XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

CARLOS ANDRÉ BIRNFELD

JANAÍNA RIGO SANTIN

VANESSA CHIARI GONÇALVES

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

D597

Direito Administrativo e Gestão Pública I [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Carlos André Birnfeld; Janaína Rigo Santin; Vanessa Chiari Gonçalves. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-845-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O Grupo de Trabalho teve seus trabalhos apresentados na tarde do dia 15 de novembro de 2023, durante XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, realizado na cidade de Fortaleza-CE, no Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS, entre os dias 15 e 17 de novembro de 2023, com o tema ACESSO À JUSTIÇA, SOLUÇÕES DE LITÍGIOS E DESENVOLVIMENTO.

As apresentações foram divididas em três blocos de exposições, sendo que, em cada um dos mesmos, houve, pelos autores presentes, a exposição dos respectivos artigos aprovados, em sequência, sendo, ao final de cada bloco, aberto espaço para o respectivo debate.

Segue abaixo a descrição dos artigos apresentados, ressalvando-se que não fazem parte dos Anais do evento aqueles artigos direcionados diretamente à revista Direito Administrativo e Gestão Pública, do CONPEDI, em função de sua seleção especial para publicação na mesma.

O artigo ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DESAFIOS E OPORTUNIDADES, de autoria de Adriana Ferreira Pereira e Danúbia Patrícia De Paiva, trata da interseção entre Inteligência Artificial (IA) e Responsabilidade Civil na Administração Pública. A pesquisa considera, principalmente, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o Decreto Brasileiro nº 9.854 /2019, que instituiu o Plano Nacional de Internet das Coisas (IoT), sendo estes marcos legais relevantes para a regulamentação da IA no Brasil. O principal objetivo é destacar os avanços significativos na proteção de dados pessoais e na promoção da transparência no uso da IA, além de apresentar os desafios, como a falta de regulamentação específica para a responsabilidade civil nos casos de acidentes envolvendo sistemas autônomos e a necessidade de definição de limites éticos para a IA. O trabalho considera o método hipotético dedutivo para realização da pesquisa, com foco nas novas perspectivas do Direito, principalmente do Direito Digital. Ao final, concluiu pela importância na delimitação do assunto, aprofundamento das questões centrais e capacitação de servidores públicos para lidarem com questões éticas e legais relacionadas à IA e à LGPD.

O artigo TIPOS DE RELAÇÕES INTERGOVERNAMENTAIS POSSÍVEIS PARA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NAS FORMAS DE ESTADO FEDERAIS OU MODELOS ADMINISTRATIVOS DESCENTRALIZADORES, de autoria de Jamir Calili

Ribeiro e Humberto Magno Peixoto Gonçalves, destaca que o estudo das relações intergovernamentais é extremamente relevante para a administração pública especialmente nos países que adotam formas de Estado federativo ou possuem arranjos administrativos descentralizadores, distribuindo competências de gestão às províncias, cidades ou departamentos.Aponta que nesses casos a realização de políticas públicas enfrentam dilemas territoriais que desafiam a formalidade instituída, sendo que esse cenário, político e econômico, se torna ainda mais complexo uma vez que a demandas da população se tornam cada vez maiores e os desafios da eficiência, eficácia, efetividade e economicidade se tornam mais exigentes. Observa que há, portanto, inúmeros dilemas de políticas públicas que são trabalhados no artigo, levando em conta o modelo federativo simétrico brasileiro, como pano de fundo. Nesta perspectiva, a pergunta que guia o trabalho refere-se aos modelos possíveis de relacionamentos intergovernamentais e como poderiam ser potencializados para termos os melhores resultados em uma política pública. Para o enfrentamento dessa questão foi realizada uma abordagem qualitativa, em uma pesquisa de natureza que se propõe aplicada, ou seja, com o objetivo de permitir uma melhor compreensão das possíveis relações a serem estabelecidas para melhoria das políticas públicas, a qual se deu por meio de procedimentos metodológicos baseados em revisão bibliográfica com objetivos descritivos.

O artigo DIÁLOGO COMPETITIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: VANTAGENS E DESVANTAGENS À LUZ DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS LICITAÇÕES, de autoria de Luiz Felipe da Rocha e Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini, tem como objetivo a análise das vantagens, desvantagens e riscos da nova modalidade licitatória inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n.º 14.133/2021, denominada de Diálogo Competitivo, à luz dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, que regem a Administração Pública, bem como dos princípios do interesse público, da igualdade, da transparência, da competitividade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da celeridade e da economicidade, que regem as licitações. O estudo abrange a análise da experiência na utilização do diálogo competitivo no direito comparado e os fatores lá verificados durante os certames, bem como os desafios enfrentados pelos operadores do diálogo. Para a construção e desenvolvimento do tema foram abordados posicionamentos de respeitados doutrinadores e teóricos assim como a própria letra da lei, que possibilitam uma análise apurada acerca do referido tema, sendo, portanto, a metodologia do estudo, a pesquisa da legislação e da doutrina acerca do tema.

O artigo ENTIDADES DE INFRAESTRUTURA ESPECÍFICA (CLAIMS RESOLUTION FACILITIES): NOVAS FIGURAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO PARA A CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E

GESTÃO EFICIENTE, de autoria de Yuri Schneider, tem como objetivo apresentar as Entidades de Infraestrutura Específica (EIEs) como novas figuras emergentes no direito administrativo brasileiro, desempenhando um papel fundamental como importantes aliadas para a concretização de políticas públicas. Por meio de uma abordagem de pesquisa bibliográfica, o estudo explora o contexto das EIEs no âmbito do Direito Administrativo Contemporâneo, enfatizando seu papel na busca por um desenvolvimento social e econômico sustentável. A pesquisa identifica o lugar onde tais entidades podem ser encaixadas na organização da Administração Pública brasileira, bem como apresenta exemplo de entidade que, por acordo em Termo de Ajustamento de Conduta, já exerce as mesmas funções das chamadas Claims Resolution Facilities norte-americanas. Ao final, ficará claro que a participação dessas novas figuras no cenário jurídico brasileiro, possuem respaldo no arcabouço do Direito Administrativo Brasileiro, principalmente em seus princípios norteadores, trazendo vantagens significativas para o Poder Público e para a coletividade, pois, com a correta aplicação de sua expertise, transparência, prestação de contas, eficiência na aplicação dos recursos, redução de riscos e foco nas demandas sociais, traz benefícios e eficiência à boa governança e à concretização do interesse público, contribuindo assim, para uma gestão mais eficiente e responsável dos serviços públicos, garantindo que esses sejam utilizados de forma correta.

O artigo JURIDICIDADE DA REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA SOBRE SERVIÇOS DE SAÚDE NO ENFRENTAMENTO DA COVID-19,

de autoria de Jonathan Alves Galdino e Glaucia Maria de Araújo Ribeiro objetiva investigar a juridicidade do uso da requisição administrativa sobre serviços pessoais de saúde no contexto do enfrentamento da pandemia de Covid-19 no Brasil, debatendo as normas, a jurisprudência e doutrina acerca desse instituto jurídico de intervenção do Estado, identificando eventual existência de precedentes judiciais e de teses doutrinárias que (in) validam a requisição administrativa sobre serviços pessoais de saúde, a partir de pesquisa exploratória, descritiva e explicativa, quanto aos seus fins, e por intermédio de pesquisa documental, bibliográfica e telematizada, no que concerne aos seus meios de investigação, com caráter qualitativo. Constata, com base na ética utilitarista e mediante a doutrina, as normas vigentes e a jurisprudência específica do Supremo Tribunal Federal (STF), a juridicidade do emprego da requisição administrativa sobre serviços pessoais de saúde no contexto de iminente perigo público como o do enfrentamento da pandemia de Covid-19, devendo haver, porém, não apenas razoabilidade e proporcionalidade no uso desse expediente, mas ainda o esgotamento de outras alternativas menos gravosas, corroborando com as conclusões de estudos anteriores.

O artigo LICITAÇÕES PÚBLICAS E A MODALIDADE PREGÃO NA VERSÃO DO NOVO MARCO NORMATIVO, de autoria de Marcelo Pereira Dos Santos e Luis Marcelo Lopes de Lacerda, tem por objetivo analisar a possibilidade de emprego da modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns por empresas estatais, após a entrada em vigor da nova lei de licitações no Brasil. A metodologia empregada é de natureza dialético-descritiva e o método utilizado ter caráter dedutivo, tomando como referência conceitos jurídicos extraído dos ensinamentos de Marçal Justen Filho, além de terminologias usadas pelo legislador brasileiro e expressas em decisões judiciais, publicadas no sítio do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de um estudo de perfil qualitativo, amparado em concepções teórica já consagradas na órbita das ciências sociais aplicadas. O problema enfrentado nesta pesquisa consiste na revogação da norma jurídica que dispõe sobre o pregão, por força da Lei nº 14.133/2021, e, consequentemente, derrogação de estatutos estaduais e municipais que regem a matéria em torno das empresas públicas e sociedades de economia mista. A hipótese em questão refere-se à inadmissibilidade da aplicação subsidiária da lei geral de licitações sobre as contratações pretendidas por empresas estatais, na forma da Lei nº 13.303/2016, conforme entendimento fixado pelo Tribunal de Contas da União no acordão 739/2020, e, reproduzido no enunciado 17 da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho Nacional de Justiça. O resultado preliminar deste estudo revela que a lacuna normativa, aberta pela nova lei de licitações e contratos, inviabilizaria a utilização da modalidade pregão nas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, exceto se, houvesse um novo posicionamento do TCU, em alusão ao objeto desta investigação.

O artigo O DOLO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DIANTE DAS ALTERAÇÕES DA LEI 14.230 DE 2021, de autoria de Sebastião Sérgio Da Silveira e Wendy Luiza Passos Leite apresenta um estudo sobre a caracterização do dolo nos atos de improbidade administrativa. A relevância da discussão deve-se à alteração da Lei de Improbidade Administrativa, Lei 8.429/92, pela Lei 14.230/21 que inseriu o dolo como elemento subjetivo necessário para configuração dos atos de improbidade administrativa descritos nessa lei. Valendo-se de uma pesquisa exploratória-bibliográfica, orientada pelo método analítico-dedutivo analisa os delineamentos da improbidade administrativa, do dolo e as implicações da alteração proposta. Ao final, demonstra que a alteração da norma elegeu o dolo enquanto elemento subjetivo necessário para caracterização da improbidade administrativa e incidência das sanções descritas nesta lei. Para a análise do elemento subjetivo, o dolo, destaca a importância da utilização do Direito Administrativo Sancionador e dos parâmetros delineados no Direito Penal acerca do cumprimento dos requisitos da vontade e da consciência da ilicitude, ainda que potencial, que autorizarão a incidência das sanções administrativas previstas na lei de improbidade. Ressalta que desse modo, também serão punidos conforme esta lei os atos ímprobos, portanto ilícitos,

que se desviarem da finalidade pública administrativa, ao aparentarem serem lícitos formalmente, contudo, com finalidade ilícita. Destaca que para os atos com desvio de finalidade deverá ser aplicada a teoria de Maurice Hauriou para anulá-los e aplicar as sanções devidas, protegendo assim o patrimônio público, os princípios da administração pública e a moralidade administrativa.

O artigo O SISTEMA INTERAMERICANO DE COMBATE À CORRUPÇÃO E OS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, de autoria de Werbster Campos Tavares , visa a apresentar reflexões iniciais sobre as previsões legais existentes no texto original da Lei nº 8.429/92, com as modificações decorrentes da entrada em vigor da Lei nº 14.230/2021, a qual transformou substancialmente o regime de proteção contra a improbidade em vários aspectos. Assim, caracteriza-se como um estudo doutrinário e de caso que analisa a aplicação do sistema de cooperação internacional em face do modelo criado pela Lei de Improbidade Administrativa. O modelo estudado foi a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção. O artigo estrutura-se em duas partes: na primeira são tratados os conceitos gerais de improbidade administrativa, a caracterização do modelo criado pela LIA, assim como os aspectos gerais de alteração promovida pela Lei nº 14.230/2021. Na segunda parte são delineados os contornos da Convenção Interamericana contra a Corrupção, internalizado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 4.410/2002, e quais seus impactos para o fortalecimento do combate aos atos de improbidade. Após as análises, percebe-se a aplicabilidade dos conceitos da referida legislação em face de atos de improbidade. Concluiu, também, haver a necessidade de reforço do sistema de cooperação internacional de combate à corrupção.

O artigo PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS: REFLEXÕES TEÓRICAS CONSIDERANDO AS ALTERAÇÕES DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO, de autoria de Lucas de Brandão e Mattos e Indira Alves Matias de Oliveira, se propõe a uma análise da questão relativa ao efeito vinculante dos precedentes administrativos visando a construção de uma Teoria Brasileira dos Precedentes Administrativos, condizente com o ordenamento jurídico pátrio. Inicia-se pela construção do conceito de precedente administrativo para então partir para os fundamentos teóricos do princípio da igualdade aplicados às decisões do Poder Público. Tal análise parte de uma perspectiva hermenêutica, buscando entender o precedente como categoria jurídica própria. Na terceira parte explora a teoria de Ronald Dworkin do Direito como Integridade, como possível fundamento teórico do efeito vinculante dos precedentes administrativos, na perspectiva da legitimidade jurídico-filosófica da atuação do administrador. O último seguimento do trabalho ocupa-se da análise da aplicação do artigo 30 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro como norma fundamental de vinculação dos precedentes administrativos,

buscando compatibiliza-lo com os ditames clássicos que regem as decisões e atos administrativos. Pretende, por derradeiro, deixar assentadas reflexões que contribuam para uma perspectiva do precedente administrativo como um dever de consideração e um ônus argumentativo que deve guiar os gestores públicos e as decisões administrativas.

O artigo PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NAS AÇÕES DE OBRIGAÇÃO DE FAZER DO CORE-CE: O PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO E A UTILIDADE DAS SENTENÇAS JUDICIAIS, de autoria de Victor Felipe Fernandes de Lucena investiga as demandas de obrigação de fazer propostas pelos Conselhos Profissionais, especialmente no âmbito do Conselho Regional dos Representantes Comerciais no Estado do Ceará (Core-CE), objetivando compelir os profissionais que não estão regularmente inscritos nos quadros do ente responsável pela fiscalização da atividade, a fim de que possam se regularizar e, assim, exercer a profissão de forma legalizada. Nessa perspectiva, ressalta que o Conselho de Classe possui o respectivo poder de polícia para aplicar sanções nas pessoas físicas ou jurídicas que eventualmente descumpram as notificações dos autos de infrações que detectam o exercício ilegal da atividade profissional. Contudo, na hipótese de insucesso do exercício do poder de polícia na via administrativa, se faz necessária a intervenção do Poder Judiciário para compelir o registro profissional do infrator, de modo que são analisadas decisões conflitantes quanto a utilidade e a necessidade da intervenção judicial no procedimento das ações de obrigação de fazer, inclusive com manifestações do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5) sobre o tema. Para a formulação das conclusões apresentadas, utiliza como metodologia a pesquisa bibliográfica doutrinária e jurisprudencial e o método hipotético-dedutivo e exploratório.

O artigo PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMÓVEL DE FORTALEZA PELO TOMBAMENTO, de autoria de Nathalie Carvalho Candido , Monica Barbosa de Martins Mello e Williane Gomes Pontes Ibiapina destaca que o direito de propriedade encontra-se intrinsecamente limitado pela função social da propriedade, incluindo-se nesta os aspectos de proteção à memória coletiva. Assinala que a manutenção de imóveis representativos dos modos de fazer e viver dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira é responsabilidade do Poder Público, em conjunto com a sociedade e que, na proteção ao patrimônio cultural edificado, a Constituição Federal de 1988 determina a competência concorrente dos entes federados, podendo estes utilizarem diversos instrumentos de intervenção, sendo o mais frequente o tombamento. Aponta que a propriedade imóvel que tiver valor cultural reconhecido pode ser tombada como meio de viabilizar sua preservação, seja pela União, pelos Estados, Distrito Federal ou Municípios. No artigo são analisados os procedimentos administrativos de tombamento de imóveis no município de Fortaleza/CE, com vistas à identificação dos valores culturais que os bens apresentaram e justificaram sua

patrimonialização. Por meio de pesquisa bibliográfica, documental de abordagem qualitativa e quantitativa, conclui pela ausência de representatividade de determinados grupos formadores da sociedade brasileira, tendo os tombamentos realizados neste município um caráter elitista.

O artigo OS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL E O EXERCÍCIO ILEGAL DA PROFISSÃO: A FALTA DE COMPETÊNCIA LEGAL PARA PROCESSAR E PENALIZAR OS AUTUADOS DESSA PRÁTICA, de autoria de Fernanda Ferreira Dos Santos Silva, visa debater e demonstrar a incompetência dos Conselhos de Fiscalização Profissional para processar, julgar e imputar penalidade àqueles que, exercendo a profissão de modo ilegal, são autuados por seus agentes de fiscalização, tendo em vista que a Lei lhes confere a possibilidade legal de fiscalizar e zelar pela ética e moralidade do exercício da profissão que regula, bem como dos seus inscritos, não tendo, desse modo, ingerência, sobre aqueles que não possuem inscrição em seus quadros. Assim, a fim de construir o tema proposto, demonstrando que, de fato, apenas cabe aos Conselhos processar e julgar seus inscritos faz uma revisão de literatura, verificando a personalidade jurídica de tais entes da Administração Pública, bem como a legislação que, de modo geral, define suas competências. Faz ainda um breve estudo do que é o exercício ilegal e suas implicações, traçando, por conseguinte, um paralelo entre a sua prática e as atribuições legais dos Conselhos para autuar aqueles que pratiquem o exercício profissional sem a devida habilitação, concluindo pela incompetência dessas Autarquias para aplicar penalidade àqueles que não fazem parte do seu rol de profissionais inscritos.

Após mais de três horas de apresentações e debates profícuos, foram encerrados os trabalhos do grupo, com congratulações recíprocas.

Carlos André Birnfeld

Universidade Federal do Rio Grande - FURG

Janaína Rigo Santin

Universidade de Passo Fundo - UPF

Vanessa Chiari Gonçalves

Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

OS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL E O EXERCÍCIO ILEGAL DA PROFISSÃO: A FALTA DE COMPETÊNCIA LEGAL PARA PROCESSAR E PENALIZAR OS AUTUADOS DESSA PRÁTICA

THE PROFESSIONAL SUPERVISION COUNCILS AND THE ILLEGAL EXERCISE OF THE PROFESSION: THE LACK OF LEGAL COMPETENCY TO PROSECTION AND PENALIZE THOSE WHO ARE FINISHED OF THIS PRACTICE

Fernanda Ferreira Dos Santos Silva [1]

Resumo

O presente artigo visa debater e demonstrar a incompetência dos Conselhos de Fiscalização Profissional para processar, julgar e imputar penalidade àqueles que, exercendo a profissão de modo ilegal, são autuados por seus agentes de fiscalização, tendo em vista que a Lei lhes confere a possibilidade legal de fiscalizar e zelar pela ética e moralidade do exercício da profissão que regula, bem como dos seus inscritos, não tendo, desse modo, ingerência, sobre aqueles que não possuem inscrição em seus quadros. Assim, a fim de construir o tema aqui proposto, demonstrando que, de fato, apenas cabe aos Conselhos processar e julgar seus inscritos far-se-á, uma revisão de literatura, verificando a personalidade jurídica de tais entes da Administração Pública, bem como a legislação que, de modo geral define suas competências. Ademais, faz-se um breve estudo do que é o exercício ilegal e suas implicações, traçando-se, por conseguinte, um paralelo entre a sua prática e as atribuições legais dos Conselhos para autuar aqueles que pratiquem o exercício profissional sem a devida habilitação, concluindo-se pela incompetência dessas Autarquias não para fiscalizar a profissão, mas para aplicar penalidade àqueles que não fazem parte do seu rol de profissionais inscritos.

Palavras-chave: Conselhos, Classe, Fiscalização, exercício, Ilegal, Incompetência

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to discuss and demonstrate the incompetence of the Professional Supervisory Councils to prosecute, judge and impose a penalty on those who, illegally exercising their profession, are assessed by their supervisory agents, given that the Law gives them the possibility Legal to supervise and watch over the ethics and morality of the exercise of the profession that it regulates, as well as of its enrolled ones, thus not having interference, on those who do not have inscription in their pictures. Thus, in order to construct the theme proposed here, demonstrating that, in fact, it is only up to the Boards to process and judge their subscribers, a literature review will be carried out, verifying the legal personality of such entities of the Public Administration, as well as The legislation that, in general, defines

[1] Especialista em Direito Administrativo, Mestre em Direitos Fundamentais e Justiça e Doutoranda em Jurisdição Constitucional e Novos Direitos pela UFBA. Advogada.

its competences. In addition, a brief study of the illegal exercise and its implications is drawn, thus drawing a parallel between its practice and the legal attributions of the Councils to prosecute those who practice the professional exercise without proper qualification, Concluded by the incompetence of these Autarchies not to supervise the profession, but to apply penalties to those who are not part of their enrolled professionals.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Conciul, Class, Surveillance, Exercise, Illegal, Incompetence

1. INTRODUÇÃO:

O presente artigo tem por principal objetivo a reflexão acerca da competência dos Conselhos de Fiscalização Profissional para fiscalizar, processar e julgar aqueles que, não sendo seus inscritos, exercem a profissão sem a devida habilitação e, portanto, de modo ilegal, o que, de acordo com a profissão, pode configurar crime ou contravenção penal.

De modo geral, percebe-se que há, sobretudo por parte da própria classe profissional que representa cada Conselho, um clamor para ver aqueles que exercem a profissão ilegal/irregularmente processados e punidos, não sendo questionada a competência legal das Autarquias Federais, que são tais órgãos, em relação a tais pessoas.

O que se questiona, então, é se caberia aos Conselhos Profissionais, no exercício de sua função precípua que é fiscalizar o exercício profissional, autuar, processar e julgar mesmo aqueles que jamais foram inscritos em seus quadros ou mesmo aqueles que já o foram, mas que já não são mais?

Assim, a fim de se abarcar o estudo aqui proposto, através de vasta revisão bibliográfica, inicialmente faz-se um breve estudo sobre o que são os Conselhos de Fiscalização Profissional, falando, regra geral, de suas funções e atribuições, bem como do modo de gestão desses, destacando-se a autonomia financeira e funcional em relação à União. Posteriormente, passa-se a falar da prática do exercício ilegal da profissão, trazendo à baila o que pode configurar a sua prática, destacando o que trata sobre o tema no Código Penal e na Lei de Contravenções Penais.

Em seguida, passa-se a aprofundar, em verdade, o objeto maior de estudo do presente trabalho, traçando-se um paralelo entre a competência legal dos Conselhos no âmbito da fiscalização do exercício profissional e a prática do exercício ilegal das profissões, verificando a possível ilegalidade dos julgamentos e imposições de penalidade a não inscritos autuados.

2. OS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL:

2.1.1. ATRIBUIÇÕES E FUNÇÕES DOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL:

Os Conselhos de Fiscalização Profissional são órgãos da Administração Pública Indireta que exercem atividade fiscalizatória e que visam, sobretudo, promover a ética e moralizar a profissão.

A preocupação com a fiscalização do exercício profissional remonta à Constituição de 1981, sendo destaque na Constituição Federal de 1988, quando, a partir desta, assim como afirma o Tribunal de Contas da União (2014), iniciou-se a promulgação de Leis específicas para criar os Conselhos. Assim vejamos:

> *A União passou a delegar progressivamente a sua função de fiscalizar o exercício profissional,* ***criando por meio de leis específicas os denominados Conselhos de Fiscalização Profissional:*** *pessoas jurídicas de direito público, detentoras de autonomia administrativa e financeira e sujeitas ao controle do Estado para exercer a fiscalização do exercício profissional.*

Conforme acima se explanou,os Conselhos de Fiscalização Profissional são constituídos como Pessoas Jurídicas de direito público, diferindo-se dos demais órgaos estatais, sobretudo, porque gozam de autonomia administrativa e financeira, ou seja, a gestão desses é cabível àqueles que estão em sua direção e não diretamente à União, assim como a sua manutenção é feita diretamente com o que arrecadam.

Os Conselhos de Fiscalização Profissional, nas palavras de Anadyr de Mendonça (1999), diferem das demais entidades membro da Administração Pública:

> *(...)porque possuem peculiaridades uma vez que além de personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios para executar as atividades de fiscalização do exercício profissional, não se acham sob o controle político do Estado pois, não possuem os nomes de seus administradores aprovados pelo poder competente, nem se submetem ao controle administrativo através da supervisão ministerial, e muito menos dependem de controle financeiro, de vez que são custeadas com recursos obtidos das contribuições de seus filiados, não auferindo qualquer subvenção ou dotação orçamentária dos cofres de qualquer das pessoas jurídicas de capacidade política do Estado.*

Assim sendo, há de se perceber que tais entidades gozam de mais “liberdade” em suas ações, bem como na administração de suas atividades, já que independem de atuação política prapriamente dita, sendo, via de regra, geridos por membros da própria classe, através de

eleição, na qual os próprios profissionais de uma dada profissão regulamentada votam para eleger seus representantes, dentre seus pares.

Feita a conceituação do que são os Conselhos de Fiscalização Profissional, bem como a especificação acerca da autonomia administrativa, funcional e econômica desses, necessário se estabelecer as principais funções relativas a tais entes administrativos que, sem qualquer dúvida, são de suma importância no ordenamento jurídico pátrio, principalmente por prezarem pelo bom e fiel exercício das profissões regulamentadas.

De acordo com Letícia Junger de Castro Ribeiro Soares (2006), de modo simples e direto, pode-se dizer que os Conselhos de Fiscalização Profissional "possuem finalidade de disciplinar e fiscalizar, não só sob o aspecto normativo, mas também punitivo, o exercício das profissões regulamentadas, zelando pela ética no exercício destas".

Por assim dizer, tem-se que cabe aos Conselhos de Fiscalização Profissional a observância dos preceitos éticos que regem a profissão regulamentada de que cuidam, fazendo com que os seus inscritos a obedeçam, através de seus agentes de fiscalização.

É por exercer função fiscalizatória, com poder de autuar e, inclusive, de após devida apuraçao aplicar punição, que pode-se dizer que os Conselhos exercem verdadeiro Poder de Polícia que, assim como assevera José Carvalho Filho (2014), é "a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade." Ou seja, é o poder conferido à Administração Pública (que pode ser delegado aos seus entes) de, através da fiscalização, restringir o uso e o gozo de liberdades ou da propriedade, em favor da sociedade, da preservação de direitos sociais, assim como ocorre no exercício da função precípua dos Conselhos que é a fiscalização.

Através de seus setores de Fiscalização, os Conselhos promovem o exercício do poder de polícia, verificando o cumprimento por parte daqueles que exercem dada profissão regulamentada, do código de ética posto, bem como das demais normas que regulam e regem a profissão.

É bom lembrar que o exercício de tal poder, pelos Conselhos de Fiscalização Profissional, não se dá apenas pelas autuações lavradas durante visitas de fiscalização, mas,

também, por denúncias recebidas, tudo visando o bom exercício da profissão, a ética, a moralidade e a proteção da sociedade.

O atuar dos Conselhos de Fiscalização, no exercício do poder de polícia, preza pela sociedade e pela própria classe profissional que representam, verificando, ainda, o exercício ilegal da profissão.

Especificando as atribuições dos Conselhos e, também, a importância desses no combate ao exercício ilegal da profissão é que o Tribunal de Contas da União (2014) aduziu que:

> *Os conselhos possuem a finalidade de zelar pela integridade e pela disciplina das diversas profissões, disciplinando e fiscalizando, não só sob o aspecto normativo, mas também punitivo, o exercício das profissões regulamentadas, zelando pela ética no exercício destas.Cabe a estas entidades, além de defender a sociedade, impedir que ocorra o exercício ilegal da profissão, tanto por aquele que possua habilitação, mas não segue a conduta estabelecida, tanto para o leigoque exerce alguma profissão cujo exercício dependa de habilitação.Assim, aos conselhos Profissionais incumbe, com base em legislação específica que regulamenta o exercício profissional das diferentes áreas, estabelecer os mecanismos e requisitos que possam asseguram o exercício eficaz da profissão, assegurando à sociedade um profissional com o adequado perfil técnico e ético.*

Por fim, após conceituar o que são os Conselhos de Fiscalização Profissional, bem como as suas funções principais, é válido trazer à baila que cada profissão regulamentada terá o seu próprio Conselho que, em hipótese alguma se assemelham a sindicatos, já que não se prestam à defesa da classe ou dos profissionais de modo isolado, mas sim da sociedade como um todo, já que visam promover, como já dito, o exercício ético e legal da profissão.

É desse entendimento que compartilha Letícia Junger de Castro Ribeiro Soares (2006), ao afirmar que “Os conselhos e ordens não se prestam, de forma alguma, à defesa de classe, nem dos interesses profissionais, uma vez que zelam pelo interesse social. Além do mais, tais funções cabem ao sindicato”.

Considerando que, uma das principais batalhas travadas pelos Conselhos, sobretudo no dias atuais, é contra o exercício ilegal da profissão, é que no próximo capítulo trataremos sobre o tema de modo mais detido e aprofundado.

2.2- A PRÁTICA DO EXERCÍCIO ILEGAL DA PROFISSÃO:

2.2.1 – A LIBERDADE DE EXERCÍCIO DAS PROFISSÕES NO BRASIL COMO DIREITO FUNDAMENTAL:

Os direitos fundamentais, insertos na Carta Magna brasileira, de modo geral em seu artigo 5º, representam direitos que gozam de proteção ampla, cujo caráter deve ser sobreposto a diversos outros direitos, apesar de não serem absolutos. São aqueles que expressam a própria identidade de uma nação, os seus pressupostos máximos de proteção.

Assim sendo, a liberdade de exercício das profissões, inserta no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal vigente, constitui-se um Direito Fundamental e que, assim sendo, deve ser protegido, sobretudo por ser, o exercício do trabalho, uma expressão marcante da própria personalidade do homem, de onde este extrai seu sustento e o de sua família.

É exatamente assim que aduz Celso Ribeiro Bastos (1999) ao afirmar que:

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

Toda profissão, para o seu exerício, via de regra, exige que aquele que vá a exercer tenha determinada qualificação técnica e, por vezes, determinada habilitação.

Tal habilitação decorre, justamente, da regulamentação das profissões que afim de terem os seus parâmetros de atuação respeitados e seus códigos de ética observados possuem os Conselhos de Fiscalização Profissionais como órgãos máximos das classes que, assim, também fiscalizam a prática regular destas.

Conforme aqui já dito, grande parte das profissões regulamentadas no ordenamento jurídico brasileiro, além de formação técnica ou acadêmica, para o regular exercício exigem que o agente possua a devida inscrição profissional perante o Conselho de Classe competente para tanto. A ausência da inscrição, por si só, é condão capaz de caracterizar a prática do exercício ilegal da profissão.

Ao se falar em exercício de profissão no ordemamento jurídico brasileiro, mister é lembrar que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XIII, traz em seu bojo a liberdade do exercício profissional:

> *XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;*

Assim sendo, vê-se que a própria ordem constitucional ao passo que se preocupou em proteger a liberdade de exercício das profissões, também se preocupou em ressalvar que a Lei poderia estabelecer qualificações profissionais que, assim, devem ser atendidas, não como limitadoras de práticas laborais, mas como formas de garantir à sociedade, sem qualquer dúvida, de algum modo, uma mínima garantia de integridade na trabalho a ser desenvolvido, prezando pela observância da qualificação científica ou técnica que seja necessária ao exercício de determinadas profissões.

É compartilhando dessa esteira de pensamento que Silvio Maciel (2009) afirma que:

> *A Constituição garante o exercício do trabalho como um direito fundamental, mas exige o mínimo de responsabilidade de quem pretende exercer certas atividades, para as quais há necessidade de habilitação e conhecimentos técnicos ou científicos indispensávei. Assim, aqueles que se propõem a exercer determinadas profissões e atividades devem cumprir as exigências legais, que na verdade são exigências de comprovação de capacidade técnica e profissional.*

De certo, essas mencionadas qualificações exigidas por Lei não podem ser consideradas violações ao direito fundamental que é o direito à liberdade do exercício profissional, posto que, em verdade, conforme já fora dito, não se trata de uma mera proibição sem qualquer fundamento justo e lógico. Busca-se preservar verdadeiro bem maior: a sociedade. Resguardando a mesma e viabilizando que apenas profissionais legalmente habilitados e qualificados possam, de fato e de direito, exercer determinadas profissões. Ressalte-se que as limitações à liberdade de trabalho, de certo modo, também encontram guarida na proteção do próprio trabalhador, assim como lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012), ao afirmar que:

> *Apenas admite a Constituição as restrições a essa liberdade indispensáveis para a salvaguarda do interesse público. De fato, consente que a lei ordinária imponha "qualificações profissionais".*
> *A liberdade de trabalho, por outro lado, recebe certas limitações, destinadas a proteger o próprio trabalhador e a sociedade contra abusos. São*

> *limitações concernentes às condições do trabalho, previstas no art. 7º da Constituição.*

Desse modo, verificado que no Brasil, hoje, há a liberdade do exercício profissional havendo, entretanto, a restrição de que pode haver limitações impostas por Leis Infraconstitucionais que imponham qualificações e/ou habilitações específicas ao exercício de dadas profissões, é que se pode estudar de modo mais aprofundado o que, de fato, é a prática do exercício ilegal da profissão.

2.2.2- O EXERCÍCIO ILEGAL DA PROFISSÃO, O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E A LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS:

Após se refletir acerca da liberdade de exercício das profissões no Brasil, bem como da possibilidade de estabelecimento de exigências e requisitos específicos trazidos por legislação infraconstitucional, para que se tenha a devida qualificação ao exercício profissional, faz-se possível debater o que é, de fato, a prática do exercício ilegal da profissão.

De mais a mais, exerce ilegalmente a profissão aquele que não preenche os requisitos legais para exercer uma determinada profissão, seja de ordem técnica científica ou de ordem meramente administrativa ou formal, assim como é o caso da ausência de inscrição profissional perante os Conselhos de Fiscalização Profissional.

Ao definir como ilegal o exercício de profissão sem o preenchimento de determinados requisitos, em verdade, o legislador pátrio objetivou proteger não apenas os membros de determinadas classes profissionais, mas sim a própria sociedade, assim como bem assevera Silvio Maciel (2012) ao tratar da prática do exercício ilegal, dizendo que a coibição a tal prática "visa impedir que a população seja prejudicada por pessoas que se propõem a exercer determinadas profissões e atividades sem o conhecimento necessário para tanto".

A fim de proteger, então, a sociedade e também os profissionais que compõem as classes de profissões regulamentadas, é que o legislador brasileiro, tanto no Código Penal, quanto no Decreto- Lei 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais), inseriu tipos penais que punem a conduta daqueles que exercem atividades profissionais sem possuir a devida qualificação profissional.

Em primeira face, tratando-se da tipificação legal posta no Código Penal, tem-se em seu artigo 282 a seguinte previsão:

> ***Exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica***
>
> *Art. 282 - Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites:*

Percebe-se que o tipo penal acima exposto é limitado, cingindo-se apenas à medicina, odontologia e à farmacoterapia, pelo que é fácil perceber, assim como explicou Rogério Sanches Cunha (2013) que a objetividade jurídica deste é tutela da incolumidade pública no que toca à saúde.

A saúde pública é bem de suma importância, posto que é reflexo direto do bem maior que é a vida, daí a maior preocupação com a sua proteção, não visando o tipo penal do artigo 282 do Código Penal proteger os profissionais que compõem a classe dos médicos, dentistas e farmacêuticos, mas sim a própria sociedade que não pode ser exposta a pessoas sem qualquer mínimo conhecimento técnico científico de profissões que cuidam precipuamente da vida, da saúde e que assim podem salvar ou ocasionar a morte.

Vale lembrar que o direito a saúde é, assim como o direito de liberdade de exercício de profissão, um direito fundamental, assegurado constitucionalmente, e assim sendo, deve ser amplamente protegido, sobretudo, porque, como aqui já fora dito, reflete, diretamente, no direito fundamental à vida que sempre foi direito fundamental absoluto, apesar de hoje já ser questionado o seu "status" de absoluto, tendendo-se a, como todos os outros, ser posto como direito relativo, porém essa discussão não será aqui travada, por não ser alvo do trabalho e demandar debates acerca de bioética e aspectos de direitos de personalidade e da dignidade da pessoa humana.

Retomando ao crime previsto no artigo 282, tem-se que este, além de limitado apenas às profissões elencadas em seu "caput", só se configura com a habitualidade, sendo, ainda, de perigo abstrato, como ensina Rogério Sanches Cunha (2013) ou seja, "não importa os efeitos que os atos causaram àqueles que se submeteram à ação delituosa".

Aqui se tem que pratica o tipo penal aquele que sem a devida formação em medicina, odontologia ou farmácia, exercem tais profissões, ou que, gozando de tais formações, não

possuem a devida inscrição profissional no conselho de fiscalização profissional devido, da jurisdição onde atua.

Boa explicação acerca do que conceitua esse tipo penal em exame pode ser extraído da página eletrônica Nova Criminologia, ao expressar que:

> *O crime em exame tem como precípuo elemento condicional a falta de autorização legal ou a transposição dos limites desta . Quando ocorre a primeira hipótese, o que se apresenta é o exercício profissional sem qualquer título de habilitação ou sem registro deste na repartição competente. [1] No que respeita a segunda hipótese (exorbitância dos limites da autorização), a regra geral é que a cada um o seu ofício.*

Há de se falar, ainda, que existe divergência doutrinária e jurisprudencial no que toca à configuração da prática delituosa por aqueles que, mesmo gozando da devida habilitação legal e necessária formação técnico científica, perderam o direito de exercer a profissão, por decisão administrativa. O ponto de divergência aqui é se para esses haveria a possibilidade de configuração do crime previsto no artigo 282 ou se seria, na verdade a configuração do crime expresso no artigo 359 que trata do descumprimento de decisão administrativa. A maioria da Doutrina, assim como Nelson Hungria, acredita que haveria a mera prática do delito por último mencionado.

Apesar do tipo penal do artigo 282 do Código Penal se limitar a apenas três profissões, verifica-se que no que se trata ao artigo 47 da Lei de Contravenções Penais haverá uma maior abrangência quando se trata do exercício ilegal da profissão, sendo possível, nesse tipo, a configuração da prática ilícita para uma gama infindável de profissões, frise-se, profissões regulamentadas.

Essa amplitude trazida pelo artigo 47 da Lei de contravenções penais se deve ao fato de que no tipo penal não há nenhuma especificação profissional, trazendo como verbo do tipo o “exercer” profissão ou atividade econômica ou apenas o fato de “anunciar” que exerce. Assim vejamos:

> *Art. 47. Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício:*

Nesse caso, então, percebe-se que todas as profissões regulamentadas podem ser abarcadas, desde as técnicas quanto as que exijam formação acadêmica, não se exigindo que, para a configuração do tipo, haja o efetivo exercício da profissão, bastando haver o mero anúncio de que se exerce, que se pratica dada profissão sem que se preencha os requisitos necessários para tanto.

Esse tipo, sem qualquer dúvida, também visa resguardar a sociedade e as classes profissionais regulamentadas, salvaguardando estas daqueles que, sem qualquer qualificação específica, intencionam exercer profissão sem a observância das normas devidas, usurpando as funções próprias dos profissionais que se prepararam e que cumprem os requisitos exigidos, e expondo a população a más práticas, a execução de atividades sem domínio técnico científico. Silvio Maciel assim também entende ao aduzir ao se referir à objetividade jurídica do tipo previsto pelo artigo 47 da Lei das Contravenções Penais. Vejamos:

> *A coletividade e a proteção das classes profissionais e econômicas. O art.47, ao lado de outras normas, vida impedir que a população seja prejudicada por pessoas que se propõem a exercer determinadas profissões e atividades sem o conhecimento necessário para tanto. Além disso, a norma visa tutelar a própria classe profissional oi econômica, buscando evitar que alguém exerça ilegalmente a atividade sem cumprir todas as condições legais as quais os demais integrantes da classe se submeteram.*

O único requisito, dessa feita, é que sejam profissões regulamentadas e que, assim como para o crime previsto no artigo 282 do Código Penal, haja a habitualidade que como já visto é a prática reiterada de condutas do exercício ilegal/irregular da profissão.

A ausência da mencionada regulamentação da profissão, que nada mais é que o estabelecimento de normas para que um determinado labor seja exercido, seja um conjunto de conhecimentos técnicos, a exigência de formação específica, habilitação adequada e inscrição profissional junto a Conselho Profissional, faz com que não se enquadre a prática da contravenção penal prevista no artigo 47 da Lei, tendo tal posicionamento já sido alvo de manifestação, inclusive, do Egrégio Supremo Tribunal de Justiça. Vejamos:

> *RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXERCÍCIO ILEGAL DE PROFISSÃO OU ATIVIDADE ECONÔMICA (ARTIGO 47 DA LEI DE CONTRAVENCOES PENAIS). ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE DA PRÁTICA DA INFRAÇÃO PENAL POR GUARDADORES OU LAVADORES DE CARROS, VULGO*

> *"FLANELINHAS". INEXIGIBILIDADE DE CONHECIMENTOS TÉCNICOS OU HABILIDADES ESPECÍFICAS. NÃO ENQUADRAMENTO DA ATIVIDADE COMO PROFISSÃO. AUSÊNCIA DE REMUNERAÇÃO OBRIGATÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. PROVIMENTO DO RECURSO. (STJ. RHC 40057 MG 2013/02684990. T5 - QUINTA TURMA. DJe 26/09/2013. Julgado em 17 de Setembro de 2013. Relator Ministro JORGE MUSSI).*

Impende ressaltar, assim, que em se tratando de profissões não regulamentadas, não há Conselho de Fiscalização Profissional próprio que regule e fiscalize a atuação daqueles que exercem as atividades no mercado de trabalho, mesmo que essas não prezem pela ética e pela moralidade enquanto desempenham a profissão que escolheram. Nesses casos, apenas as autoridades policiais e o próprio Ministério Público do Trabalho podem atuar através de seus prepostos.

Outro fato que é importante destacar no estudo da contravenção penal prevista no artigo 47 é que a mesma é "formal ou de mera conduta sendo que para sua configuração não há a necessidade de ocorrer prejuízo há alguém, ou mesmo para a respectiva classe profissional ou econômica. Também não se exige finalidade de lucro para caracterização da infração." (MACIEL, 2016).

Tanto o crime previsto no artigo 282 do Código Penal, quanto a Contravenção Penal prevista no artigo 47 do Decreto-Lei 3.688/41, são delitos penais apurados e julgados pelos Juízados Especiais Criminais, tendo em vista a pena máxima atribuída aos mesmos.

Vale dizer que, em sua grande maioria, essas ocorrências penais chegam à Justiça através de denúncia promovida pelo Ministério Público do Estado que toma ciência do fato criminoso através de representações, por vezes a si enviadas pelos Conselhos de Fiscalização Profissional que, no uso de suas atribuições, também possuem a obrigação de comunicar a ocorrência de fatos criminosos que tenham ciência, sobretudo o exercício ilegal da profissão que terá impacto, sem qualquer dúvida, na classe profissional que tem o dever de prezar pela ética e pela moralidade.

2.3 - OS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL X O EXERCÍCIO ILEGAL DA PROFISSÃO:

2.3.1 - OS LIMITES NA FISCALIZAÇÃO, AUTUAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE PENALIDADES:

Conforme já se explanou no presente trabalho, os Conselhos de Fiscalização Profissional são Autarquias Federais cuja função precípua é a fiscalização do exerício de determinada profissão regulamentada, prezando pela ética e pela moralidade desta.

No exercício de tais funções fiscalizatórias, cabe a estes órgãos a autuação daqueles profissionais que atuem infringindo as normas legais e éticas que regem a profissão, podendo, ainda, depois de movido o devido processo ético administrativo, assegurando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, aplicar penalidades éticas.

Quando se fala na atividade fiscalizatória dos Conselhos, tem-se que entender que esta é a principal função dessas Autarquias que, em suma, são constituídas para esse fim, como ensina Letícia Junger de Castro Ribeiro Soares (2006):

> *Nos dizeres de Odete Medauar (1999, p. 28), são "a chamada polícia das profissões,que originariamente caberia ao poder público, é, assim, delegada aos conselhos profissionais, que, nessa matéria, exercem atribuições típicas do poder público".Possuem finalidade de disciplinar e fiscalizar, não só sob o aspecto normativo, mas também punitivo, o exercício das profissões regulamentadas, zelando pela ética no exercício destas.Exercem poder de polícia administrativa sobre os membros de determinada categoria profissional, apurando situações contrárias às normas, aplicando, se necessário, apenalidade cabível*

Utilizando os ensinamentos trazidos à baila pela autora acima mencionada é que se tem que os Conselhos de Fiscalização Profissional são responsáveis, como a mesma faz questão de asseverar, por exercer “poder de polícia administrativa sobre os membros de determinada categoria profssional”, ou seja, o Conselho será competente para fiscalizar o cumprimento das normas éticas e legais por aqueles que possuem inscrição junto a seus quadros.

É nesse diapasão, da possibilidade de autuação, instauração e instrução de processo ético e de aplicação de penalidade pelos Conselhos de Fiscalização Profissional que se há grande questionamento acerca da possibilidade destes, no exercício de suas atribuições conferidas por Lei, também autuar, processar e julgar, aqueles que exercem ilegalmente a profissão.

O principal fator que se questiona é a competência dos Conselhos para com os ilegais, haja vista que estes, não possuindo a devida habilitação para o exercício profissional, não são seus jurisdicionados, por não possuírem a devida inscrição profissional e assim não lhes devem qualquer dever de obediência ou de cumprimento de normas.

Os processos éticos administrativos movidos no âmbito dos Conselhos de Fiscalização Profissionais seguem os Códigos de Ética de cada profissão, assim como os Códigos de Processo Ético dessas, sendo que há a previsão de penalidades expressas que ao serem aplicadas são anotadas no prontuário, na ficha cadastral do profissional, o que só faz ainda mais questionável o poder punitivo dos Conselhos em face daqueles que não são seus inscritos.

Tais processos éticos administrativos terão sempre cunho administrativo, conforme já fora dito, assim como as sanções aplicadas que terão também natureza de sanção administrativa e exatamente por isso precisam de prévia previsão e de que se possam, de fato ser aplicadas, a fim de ter efetividade a fiscalização executada. Lembre-se, ainda, que a atividade fiscalizatória dos Conselhos não se restringe apenas à autuação e instauração do processo com a aplicação de penalidade, inclui-se aí, também, a observância de toda legalidade do trâmite do processo ético administrativo, assegurando-se aos autuados todas as garantias processuais, antes da imposição de uma penalidade ética que, conforme explicado, nada mais é que uma sanção administrativa que pode ocasionar, inclusive, a cassação do exercício profissional. É assim que também leciona Luísa Hickel Gamba (2014) ao afirmar que:

> *As sanções aplicadas pelos conselhos e ordens de fiscalização profissional têm natureza jurídica de sanção administrativa, podendo consistir em multas, interdição de atividades, suspensão ou cancelamento de inscrição, fechamento de estabelecimento, inutilização de produtos, vedação de comercialização de determinado produto, vedação de localização de estabelecimento etc. Da natureza jurídica de sanção administrativa decorre a aplicação de regime jurídico próprio aos procedimentos de fiscalização que nesse âmbito exercem os conselhos e ordens profissionais: as infrações e sanções administrativas devem estar estabelecidas em lei, já que restringem direito individual assegurado na Constituição Federal (livre exercício profissional); os procedimentos de fiscalização e sobretudo a aplicação das sanções deve observar procedimento administrativo formalizado (devido processo legal); na aplicação das sanções deve ser assegurado o contraditório e a ampla defesa (vista do que se apura ao acusado e ao menos uma única oportunidade de apresentação de defesa); na*

> *aplicação das sanções, sobretudo naquelas em que o agente tenha discricionariedade na escolha da sanção, dentre as cominadas na lei, deve ser observada a proporcionalidade.*

Ante a necessidade de observância de toda legalidade no âmbito processual e material, percebe-se que não há óbice à autuação daqueles que exercem ilegalmente a profissão, posto que é plausível se pensar que Conselhos de Fiscalização Profissional autuem aqueles que exerçam sem devida habilitação a profissão que regulam e fiscalizam, até porque estes são competentes para fiscalizar e regular todos os fatos referentes àquela profissão regulamentada.

Entretanto, percebe-se que é dificultoso pensar em processo administrativo movido em face de quem não possui inscrição junto ao Conselho Profissional, já que não sendo este jurisdicionado como se falar em aplicação de sanção administrativa prevista em Lei que rege a profissão?

Assim, percebe-se que, no que toca ao exercício ilegal da profissão, apesar do dever de autuação do ilegal, os Conselhos de Fiscalização Profissional, precisam ter regramento próprio, tais como seus Códigos de Ética e de Processos Éticos, não se afastando a Lei de Processo Administrativo como base, obedecendo assim aos princípios da tipicidade e da legalidade para que possam processar e julgar seus inscritos e, de algum modo, também mover processos ético-administrativos e aplicar sanções éticas em face a não inscritos, posto que em se tratando de Autarquia Federal, todo processo que move tem cunho de processo administrativo, assim como as sanções que aplica.

A situação de processo e julgamento de não inscritos é peculiar, devendo ser tratada com especial cuidado, a fim de que o trabalho de fiscalização da Autaquia não seja questionado e mesmo anulado judicialmente, tendo em vista a abertura de processos éticos administrativo e aplicação de sanções em face de ilegais, sem que os Conselhos tenham competência, de fato, para tanto.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Conforme exposto ao longo de todo este trabalho, verifica-se que os Conselhos de Fiscalização Profissional possuem importante atuação na sociedade, sobretudo na sociedade moderna onde as informações se propagam com imensa velocidade e o conhecimento se

difunde tão rapidamente, muitas vezes permitindo que pessoas acreditem que detém conhecimento para realizar atos típicos de uma determinada profissão quando, na verdade, não possuem a menor qualificação necessária para tanto.

É aí que se fazem ainda mais necessários o controle e a fiscalização do exercício das profissões, principalmente para que seja verificado se as habilitações mínimas para dada profissão estão sendo, de fato, cumpridas.

Os Conselhos, constituídos em Autarquias Federais, além de serem verdadeiros órgãos regulamentadores da profissão, atuam exercendo poder de polícia, posto que possuem como função principal a fiscalização do exercício de profissões regulamentadas, verificando o fiel cumprimento de normas de qualificação acadêmica, científica ou técnica, bem como as normas éticas que se imponha.

Vale dizer que sem qualquer dúvidas os Conselhos são órgãos de suma importância na estrutura fiscalizatória brasileira, servindo para balizar o exercício das profissões no que toca à legalidade e à ética, não sendo órgão de defesa de direito de profissionais, mas órgãos de defesa da sociedade, como bem lembra Luísa Hickel Gamba (2014) ao afirmar que:

> *Não são os conselhos e ordens entidades de representação nem de defesa de direitos e interesses de classe ou categoria, tarefas atribuídas às associações de classe e sindicatos, sem compulsoriedade na inscrição, já que a Constituição garante liberdade de associação e sindicalização. Para o exercício de profissões regulamentadas para as quais a lei criou conselho ou ordem fiscalizadora, há compulsoriedade na inscrição: só pode exercer com legitimidade a profissão aquele que está inscrito. Não têm os conselhos profissionais, então, qualquer atribuição na defesa de interesses dos profissionais, mas têm, sim, como atribuição, a fiscalização do exercício da profissão.*

Os homens , como aqui também foi falado, gozam do direito de escolherem a profisão que desejam exercer, como verdadeira expressão de suas identidades, e nessa liberdade de exercício profissional precisam que o Estado, através de suas instituições, possa fornecer aparatos mínimos não só para garantir o fiel desempenho das atividades trabalhistas, mas para garantir que apenas aqueles que preencham os reais requisitos possam atuar no mercado de trabalho e oferecer à sociedade as condições adequadas e moral e eticamente aceitas.

Em paralelo a isso, à defesa do fiel cumprimento às normas para o exercício legal das profissões, é que se faz necessário, também, coibir a prática do exercício ilegal da profissão,

não só por se constituir prática delitiva, seja na conduta tipificada como crime no artigo 282 do Código Penal Brasileiro ou no tipo previsto no artigo 47 da Lei de Contravenções Penais.

Entretanto, não se pode conceber que o poder de autuar, processar e punir ilegais, ou seja, pessoas não habilitadas ao exercício de determinada profissão, seja conferido aos Conselhos de Fiscalização Profissional, uma vez que estes só possuem jurisdição em relação àqueles que possuem inscrição em seus quadros, na jurisdição do local onde se situam.

Permitir que tal competência seja exercida pelos Conselhos Profissionais é permitir que esses julguem pessoas estranhas aos seus quadros e que, portanto, não possuem a obrigação legal de cumprir as normas éticas e legais adstritas aos profissionais que se submetem às mesmas no momento em que realizam suas inscrições profissionais.

De certo, a competência para processar, julgar e punir aqueles que exercem ilegalmente qualquer profissão, seja ela na área médica ou em qualquer outra área, é da justiça criminal, tendo os Conselhos de Fiscalização Profissional o dever de fiscalizar, porém não de processar e julgar, mas de representar aos Ministérios Públicos Estaduais acerca da prática delitiva, instruindo de provas, deixando a estes o dever de denunciar à Justiça o fato criminoso, a fim de que seja processado e julgado.

Assim sendo, é que se pode concluir que os Conselhos de Fiscalização Profissional, uma vez que são responsáveis pela fiscalização do exercício de profissão regulamentada, possuem, apenas, competência para processar e julgar aqueles que são inscritos em seus quadros, podendo somente em face destes mover processos éticos-administrativos, observando as normas legais e éticas que regem a profissão, bem como a lei geral de processos administrativos.

REFERÊNCIAS

_____. PLANALTO FEDERAL. Código Penal- Decreto Lei 3688 de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm

_____.NOVA CRIMINOLOGIA. Exercício ilegal da profissão de farmacêutico:artigo 282 do Código Penal. Disponível em: https://nova-

criminologia.jusbrasil.com.br/noticias/2264986/exercicio-ilegal-da-profissao-de-farmaceutico-artigo-282-do-codigo-penal

_____.PLANALTO FEDERAL. Código Penal- Decreto Lei 2848 de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm;

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

CUNHA, Rogério Sanches. *Código Penal Para Concursos*. 5ª Ed. rev.,ampl. e atual. . Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed., rev. e atual. – São Paulo.

GAMBA, Luísa Hickel. *A FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS PROFISSÕES PELOS CONSELHOS E* GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. *Legislação Criminal Especial*. Vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

JÚNIOR DA CUNHA, Dirley. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª Ed. rev.,ampl. e atual. . Salvador: Editora JusPodivm, 2009;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* - 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009;

ORDENS. Disponível em: http://docslide.com.br/documents/a-fiscalizacao-das-profissoes-pelos-conselhos-e-ordens-luisa-hickel-gamba.html

Paulo : Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Anadyr de Mendonça. *O Regime Jurídico dos Servidores das Entidades de Fiscalização do Exercício Profissional*. In: MANNRICH, Nelson (coord.).Revista de Direito do Trabalho, n. 90, p.5-8. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOARES, Letícia Junger de Castro Ribeiro. *Natureza jurídica dos conselhos e ordens de fiscalização profissional.* Disponível em: https://jus.com.br/948427-leticia-junger-de-castro-ribeiro-soares/publicacoes

UNIÃO, Tribunal de Contas da União. *Orientações para os Conselhos de Fiscalização das Atividades Profissionais*. Brasília: 2014.

VALENTINO, Cyrlston Martins. *Conselhos e ordens de fiscalização do exercício profissional: perfil jurídico a partir da jurisprudência do STF*. Disponível em: https://jus.com.br/955493cyrlstonmartinsvalentino/publicacoes).