADI nº 5.367 e na ADPF nº 367 o §3º do art. 58 da referida lei por possibilitar a contratação do quadro pessoal dos conselhos sob o regime da CLT, sendo que se sua natureza é de autarquia o regime propriamente dito deveria ser o estatutário, por força do art. 39 da CF/88. Uma



vez reconhecido o caráter público das atividades desenvolvidas pelos conselhos de fiscalização profissional, exercidas como manifestação de poder de polícia, e, por consequência, a natureza autárquica dessas instituições, é imperativa a aplicação a essas entidades do regime jurídico de direito público.

Historicamente, a partir da Constituição de 19342 o exercício livre de qualquer profissão passou a ser condicionada a pressupostos estabelecidos por lei. Mas foi com a Constituição de 19463 que foi reconhecida a possibilidade do Estado delegar o exercício de funções relativas à livre associação profissional. A partir deste momento, a União é quem institui por meio de lei específicas autarquias para o exercício descentralizado dessas atividades regulamentadores e fiscalizadores do exercício profissional.

Nesse meio nebuloso é que se propôs a PEC 108 que traz a inclusão na Constituição Federal o artigo 174-A e o 174-B que irá dispor sobre a natureza jurídica dos conselhos profissionais. São as alterações sugeridas:

“Art. 174-A. A lei não estabelecerá limites ao exercício de atividades profissional ou obrigação de inscrição em conselho profissional sem que a ausência de regulação caracterize risco de dano concreto à vida, à saúde, à segurança ou à ordem social. (NR)

Art. 174-B. Os conselhos profissionais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que atuam em colaboração com o Poder Público.

§ 1º O pessoal dos conselhos profissionais sujeita-se às regras da legislação trabalhista.

§ 2º Lei federal disporá sobre as seguintes matérias relativas aos conselhos profissionais:

I - a criação;

2 Art. 113. 13) - É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público.

3 Art. 159 - É livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público.



II - os princípios de transparência aplicáveis;

III - a delimitação dos poderes de fiscalização e de aplicação de sanções; e

IV - o valor máximo das taxas, das anuidades e das multas.

§ 3º É vedado aos conselhos profissionais promover, facilitar ou influenciar a adoção de práticas anticompetitivas em sua área de atuação.

§ 4º A imunidade de que trata a alínea "c" do inciso VI do caput e o § 4º do art. 150 se estende aos conselhos profissionais.

De plano, a PEC tem o objetivo de uniformizar o entendimento de que os Conselhos Profissionais, de fato, não integram a estrutura da repartição pública estatal. O projeto ainda prevê que por meio de lei federal haverá limitações quanto a criação das entidades de fiscalização e também quanto a forma como se procederá a regulamentação das profissões no país. A natureza jurídica dos conselhos será de entidades privadas sem fins lucrativos que atuam em colaboração com o poder público. Sendo assim, não lhes restará nenhuma prerrogativa pública, aplicando-se as diretrizes e regras do direito privados e a legislação trabalhista.

A necessidade de pacificar a natureza jurídica dos conselhos profissionais, para que também se possam estudá-las com mais afinidade jurídica, possui grande relevância para o direito administrativo. Afinal, até então a doutrina vem trabalhando os conselhos como parte da administração pública, criadas como se autarquias fossem, e que deveriam ter submissão ao regime jurídico da administração pública indireta.

2) EFEITOS AGUARDADOS:

Dentre os efeitos aguardados com a PEC o mais destacado é a regulação do mercado de trabalho. Isso tem sentido quando se espera com a aprovação da PEC uma ampliação e resguardo maior com a liberdade do exercício profissional e de associação



(art. 5º, inciso XIII). Caberá, portanto, ao poder público tão somente vir a regulamentar aquelas hipóteses de interesse da coletividade, devidamente justificadas em lei.

A PEC no seu art. 174-A privilegia o livre exercício da profissão, ressalvando que a lei somente virá a estabelecer limites nos casos onde o trabalho caracteriza risco de dano concreto à vida, à saúde, à segurança e à ordem social.

Ainda, certo é que a pacificação quanto à natureza jurídica dos conselhos profissionais trará implicações de ordem administrativa, qual seja, especialmente quando aos levantamos de inconstitucionalidade entre o art. 58, §3º da Lei Federal nº 9.469/1998 que aplica o regime da CLT ao conselho que pela jurisprudência reconhecido como entidade autárquica.

Outro ponto relevante diz quanto às implicações organizacionais, também presente na justificativa da PEC. Atualmente os conselhos possuem maior autonomia para autogerir e auto organiza-se, sequer vindo a ser supervisionado pelo Poder Executivo. Suas decisões não sofrem com o controle do Poder Hierárquico, cabendo exclusivamente aos seus associados.

As receitas auferidas por tais entidades não constituem receitas da Administração pública. E, finalmente, entende-se que a classificação como entidade privada sem fins lucrativos fará com que os conselhos não possam mais intervir de forma obrigatória e incisiva sobre a liberdade de organização das profissões.

Ao que tudo indica, a PEC também abrange a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Em outras palavras, cessariam também as controvérsias acerca da classificação especial da OAB que, apesar de possui personalidade jurídica própria, é atualmente vista como entidade autônoma, um serviço público independente de categoria, uma verdadeira entidade *sui generis*.



3) ALGUMAS PONDERAÇÕES IMPORTANTES:

A PEC em verdade vem cessar a obrigatoriedade do registro de profissionais e empresas para alguns conselhos profissionais, além de impor limitações de atuação e fiscalização. Por tal motivo que a aprovação da PEC repercute diretamente na esfera do direito administrativo, visto que as discussões sobre autarquias com peculiaridade de regime de direito privado cessaram.

Também, o art. 174-A dispõe que a lei poderá sim estabelecer limites ao exercício de atividades profissionais nos casos por ela mesmo listas, todavia, há certa insegurança a ser discutida porque não se tem definido quais serão esses conselhos, como serão os critérios para a sua definição, e muito menos a especificação dos procedimentos a serem adotados.

O art. 174-B, §2º, traz a ideia de que haverá uma lei federal que uniformizará os regulamentos dos conselhos profissionais. Cessa de uma vez com todas a autonomia existente, não existindo mais critérios diferentes para eleições, cargos e funções, valores de multa, anuidades, penalidades e até processamento e julgamento de processos administrativos.

A crítica maior à PEC está na retirada das prerrogativas estatais, pois sem elas os conselhos profissionais serão incapazes de se auto sustentar. Sem o Poder de Polícia, por exemplo, acredita-se que o conselho perderá suas rendas pela ausência da obrigatoriedade de filiação. Ainda, os conselhos não mais poderão intervir, organizar e até limitar a atividade dos profissionais e empresas em prol da sociedade.

A proposta abrange certamente a Ordem dos Advogado do Brasil, o que interfere negativamente na advocacia violando o art. 133 da CF em razão da OAB exerce um papel social fundamental na administração da justiça. Da mesma forma, a PEC fragiliza os conselhos profissionais ao ponto de comprometer a qualidade e a tutela de ética profissional em detrimento de um liberalismo desmedido do mercado que não



necessariamente atenderá as perspectivas de um acompanhamento do desenvolvimento tecnológico no país

Pelo exposto, ainda é impossível prever como se dará na prática a aplicabilidade da PEC, sendo certo que sua visão está embasada em uma ideologia bastante liberal. Não se sabe, por ora, ao certo, como ficará a obrigatoriedade de adesão a um e não a outros conselhos, nem quais serão os critérios para que haja essa faculdade ou até mesmo o que será objeto de alteração nas normas de cada um dos conselhos profissionais que existem no país.

4) DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PEC:

Inegável que a Constituição Federal de 1988 não trabalhou de forma satisfatória esses paradigmas dos Conselhos Profissionais, o que acabou deixando sopesar sobre a doutrina, jurisprudência e sobre o legislador o encargo de dar uma direção a estas discussões.

Ora, não há dúvidas de que os conselhos profissionais possuem sim características que os distinguem das estruturas típicas da Administração Pública. Em suas razões alguns pontos são levantados. Primeiro, os conselhos profissionais se sustentam apenas com os recursos angariados por meio das contribuições pagas pelas respectivas categorias. Segundo, não lhes são destinados nenhum recurso público. Terceiro, não lhes são aplicados o regime jurídico de direito público, mas sim ao regime de direito privado, possuindo ampla independência, autonomia e atuação desvinculada da Administração Federal. Quarto, a elaboração dos regulamentos são feitos exclusivamente por um corpo colegiado formado por representantes da classe de profissionais daquela entidade da qual não há participação ou influência da Administração Pública.

Entretanto, verifica-se que a PEC desprestigia o papel desempenhado pelos conselhos profissionais para com a coletividade, o que justifica sua relação para com o Poder Público. A PEC traz uma enorme insegurança jurídica. Não é certo que a



desburocratização das regras concernentes ao mercado para possibilitar um maior desenvolvimento tecnológico no país. Da mesma forma, a proposta de emenda apenas resolve as controvérsias dispares entre a lei, a jurisprudência e a doutrina, mas não soluciona de fato a problemática dos conselhos profissionais.

Verifica-se que a característica fundamental dos conselhos profissionais é justamente o exercício do Poder de Polícia e de Fiscalização. Para a legislação brasileira certamente estas atividades são típicas de Estado. O STF até o presente momento entende que é inconstitucional que estas atividades sejam delegadas a entidades de natureza privada (ADI nº 1.717-6).

Portanto, a alteração da natureza jurídica dos conselhos impossibilita qualquer fiscalização e disciplinamento do exercício profissional. Justamente a dissolução do Poder de Polícia acarreta um enorme prejuízo à sociedade, sabendo que os conselhos foram, sobretudo, criados para a proteção da sociedade, garantindo-lhe a segurança de contratar apenas profissionais registrados e habilitados, afastando a atuação de profissionais ilegais. Isso garante a qualidade da profissão em nosso país, que não pode ser extirpado com fundamento em maior liberdade de mercado.

A Constituição de 1988 dedicou ao livre exercício das profissões (art. 5º, inciso XIII), como norma de eficácia contida, a possibilidade de leis específicas que, dedicadas a cada uma das áreas, determina a qualificação do seu exercício, ou seja, a formação acadêmica e a recomendação do registro do título de formação junto aos Conselhos respectivos.

Também assim, esses órgãos de fiscalização profissional, atendendo à competência delegada pela União em texto constitucional, dedicando-se a fiscalizar o exercício das profissões, como recomenda o art. 21, inciso XXIV, executar a polícia administrativa da profissão, conferindo-lhes o direito “encargo” de estabelecer as condições necessárias à prática profissional dentro de suas áreas específicas de atuação.

Afora as atribuições fiscalizatórias que lhe são próprias, bem como as questões referentes à responsabilidade fiscal e à submissão à Lei de Acesso à Informações, não se



IAB INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
NA VANGUARDA DO DIREITO DESDE 1843



pode deixar ao léu a função social que os conselhos de fiscalização profissional exercem. Em verdade, os conselhos têm a missão constitucional de zelar pela ética e correção do exercício profissional, tendo por norte sempre o interesse público. Assim, exercem verdadeira atividade policial com relação aos controles sobre as atividades profissionais. Para o exercício da sua função, os conselhos se utilizam da prerrogativa de poder sancionar as pessoas por eles fiscalizadas, como forma de fazer prevalecer suas atribuições, em atendimento ao interesse público.

Fato é que ao desobrigar os profissionais da inscrição em seus respectivos conselhos, a PEC nº 108 suprime um dos mais importantes instrumentos de defesa da sociedade na fiscalização profissional, engessando e silenciando as entidades.

Assim, pelas razões expostas acima, com fulcro na segurança jurídica e do posicionamento já consolidado pelo STF, encaminho o presente PARECER ao Egrégio plenário do IAB, opinando pela flagrante inconstitucionalidade da PEC de nº 108/2019 que lesionada tanto posicionamento do STF (ADI nº ° 1.717-6) quanto os artigos 133; 5º, inciso XIII; e art. 21, inciso XXIV. Agradeço à comissão de Direito Administrativo, pela oportunidade de contribuir para o aperfeiçoamento da nossa justiça e da nossa Ordem Constitucional.

Em 17 de dezembro de 2019

Rio de Janeiro

Eric Santos Andrade

OAB/RJ 217.628

Membro da Comissão de Direito Administrativo - IAB