

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Na presente ação, discute-se a constitucionalidade do art. 58, § 3º, da Lei n. 9.649, de 27.5.1998; do art. 31 da Lei n. 8.042, de 13.6.1990; e do art. 41 da Lei n. 12.378, de 31.12.2010.

2. O Autor alega contrariedade ao art. 39, *caput*, da Constituição da República porque, “ *reconhecido o caráter público das atividades desenvolvidas pelos conselhos de fiscalização profissional, exercidas como manifestação de poder de polícia, e, por consequência, a natureza autárquica dessas instituições, imperativa a aplicação a essas entidades do regime jurídico de direito público*”.

3. Põe-se em foco nesta ação direta de inconstitucionalidade se a natureza das atividades desenvolvidas por Conselho de Fiscalização profissional, por atuar impondo restrições a direitos fundamentais e ao exercício de poder de polícia, demandaria aplicação de regime jurídico estatutário para admissão de servidores.

4. A questão constitucional em análise foi tratada pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 21.797/RJ, DJ 18.5.2001, Relator o Ministro Carlos Velloso. Apesar de não conhecida a ação no ponto, o Relator assentava a subsunção dos Conselhos de Fiscalização profissional ao regime jurídico único estatutário, próprio dos servidores da Administração Pública direta e também da autárquica:

“Ora, o impetrante, Conselho Federal de Odontologia, é uma autarquia, com personalidade jurídica de direito público (Lei 4.324, de 1964, art 2º). Assim, com a promulgação da Lei 8.112, de 11.12.90, que institui o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais, (Lei 8.112/90, art. 1º), os servidores do Conselho Federal de Odontologia deverão se submeter ao regime jurídico único da Lei 8.112 /90.

Não há como descaracterizar a natureza jurídica autárquica do impetrante ao argumento de que tem ele receita e patrimônio próprios. Ora, como bem acentua o Ministério Público, é característica

da autarquia ter receita e patrimônio próprios, vale dizer, receita e patrimônio desvinculados da entidade-mãe, União Estado-membro ou Município”.

5. Pela Constituição da República de 1988, estabeleceu-se o regime jurídico único para os servidores das entidades da Administração Pública direta e das autarquias. Contrariamente a esse entendimento a Lei n. 9.649/1998 definiu a personalidade jurídica daqueles entes de direito público para natureza de direito privado.

Essa modificação foi posta no art. 58, § 2º, da Lei n. 9.649/1998, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.717/DF. Fixou-se, então, o entendimento de os Conselhos de Fiscalização profissional terem personalidade jurídica de direito público, pela impossibilidade de delegação de atividade típica de Estado a entidade privada, a abranger o exercício do poder de polícia, de tributação e de punição das atividades profissionais. Esta a ementa do julgado:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime” (DJ 28.3.2003) .

6. Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 19/1998, a questão teve enfoque diferente.

Reconhecido que o Conselho de Fiscalização profissional tem natureza autárquica, altera-se a definição do regime jurídico de seu servidor, que, na formulação posta na norma originária do art. 39 da Constituição da República, teria de ser necessariamente estatutário, próprio das entidades autárquicas.

7. Sobreveio, entretanto, a Emenda Constitucional n. 19/1998, que modificou a norma e deixou ao cuidado infraconstitucional a opção pelo regime jurídico dos servidores dos entes da Administração Pública direta e autárquica, ressalva feita àquelas carreiras que tivessem definição constitucional quanto a seu estatuto.

Com a nova nova do art. 39 da Constituição da República exclui-se a obrigatoriedade de adoção do regime jurídico único estatutário, até mesmo para as autarquias e fundações, que poderiam, então, adotar o regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

8. Este Supremo Tribunal foi instado a julgar a matéria, concluindo o julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.135/DF, Redatora para o acórdão a Ministra Ellen Gracie (iniciado em 2001 e encerrado em 2008) no sentido de suspender a eficácia da norma do art. 39, *caput*, da Constituição da República, em decorrência de inconstitucionalidade formal, restabelecendo, com efeitos *ex nunc*, a obrigatoriedade da adoção do regime jurídico único para os servidores da Administração Pública direta, autárquica e fundacional:

“MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PODER CONSTITUINTE REFORMADOR. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 19, DE 04.06.1998. ART. 39, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO, DURANTE A ATIVIDADE CONSTITUINTE DERIVADA, DA FIGURA DO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO. INOVAÇÃO QUE NÃO OBTVEU A APROVAÇÃO DA MAIORIA DE TRÊS QUINTOS DOS MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANDO DA APRECIÇÃO, EM PRIMEIRO TURNO, DO DESTAQUE PARA VOTAÇÃO EM SEPARADO (DVS) Nº 9. SUBSTITUIÇÃO, NA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA LEVADA A SEGUNDO TURNO,

DA REDAÇÃO ORIGINAL DO CAPUT DO ART. 39 PELO TEXTO INICIALMENTE PREVISTO PARA O PARÁGRAFO 2º DO MESMO DISPOSITIVO, NOS TERMOS DO SUBSTITUTIVO APROVADO. SUPRESSÃO, DO TEXTO CONSTITUCIONAL, DA EXPRESSA MENÇÃO AO SISTEMA DE REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL POR OFENSA AO ART. 60, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS DEMAIS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL REJEITADA POR UNANIMIDADE. 1. A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS nº 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente caput do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público. 2. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o caput desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS nº 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o quorum de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional. 3. Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao caput do art. 39 da Constituição Federal, ressaltando-se, em decorrência dos efeitos ex nunc da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso. 4. Ação direta julgada prejudicada quanto ao art. 26 da EC 19/98, pelo exaurimento do prazo estipulado para sua vigência. 5. Vícios formais e materiais dos demais dispositivos constitucionais impugnados, todos oriundos da EC 19/98, aparentemente inexistentes ante a constatação de que as mudanças de redação promovidas no curso do processo legislativo não alteraram substancialmente o sentido das proposições ao final aprovadas e de que não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico anterior. 6. Pedido de medida cautelar parcialmente deferido” (DJ 6.3.2008).

7. Exceção feita à Ordem dos Advogados do Brasil (ADI n. 3.026), este Supremo Tribunal reiterou, em múltiplos processos, a natureza autárquica federal dos conselhos fiscalizadores das profissões, declarando a não recepção, pela Constituição da República de 1988, do art. 1º do Decreto-Lei n. 968/1969. Assim, por exemplo:

“Indaga-se se os Conselhos de Fiscalização Profissional foram alcançados por estas disposições, ou se permanece, frente à Constituição, válido e vigente o disposto no art. 1º do Decreto-lei 968 /69, assim redigido:

‘Art. 1º - As entidades criadas por lei com atribuições de fiscalização do exercício de profissões liberais que sejam mantidas com recursos próprios e não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, regular-se-ão pela respectiva legislação específica, não se lhes aplicando as normas legais sobre pessoal e demais disposições de caráter geral, relativas à administração interna das autarquias federais.’

Na mesma linha, pretendeu estabelecer a Lei 9.649/98, em seu art. 58, § 3º:

‘Os empregados dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são regidos pela legislação trabalhista, sendo vedada qualquer forma de transposição transferência ou deslocamento para o quadro da Administração Pública direta ou indireta.’

Inviável, porém, reconhecer-se como recepcionadas pela Constituição de 1988, as disposições do art. 1º do Decreto 969/68, considerando-se a natureza autárquica atribuída aos Conselhos de Fiscalização Profissional. São pessoas jurídicas de direito público, com natureza autárquica, pois foram criados por lei para exercer poder de polícia e desenvolver serviço público próprio, atribuições que apenas os que detêm parcela do jus imperii , e personalidade de direito público podem executar” (RE n. 596.187-AgR, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe 4.9.2013).

“AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA FEDERAL. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. OBSERVÂNCIA DO ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO. ATIVIDADE TÍPICA DO ESTADO. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA. ANÁLISE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA RESTAURAR O DEVIDO PROCESSAMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA E POSSIBILITAR UM MELHOR EXAME DA MATÉRIA. 1. Os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquias, consoante decidido no MS 22.643, ocasião na qual restou consignado que: (i) estas entidades são criadas por lei, tendo personalidade jurídica de direito público com autonomia administrativa e financeira; (ii) exercem a atividade de fiscalização de

exercício profissional que, como decorre do disposto nos artigos 5º, XIII, 21, XXIV, é atividade tipicamente pública; (iii) têm o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União (art. 71, II, CRFB/88). 2. Os conselhos de fiscalização profissional, posto autarquias criadas por lei e ostentando personalidade jurídica de direito público, exercendo atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização do exercício profissional, submetem-se às regras encartadas no artigo 37, inciso II, da CRFB/88, quando da contratação de servidores. Precedente: RE 539.224, 1ª Turma Rel. Min. Luiz Fux, DJe.- 18/06/2012. 3. A fiscalização das profissões, por se tratar de uma atividade típica de Estado, que abrange o poder de polícia, de tributar e de punir, não pode ser delegada (ADI 1.717), excetuando-se a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 3.026). 4. In casu, está em discussão tese relacionada à contratação dos impetrantes, ocorrida há mais de 10 (dez) anos, e a alegação de desrespeito ao processo de seleção e às regras constitucionais aplicáveis (art. 37, II, CRFB/88), fatos que tornam imperativa a análise mais apurada do mandado de segurança, sobretudo em decorrência do princípio da proteção da confiança legítima. 5. Agravo regimental provido apenas para possibilitar um melhor exame do mandado de segurança e facultar às partes a oportunidade de sustentação oral” (MS n. 28.469-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 10.5.2013).

“ LEGITIMIDADE - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONSELHOS - AUTARQUIAS CORPORATIVISTAS. O rol do artigo 103 da Constituição Federal e exaustivo quanto a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Os denominados Conselhos, compreendidos no gênero ‘autarquia’ e tidos como a consubstanciar a espécie corporativista não se enquadram na previsão constitucional relativa as entidades de classe de âmbito nacional. Da Lei Básica Federal exsurge a legitimação de Conselho único, ou seja, o Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Dai a ilegitimidade ‘ad causam’ do Conselho Federal de Farmácia e de todos os demais que tenham idêntica personalidade jurídica - de direito público” (ADI n. 641-MC, Redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, DJ 12.3.1993) .

8. No julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 554 e 559, Relator o Ministro Eros Grau, definiu-se a impossibilidade lógica de os servidores públicos celebrarem convenções e acordos coletivos de trabalho pela indisponibilidade do regime trabalhista único, sujeito apenas às disposições da Lei n. 8.112/1990:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 272, § 2º, DA LEI COMPLEMENTAR N. 4 DO ESTADO DO MATO GROSSO. SERVIDORES PÚBLICOS. ACORDOS E CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO. VIOLAÇÃO DO ART. 61, § 1º, II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A celebração de convenções e acordos coletivos de trabalho consubstancia direito reservado exclusivamente aos trabalhadores da iniciativa privada. A negociação coletiva demanda a existência de partes formalmente detentoras de ampla autonomia negocial, o que não se realiza no plano da relação estatutária. 2. A Administração Pública é vinculada pelo princípio da legalidade. A atribuição de vantagens aos servidores somente pode ser concedida a partir de projeto de lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, consoante dispõe o art. 61, § 1º, inciso II, alíneas "a" e "c", da Constituição, desde que supervenientemente aprovado pelo Poder Legislativo. Precedentes. Pedido julgado procedente para declarar inconstitucional o § 2º, do artigo 272, da Lei Complementar n. 4, de 15 de outubro de 1990, do Estado do Mato Grosso” (DJ 5.5.2006).

9. A jurisprudência deste Supremo Tribunal consolidou-se no sentido da natureza de direito público dos Conselhos de Fiscalização profissional, submetidos os servidores desses conselhos ao regime jurídico único da Lei n. 8.112/1990, conforme previsto no art. 243:

“ Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação ”.

Descabido seria, juridicamente, relativizar a obrigatoriedade do regime jurídico único para os Conselhos de Fiscalização, enquanto perdurar a norma do art. 39 da Constituição da República, de acordo com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, consolidada em decisões proferidas desde 2011, como, por exemplo:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NATUREZA DE AUTARQUIA ESPECIAL. FISCALIZAÇÃO. ATIVIDADE TÍPICA DE ESTADO. ESTABILIDADE. ARTIGO 41, PARÁGRAFO 1º, DA CONSTITUIÇÃO. OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO.

Decisão: Trata-se de recurso extraordinário, manejado com arrimo na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão assim ementado:

'ESTABILIDADE. ARTIGO 19 DO ADCT. EMPREGADO DE CONSELHO REGIONAL DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. Os Conselhos de Fiscalização Profissional não são autarquias em sentido estrito. Assim, não há que se cogitar da estabilidade prevista no art. 19 do ADCT para seus empregados (...).'

Nas razões do apelo extremo, sustenta preliminar de repercussão geral e, no mérito, alega violação aos artigos 5º, LIV e LV, 37 e 41, § 4º, da Constituição Federal.

O Tribunal a quo admitiu o recurso extraordinário.

É o relatório. DECIDO.

O acórdão recorrido divergiu do entendimento firmado por esta Corte, merecendo, portanto, reforma.

Esta Suprema Corte, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança 22.643, decidiu que os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquias. Naquela ocasião, ficou consignado que: (i) estas entidades foram criadas por lei, tendo personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira; (ii) exercem a atividade de fiscalização de exercício profissional, que é tipicamente pública; (iii) têm o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União.

A Lei nº 9.649/1998 atribuiu personalidade jurídica de direito privado aos conselhos profissionais, ficando vedado o vínculo funcional ou hierárquico com a Administração Pública.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito da ADI 1.717, declarou a inconstitucionalidade do caput e dos parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do artigo 58 da Lei nº 9.649/1998, restando consignado que a fiscalização das profissões, por se tratar de uma atividade típica de Estado, que abrange o poder de polícia, de tributar e de punir, não pode ser delegada. Dessa maneira, infere-se a natureza autárquica dos conselhos profissionais pelo caráter público da atividade desenvolvida por eles.

Considerando a natureza jurídica de autarquias, firmou-se, ainda, em diversos julgados, o entendimento no sentido de que é aplicável aos conselhos de fiscalização o instituto da estabilidade, previsto no artigo 41 da Constituição Federal e no artigo 19 do ADCT. Nesse sentido, verbis : (...)

"Agravamento regimental no recurso extraordinário. Conselhos de fiscalização profissional. Natureza de autarquia reconhecida por esta Suprema Corte. Precedentes. 1. O servidor de órgão de fiscalização profissional, cuja natureza jurídica é inegavelmente de autarquia federal, não pode ser demitido sem a prévia instauração de processo administrativo. 2. Inaplicabilidade, no caso, da Súmula Vinculante nº

10 desta Corte, porque não se declarou inconstitucionalidade de lei, tampouco se afastou sua incidência. 3. Agravo regimental não provido.” (RE 563.820-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 10/5/2012). (...)

Ex positis , PROVEJO o recurso extraordinário, com fundamento no disposto no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, invertidos os ônus da sucumbência” (RE n. 713.083, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 2.3.2016).

“ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. AUTARQUIA FEDERAL. SERVIDOR PÚBLICO CONCURSADO: IMPOSSIBILIDADE DE DISPENSA IMOTIVADA. ESTABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO DISSONANTE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO ” (RE n. 735.803-ED, de minha relatoria, DJe 16.10.2013).

“AGRAVO REGIMENTAL – JUÍZO DE RETRATAÇÃO – AUTARQUIA CORPORATIVA – PRESTADORES DE SERVIÇO – ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS – INCIDÊNCIA ADMITIDA NA ORIGEM – PRECEDENTES DO SUPREMO QUANTO À NATUREZA JURÍDICA DOS CONSELHOS – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PROVIMENTO. (...)

A argumentação trazida no regimental merece prosperar. Observem os precedentes do Tribunal sobre a natureza jurídica dos conselhos que congregam categorias profissionais. São pessoas jurídicas de direito público que, na qualidade de autarquias, exercem, inclusive, o poder de polícia. (...)

Como autarquias que são, não escapam da incidência do que estabeleceu expressamente os arts. 19 do ADCT, 39 da CF, na redação originária e 243 da Lei 8.112/90. Se a Constituição pretendesse excluí-los, teria feito expressamente, e é a própria CF que exige a atribuição de personalidade de direito público, portanto, autárquica, aos Conselhos de Fiscalização Profissional, conforme já positivou o Supremo Tribunal Federal em mais de uma oportunidade.

A lei pode estabelecer aos Conselhos Profissionais regime jurídico especial, desde que não os desnature. Neste sentido, o Decreto-lei 969 /98, na parte em que ressalva o pessoal dos Conselhos, do regime do serviço público, não subsistiu ao disposto na Constituição, art. 39 (redação original) e na Lei 8.112/90, que a todos os empregados e servidores das autarquias, fundações e da administração direta, estabeleceu regime jurídico único” (RE n. 596.187-AgR, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe 4.9.2013).

“Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região ementado nos seguintes termos:

‘CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SERVIDORES DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA-CEARÁ. AUTARQUIA CORPORATIVA SUI GENERIS . REGIME JURÍDICO ÚNICO – LEI N. 8.112/90. INAPLICABILIDADE. DECRETO-LEI N. 968/69, ARTIGO 1º. (...)’ (...)

Verifica-se que a orientação do Tribunal de origem destoa de pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que os servidores integrantes dos quadros de Conselhos de Fiscalização do Exercício Profissional se submetem ao regime jurídico único, cuja regulamentação ampara-se na Lei 8.112/90.

Nesse sentido, confira-se o MS 21.797, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 18.5.2001, cuja ementa transcrevo: (...)

Nesse mesmo sentido, leia-se o RE 539.224, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18.6.2012.

Impende considerar, ainda, que no julgamento da ADI-MC 2.135, Redatora para Acórdão Min. Ellen Gracie, DJe 7.2.2008, esta Corte suspendeu a eficácia do caput do art. 39 da CF, na redação dada pela Emenda Constitucional 19/98, com eficácia ex nunc , mantendo-se em vigor, em razão disso, a redação originária do referido dispositivo.

Nesse mesmo sentido, confira-se o RE 592.811, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 12.3.2012; o RE 530.004, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 6.10.2011; e o RE-AgR 549.211, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 10.5.2012.

Ante o exposto, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso extraordinário, para cassar o acórdão recorrido e conceder a segurança” (RE n. 562.917, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 19.10.2012).

Confiram-se também as seguintes decisões monocráticas: RE n. 563.820, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 1º.12.2011; RE n. 549.211, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 7.11.2011; e RE n. 530.004, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe 6.10.2011.

10. Inviável interpretação diversa da que vem prevalecendo, a amparar a pretensão dos interessados e dos *Amici Curiae* .

11. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se sobre a inconstitucionalidade daquelas normas, nos seguintes termos:

“Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas possuem personalidade jurídica de direito público e enquadram-se, na administração pública federal, como autarquias. Sua existência fundamenta-se na necessidade de zelar pela qualidade dos serviços prestados por profissionais e pela observância da legislação nacional relacionada ao exercício de determinadas profissões. Exercem, portanto, poder de polícia administrativa, na forma do art. 22, XVI, da Constituição da República.

Aplicam-se-lhes, precisamente por serem integrantes da administração pública federal, prerrogativas para desempenho de suas competências. Por outro lado, estão submetidas, entre outras restrições legais, a controle do Tribunal de Contas da União e à exigência constitucional de concurso público para provimento de cargos.

A Lei 9.649, de 27 de maio de 1998, tentou modificar substancialmente o regime dos conselhos de fiscalização profissional. Atribuiu-lhes ‘natureza privada’, afastou o controle externo do Tribunal de Contas, determinou adoção de regime de pessoal da Consolidação das Leis do Trabalho (regime celetista) na contratação de empregados etc. (vide art. 58 da lei, transcrito no relatório deste parecer).

Nas oportunidades em que apreciou a constitucionalidade desses dispositivos, o Supremo Tribunal Federal suspendeu-lhes cautelarmente a eficácia e declarou-lhes incompatibilidade com a ordem constitucional. Destacou a impossibilidade de delegação a entidade privada de atividade típica de estado, que alcança exercício de poder de polícia sobre a dimensão humana fundamental do exercício de profissão, poder de tributar e poder de punir cidadãos.

Confira-se, por exemplo, a decisão na ADI 1.717/DF: (...)

Vê-se, ao longo do tempo, aprovação de leis que pretendem atribuir a essas entidades vantagens do regime público (como a própria competência para fiscalizar o exercício profissional, além da de cobrar valores compulsórios de cidadãos por esse exercício), aliadas às liberdades dos entes privados (como a não submissão à corte de contas e a possibilidade de contratação livre de empregados, regidos pela CLT). No caso da OAB, o Supremo Tribunal Federal placitou essa compreensão, que talvez convenha rediscutir a certa altura, para maior coerência do sistema jurídico.

Como decorrência da estrutura administrativa que nasce da ordem constitucional, conselhos de fiscalização profissional devem ser considerados pessoas jurídicas de direito público, submetidas a regime de Direito Administrativo, e compõem a administração pública federal indireta. As leis de criação desses entes trazem, até,

previsão expressa acerca da qualificação deles como autarquias, com personalidade jurídica de direito público e vinculação ao Ministério do Trabalho:

Lei 8.042, de 13 de junho de 1990

Art. 5º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Economistas Domésticos constituem, no seu conjunto, uma autarquia federal, com personalidade jurídica de direito público e autonomia administrativa e financeira.

Lei 12.378, de 31 de dezembro de 2010

Art. 24. Ficam criados o Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil - CAU/BR e os Conselhos de Arquitetura e Urbanismo dos Estados e do Distrito Federal – CAUs, como autarquias dotadas de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira e estrutura federativa, cujas atividades serão custeadas exclusivamente pelas próprias rendas.

A tese de que os conselhos de fiscalização profissional não integram a estrutura estatal é incorreta e chega a parecer extravagante, à luz do Direito Administrativo brasileiro. Segundo o Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, que há quase meio século organiza a administração pública federal, integram a administração indireta, com fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I – A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios,

II – A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;*
- b) Empresas Públicas;*
- c) Sociedades de Economia Mista.*
- d) fundações públicas.*

A Constituição de 1988 confirma esse regime jurídico, ao citar em diferentes dispositivos os entes da administração pública (como o art. 22, XXVII, o art. 37, XI, XVII e XIX, o art. 38, o art. 109, que trata da competência da Justiça Federal, o art. 202, § 3o , entre outros), sem ressaltar a existência de ‘autarquias com regime privado’, como parecem desejar alguns desses conselhos e as informações deste processo.

Não poderia ser diferente, porquanto os conselhos de fiscalização profissional, conforme se depreende de sua denominação, exercem atividades relacionadas à supervisão do exercício profissional, por diferentes modos: (i) verificam preenchimento de condições para registro de profissional na entidade; (ii) acompanham a atuação dos cidadãos registrados, de maneira a assegurar aptidão técnica ao longo

da prestação de serviços, em benefício da coletividade tomadora desses mesmos serviços, que teria enorme dificuldade de aquilatar, por esforço próprio, a capacitação dessas pessoas.

Conselhos de fiscalização impõem, com fundamento na supremacia do interesse público, restrições ao exercício do direito fundamental relativo à liberdade de profissão. Sua importância é proeminente, pois interferem, condicionam (nos termos da lei, naturalmente), acompanham e sancionam uma das dimensões fundamentais do ser humano, que é o exercício de trabalho.

Trata-se de atividade típica de Estado, cuja prestação consubstancia serviço público federal e que possui como instrumento inerente o manejo do poder de polícia (art. 22, XVI, da CR). Não parece tarefa simples enxergar essa atividade como de cunho privado.

Acerca da natureza estatal das atividades desempenhadas por autarquias profissionais, confira-se o julgamento do RE 539.224/CE: (...)

Poder de polícia somente pode ser exercido por entidades que componham a administração pública. Atos administrativos decorrentes da aplicação do poder de polícia envolvem limitação de direitos fundamentais, de forma que não é possível sua implementação por um particular a outro, em virtude da horizontalidade da relação. (...)

Não é aceitável a tese de que se aplique aos conselhos de fiscalização profissional o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da natureza da Ordem dos Advogados do Brasil, externado no julgamento da ADI 3.026/DF (sic): (...)

Ao ver dessa Suprema Corte, a atribuição de regime peculiar à OAB decorreria de as atividades desta entidade não se restringirem à esfera corporativa, mas alcançarem feição institucional. A título exemplificativo, a Constituição da República atribui ao Conselho Federal da OAB legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade perante o STF (art. 103, VII, da CR). Poder-se-ia ponderar, por outro lado, que, na realidade, essa dimensão existe igualmente em outras entidades, como o Conselho Federal de Medicina, cujos membros lidam com alguns dos bens mais preciosos de todo indivíduo: a saúde e a vida.

Desse modo, de maneiras distintas, outros conselhos de fiscalização excedem a esfera meramente corporativa ao condicionar, supervisionar e punir o exercício de profissões. Não é exclusividade da OAB fazê-lo.

Naquele julgamento, destacou-se o caráter singular da situação da OAB, como 'serviço público independente não integrante da administração direta ou indireta', e distinguiu-se a entidade dos

conselhos de fiscalização profissional, pois a Constituição da República e a legislação federal lhe confeririam atribuições específicas e relevantes que ultrapassariam interesses corporativos. (...)

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, em decisões posteriores ao julgamento da ADI 3.026/DF, manteve entendimento de que conselhos de fiscalização profissional são autarquias federais, possuem personalidade jurídica de direito público e estão submetidos a regime estatutário – consoante, ao ver da Procuradoria-Geral da República, parece o mais compatível com a organização do poder público e o fato do exercício de parcela de poder estatal por parte desses entes sobre dimensão essencial da existência humana. Desse modo, o STF estabeleceu excepcionalidade na natureza da OAB, inaplicável a todas as demais entidades de fiscalização do exercício de profissões.

Na verdade, talvez esse tratamento jurídico da OAB é que mereça revisão de entendimento, por destoar radicalmente do regime jurídico dessas entidades, da tradição jurídico-administrativa brasileira e, talvez, com a devida vênia, do arcabouço constitucional.

Não prospera alegar que a atuação dos conselhos de fiscalização profissional, devido à natureza de suas atividades, demandaria independência incompatível com estrutura autárquica. O regime de autarquias foi concebido com o intuito, entre outros, de conferir mais flexibilidade a certas entidades. É próprio da estrutura estatal poder conformar a atividade dos cidadãos, precisamente por exercer poder. Não parece haver razão consistente que imponha a esses conselhos natureza especial, distanciada do regime jurídico de direito público, ao contrário dos demais entes da administração, seja a direta ou a indireta.

Autarquias e fundações de direito público, relembra HELY LOPES MEIRELLES, são longa manus do estado; portanto, emanações do estado no mais pleno sentido. (...)

Parece correto dizer, seguindo essa premissa, que o interesse público perseguido por autarquias e fundações de direito público se confunde com o interesse institucional do próprio estado.

Tanto é assim que a própria Constituição cuidou de se referir à possibilidade de a lei condicionar o exercício de profissão, no capítulo das garantias fundamentais (art. 5º, XIII).

O grau de independência das autarquias em relação ao ente criador é variável, definido na lei instituidora (e nas que a alterem).

Cabe ao legislador delinear o regime jurídico da autarquia de acordo com seu perfil institucional, a natureza de suas atividades e o interesse público envolvido. Segundo CARVALHO FILHO, 'sempre foi pacífico o entendimento de que o regime jurídico infraconstitucional das autarquias seria aquele definido em sua própria lei instituidora. Em outras palavras, a lei teria o condão de

particularizar o regime jurídico para a autarquia por ela instituída. Logicamente, essa particularização do regime jurídico sempre pôde proporcionar diversidade em relação a alguns aspectos do ente autárquico, o que decorreria principalmente dos objetivos institucionais a que se destinasse’.

Tanto é assim que as agências reguladoras, criadas com finalidade de regular e fiscalizar determinados serviços e atividades econômicas, consubstanciam autarquias sob regime especial, porquanto possuem independência administrativa ampla em relação ao controle exercido por órgãos da administração direta. Essa condição jurídica não é absolutamente incompatível com a da OAB, por exemplo, a qual, sem perder certas sujeições à lei (como o controle externo, o dever de atender a requisições do Ministério Público e a admissão de pessoal em regime estatutário), poderia continuar exercer em plenitude as missões constitucionais e legais que o ordenamento jurídico lhe cometeu.

O art. 1º da Lei 9.986, de 18 de julho de 2000, determinava adoção do regime de emprego público por agências reguladoras e submetia suas relações de trabalho à legislação trabalhista. A norma foi impugnada na ADI 2.310/DF e teve eficácia suspensa por medida liminar concedida monocraticamente pelo Ministro MARCO AURÉLIO, que corretamente destacou o interesse público envolvido nas atividades exercidas pelas agências reguladoras e a relevância do regime estatutário para desempenho do poder de polícia livre de influências políticas ilegítimas (...).

Julgou-se prejudicada a ADI 2.310/DF, ante o advento da Lei 10.871, de 20 de maio de 2004. Esta revogou, entre outros, o art. 1º da Lei 9.986/2000 e ordenou adoção de regime jurídico estatutário para contratação de pessoal por agências reguladoras.

As razões expostas naquela decisão aplicam-se aos conselhos de fiscalização profissional. Consoante se assinalou, esses entes exercem poder de polícia, fiscalizam o exercício de profissão e impõem penalidades a profissionais inscritos que pratiquem infração. Em virtude da natureza estatal dessas atividades, adoção do regime estatutário é medida que se impõe para assegurar o desempenho impessoal por servidores dessas autarquias e manter coerência com a organização da administração pública no Direito brasileiro.

Não tem amparo constitucional a proposta do Congresso Nacional, da Presidência da República e da Advocacia-Geral da União de que esses entes seriam autarquias corporativas não integrantes da administração pública indireta. A Constituição não contempla autarquias que orbitem fora da administração pública. Leis ordinárias não têm autorização para criar esse gênero esdrúxulo, e não o fizeram. Se o houvessem feito no regime pré-1988, não teriam sido recepcionadas pela vigente ordem constitucional.

Em outras palavras, atribuição de natureza jurídica de autarquias corporativas 'peculiares' a conselhos de fiscalização do exercício de profissões não é suficiente para afastar aplicação do regime jurídico estatutário – e constitucional. Esses entes, conquanto sujeitos a regimes diversos, são criados por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para exercício de funções típicas de Estado, e amoldam-se perfeitamente ao conceito de autarquia contido há décadas no Decreto-lei 200/1967.

Ao contrário do que pretendem as informações e a manifestação da AGU, as leis objeto deste processo não instituíram a modalidade peculiar dos entes administrativos não administrativos.

Pelas razões expostas neste parecer e na petição inicial, há incompatibilidade dos dispositivos impugnados com o art. 39 da Constituição da República, motivo por que deve ser declarada sua inconstitucionalidade. (...)

Ante o exposto, a Procuradoria-Geral da República reitera as razões deduzidas na petição inicial e manifesta-se pelo conhecimento e pela procedência do pedido”.

12. Pelo exposto, julgo procedente a presente ação para declarar a inconstitucionalidade do art. 58, § 3º, da Lei n. 9.649, de 27.5.1998 (“ Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa. (...) § 3º Os empregados dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são regidos pela legislação trabalhista, sendo vedada qualquer forma de transposição, transferência ou deslocamento para o quadro da Administração Pública direta ou indireta ”); do art. 31 da Lei n. 8.042, de 13.6.1990 (“Art. 31. Aos servidores dos Conselhos Federal e Regionais de Economistas Domésticos aplica-se o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho ”); e do art. 41 da Lei n. 12.378, de 31.12.2010 (“ Art. 41. Os empregados do CAU/BR e dos demais CAUs Estaduais e do Distrito Federal serão contratados mediante aprovação em concurso público, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho ”).