

Fiscalização Profissional — Aportes Constitucionais

MARCUS MORAES

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Os melhores publicistas que assinaladamente enfrentaram o problema da diagnose atinente à natureza jurídica pública ou privada de entidades que, posto que existentes e personalizadas, ora propendem para um, ora para outro campo do Direito, em razão de tais ou quais peculiaridades próprias, são unânimes em apontar como **critério** diferencial do ente público a detenção e o exercício, em nome próprio, do **Jus Imperii** estatal para o desempenho de funções do próprio Estado e que, de regra, só por ele deveriam ser exercidas (cf. CINO VITTA, in **Diritto Amministrativo**, 2.^a ed., 1932, vol. I, p. 427, e FRITZ FLEINER, tra. **Instituciones de Derecho Administrativo**, 1933, vol. I, p. 86, às citas de COVIELLO, JELLINEK, FERARA e D'ALESSIO).

A lição parece ter resultado bem aprendida entre nós quando, extravasando da melhor doutrina, terá assumido foros de norma cogente, ainda que didática na edição do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, embora o elogio implícito que aqui se expende a agnominada Lei de Reforma Administrativa seja firmemente restrito e absolutamente confinado ao conceito editado no seu artigo 5.º quando, para definir as autarquias e caracterizá-las como pessoas jurídicas de direito público interno, além de enunciar os já clássicos atributos de autonomia administrativa, criação através de lei e disponibilidade de patrimônio e receitas próprias, acrescem-lhe a conotação finalística de execução “de atividade típica da Administração Pública”.

Ambos os critérios, o doutrinário e o legal, são aqui lembrados com o fito de tê-los presentes à memória, quando e a cada passo que se desça à análise crítica da posição das chamadas “entidades criadas por lei com atribuições de fiscalização do exercício de profissões liberais”, na forma do palavroso epíteto a elas emprestado pelo Decreto-Lei n.º 968, de 13 de outubro de 1968.

Do curso da presente disceptação, deve desde logo ser afastada, a ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL após a reiterada vitória que logrou obter, mesmo nos dias escuros da ditadura militar, no sentido de desvincular-se completamente, do Poder Executivo da União, que a tanto fora jungida pelos Decretos n.ºs. 74.000, de 1.º de maio de 1974, modificado pelo de n.º 74.296, de 16 de julho do mesmo ano, e, por via de conseqüência, abstraída do controle externo das finanças públicas, exercido ao nível, pelo Tribunal de Contas da União.

Feita a ressalva excludente, colhe verificar que **todas** as demais entidades de fiscalização profissional têm também, à semelhança da indigitada OAB, por atribuições precípua, os misteres de **seleção e disciplina** da categoria profissional a que se referem. São, além da Ordem dos Músicos do Brasil, os Conselhos Federais e Regionais de Medicina, de Engenharia e Arquitetura, de Economia, de Administração, de Contabilidade e etc., numa proliferação sempre maior conforme o crescente movimento social catalisador de especializações profissionais. Ocioso dizer que todos esses organismos foram: criados por leis, dotados de patrimônio e receita próprios e de mecanismos administrativos de autogoverno, totalmente independentes da entidade matriz, ao tanto que **todos, sem exceção**, têm forma federativa, isto é, são compostos por órgãos regionais (Conselhos Regionais) de personalidade distinta, com bases territoriais correspondentes a cada uma das unidades da Federação Brasileira, indiretamente vinculados ao respectivo órgão federal (Conselho Federal) e integrados mediante o processo democrático de escolha a que correspondem eleições periódicas realizadas a partir das assembleias gerais das próprias classes que regenciam.

Então, à crítica jurídica, emerge clara a questão que se formule para saber até que ponto o exercício da seleção e da disciplina de determinada classe pode prefigurar “**atividade típica da Administração Pública**”?

Não custa, embora em ligeiras pinceladas, relembrar que as organizações identificadas pelo agrupamento de indivíduos de profissão comum, cujo germe repousou, entre nós, na profunda noite do Direito Romano em matéria mais sacral que leiga, ganharam contornos fortes, na linha da evolução jurídica e sócio-econômica para redundarem, na Idade Média, nas chamadas **CORPORAÇÕES DE OFÍCIO**.

Se a história é, segundo TITO LIVIO, verdadeira **magistra vitae**, merece que a atenção se volte para o fenômeno determinativo da formação dessas corporações de ofício. De início surgiram elas, no alto medievo, como instrumento de defesa profissional nas grandes cidades contra o inflacionamento da mão-de-obra determinado pelo grande afluxo, para não dizer fuga, do campo feudal para a órbita metropolitana. Resultado dos abalos no fundamento sócio-econômico do regime feudal, artesãos e oficiais passaram a abandonar o serviço do senhor do castelo para irem buscar sustento nas cercanias e dentro das cidades mercantilizadas, mediante a oferta de sua força laborativa. O aumento desse êxodo do velho feudo acabava por constituir ameaça à subsistência de iguais artesãos e oficiais já radicados na urbe medieval e daí a registrar-se, no curso do século IX, d.C., o surgimento, em Bizâncio, da primeira dessas “corporações de ofício”, constituídas e dirigidas por **mestres profissio-**

nais, por eles dominadas, com a detenção da prerrogativa de só permitir o exercício profissional àquele que se vinculasse às corporações, quer como aprendiz, quer como jornaleiro, numa linha de formação e de aperfeiçoamento prático, até chegar a mestre, na arte, no ofício ou no trabalho cujo exercício irmanasse a todos. É fácil depreender que, afora os interesses interindividuais dos respectivos integrantes, tais organismos sociais, a partir da fixação da jornada de trabalho, do número de trabalhadores em cada jornal, do acesso na categoria e da categoria às fontes de matéria-prima e de instrumentos laborais, até aos preços da prestação de serviços e dos produtos acabados, findaram, na prática, por exercer controle absoluto sobre a produção de bens de consumo, interpondo-se nas relações mercantis, como, diante da obliteração das suas finalidades e da importância política conquistada, a determinar não só o surgimento de organizações secretas de combate, como, do outro lado da medalha burguesa, no pólo oposto ao trabalho, a criação de corporações de cunho patronal e capitalista de que foram exemplo os **guildes des marchands** do século X, d.C., no Sul da França. A presença de uma sociedade globalmente corporativada empolgando todas as forças sócio-econômicas e o estudo da respectiva interação gerou, nos tempos modernos, a formulação do corporativismo como doutrina sócio-econômica e, especificamente, o aparecimento de Estados Corporativos, como o fascismo na Itália e o nacional-socialismo na Alemanha, para não falar no salazarismo português, e na tentativa integralista cabocla, sob a preocupação e o pretexto de combater os excessos individualistas da Revolução Industrial.

Ora, pois bem, não se está aqui a pervagar aligeiramente o passado pelo simples prazer de matar saudades... Antes, para recolher, nesse deambular retrospectivo, a dupla verificação de que: a) a corporativação social dirigida pelo Poder Central representa a tendência fascista no Estado de direito; e b) o postulado da liberdade no exercício das profissões, ao justo inverso, é uma decorrência impositiva dos princípios que animaram a tomada da Bastilha ou, se por preferência, da estratificação jurídico-institucional da Revolução Industrial que o Positivismo de AUGUSTE COMTE tentou direcionar. A fim de não resvalar para o campo de discussões metafísicas, tanto ao gosto da crítica apaixonada e inconcludente, cumpre aqui anotar: **PRIMUS**, a fundamental importância, para o Estado de direito, com o exercer a escolha da sua autodireção filosófica, cogitar da possibilidade jurídica de dispor a respeito do exercício profissional de seus jurisdicionados; **SECUNDUS**, a prevalência, entre nós, do princípio do livre exercício profissional segundo o expresso no § 23 do artigo 153 da Constituição vigente **ab verbis**: "É livre o exercício de qualquer **trabalho, ofício ou profissão**, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer", sem perder de vista o texto do artigo 8.º, inciso XVII, letra r, ao estatuir

a competência da União para legislar sobre as condições de capacidade para o exercício das **profissões liberais e técnico-científicas**.

Não constituiria exorbitância, para a reabertura do debate em torno da legitimidade da intromissão do Estado de direito no moldar a liberdade de produzir, uma ligeira inflexão sobre o passado constitucional brasileiro. Assim é que, a Carta Imperial de 1824, o nosso primeiro Texto Básico, estabelecia a liberdade laborativa em todos os níveis, como direito individual de cada um, sob o exclusivo contraste dos bons costumes, da segurança e da saúde do cidadão (artigo 179, § 24), sem que se possa, porém, esquecer o teor do parágrafo subsequente (n.º 25) ao declarar "**abolidas as corporações de ofícios, seus juizes, escrivães e mestres**" num retrato nítido da ambiência histórica de sua promulgação. A primeira Constituição Republicana, com o positivismo **à la corde**, e num verdadeiro reforço de expressão pelo aludir a "qualquer profissão moral, intelectual e industrial" continha a proclamação da liberdade de exercício que DEMÉTRIO RIBEIRO queria reconhecido independentemente de títulos ou diplomas quaisquer; ecoava, certamente, ainda o princípio já secular da Constituição Francesa de 1793, segundo o qual **Nul genre de travail, de culture, de commerce ne peut être interdit à l'industrie des citoyens.**"

As Constituições de 34 e 37, respectivamente, em sucessivas limitações às "condições de capacidade técnica e outras" e a "restrições impostas pelo bem público, nos termos da lei" mal disfarçam o clima internacional que preantecipou a Segunda Grande Guerra. Finalmente, caberia o cotejo do enunciado vigorante, com o correspondente anterior, inserido na Carta de 46, artigo 141, § 3.º, **in ipsiis litteris**: "É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer."

A modificação da locução central que, em 46, aludia a "**profissão**" e, em 67, passou a referir a "trabalho, ofício ou profissão" tanto pode ser interpretada como meramente explicativa, quanto resultante do intuito de transferir, para a lei ordinária, migrável e mutável ao sabor de inspirações predominantes, não só o enunciado das condições de capacidade limitativas do livre exercício das profissões, mas, também, de qualquer "trabalho ou ofício", ainda que não de características condizentes com a formação profissional.

Esse breve volteio na exegese constitucional serve porém, ao limitado intuito destas linhas, à observação de que, no Brasil atual e constitucionalmente vigente, o Estado chamou a si a prerrogativa de preestabelecer as **condições de capacidade exigíveis para a licitude de qualquer trabalho, ofício ou profissão**, conforme dispuser a legislação ordinária, ao tempo em que proclamou livre o respectivo exercício, uma vez observados os condicionamentos de capacitação que impuser a cada trabalho, a cada ofício, a cada pro-

fissão. Por isso é que se tem por ilícitas as profissões de jogador profissional, de curandeiro, de meretriz e etc. e que algumas profissões dependem de formação curricular regular e outras não, observando-se, como anteriormente já se aludiu, a uma progressiva curricularização de especialidades profissionais. A lei ordinária vedou o exercício daquelas, impôs requisitos de formação educacional e curricular a algumas e, a outras, admitiu a comprovação do aperfeiçoamento.

Ao lado do enunciado da garantia individual que a Constituição assegura nos termos acima expostos, cumpre não esquecer que, em termos de organização laborativa, a Lei Fundamental também proclama livre, isto é, independente de ingerências do Poder Público, as associações profissionais ou sindicais, **condicionando** à disponibilidade da **lei ordinária** a forma de sua constituição, o modo de representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o **exercício de funções delegadas de poder público** (artigo 166 da Carta Magna da República), numa confirmação expressa de preocupação disciplinadora do fato social consistente no natural agrupamento das forças laborativas identificadas por interesses comuns.

Acontece que o preestabelecimento de condições de capacidade para o exercício profissional não condiz só com a formulação de exigências na formação educacional (curricular), posto que, é bom não esquecer, a **capacidade** individual para a prática de atos jurídicos, e jurídicos são os atos lícitos das práticas profissionais, tanto se adquire quanto se perde; então, a lei ordinária que, entre nós, tem o mister de editar as condições de **aquisição** da capacidade jurídico-profissional (em alguns casos, sob as exigências de formação curricular, como sóe acontecer com as profissões ditas nobres, tais como a advocacia, a medicina, a engenharia, a economia e etc.), teria também de estabelecê-las para os casos de perda **dessa** mesma capacidade.

Ora, aos olhos medianamente lúcidos, ressaí fácil que a verificação das condições de **aquisição** (da capacidade para o exercício profissional) condiz com a **atividade de selecionar**, à base de verificação de aptidão, o indivíduo para o exercício legal de determinado trabalho, ofício ou profissão, e por isso é que o **registro** individual nos organismos competentes constitui pré-condição para o exercício legal da atividade produtiva; ao mesmo passo, a verificação das condições de preservação da capacidade adquirida, e logicamente, os da respectiva **perda** correspondente à **atividade disciplinadora** que tais organismos exercem em relação aos seus membros. Com isso e por isso resulta inferível que, no ordenamento jurídico brasileiro, a atividade de selecionar e de disciplinar o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão constitui atividade típica da Administração Pública, com o que se demonstra e com-

prova o requisito crucial para a identificação das entidades encarregadas de exercê-las como verdadeiros entes públicos e, portanto, como **autarquias profissionais**.

Diante da opção exercida no plano do sistema jurídico brasileiro que decorre do Direito Positivo vigente entre nós, ascenderia o dever crítico de assinalar o conteúdo fascista de sua inspiração, não tanto pela absorção da prerrogativa que, em alguns países, perdura confinada dentre as atribuições dos sindicatos livres, de que constitui exemplo mirável a luta sindical norte-americana contra os **yellow dogs** (elementos classistas vendidos aos interesses patronais), mas, pela singularidade desconforme com os princípios inspiradores da própria Constituição Brasileira, no sentido da preservação da liberdade do exercício profissional, consistente em vincular tais órgãos à supervisão ministerial (**sic**) e à prestação de contas de recursos que nada têm a ver com o tipo de entradas financeiras devidas ao Poder Central. Pior que tudo ainda, para remate e arremate de argumento, na medida em que se conceba que a liberdade, inclusive a profissional, é incompatível com a dependência econômica, terá sido a edição da Lei Federal n.º 6.994, de 1982, segundo a qual as sobras econômicas apuradas nos balanços anuais das entidades em exame migrem para os cofres públicos, num verdadeiro **confisco** praticado contra o bolso e a liberdade das forças laborativas nacionais.

Fica pois o alvitre, sob alguma pretensão de fundamento jurídico e no momento em que se começa a falar em reconstitucionalização do País, senão de reabrir-se a discussão em torno do tema de ser ou não ser atividade típica da Administração Pública a de seleção e disciplina das diversas profissões, pelo menos, o de alforriar os organismos aos quais se confere a atribuição, da sujeição fascista ao Poder Central da República.