

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCO JOSÉ STEFANI

**BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEGIFERÂNCIA DEONTOLÓGICA E O
DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ÂMBITO CONSELHOS PROFISSIONAIS**

Porto Alegre

2022

MARCO JOSÉ STEFANI

**BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEGIFERÂNCIA DEONTOLÓGICA E O
DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ÂMBITO CONSELHOS PROFISSIONAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Direito do Estado pelo programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores

Porto Alegre

2022

CIP - Catalogação na Publicação

Stefani, Marco José

Breves considerações sobre a legislação deontológica e o devido processo legal no âmbito dos conselhos profissionais / Marco José Stefani. -- 2022.

37 f.

Orientador: Alfredo de Jesus Dal Molin Flores.

Trabalho de conclusão de curso (Especialização) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Direito do Estado, Porto Alegre, BR-RS, 2022.

1. conselhos profissionais. 2. normas legisladas. 3. interesse público. 4. Constituição Federal. I. Flores, Alfredo de Jesus Dal Molin, orient. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UFRGS com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

MARCO JOSÉ STEFANI

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEGIFERÂNCIA DEONTOLÓGICA E O
DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ÂMBITO CONSELHOS PROFISSIONAIS

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Especialista em
Direito do Estado pelo programa de Pós-
Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em: ___ de _____ de 2022.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores

Nome do membro da banca

Nome do membro da banca

Porto Alegre

2022

RESUMO

Este trabalho busca demonstrar que os Conselhos Profissionais, entidades especiais subsidiárias do Estado, contribuem ao exercício da cidadania e ao fortalecimento do regime democrático de governo. Na condição de autarquias federais com poder de polícia para regulamentar, orientar e fiscalizar o trabalho, devem bem identificar sua natureza jurídica, sua legitimidade e sua finalidade de forma a impedir que incorram em práticas ilegais, inconstitucionais e antidemocráticas, agravadas pelo fato de serem capazes de suspender o exercício profissional e até mesmo de cassá-lo. O trabalho, indispensável à sobrevivência do ser humano e ao desenvolvimento da cidade, passou a ser objeto de interesse público, para defesa da sociedade contra práticas imperitas e/ou antiéticas. Tais entidades devem arrecadar tributos, gestar a coisa pública, editar normas e julgar pessoas físicas (profissionais e leigos) e jurídicas (inscritas e não inscritas). As normas legiferadas, publicadas e executadas pelos conselhos profissionais deverão ter, no conteúdo e na forma, a eficiência necessária à satisfação do interesse público, sob pena de incorrer em desvio de finalidade, ilegalidade e abuso de poder. O exercício da jurisdição administrativa dos conselhos profissionais deve garantir o devido processo legal, o contraditório, ampla defesa e presunção de inocência. A Constituição Federal manda atentar à necessidade de que as garantias previstas ao processo judicial estejam presentes no processo administrativo. Aos conselhos profissionais cumprem-se organizar como o Estado-Nação, que abarca em si três funções concomitantes e distintas: a de Estado-Polícia, a de Estado-Acusador e a de Estado-Juiz. Dessa forma, conseguirão executar uma jurisdição administrativa tão imparcial quanto àquela que é exercida, nos processos judiciais, pelo Juiz de Direito.

Palavras-chave: conselhos profissionais; normas legiferadas; interesse público; Constituição Federal.

ABSTRACT

This work seeks to demonstrate that the Professional Councils, special subsidiary entities of the State, contribute to the exercise of citizenship and the strengthening of the democratic regime of government. In the condition of federal autarchies with police power to regulate, guide and supervise the work, they must well identify their legal nature, their legitimacy and their purpose in order to prevent them from incurring in illegal, unconstitutional and antidemocratic practices, aggravated by the fact that they are able to suspend the professional exercise and even to cancel it. Work, which is indispensable for the survival of human beings and the development of the city, has become an object of public interest, in order to defend society against imperfect and/or unethical practices. Such entities must collect taxes, manage public affairs, issue regulations and judge individuals (professionals and laymen) and legal entities (registered and non-registered). The norms legislated, published and executed by the professional councils must have, in content and form, the necessary efficiency to satisfy the public interest, under penalty of incurring in misuse of purpose, illegality and abuse of power. The exercise of administrative jurisdiction by professional councils must guarantee the due process of law, the adversarial process, ample defense and presumption of innocence. The Federal Constitution requires that the guarantees provided for the judicial process be present in the administrative process. Professional councils must organize themselves as the Nation-State, which embraces three concomitant and distinct functions: the Police-State, the Prosecuting-State and the Judge-State. In this way, they will be able to execute an administrative jurisdiction as impartial as that which is exercised, in judicial proceedings, by the Judge of Law.

Keywords: professional councils; legislative norms; public interest; Federal Constitution.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	DO ESTADO NATURAL RUMO AO ESTADO DE DIREITO	9
3	A ORIGEM DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS	13
4	A NATUREZA JURÍDICA DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS	15
5	AS ATRIBUIÇÕES DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS.....	18
6	A LEGIFERÂNCIA NO ÂMBITO DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS	20
7	O DEVIDO PROCESSO LEGAL NOS CONSELHOS PROFISSIONAIS	25
8	CONCLUSÃO.....	34
	REFERÊNCIAS.....	36

1 INTRODUÇÃO

Como os Conselhos Profissionais, entidades especiais subsidiárias do Estado, podem contribuir ao efetivo exercício da cidadania e ao fortalecimento do regime democrático de governo? Num momento histórico intitulado de pós-moderno, líquido, e de um constitucionalismo brasileiro havido enquanto contemporâneo, quais boas práticas são exigidas dos Conselhos Profissionais a bem da verdadeira defesa da sociedade?

Partindo-se da premissa de que tais entidades são autarquias federais com poder de polícia para regulamentar, orientar e fiscalizar o trabalho, cumpre-lhes bem identificar sua natureza jurídica, sua legitimidade e sua finalidade de forma a impedir que, por culpa (erro de inteligência) ou dolo (erro de vontade), incorram em práticas ilegais, inconstitucionais e antidemocráticas, agravadas pelo fato de terem às mãos o que dignifica o homem e o faz sobreviver: o trabalho.

Sem ele, condena-se o homem à involução, à mendicância, ao crime e à morte. Munidos de poder para advertir, repreender, multar, mas também para suspender o exercício profissional e até mesmo para cassá-lo, os Conselhos Profissionais detêm, na prática, poderes capazes de garantir a vida e de decretar a morte do cidadão. Tamanho poder impõe a assunção da consciência plena das responsabilidades políticas e legais que pairam sobre tais entidades (extensiva a seus mandatários), tanto mais em países emergentes de períodos ditatoriais e de constitucionalismo atrasado como o Brasil.

No exercício das competências legais de arrecadar tributos e gestar a coisa pública (função executiva), de editar normas à sociedade (função legislativa) e de julgar pessoas físicas (profissionais e leigos) e jurídicas (inscritas e não inscritas), quais molduras constitucionais (político-jurídicas) haverão de balizar os mandatários no honorável exercício temporário e não remunerado dessas funções típicas de Estado? Eleitos pelos pares e empossados na função pública a exemplo dos gregos da Grécia Clássica, que sacavam na Ágora os seus melhores cidadãos para conduzi-los à Acrópole de modo a servirem ao interesse público (leia-se: da cidade inteira), os dirigentes dos Conselhos Profissionais servirão tanto melhor à cidade (*res publica*) quanto melhor atentarem ao espírito democrático e constitucional que a Constituição de 1.988 quis implantar no Brasil pós-ditadura militar.

Partindo dessa premissa, o presente trabalho tem por objetivo conseguir responder às seguintes perguntas: I) Essas entidades subsidiárias do Estado contribuem ao efetivo exercício da cidadania e ao fortalecimento do regime democrático de governo? II) Quais critérios jurídicos devem ser considerados no processo legiferante dos Códigos de Ética Profissional? III) O devido processo legal (*due process of law*) tem aplicação nos processos disciplinares instaurados nos Conselhos Profissionais?

2 DO ESTADO NATURAL RUMO AO ESTADO DE DIREITO

Tudo o que nasce busca sobreviver. A pulsão de vida é inerente a todo ser vivo, razão pela qual todos têm por instinto a perpetuação da espécie: nascem condenados a resistir à morte e a lutar pela vida. Os vegetais precederam aos animais; e estes ao homem. Todos, sem exceção, têm lugar certo na cadeia alimentar que institui a guerra do mais forte contra o mais fraco.

Para que uns garantam sua sobrevivência, outros haverão de lhes servir de alimento. A vida se perpetua através dessa guerra, onde os mais fortes sobrevivem e os mais fracos sucumbem em prol da perpetuação dos espécimes mais evoluídos.

Esse estado de guerra total presente na natureza¹, ainda que legitimado pelo instinto de sobrevivência presente em todo ser vivo, vai catalisar no homem uma pulsão egoística que o fará tender ao absolutismo. Se a vida natural se encontra distribuída em cadeia alimentar, onde a força maior garante a sobrevivência mais longa, é natural que cada ser humano busque poder ilimitado como meio de se garantir contra o risco de ser subjugado por outro, mais forte, que lhe possa aniquilar.

Considere-se que, por milhares de anos (ao menos até que o *homo sapiens* surgisse ou se desenvolvesse como tal), a vida se resumia a mero fato natural (acaso). Antes de o homem se descobrir capaz de *conhecer a si* (gnôthi sauton)² e de pensar sobre o *além-de-si*, a vida não passava de um composto de coexistências desprovidas de razões apriorísticas e/ou finalísticas que lhe induzissem a indagar sobre valores. Os homens lutavam por sobrevivência e, inclusive, alimentavam-se uns dos outros sem a menor consciência e indagação a respeito de valor e desvalor, de justo e injusto, de ético e não ético.

A guerra, de que tanto dependia a vida, não era justa nem injusta, mas natural: consequência do instinto de sobrevivência, do desejo egoístico e legítimo de cada ser (incluindo o homem) buscar sobreviver de forma mais longa possível

¹ “(...) quando não existe um poder comum capaz de manter os homens numa atitude de respeito, temos a condição do que denominamos guerra; uma guerra de todos contra todos. Assim, a guerra não é apenas a batalha o ato de lutar, mas o período de tempo em que existe a vontade de guerrear; logo, a noção de tempo deve ser considerada como parte da natureza da guerra, tal como é parte da noção de clima. Da mesma forma que a natureza do mau tempo não consiste em algum chuveiro, mas numa tendência à chuva intermitente com duração de dias, a natureza da guerra não consiste na luta real, mas na disposição para ela durante todo o tempo em que não há segurança do contrário.” (HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 108).

² **Conhece a ti** mesmo (máxima inscrita no Templo de Apolo em Delfos).

num mundo repleto de adversidades e perigos naturais. Portanto, no princípio da existência humana, não havia valores, mas sim e apenas fatos: lutar para viver, lutar para não morrer. Na esteira disso, o mais legítimo e ilimitado desejo de dominação absoluta, meio útil à garantia da sobrevivência mais longa.

Os valores surgem a partir do momento em que o homem desenvolve uma consciência de si. Quando conscientiza a sensação de infelicidade que é *ser-aí* no mundo³, sozinho, abandonado a um viver sem razões apriorísticas ou finalísticas capazes de dar sentido à própria vida (até então vivida apenas egoisticamente), é que o homem descobre os valores

Confrontado consigo, o homem se apercebe da própria incompletude e, naturalmente, aproxima-se do outro, seu semelhante, em busca de uma complementação tendente a lhe preencher o vazio existencial, lhe aplacar o medo e lhe causar a sensação de felicidade que passará a fundamentar a razão do próprio viver.⁴ Assim o homem descobriu, na sociabilidade, a oportunidade de desenvolvimento e de maiores chances de sobrevivência longa.

A naturalidade com que esse mamífero bípede, dotado de inteligência, percorreu esse longo caminho evolutivo, causa em nós a certeza de que, tenha ele surgido de Deus ou do macaco, veio ao mundo condenado a realizar três coisas manifestamente impressionantes: desenvolver-se (tornar-se humano), socializar-se

³ “Não filosofamos apenas vez por outra, mas de modo constante e necessário porquanto existimos como homens. Ser-aí como homem significa filosofar. (...) Nosso saber quanto a isso se resume agora a uma afirmação: o filosofar pertence ao ser-aí humano como tal. Nesse ‘como tal’, ele acontece e tem a sua história.” (HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009. p. 3)

⁴ (...) nossa natureza antiga não era, em absoluta, idêntica ao que é hoje. Em primeiro lugar, havia três tipos de seres humanos e não apenas os dois, macho e fêmea, que existem na atualidade; havia também um terceiro tipo que possuía em si porções iguais dos outros dois – tipo do qual sobrevive o nome embora ele próprio haja desaparecido. De fato, o andrógino então constituía uma unidade tanto na forma quanto no nome, um composto de ambos os sexos, o qual compartilhava igualmente do masculino e do feminino, ao passo que hoje se transformou meramente num nome insultuoso. (...). cada indivíduo possuía quatro braços e quatro pernas combinando; dois rostos exatamente semelhantes sobre um pescoço cilíndrico. Entre os dois rostos posicionados em lados opostos havia uma cabeça com quatro orelhas. Havia duas genitálias e todas as demais partes, como podeis imaginar, nessa proporção. (...). Eram dotados de extraordinária força e vigor, e de inteligência e sentimento tão elevado que chagaram a conspirar contra os deuses (...). Finalmente, Zeus, congregando toda sua inteligência, falou: ‘Penso que tenho um plano que sem determinar a cessação da existência do ser humano, dará fim à sua iniquidade através de uma redução de sua força. Proponho que cortemos cada um deles em dois, de modo que ao mesmo tempo que os enfraqueceremos, os tornaremos mais úteis em função de sua multiplicação; andarão eretos sobre duas pernas. Se mesmo assim continuarem revoltoso e não se aquietarem, repetirei a ação’, ele disse. (...). Ora, como a forma natural fora cortada em dois, cada metade passou a sentir falta de sua outra metade, no desejo de reintegrá-la, e assim enlaçavam-se com seus braços, nesses amplexos, ansiando por serem unidos.” (PLATÃO. **Diálogos V**: o banquete. Bauru: Edipro, 2010. p. 59).

(completar-se no outro, formar famílias, construir cidades) e fazer política (governar a *polis* por ele mesmo erigida). Poder-se-á sustentar, a partir disso, que o homem é *pré-destinado* (por Deus ou pela natureza) a ser humano, social e político.⁵

Uma vez alcançado esse desiderato, qual seja, o de construir a si (tornar o “eu” humano),⁶ depois o “nós” (casal, filhos, famílias, cidades) e, por fim, o governo que necessitará ser bom e justo (política voltada ao interesse público), o homem terá suplantado sua animalidade e o estado natural de guerra permanente para, então, poder se intitular imagem e semelhança divinas (aos que nela crêem) ou a excelência dos seres (aos que não crêem numa origem divina).

A passagem de um estado natural de guerra para um estado jurídico de paz (organizador da vida e garantidor do desenvolvimento geral) pressupõe: i) a fundação de um contrato social⁷ erigido a partir de valores irrenunciáveis à vida digna do ser humano (Bem, Justiça, Ética); ii) uma autoridade capaz de impor, a todos, os valores e as regras contidas nesse contrato humanizador do viver em sociedade (Estado de Direito).

⁵ “Se, portanto, uma finalidade de nossas ações for tal que a desejamos por si mesma, ao passo que desejamos as outras somente em virtude dessa, e se não elegemos tudo por alguma coisa mais (o que, decerto, prosseguiria ao infinito, de sorte a tornar todo desejo fútil e vão), está claro que se impõe ser esta o bem e o bem mais excelente. E não será o conhecimento dele muito importante do ponto de vista prático para a vida? Não nos tornará ele melhor capacitados para atingir o que devemos, como arqueiros que têm um alvo no qual mirar? Se assim for, temos que tentar definir, ao menos em um delineamento, o que é esse bem mais excelente e de qual das ciências especulativas ou práticas é ele o objeto. Pareceria ser ele o objeto da ciência, entre todas, a ciência maior. (...). Diante do fato de que as ciências restantes se prestam ao uso desta e, visto que ela, ademais, estabelece leis quanto à conduta (o que as pessoas devem e não devem fazer), sua finalidade terá que incluir as finalidades de todas as demais. Determina-se, com isso, ser o bem humano a sua finalidade, pois a despeito de o bem ser idêntico para o indivíduo e para o Estado, o do Estado é visivelmente maior e mais perfeito, seja a título de meta, seja como objeto de preservação. Assegura o bem de um indivíduo apenas é algo desejável: porém, assegurá-lo para uma nação ou um Estado é uma realização mais nobre e mais divina.” (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2014. p. 46).

⁶ “(...) não somos, de modo algum obrigados a fazer do homem um filósofo antes de fazer dele um homem; (...) sem o estudo sério do homem, de suas faculdades naturais e de seus desenvolvimentos sucessivos, nunca se chegará a fazer essas distinções e a separar, na atual constituição das coisas, o que fez a vontade divina daquilo que a arte humana pretendeu fazer.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Porto Alegre: L&PM, 2019. p. 37).

⁷ “Imagino os homens chegados ao ponto em que os obstáculos, que causam prejuízos a sua conservação no estado natural, os arrastam por sua resistência sobre as forças empregadas por cada indivíduo a fim de se manter em tal estado. Então esse estado primitivo não tem mais condições de subsistir, e a humanidade, se não mudasse sua maneira de ser, pereceria. (...). Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um unindo-se a todos, não obedeça portanto senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente. Esse é o problema fundamental cuja solução é dada pelo contrato social.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Porto Alegre: L&PM, 2019. p. 21).

Constituída a autoridade de que é feito o Estado, todas as expectativas naturais do homem (inerentes à sua condição de ser humano) passam a ser exigíveis por qualquer um, pois a vida humana não mais comportaria o abandono do homem à mera sobrevivência de espécime abandonado numa cadeia alimentar impessoal e desprovida de axiomas (justiça, ética, felicidade etc). O homem, portador de propósitos em si e *para-além-de-si*, sendo o que mais espelhará a face do Divino, passa finalmente a ter o direito de se realizar como humano: a gozar do justo, do ético, e ao de ser feliz no viver cotidiano na cidade.

3 A ORIGEM DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS

Os Conselhos Profissionais, entidades fiscalizadoras do trabalho contra o exercício ilegal (imperito) da profissão e a falta de ética, surgiram a partir da metade do Século XX, fruto da valorização do homem e da sociedade contra os desmandos do livre mercado e da força do capital que defendia o livre exercício do trabalho.

No final do Século XVIII, com a eclosão da Revolução Francesa e a queda de diversas monarquias absolutistas, reconheceu-se ao homem direitos naturais decorrentes da sua condição humana (imagem e semelhança divinas). A burguesia, plenamente liberta da submissão aos reis absolutistas, proclamava sua mais absoluta e total liberdade. Na sequência, dava origem a um importante movimento político chamado Liberalismo, o qual pugnava pelo alargamento absoluto das possibilidades de cada um prover livremente sua subsistência e acumular ilimitadamente riquezas.

Com o tempo, porém, a mesma revolução burguesa que fundou direitos irrenunciáveis para que o cidadão restasse protegido contra o retorno de governos despóticos, acarretou a total ausência de regulamentação do mercado. Isso fez com que grande parte dos cidadãos se vissem à mercê dos riscos e prejuízos da oferta de serviço desqualificado (imperito) ou ganancioso (antiético)⁸. Com o advento da Revolução Industrial na Inglaterra e a radical alteração da relação entre trabalho e capital, a situação manifesta de exposição dos cidadãos aos efeitos do livre mercado exigiu a imposição de alguma contenção a bem da proteção dos trabalhadores e da sociedade a quem os trabalhos daqueles se dirigiam.

Esse Estado Liberal (burguês), não intervencionista, encontrou oposição em 1917, a partir da Revolução Bolchevique. A partir dela, ressurgiu com mais força as ideias humanistas, a reivindicar a necessidade de o Estado regular e fiscalizar a relação entre trabalho e capital. Estados liberais e não intervencionistas, nascidos da Revolução Francesa e impulsionados pelo Liberalismo, começaram a se transmutar em Estados intervencionista, a maioria não totalitários, influenciados pela Igreja Católica (*Encíclica Rerum Novarum e Mater et Magistra*). O Estado Liberal (de

⁸ “De acordo com os princípios liberais individualistas, a Revolução Francesa procedeu à rasoura de todos os corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado, bem como de todas as formas de autonomia coletiva. Tratava-se de eliminar os privilégios particulares -, os corporativismos e os de classe. Passou a haver apenas os indivíduos, a nação como somatório deles e o Estado.” (MOREIRA, Vital. **Administração Autônoma e Associações Públicas**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003. p. 18).

Direito) foi, gradativamente, convertendo-se em Estado do Bem-estar Social, com preocupações voltadas à satisfação do interesse público. Isso abrangia, dentre outros interesses gerais, o controle e a qualidade do exercício profissional⁹.

Por consequência, em 1927, a Itália editou a Carta del Lavoro restringindo a liberdade de trabalho e condicionando-a à prévia autorização do Estado. O trabalho passava a ser considerado em seu duplo aspecto: num primeiro, individualista – trabalho enquanto meio lícito à obtenção do sustento individual (pura e legitimamente egoísta, liberal, burguês); num segundo, de interesse e utilidade públicas – oferta dos serviços necessários ao suprimento das necessidades coletivas (da pólis), corolário dos deveres inerentes ao cidadão, quais sejam, construção e conservação da cidade, suprindo-a com os serviços reclamados a bem da conservação e do desenvolvimento social.

Gradativamente o trabalho, indispensável à sobrevivência do ser humano e ao desenvolvimento da cidade, passou a ser objeto do interesse público e da regulamentação (fiscalização) do Estado.

⁹ “A onde liberal, se teve o mérito de fazer sucumbir os regimes totalitários de fixar bases para o desenvolvimento de uma doutrina de respeito aos direitos humanos, de instituir o trabalho livre, acabou por permitir o surgimento de nova mazelas. O poder econômico passou, em muitas situações, livre de qualquer regulação, a atuar de forma nefasta em relação à sociedade. Em razão dessas mesmas condições, no campo específico que nos interessa, a liberdade irrestrita do exercício de atividades profissionais tornou-se, em muitos casos, atentatória à coletividade. Surgiu, assim, a necessidade de busca da justiça social. Esse ideal, no novo cenário que se desenhava, deveria ser perseguido, e o Estado seria um meio para alcançar tal fim.” (MAURIQUE, Jorge Antônio *et al.* **Conselhos de Fiscalização Profissional**. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p.23).

4 A NATUREZA JURÍDICA DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS

Os Conselhos Profissionais são pessoas jurídicas de Direito Público, autarquias, eis que criadas por lei federal para a execução de funções de interesse público, quais sejam, as de regulamentar e fiscalizar o exercício profissional, combatendo o exercício ilegal da profissão e a conduta antiética os profissionais habilitados. Embora detenham poder de polícia (privativo do Estado), os Conselhos Profissionais não integraram a Administração Pública e, por esta razão, são considerados autarquias corporativas (*sui generis*).¹⁰

Do final do Século XIX até meados do Século XX, a fiscalização do trabalho, corolário de uma centralização da atividade pública das mãos do Estado, era executada pelo ente estatal. Contudo, para que o exercício das competências regulamentar e fiscalizatória fossem minimamente satisfatórias, o Estado (então fiscal exclusivo do trabalho) precisava ser especialista em todas as ciências aplicadas constituintes de cada uma das mais diversas e inconfundíveis profissões. Essa exigência, do conhecimento especializado em todas as áreas do conhecimento humano aplicado, era condição: a) do combate eficaz da atuação danosa do não profissional (imperito) e do profissional antiético; b) da defesa da sociedade contra os malefícios do recebimento da má prestação de serviço. Ocorre que, com o rápido avanço da ciência e o conseqüente surgimento de novas profissões, verificou-se que a competência exclusiva da fiscalização laboral nas mãos do Estado tornava-se cada vez mais onerosa, dificultosa e limitada, redundando em indesejada desproteção da sociedade. Como conhecer profundamente e, assim, dominar, cada uma das ciências aplicadas que constituíam um universo cada vez maior de diferentes ofícios e profissões? Como concentrar, num único e exclusivo ente, o domínio científico (conhecimento técnico exigível) das boas práticas que compunham número cada vez maior de profissões? Como defender eficazmente a sociedade contra práticas imperitas e/ou antiéticas, a cada dia mais gerais, sem redundar em progressivo aumento do custo e empenho do Estado?

¹⁰ “O enquadramento jurídico-institucional e o regime jurídico das associações públicas, bem como as atribuições e poderes de tais instituições apresentam muitos espaços doutrinariamente controversos, desde o regime de criação e extinção e de atribuição e perda do status público, até aos seus poderes de disciplina externa e ao sistema de controle de legalidade dos seus actos, passando pela questão fulcral a filiação obrigatória (característica corrente das associações públicas profissionais), pela posição jurídica dos associados e pelos poderes de tutela do Estado, sem esquecer o seu regime patrimonial, financeiro, laboral e de responsabilidade civil.” (MOREIRA, Vital. **Administração Autônoma e Associações Públicas**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003. p. 19).

A fiscalização direta das profissões acabou cedendo lugar à fiscalização indireta (decentralizada), exercida por entidades criadas por lei para fins específicos (função pública delegada)¹¹, cada qual numa área específica do conhecimento (Medicina, Direito, Engenharia etc). Essas entidades, cada qual responsável por determinada profissão e integrada pelos profissionais da respectiva ciência aplicada (detentores da técnica e conhecedores dos princípios deontológicos de sua própria profissão), representaram o meio mais seguro e eficaz à regulamentação e orientação do exercício das profissões e, por consequência, da fiscalização e defesa da sociedade contra a atuação não profissional (imperita, leiga) e antiética (de profissionais).

A delegação da fiscalização direta das profissões a autarquias corporativas, estas integradas por profissionais eleitos por voto direto, secreto e obrigatório dos próprios colegas, desonerou o Estado sem com isso desproteger a sociedade. Ao transferir o referido múnus público às mãos de particulares eleitos a mandatos públicos de tempo determinado, o Estado garantiu sua própria desoneração sem abrir mão do aumento na eficiência da defesa da própria sociedade. Afinal, quem possuiria maior interesse e vontade no expurgo da oferta e serviço imperito e/ou antiético do que os próprios profissionais habilitados ao exercício legal da profissão, diretamente necessitados da conservação da boa imagem e prestígio da própria classe que integram?

A fiscalização executada por autarquias integradas por profissionais da própria área de atuação fiscalizada ganha efetividade no atendimento do interesse público. Catalisada pelo interesse particular da própria classe profissional, que é o de não sofrer má fama causada por danos decorrentes do serviço imperito (ilegal) e/ou antiético, são os médicos a fiscalizar, diretamente, o exercício científico da medicina; os advogados, a fiscalizar, diretamente, o exercício da advocacia; os engenheiros a fiscalizar, diretamente, o exercício das engenharias; etc. Uma cidade livre de aventureiros e maus profissionais reverte em satisfação geral (segurança da

¹¹ “O que caracteriza essencialmente a figura da administração autónoma é o fato de organizações emergentes da sociedade e compostas por particulares assumirem o estatuto de instituições públicas e desempenharem funções estaduais ou para-estaduais. Estruturas híbridas, a cavalo na fronteira entre a sociedade e o Estado, entre o público e o privado, as organizações de autorregulação profissional e de administração autónoma da economia tiram o seu ser tanto da sua arquitetura jurídico-institucional como do seu contexto, já histórico, já cultura, já operacional.” (MOREIRA, Vital. **Administração Autónoma e Associações Públicas**. Coimbra: Ed. Combra, 2003. p. 20).

coletividade) e individual (valorização da classe profissional cuja atividade é desenvolvida à luz da ciência e do valor).

Para que o exercício da fiscalização do trabalho fosse executado com maior eficiência, a lei criou autarquias corporativas e lhes delegou poderes de regulamentação (normatizantes), fiscalização (policiais) e sancionador (punitivos) típicos do Estado. Entrementes, por possuírem autonomia administrativa e financeira, tais entidades não integram o Estado: exercem função delegada, na condição de entidades subsidiárias ao Poder Público, sendo assim autarquias *sui generis*, na condição de *longa manus* do ente estatal.¹²

¹² “A ideia de administração autônoma surge naturalmente associada a todas as representações tendentes a limitar a ação do Estado, porquanto ela é um meio qualificado de ‘desoneração do Estado’ (Staatsentlastung) e de aproveitamento da capacidade auto-reguladora dos grupos sociais.” (MOREIRA, Vital. **Administração Autônoma e Associações Públicas**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003. p. 75).

5 AS ATRIBUIÇÕES DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS

Os Conselhos Profissionais, na condição de entidades especiais subsidiárias do Estado, concentram em si a execução dos mesmos poderes da entidade pública-mãe: poderes executivo, legislativo e judiciário.

No exercício da função executiva (gestão pública), os Conselhos Profissionais arrecadam tributos (contribuições associativas compulsórias) exigidos das pessoas físicas e jurídicas nele inscritas por força de determinação legal. Tais recursos devem ser gestados e gastos exclusivamente na satisfação do interesse público e dos próprios fins institucionais.

No exercício da função legislativa (legiferante), os Conselhos Profissionais regulamentam a atividade profissional normatizando as condições ao exercício das profissões, as suas boas práticas e tipificando condutas prejudiciais à sociedade, a qual deve ser guarnecida contra o exercício ilegal (imperito) ou antiético da profissão.

Por fim, no exercício da função judiciária (jurisdicional), os Conselhos Profissionais fiscalizam o trabalho policiando o exercício das profissões: expedem orientações, investigam denúncias, instauram processos administrativos (à luz do devido processo legal) e, eventualmente, sancionam aqueles que, inscritos ou não inscritos, violam leis ou normas regulamentares das profissões.^{13,14,15}

Interessante verificar que tais autarquias corporativas, sendo integradas por profissionais eleitos por voto direto, secreto e obrigatório dos próprios colegas, entrega a esses mandatários (Conselheiros) o condão do exercício direto das

¹³ “Nas diversas leis de criação dos conselhos, identificam-se, em geral, multas moratórias, estabelecidas para o caso de atraso no pagamento das anuidades; multas ‘disciplinares’, estabelecidas para faltas éticas ou técnicas dos profissionais inscritos; e multas cominadas a particulares não inscritos.” (MAURIQUE, Jorge Antônio *et al.* **Conselhos de Fiscalização Profissional**. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 144).

¹⁴ “As multas aplicadas pelos conselhos a particulares não inscritos também têm natureza de sanção administrativa decorrente do exercício do poder de polícia outorgado a esses órgãos.” (MAURIQUE, Jorge Antônio *et al.* **Conselhos de Fiscalização Profissional**. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 378);

¹⁵ “As sanções decorrentes do exercício, pela Administração Pública, do poder de polícia administrativa têm natureza e fundamentos distintos das penas disciplinares, aplicáveis aos servidores públicos. Com efeito, enquanto as penas disciplinares encontram seu fundamento no chamado poder disciplinar, correlato com o poder hierárquico da Administração, que lhe atribui uma supremacia especial sobre os que lhe servem, as sanções decorrentes do poder de polícia repousam na supremacia geral do Estado.” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 109).

funções honoríficas típicas de Estado: gestar tributos a bem do interesse, fazer normas (leis lato sensu), julgar pessoas (distribuir Justiça).

A delegação dessas três funções estatais às mãos do particular (conselheiro eleito) oportuniza e propicia a prática mais absoluta e completa do exercício direto (e pleno) da cidadania. Em nenhum outro lugar na história, senão no curto período democrático da Grécia Clássica, um mesmo cidadão seria escolhido na Ágora e conduzido à Acrópole para exercitar, concomitantemente, as três funções públicas fundamentais à construção da pólis¹⁶. De modo que, *mutatis mutandis*, vê-se, no âmbito dos Conselhos Profissionais, uma profunda semelhança para com o exercício pleno da cidadania localizado no período clássico grego da saudosa e imorredora Atenas de Sócrates, Platão e Aristóteles.

¹⁶ “(...) independentemente da relação autônoma com a democracia representativa, é indubitável que ela apresenta-se modernamente como um modo privilegiado de realização da ‘democracia participativa’ na sua vertente mais exigente, ou seja, na assunção de tarefas públicas pelos cidadãos organizados, a título próprio e sob responsabilidade própria. Através da administração autônoma os cidadãos e as suas organizações passam a compartilhar directamente o poder público.” (MOREIRA, Vital. **Administração Autônoma e Associações Públicas**. Coimbra: Ed. Combra, 2003. p. 78)

6 A LEGIFERÂNCIA NO ÂMBITO DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS

No Brasil, as leis de criação dos Conselhos Profissionais estabeleceram-lhes estruturas administrativas constituídas de um órgão controlador (nível superior), denominado Conselho Federal; e de órgãos controlados (de nível inferior), denominados Conselhos Regionais. O Conselho Federal de cada entidade fiscalizadora de profissão regulamentada, tendo circunscrição sobre todo o território nacional, tem sede em Brasília/DF. Por sua vez, cada Conselho Regional, possuindo circunscrição apenas regional (por Estado ou Regiões), têm sede nas capitais.

Aos Conselhos Federais compete, principalmente: a) o exercício da função executiva (gestora), abrangendo a inspeção dos Conselhos Regionais quanto à efetiva arrecadação e correta aplicação dos recursos auferidos (tributos, anuidades etc) na consecução dos fins institucionais e de interesse público; b) o exercício da função normativa (legiferante), consistente na expedição de normas cogentes (Resoluções de efeito geral, *erga omnes*) através das quais o exercício profissional é regulamentado em todo o território nacional; c) o exercício da função jurisdicional, consistente no julgamento dos recursos interpostos contra decisões proferidas pelos Conselhos Regionais nos processos administrativos éticos e fiscais de primeira instância.

No que concerne à função legiferante, é fundamental que o *demiurgo* das normas deontológicas da profissão (Códigos de Ética) tenha a alma aberta aos critérios político-jurídicos que haverá de ratificar na execução do ofício de legislador. Na condição de artesão, a esculpir as regras-princípios e as regras proibitivas (condutas típicas) que constituirão os referidos códigos, duas coisas não lhe poderão faltar: a esperança e a humildade. Na esperança, erige-se a certeza de o futuro sempre reservar dias melhores a todos¹⁷. Por sua vez, sem a humildade¹⁸

¹⁷ “Pandora apressou-se em colocar a tampa na caixa, mas, infelizmente, escapara todo o conteúdo da mesma, com exceção de uma única coisa, a que ficara no fundo, e que era a esperança. Assim, sejam quais forem os males que nos ameacem, a esperança não nos deixa inteiramente; e, enquanto a tivermos, nenhum mal nos torna inteiramente desgraçados.” (BULFINCH, Thomas. **O Livro de Ouro da Mitologia**. 11. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. p.22).

¹⁸ “É por isso que os homens de bem não querem exercer o governo, nem por dinheiro, nem por honras. É que não querem, por receber à vista de todos um salário pelo governo, ser chamados de mercenários, nem, por tirá-lo furtivamente, do governo, de ladrões. E não querem também recebê-lo por causa das honras, pois não amam as honras. Para eles é necessário que haja algo mais, coerção e castigo, no caso de consentirem em governar, e é por isso que pode muito bem acontecer que se considere vergonha pretender, de livre vontade, assumir o governo, sem esperar que haja uma coerção. O maior dos castigos para alguém é ser governado por alguém inferior,

daquele que aceita o chamado de substituir o seu interesse pelo interesse coletivo, ninguém é capacitado a desvelar o futuro e a servir de farol do caminho a ser trilhado, por todos, rumo à conservação ao invés da danação geral.

Os Conselhos Profissionais, na sua condição de entidades subsidiária do Estado, são chamados ao dever constitucional de serem eficientes na construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, fundado na cidadania, na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a bem da promoção do bem coletivo, ou seja, sem quaisquer preconceitos ou formas de discriminação (arts. 1º e 3º da CF/88).

A exigência soberana e legítima que a sociedade dirige às referidas entidades públicas é no sentido de que contribuam, com eficiência, na construção da *pólis*: atingimento do Bem para todos, mediante a evolução da vida individual de cada cidadão¹⁹.

O exercício da função legiferante (legislativa) através dos Conselhos Profissionais pressupõe a feitura de normas que estabeleçam as condições do exercício das profissões, as suas boas práticas, a tipificação das condutas prejudiciais à coletividade. O objetivo a ser alcançado através dessa função pública haverá de ser o da criação de regras suficientemente capazes de combater o exercício ilegal (imperito) e o exercício antiético da profissão. Por detrás disso tudo, a consciência quando ao dever de atendimento ao interesse público e não ao do interesse pessoal de mandatários, de grupos políticos ou, precipuamente, da própria classe profissional.

quando ele próprio não quer assumir o governo. Aparentemente, é sentindo esse temor que os homens de bem exercem o governo quando o assumem e é nesse momento que assumem o governo, não como se nele buscassem algo de bom ou de uma boa vida, mas como se estivessem diante de algo que não podem evitar e como se pudessem entregá-lo a alguém melhor que eles ou a um igual. Se existisse uma cidade de homens de bem, poderia muito bem acontecer que a disputa deles fosse para conseguir ficar fora do governo, como hoje até para assumi-lo; e aí ficaria evidente que realmente o verdadeiro governante, por sua natureza, não tem em vista sua vantagem pessoal, mas a do subordinado. Assim, todo homem de discernimento preferia receber ajuda de um outro a dedicar-se ao trabalho de ajudar um outro.” (PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 32).

¹⁹ “(...) entre todas, soberana – uma ciência que fosse, taxativamente, a ciência maior. Ela revela-se como sendo a política; é ela, de fato, que determina quais ciências devem existir nos Estados, qual deve ser apreendida por cada classe de cidadãos e até que ponto; (...). Diante do fato de que as ciências restantes se prestam ao uso desta e, visto que ela, ademais, estabelece leis quanto à conduta (o que as pessoas devem e não devem fazer), sua finalidade terá que incluir as finalidades de todas as demais. Determina-se, com isso, ser o bem humano a sua finalidade, pois a despeito de o bem ser identificador para o indivíduo e para o Estado, o do Estado é visivelmente maior e mais perfeito, seja a título de meta, seja como objeto de preservação.” (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2014. p. 46).

Erro comum e grave é o de confundir a natureza autárquica (pública) dos conselhos profissionais com a natureza associativa (privada) das associações e dos sindicatos, a quem a lei atribui o direito de se constituírem em prol da satisfação, egoística, dos interesses exclusivos dos próprios associados. Os conselhos profissionais, sendo fiscais (polícia) do trabalho, não são associações e muito menos sindicatos. Por esse motivo, devem agir em defesa da sociedade, combatendo os riscos que adviriam do profissional antiético e do leigo em exercício imperito da profissão regulamentada.

As normas legiferadas, publicadas e executadas pelos conselhos profissionais deverão ter, no conteúdo e na forma, a eficiência na proteção dos interesses da coletividade, e não na dos conselheiros, dos grupos políticos ou da classe profissional a que pertençam os seus mandatários. Do contrário, os conselhos profissionais deixariam de ser entidades subsidiárias de um Estado Democrático de Direito para se transformar em *longa manus* (mandatários) dos interesses particulares de um grupo oligárquico e outorgante, incorrendo em franco desvio de finalidade, ilegalidade e abuso de poder.

Nesse aspecto, cumpre observar que, no Brasil, os conselhos profissionais surgiram no período nefasto da ditadura militar (1964 – 1985). As leis de criação das referidas corporações foram redigidas sob o regime não democrático do período anterior ao da Constituição Federal de 1.988. Esta foi promulgada com o propósito de instituir aquilo que à época inexistia: um regime democrático de governo. A paternidade dos conselhos profissionais é, portanto, contraditória em relação à geração que imediatamente lhe sucedeu. Os conselhos são filhos naturais da ditadura militar: dela receberam todos os genes do seu poder de polícia. No entanto, com o advento da Constituição de 1988, esses mesmos conselhos assumiram, automaticamente, a condição de pais adotivos do compromisso nacional de criação da democracia brasileira.

A função de regulamentar o trabalho profissional haverá de ser executada de forma democrática²⁰, evitando-se que, por culpa (erro de inteligência) ou dolo (erro

²⁰ “A Supremacia da Constituição se irradia sobre todas as pessoas, públicas ou privadas, submetidas à ordem jurídica nela fundada.” (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 33).

“Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. E a falta de validade traz como consequência a nulidade ou anulabilidade. No caso da lei inconstitucional, aplica-se a sanção mais grave, que é a de nulidade. Ato inconstitucional é nulo de pleno direito.” (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 37).

de vontade), os conselhos profissionais incorram em práticas ilegais, inconstitucionais e antidemocráticas, suficientes em afetar aquilo que dignifica o homem e o faz sobreviver: o trabalho. Sem ele, não se come; sem comida, morre-se. Munidos do poder legalmente assegurado para suspender e até mesmo cassar o exercício profissional, os conselhos profissionais detêm, na prática, poderes capazes de garantir a vida e de decretar a morte do cidadão. Tamanho poder exige a assunção da consciência plena das responsabilidades políticas e legais que pairam sobre tais entidades no ato de legisferar, tanto mais em países de constitucionalismo atrasado como o Brasil.

Ao mesmo tempo em que o trabalho é indispensável à sobrevivência do ser humano e ao desenvolvimento da cidade, cabe sempre lembrar que a política econômica vigente no Brasil é a de livre mercado. Desse modo, o intervencionismo regulamentar nas relações profissionais há de ser medido (e comedido) para não extrapolar o estritamente necessário à obtenção da proteção da sociedade contra o exercício ilegal (imperito) e antiético da profissão. Quando o demiurgo das normas regulamentares da profissão abandona a vocação de artista e perde a noção da dosimetria entre o ser (risco exposto, identificado) e o dever ser (dever posto, legislado), o produto final do seu agir redundará em evidente desvio de finalidade e abuso de poder: intervencionismos exagerados, reservas de mercado, estrangulamentos anticoncorrenciais, punitivismos, marginalização de grupos e pessoas, seletividades e desproteção da sociedade.

A república brasileira surgiu há menos de cento e trinta e dois anos; a democracia há trinta e três, depois uma violentíssima ditadura militar de mais de vinte anos ininterruptos. Somos um país de democracia titubeante, permeada de cenários de grave crise econômica, maniqueísmos político-partidários, eleições vencidas mediante produção de falsas informações (*fakenews*) e de crescente desarmonia entre os poderes executivo, legislativo e judiciário.

Soma-se a isso o fato de nosso país sofrer de uma histórica crise de identidade em relação aos próprios *Pais Fundadores* da Nação (se é que os teve). Há que se perguntar: afinal, o Brasil é filho de quem? Qual cultura nos fundou como nação? Quais costumes forjaram nosso caráter (identidade) nacional? O que nos identifica como nação brasileira? É ainda mais urgente indagar: o que o futuro reserva ao Brasil? Quem são os atuais legisladores brasileiros, demiurgos do Brasil

das futuras gerações? As “tábuas esculpidas” por nossos líderes são farol no caminho a ser trilhado rumo à conservação geral da Nação?

Ao mesmo tempo em que a incivilidade dá sinais de presença crescente na sociedade brasileira, confirmando uma involução social decorrente do esfumaceamento da Ética (crise nominativa que desconceitualiza o certo e o errado para buscar confundi-los), crescem os discursos de lei e ordem incitando práticas antidemocráticas de reprodução de violência, dentre as quais, a da edição inflacionada de normas mais severas e proibitivas, forjadas em textos abertos e/ou recheados de expressões subjetivas (de moral e bons costumes), úteis em permitir subsunções seletivas, variáveis conforme o humor e a interpretação do interprete e aplicador da norma.

A crise ética nos poderes legislativo e executivo brasileiros indicia o risco de um agravamento social rumo à possível crise mais grave, de civilidade, a desafiar a própria subsistência do pacto social. A atualidade sinaliza a necessidade de atenção e o dever de cuidado redobrado no que tange ao conteúdo do legislado. O cenário é de preocupação tanto na esfera Estatal propriamente dita, quanto na dá pára-estatalidade onde se situam os conselhos profissionais. Esculpir regras-princípios e regras proibitivas (condutas típicas) deontológicas, erigidas no interesse público de constituição de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, fundado na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a bem da promoção do bem coletivo, ou seja, sem quaisquer preconceitos ou formas de discriminação, é medida que se impõe.

7 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NOS CONSELHOS PROFISSIONAIS

A proteção da sociedade assumida pelos conselhos profissionais se dá através do exercício da fiscalização do trabalho, da apuração de condutas desviantes a ele relacionadas e da punição dos culpados. No cumprimento eficaz desse dever, os conselhos profissionais deverão de voltar sua fiscalização a todas as pessoas físicas e jurídicas existentes na comunidade, e não apenas àquelas que nele se encontrarem inscritas.

Se a fiscalização por parte de determinado conselho profissionais ficasse restrita à esfera dos profissionais inscritos em seus quadros, a prática leiga e imperita da profissão por parte de leigos encontraria, na negligência do fiscal, estímulo à perpetuação em prejuízo de toda a sociedade. Tome-se, como exemplo, o exercício da medicina ou da engenharia por quem não fosse médico ou engenheiro. Qual fundamento legal absolveria os Conselhos de Medicina e de Engenharia da omissão em fiscalizar, atuar e punir, administrativamente, o leigo não inscrito descoberto na prática violadora da saúde ou da segurança construtiva? Não seria lógico que a fiscalização executada pelos conselhos de profissão alvejasse apenas e tão somente os profissionais e as pessoas jurídicas inscritas nas respectivas autarquias, deixando de perscrutar, autuar, processar e punir os leigos e as empresas não inscritas descobertas em violação das leis profissionais.

As leis de regulamentação profissional são de efeito geral, portanto se aplicam a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país. Aos leigos, determinam-lhes a abstenção nas práticas da profissão regulamentada. Aos profissionais inscritos, prescrevem-lhes o dever de inscrição e de observância das regras éticas e legais relativas ao exercício profissional. Por fim, às pessoas jurídicas de atividades relacionadas a determinadas profissões, cobra-lhes inscrição, contratação de responsável técnico e observância dos deveres gerais legalmente estabelecidos.

Curiosamente, ainda é comum nos depararmos com quem sustente a tese, contraditória, de que apesar de os conselhos profissionais terem por finalidade a defesa da sociedade, só poderiam autuar e punir infratores inscritos em seus quadros.

Aos que sustentam essa ideia, cumpre lembrar-lhes a respeito da desproteção que adviria à sociedade se, por exemplo, o leigo em medicina,

enfermagem, farmácia, nutrição e fonoaudiologia ofertasse serviços imperitos a consumidores crédulos de estarem sendo atendidos por profissional habilitado. Se aos conselhos profissionais fosse proibida a fiscalização, autuação, processamento e punição desses leigos (não inscritos), em pouco tempo todos os profissionais e pessoas jurídicas ainda inscritas optariam pela baixa em seus registros, na certeza de que a partir disso restariam imunes ao policiamento de eventuais práticas profissionais ilegais e antiéticas.

Todo hospital, clínica e farmácia que optasse por não mais se inscrever no respectivo conselho restaria imune à fiscalização de sua autuação, ainda que fosse flagrado na oferta de prestação de serviço leigo, irregular ou antiético à população. Como justificar tamanha omissão fiscalizatória e punitiva sem prevaricar no dever legal de proteção da sociedade? Como desatender as leis de regulamentação profissional que, prevendo sanções administrativas aos seus infratores (advertência, repreensão, multa etc), instituíram autarquias federais (conselhos de classe) com poder de polícia para que impusessem a observância da legalidade?

Se as leis regulamentares de cada profissão têm efeito geral, parece-nos óbvio que elas se aplicam a todos aqueles que se encontram no território brasileiro, seja na condição de inscritos, não inscritos, profissionais, leigos e pessoas jurídicas constituídas.

Alcançada essa consciência, cumpre-nos agora averiguar a melhor forma de fazer com que os conselhos profissionais, nos procedimentos administrativos instaurados de fiscalização e de processamento, cumpram com suas finalidades e não incorram em práticas ilegais, inconstitucionais e antidemocráticas. A despeito de terem surgido em período de ditadura militar (1964 – 1985), deverão interpretar as respectivas leis instituidoras à luz da Constituição Federal de 1.988. A função jurisdicional realizada pelos mesmos deverá cumprir com sua função democrática, evitando a prática de decisões inconstitucionais e antidemocráticas que possam constranger o trabalho lícito, a livre concorrência e terminar acarretando a indignidade do cidadão.

Os conselhos profissionais detêm poder legal para aplicar sanções de suspensão do exercício profissional e até mesmo de cassação do registro que autoriza a prática do ofício. Conforme o caso, essas sanções poderão levar à perda do único meio que o cidadão dispõe de prover a própria subsistência e a de seus dependentes. Há que se ter essa consciência, na medida em que tais punições

administrativas são capazes de se assemelhar à pena de banimento que era aplicada na Grécia e na Roma antigas, e que consistia em expulsar-se o indigitado para além dos portões da cidade, onde ele se via sem trabalho e à mercê do ataque das feras (praticamente uma pena de morte).

O regime democrático de governo pressupõe a proteção da liberdade do cidadão a partir da garantia de que a lei será capaz de impor limites ao poder estatal. A Constituição Federal elenca, já no seu art. 1º, os fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. No art. 3º, arrola os objetivos fundamentais da República, dentro os quais, o da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Já o art. 5º prevê direitos fundamentais indisponíveis que devem ser observados na execução da jurisdição administrativa dos conselhos profissionais. Sobressaem-se os seguintes: igualdade (caput), legalidade (II), vedação das penas de caráter perpétuo ou de banimento (XLVI), juiz natural e competente (LII e LIII), devido processo legal (LIV), contraditório, ampla defesa, recurso em processo judicial ou administrativo (LV), vedação de provas ilícitas (LVI) e presunção de inocência (LVII).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, todo processo administrativo disciplinar instaurado no âmbito dos conselhos profissionais passou a abarcar, em favor do indigitado, as mesmas garantias processuais existentes nos processos judiciais criminais. Isto porque tais procedimentos administrativos têm natureza sancionadora. As acusações e os julgamentos neles proferidos (absoluções e condenações em sanções disciplinares que vão da advertência, repreensão, multa até a suspensão do exercício profissional e ao cancelamento do direito ao ofício) têm maior identidade com o processo penal (de reflexos diretos na liberdade) do que com o processo civil (de reflexos na propriedade)^{21,22}.

Nesse aspecto, há que se partir da premissa de que o processo é um instrumento democrático, eis que limitador das chances de o poder estatal promover

²¹ “O Direito Administrativo Sancionador recorta o Poder de Polícia estatal e lhe confere uma nova legitimação e novos contornos, aproximando-o do Direito Penal.” (OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 49).

²² “Alguns regimes disciplinares preveem expressamente a possibilidade de serem complementados por outros ou por outras normas. Exemplo disso é o regime do Ministério Público Federal, que de modo expresso e subsidiário recepciona as normas do Código de Processo Penal.” (COSTA, José Armando da. **Processo Administrativo Disciplinar**. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010. p. 45).

condenações sumárias, apressadas, pré-concebidas, infundadas e injustas. Todo processo, seja judicial ou administrativo, pressupõe a existência de um rito pré-estabelecido e lógico, racional, composto de etapas concatenadas e sucessivas, capazes de aumentar, significativamente, as chances da descoberta da verdade sobre os fatos relacionados a um caso concreto sob análise. Trata-se, portanto, de instrumento que inibe as chances de o cidadão se ver acusado sem justa causa, processado sem direito de contraditório, ampla defesa, juiz imparcial, fundamentação fática e jurídica capaz de vencer a presunção de inocência e, ainda, direito a recurso.

O devido processo legal (art. 5º-XLIV da CF), segundo Osvaldo Alfredo Gozaini, pode ser considerado como *“um conjunto de princípios incalculáveis que operam em qualquer tipo de procedimento como um tipo de orientação, ou indiretamente, como um dever”*²³. Nesse sentido, a irradiação que o referido princípio causa no processo judicial criminal é idêntica à que se opera no processo administrativo sancionador. Todos os princípios que compõem o sistema acusatório (garantista e democrático) do processo criminal deverão ser observados também no processo administrativo executado na jurisdição dos conselhos profissionais.

Essa conclusão advém do disposto no art. 5º-XLV da Constituição Federal, ao estabelecer que a todos os acusados (em processos judiciais, administrativos e em outros casos) devem ser assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, ou seja, o devido processo legal.

Na prática, a execução da defesa da sociedade contra o exercício ilegal ou antiético da profissão impõe, ao conselho profissional, a construção de uma dinâmica administrativa capaz de harmonizar os papéis de polícia do trabalho (fiscal da comunidade) e de órgão julgador (juiz imparcial) das ações administrativas nascidas de suas próprias fiscalizações. O conselho que investiga e acusa é o mesmo que julga o investigado-acusado. De que forma o conselho profissional conseguirá alcançar a imparcialidade constitucionalmente exigida no julgamento das ações administrativas por ele mesmo instauradas? De que forma ele se estruturará para conseguir cumprir o devido processo legal que lhe impõe exigências absolutamente idênticas às que são dirigidas ao Juiz de Direito na condução e julgamento dos processos contenciosos judiciais?

²³ GOZAINI, Osvaldo Alfredo. **El debido proceso**. Buenos AIRES: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 34.

A Constituição Federal garantiu ao acusado em processo administrativo disciplinar as mesmas garantias asseguradas ao réu em processo judicial. Por consequência, cumpre ao juiz administrativo (conselheiro regional ou federal) apreender os mesmos pressupostos morais exigidos do Juiz de Direito. Desimporta que o conselheiro (juiz administrativo) seja apenas um mandatário em cargo honorífico temporário. A partir da Constituição Federal de 1988, os conselheiros regionais e federais, juízes administrativos dos próprios pares, devem buscar espelho no mesmo dever de imparcialidade legalmente exigido dos Juízes de Direito (art. 5º-XLV).

Para tanto, os conselhos profissionais precisarão se estruturar administrativamente de forma a conseguirem fazer com que as investigações/acusações de ilegalidades e/ou faltas éticas se deem em separado das subsequentes funções jurisdicionais de processar e de julgar autuações contra leigos, pessoas físicas e jurídicas inscritas ou não inscritas. Cumpre-lhes atentar à necessidade de erigir uma estrutura administrativa suficiente em conseguir manter separadas as instâncias de investigação-acusação e de processamento-julgamento. Sem essa expertise, os operadores de uma e de outra fase procedimental tenderão a se confundir, transformando investigadores em julgadores de suas próprias investigações, comprometendo assim a imparcialidade nos julgamentos e alcançando verdadeiro desserviço à lei, à ética e à sociedade em geral.

Já se disse que, quando o demiurgo das normas abandona a vocação de artista e perde a noção da dosimetria entre o ser (risco exposto, identificado) e o dever ser (dever posto, legiferado), o produto final desse agir será uma norma evitada de desvio de finalidade e abuso de poder. Tanto pior acontece quando o juiz, por ignorância ou vaidade, esquece-se do dever de imparcialidade e se deixa arrastar no rio feroz da paixão e da sede de justiça que movem as partes da contenda processual.

Quando o juiz, que é humano e naturalmente movido por paixões, sede aos seus próprios impulsos e se põe a buscar provas da verdade que as partes deixaram de trazer aos autos, invariavelmente torna-se investigador. Ao fazê-lo, age como parte, não mais podendo se arvorar a julgador imparcial da causa. Do julgador, a lei exige posição desapaixorada, estática, e por isso mesmo acima das partes^{24,25}. Aos

²⁴“O caráter de imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição. O juiz coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que possa exercer sua função dentro do processo. A

litigantes, sendo partes adversas, a lei reserva o direito de ação, qual seja, conduta ativa da produção e apresentação das provas daquilo que estejam a sustentar como sendo a verdade, o correto e o justo. Juiz-investigador pode ser tudo, menos julgador imparcial. A sentença de um juiz parcial nunca será uma decisão legal, correta e justa.

A estrutura administrativa a ser implementada no conselho profissional, de modo que o devido processo legal seja efetivamente observado, pressupõe a da criação de:

- I. um Setor de Orientação e Fiscalização (SOF), integrado exclusivamente por empregados públicos fiscais, sendo responsável pela orientação preventiva e pela realização das investigações a partir de suspeitas ou denúncias de exercício ilegal da profissão e/ou de exercício profissional antiético;
- II. uma Comissões de Orientação e Fiscalização (COF), integrada exclusivamente por conselheiros profissionais (mandatários em cargo honorífico - juízes administrativos), sendo responsável pelo processamento e julgamento das ações administrativas fiscais decorrentes dos autos de infração expedidos, expedidos contra leigos e pessoas jurídicas (inscritas ou não inscritas) supostamente violadoras das leis e/ou resoluções regulamentadoras de determinada profissão;
- III. uma Comissões de Orientação e Ética (COE), integrada exclusivamente por conselheiros profissionais (mandatários em cargo honorífico - juízes administrativos), sendo responsável pelo processamento e julgamento das ações administrativas éticas decorrentes dos autos de representação expedidos contra profissionais inscritos supostamente violadores das leis, resoluções e/ou Códigos de Ética da profissão.

imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. É nesse sentido que se diz que o órgão jurisdicional deve ser subjetivamente capaz. A incapacidade subjetiva do juiz, que origina da suspeita de sua imparcialidade, afeta profundamente a relação processual.” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1994. p. 51).

²⁵ “Como pode a Constituição assegurar ampla defesa e contraditório, se não há órgão julgador que possa apreciá-los com isenção, equidistância e independência? De que vale a ampla defesa perante um órgão julgador parcial? A resposta é clara: O julgador deve ser em essência imparcial no processo administrativo. Ferido esse preceito, nulo estará o processo.” (BRÜNING, Raulino Jacó. **Processo Administrativo Constitucional**. Florianópolis: Ed. Conceito, 2007. p. 63).

A estrutura acima idealizada faz paralelismo para com a estrutura existente no âmbito judiciário penal, que desde 1988 passou a adotar o sistema acusatório (garantista e constitucional) a bem da limitação dos poderes do Estado e da proteção do réu, da sociedade e da democracia contra o abuso de poder.

A presença de um Setor de Orientação e Fiscalização (SOF) permanente, integrado exclusivamente por fiscais (empregados públicos egressos de concurso público), faria as vias de órgão persecutor (agentes policiais, delegados de polícia e promotores de justiça) responsável pelas investigações e ofertas de acusação mediante a expedição de autos de infração/representações (correspondentes às denúncias do MP/queixas-crime das vítimas) ensejadoras das ações administrativas sancionadoras (correspondentes às ações judiciais penais).

Por sua vez, a existência permanente de Comissões de Orientação e Fiscalização (COF) e de Ética (COE), integradas exclusivamente por conselheiros profissionais (juízes administrativos temporários), fariam as vias de instância julgadora imparcial (correspondente ao Poder Judiciário) responsável pelo processamento e julgamento das ações administrativas (correspondentes às ações judiciais) nascidas da expedição de autos de infração/representação pelo órgão precedente e persecutor (SOF).

Os conselhos profissionais deveriam se organizar tal e qual o Estado-Nação, que abarca em si três funções concomitantes e distintas: a de Estado-Polícia, a de Estado-Acusador e a de Estado-Juiz. Dessa forma, conseguiriam executar uma jurisdição administrativa tão imparcial quanto àquela exercida, nos processos judiciais, pelo Juiz de Direito. Tal dever se impõe a partir da promulgação da Constituição Federal de 1.988, que prevê a todos os processos, judiciais e administrativos, a observância das garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Cumprir evitar o risco, sempre presente, de se incorrer em práticas ilegais, inconstitucionais e antidemocráticas, comuns ao período de ditadura militar de onde nasceram os conselhos profissionais. Para tanto, o exercício da atividade policial de fiscalização do trabalho deve se estruturar de forma a conseguir se autolimitar (proteger-se de si mesma), impedindo-se de quedar vítima da tentação corriqueira de atalhar procedimentos mediante a confusão (com-fusão) de competências investigativas (de polícia e órgão acusador) com as de jurisdição (processamento e julgamento).

No âmbito dos conselhos profissionais, comumente nos deparamos com a nefasta e vergonhosa promiscuidade entre investigadores-acusadores (empregados públicos fiscais) e juizes administrativos (conselheiros eleitos), consistente no fato de comporem, indistintamente, comissões sindicantes (pré-processuais) e comissões processantes (de processamento e julgamento). É comum identificar-se a presença desavergonhada de conselheiros atuando, direta e informalmente, nas investigações que depois lhes voltarão às mãos na forma de ações administrativas a serem por eles mesmos julgadas “com imparcialidade”. Convertem-se, ilegalmente, em investigadores-juizes, na medida em que terminam sendo julgadores das investigações (conclusões) por eles mesmos realizadas²⁶. Acaso seriam capazes de julgar com imparcialidade as ações oriundas de autos de infração/representações decorrentes das investigações por eles mesmos presididas? Como poderiam sustentar a imparcialidade dos seus julgados se fossem acusados de parcialidade (corrupção)? Que Estado Democrático de Direito, fundado na cidadania, na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a bem da promoção do bem coletivo, ou seja, sem quaisquer preconceitos ou formas de discriminação, adviriam de julgamentos assim realizados?

Para que sejam evitadas essas práticas manifestamente antidemocráticas, os conselhos profissionais precisam se estruturar administrativamente de forma a conseguirem separar as funções de conselho-polícia/acusador das de conselho-juiz^{27,28,29}: estabelecer competências administrativas exclusivas para investigar e

²⁶ “Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, em julgado recente, decidiu que ‘não pode integrar’ comissão de processo disciplinar o membro de anterior colegiado e sindicância, menos ainda quando opinou previamente sobre os fatos.” (SERPA, José Hermílio Ribeiro. **O Estado, a Administração Pública e o Processo Disciplinar**. Porto Alegre: Ed. Rígel, 2019. p. 112).

²⁷ “A sindicância administrativa deve ser realizada por Comissão Sindicante com , com 2 e até com 1 membro, não tendo aquele a rigidez que cerca a Comissão Processante. (...). A sindicância dispensa o contraditório por ser ato unilateral da Administração.” (CRETILLA JÚNIOR, José. **Prática do Processo Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 189).

²⁸ “No universo dos procedimentos litigiosos na órbita administrativa, colocam-se os procedimentos administrativos disciplinares, divididos em duas espécies: a sindicância administrativa-disciplinar e om processo administrativo disciplinar. (...). Portanto, a sindicância administrativa em tudo se assemelha a inquérito policial. Nela, em princípio, não existe o contraditório. Em algumas repartições esses trabalhos pré-processuais de cunho investigatório são denominados averiguação preliminar.” (SERPA, José Hermílio Ribeiro. **O Estado, a Administração Pública e o Processo Disciplinar**. Porto Alegre: Ed. Rígel, 2019. p. 134).

²⁹ “Nunca será demais frisar que a sindicância não se confunde com o processo administrativo. o universo dos procedimentos litigiosos na órbita administrativa, colocam-se os procedimentos administrativos disciplinares, divididos em duas espécies: a sindicância administrativa-disciplinar e om processo administrativo disciplinar. (...). Portanto, a sindicância administrativa em tudo se assemelha a inquérito policial. Nela, em princípio, não existe o contraditório. Em algumas repartições esses trabalhos pré-processuais de cunho investigatório são denominados averiguação

acusar (fiscais integrantes de um Setor de Orientação e Fiscalização) e competências administrativas exclusivas para processar e julgar (conselheiros-juízes das Comissões de Fiscalização e Ética).

Por esta via, espelhando-se na mesma estrutura funcional em que se encontram erigidos o Estado-polícia/acusação e o Estado-Juiz, garante-se a presença de um rito lógico, racional, composto de etapas concatenadas e sucessivas, capazes de aumentar, significativamente, as chances da descoberta da verdade, da acusação administrativa com justa causa, do processado correto e imparcial, com respeito ao devido processo legal e sem prejuízo do contraditório e da ampla defesa. Por óbvio que a sentença de um juiz parcial nunca será uma decisão legal, correta e justa.

8 CONCLUSÃO

Os Conselhos Profissionais, entidades especiais subsidiárias do Estado, contribuem ao efetivo exercício da cidadania e ao fortalecimento do regime democrático de governo na medida em que propiciam que o cidadão assuma, diretamente, a execução das três funções estatais: gestar, normatizar, julgar. A delegação dessas três funções estatais às mãos do particular (conselheiro eleito) oportuniza e propicia a prática mais absoluta e completa do exercício direto (e pleno) da cidadania. Em nenhum outro lugar na história, senão no curto período democrático da Grécia Clássica, um mesmo cidadão seria escolhido e conduzido à assunção concomitante das funções públicas fundamentais à construção da cidade.

Cumpre-lhes, porém, estruturarem-se a partir de boas práticas administrativas com vista a tornar efetiva a defesa da sociedade mediante o exercício de um poder de polícia voltado à regulamentar, orientar e fiscalização do trabalho contra o exercício ilegal, imperito ou antiético das profissões.

A exigência soberana e legítima que a sociedade dirige às referidas entidades públicas é no sentido de que contribuam, com eficiência, na construção da *pólis*: atingimento do Bem para todos, mediante a evolução da vida individual (ética) de cada cidadão.

Por esse motivo, as normas legiferadas, publicadas e executadas pelos conselhos profissionais deverão ter, no conteúdo e na forma, a eficiência na proteção dos interesses da coletividade. Da mesma forma, o exercício da fiscalização do trabalho, a apuração de condutas desviantes a ele relacionadas e a punição dos culpados deverão atentar para que os conselhos profissionais não descambem para práticas ilegais, inconstitucionais e antidemocráticas.

No Brasil, o passado nefasto de ditadura militar sempre assombra o cotidiano dessas autarquias *sui generis*. Cumpre-lhes agir com razoabilidade e proporcionalidade, evitando constrangimentos ao trabalho lícito e à livre concorrência.

O regime democrático de governo pressupõe a proteção da liberdade do cidadão a partir da garantia de que a lei será capaz de impor limites ao poder estatal. O processo é um instrumento democrático, limitador das chances de o poder estatal promover condenações sumárias, apressadas, pré-concebidas, infundadas e injustas.

Os conselhos profissionais deverão de estruturar administrativamente de forma a conseguirem fazer com que as investigações e as acusações de ilegalidades e de faltas éticas sejam executadas à luz da constitucionalidade, sem desvio de finalidade ou abuso de poder.

Através dos conselhos profissionais, assegura-se a participação direta do cidadão na execução das três funções estatais (gestar, normatizar, julgar), ratificando-se os fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro, dentro os quais sobressai o da prática da cidadania (art. 1º da CF).

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRÜNING, Raulino Jacó. **Processo Administrativo Constitucional**. Florianópolis: Ed. Conceito, 2007.

BULFINCH, Thomas. **O Livro de Ouro da Mitologia**. 11. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1994.

COSTA, José Armando da. **Processo Administrativo Disciplinar**. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Prática do Processo Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

GOZAINI, Osvaldo Alfredo. **El debido proceso**. Buenos AIRES: Rubinzal-Culzoni, 2004.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

MAURIQUE, Jorge Antônio *et al.* **Conselhos de Fiscalização Profissional**. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MOREIRA, Vital. **Administração Autônoma e Associações Públicas**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PLATÃO. **Diálogos V: o banquete**. Bauru: Edipro, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Porto Alegre: L&PM, 2019.

SERPA, José Hermílio Ribeiro. **O Estado, a Administração Pública e o Processo Disciplinar**. Porto Alegre: Ed. Rígel, 2019.