

VOTO - VISTA

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes: Em complemento ao bem lançado relatório da eminente Ministra Relatora, anoto que o caso trata de ações de controle de constitucionalidade que discutem a possibilidade de contratação de pessoal pelo regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho no âmbito dos Conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas.

De um lado, a ADC 36 foi proposta pelo Partido da República tendo por objeto o art. 58, § 3º, da Lei 9.649/1998, assim redigido:

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.

Alega que o regime jurídico único (art. 39 CF) não se aplica aos conselhos profissionais, pois: (a) não se exige, tampouco são editadas, leis para criação de cargos públicos para os Conselhos; (b) as remunerações não seriam pagas pelos cofres públicos, mas por verbas auferidas pelos próprios Conselhos, ao contrário das autarquias, que recebem subvenção financeira do orçamento da União; (c) os seus diretores não recebem remuneração; (d) os funcionários dos Conselhos são excluídos do regime próprio de previdência. Assim, os Conselhos Profissionais seriam autarquias peculiares, cuja autonomia e independência seria incompatível ao regime jurídico único.

As manifestações do Senado Federal e da Advocacia-Geral da União, nesses autos, foram pela procedência da Ação Declaratória. O parecer do PGR, pela improcedência da ADC, destaca que os Conselhos são autarquias criadas por lei, com personalidade de direito público, exercem atividade típica de Estado que envolve exercício de poder de polícia e impõe restrições a direitos fundamentais. Cita precedentes e ressalva a inaplicabilidade do precedente firmado pela Corte em relação à OAB (ADI 3026, rel. Min. Eros Grau, 08.06.2006).

A ADI 5367, a seu turno, foi proposta pelo Procurador-Geral da República contra o mesmo art. 58, § 3º, da Lei 9.649/1998, acima mencionado; contra o art. 31 da Lei 8.042/1990 (aplicação da CLT aos servidores dos Conselhos Federal e Regionais de Economistas Domésticos); e contra o art. 41 da Lei 12.378/2010 (determina aplicação da CLT aos empregados do Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil).

Nessa ADI, o PGR requerente alega violação ao art. 39, caput, CF, dado que tais entidades, por exercerem atividade típica de Estado, devem observar o regime jurídico único quanto aos seus servidores.

Na mesma linha, a ADPF 367 foi proposta pelo PGR contra vários dispositivos de legislação federal, todos anteriores a Constituição Federal de 1988, que determinam a aplicação da CLT a empregados de Conselhos Profissionais (Psicologia, Enfermagem, Fisioterapia e Terapia Ocupacional, Corretagem de Imóveis, Nutrição e Biologia).

A Ministra CÁRMEN LÚCIA encaminha o julgamento de mérito dessas três ações com voto favorável à tese de inconstitucionalidade das previsões que autorizam a contratação sob regime celetista no âmbito dos Conselhos Profissionais.

Sua Excelência anota que a jurisprudência deste SUPREMO TRIBUNAL se consolidou no sentido da natureza pública dos Conselhos de Fiscalização profissional e seus conseqüentes, submetidos os servidores dessas entidades ao regime jurídico único da Lei n. 8.112/1990, conforme previsto no art. 243 daquele diploma normativo.

E que o art. 39, caput, da CF, modificada pela EC 19/1998, que afasta a obrigatoriedade de adoção do regime jurídico único estatutário nos entes públicos, teve sua eficácia suspensa por essa CORTE, em sede de medida cautelar na ADI 2.135.

Logo, enquanto pendentes os efeitos da cautelar referida, juridicamente não haveria como relativizar – na persistência da jurisprudência sedimentada sobre a matéria – a obrigatoriedade de adoção do regime jurídico único para os Conselhos de Fiscalização profissional.

Dessa feita, julga improcedente o pedido formulado na ADC 36 e procedentes os pedidos formulados na ADI 5367 e na ADPF 367, declarada a inconstitucionalidade do art. 58, § 3º, da Lei 9.649/1998, bem como de toda a legislação que permite a contratação no âmbito dos Conselhos Profissionais sob o regime celetista.

Pedi vista do caso, para melhor exame da matéria.

É o relatório.

Não obstante os sólidos fundamentos declinados pela Ministra Relatora, em especial no tocante ao art. 39, caput, da CF, e ao precedente firmado pela CORTE no julgamento da ADI 1717, observo que a peculiar situação dos Conselhos Profissionais dentro da organização do Estado brasileiro, recomenda maior reflexão sobre a aplicabilidade de certos aspectos do regime jurídico administrativo a essas entidades.

Conforme expus no julgamento do RE 938.837 (Rel. Min. EDSON FACHIN, redator p/ acórdão Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/4/2017, DJe de 25/9/2017), em que se discutiu a aplicabilidade do art. 100 da CF aos Conselhos Profissionais, entendo que certas peculiaridades dos Conselhos profissionais recomendam uma análise mais detida sobre o alcance da conclusão adotada pela CORTE no julgamento da ADI 1717, no tocante à atribuição de natureza autárquica a essas entidades.

Em primeiro lugar, cabe registrar a controvérsia doutrinária sobre a natureza dessas entidades e sobre o grau de pertinência que teriam com a estrutura orgânica do Estado brasileiro. O SUPREMO TRIBUNAL, no julgamento da já mencionada ADI 1717, invalidou a Lei federal 9.649/1998 no tocante à previsão de que o exercício da fiscalização das profissões regulamentadas poderia ser realizada por entes de direito privado.

O fundamento então adotado cingiu-se à indelegabilidade de atividade típica de Estado, tal como a desenvolvida pelos Conselhos, em que há o exercício de poder de polícia na a fiscalização da atividade privada dos membros da categoria. Inclusive, destacou-se que tais entes detém parcela de poder tributário, consistente na capacidade tributária ativa para a arrecadação das anuidades de seus inscritos, mediante inscrição em dívida ativa e ajuizamento de execução fiscal.

Da caracterização dos Conselhos como pessoas de Direito Público decorreu a a atribuição de sua natureza autárquica, conforme definida pelo art. 5º, I, do Decreto-lei 200/1967 (*“ serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”*).

Firmada essa premissa, reconheceu-se a incidência do regime jurídico administrativo a essas pessoas de Direito Público, a demandar a estrita observância dos princípios da Administração contidos no art. 37, *caput*, CF, e de todas as regras constitucionais que, informadas por esses mesmos princípios, disciplinam a coisa pública, como a necessária observância de concurso público e submissão ao controle externo pelo Tribunal de Contas. Nesse sentido: MS 28.469, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 31/7/2015; MS 26.424, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 20/3/2013; RE 539.224, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 15/6/2012.

Ressalve-se que no julgamento da ADI 3.026 (Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJ de 29/9/2006) foi excetuada a Ordem dos Advogados do Brasil da incidência dessas regras, em vista da peculiaridade dessa entidade exercer *função constitucionalmente privilegiada*, a representação de profissionais indispensáveis à administração da Justiça, além da defesa dos interesses da cidadania e da sociedade civil.

No entanto, mesmo reconhecida a incidência de normas de Direito Público, ainda há que se considerar a natureza peculiar dos Conselhos Profissionais, autarquias corporativas criadas por lei e que da própria lei recebem a outorga para o exercício de atividade típica do Estado, com maior grau de autonomia administrativa e financeira que aquele conferido às autarquias comuns.

Há, assim, a possibilidade de afastamento de algumas regras que se impõem ao Poder Público em geral e, no caso específico, à Fazenda Pública, como reconhecido pela CORTE nos já referidos julgamentos do RE 938.837 e, bem antes desse precedente, da ADI 3.026.

O julgamento da ADI 1717 não exauriu a discussão sobre o regime jurídico dos Conselhos, embora tenha assentado premissa decisiva para a incidência de certas regras do regime jurídico administrativo. Persiste a discussão sobre se, e em que medida, tais entes pertenceriam à estrutura orgânica da Administração Pública.

A compreensão dos diversos aspectos que distinguem esses entes – como a autonomia na escolha de seus dirigentes, o exercício de funções de representação de interesses profissionais (além da fiscalização profissional), desvinculação de seus recursos financeiros do orçamento público, desnecessidade de lei para criação de cargos – permite a conclusão de que configuram espécie *sui generis* de pessoa jurídica de Direito Público não estatal.

Não por acaso, o anteprojeto da Nova Lei Orgânica da Administração Pública, elaborado por comissão de juristas constituída no âmbito do Ministério do Planejamento, e presidida pelo Professor Paulo Modesto, reserva aos Conselhos a categoria de entidades paraestatais, não integrantes da Administração, embora com personalidade de direito público, o que demonstra a precariedade, ou insuficiência, na qualificação dessas entidades como autarquias.

A respeito dessa controvérsia doutrinária, Carla Osmo trata especificamente da questão acerca das posições acerca do pertencimento dos Conselhos à estrutura orgânica do Estado:

Aqueles que defendem a caracterização dos conselhos profissionais como autarquias, inserindo-os na estrutura do Estado, argumentam que: (i) tais entidades são criadas por lei? (ii) a vinculação dos profissionais às entidades da respectiva categoria é obrigatória? (iii) os conselhos exercem atividades tipicamente estatais? e (iv) possuem imunidade de impostos.

O argumento mais comum é o referido em (iii). Diz-se que os conselhos têm funções exclusivas do Estado: (a) cobram tributos de seus membros e (b) fiscalizam a profissão e aplicam sanções, inclusive inviabilizando o exercício profissional (*poder de polícia*). Tais tarefas, embora possam ser descentralizadas a órgãos da Administração indireta, não admitiriam delegação a particulares. Por isso, a configuração dos órgãos de fiscalização profissional como autarquias.

Por sua vez, os que se posicionam em sentido contrário afirmam que: (i) os conselhos têm caráter corporativo (são formados por uma reunião de pessoas da mesma classe profissional)? (ii) são órgãos interessados, que defendem a profissão perante o Estado (função protecionista da classe regulada) e podem apresentar interesses indiferentes e até antagônicos aos do Estado? (iii) não sofrem qualquer ingerência por parte do Poder Executivo central ou ministério? (iv) têm autonomia financeira? (v) suas receitas e despesas não entram no orçamento do Estado? (vi) não recebem qualquer auxílio financeiro do Tesouro Nacional? (vii) seus dirigentes são eleitos entre os inscritos nos seus quadros e não podem ser destituídos pelos governantes? (viii) seus cargos e empregos não são criados, modificados ou extintos por lei? e (ix) os vencimentos de seus funcionários não são fixados por lei.

(Os conselhos profissionais integram a estrutura orgânica do Estado? Revista de Direito Público da Economia RDPE, Belo

Horizonte, ano 6, n. 21, p. 4566, jan./mar. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspxpdiCntd=52607>>. Acesso em: 12 dez. 2013.)

De fato, os Conselhos profissionais gozam de ampla autonomia e independência; eles não estão submetidos ao controle institucional, político, administrativo de um ministério ou da Presidência da República, ou seja, eles não estão na estrutura orgânica do Estado. Eles não têm e não recebem ingerência do Estado nos aspectos mais relevantes da sua estrutura – indicação de seus dirigentes, aprovação e fiscalização da sua própria programação financeira ou mesmo a existência, podemos chamar, de um orçamento interno. Eles não se submetem, como todos os demais órgãos do Estado, à aprovação de sua programação orçamentária, mediante lei orçamentária, pelo Congresso Nacional. Não há nenhuma ingerência na fixação de despesas de pessoal e de administração.

Os recursos dessas entidades são provenientes de contribuições parafiscais pagas pela respectiva categoria. Não são destinados recursos orçamentários da União, suas despesas, como disse, não são fixadas pela lei orçamentária anual.

Há, então, essa natureza *sui generis*, que, por mais que se encaixe, como fez o Supremo Tribunal Federal, anteriormente, na categoria de autarquia, seria uma autarquia *sui generis*, o que não é novidade no sistema administrativo brasileiro: as agências reguladoras também foram reconhecidas como autarquias *sui generis*. Aqui, no caso dos Conselhos profissionais, teríamos uma espécie mais híbrida ainda.

Por esses motivos, merece ser franqueado ao legislador infraconstitucional alguma margem de conformação na discriminação do regime aplicável a esses entes, entendida a necessidade de se fazer incidir certas exigências do regime jurídico de direito público, na linha do afirmado na ADI 1717, mas bem entendida também a importância de se identificar aspectos que destoam do regime puro de Fazenda Pública.

A propósito de distinguir quais elementos do regime jurídico de Direito Público incidiriam no caso dos Conselhos Profissionais, confira-se o magistério de Lucas Rocha Furtado, transcrito a seguir :

Dado que são autarquias, a elas se aplica o Direito Público, porém, em função de particularidades que lhes são próprias, de forma mitigada. A Constituição Federal dispõe, por exemplo, que a criação

de cargos, empregos ou funções públicas depende de lei. Seria, portanto, necessária a aprovação de lei federal para criar um emprego de secretária ou de ascensorista ou qualquer outro para o Conselho de Educação Física, por exemplo?

Parece-nos que a observância das normas públicas não pode ocorrer de forma plena ou absoluta sob pena de se mostrar, por vezes, totalmente absurda.

São autarquias especiais. A sua especialidade – e neste ponto não podem ser confundidas com as autarquias em regime especial – está no fato de que não integram a Administração Pública. Elas não se subordinam ou vinculam a nenhuma outra entidade. No desempenho de suas atribuições, devem dispor de plena e absoluta liberdade administrativa, gerencial, financeira e orçamentária, tendo como limite a lei que as criou e os princípios constitucionais.

Dado este fato, ao se relacionarem com o mundo exterior, vale dizer, quando contratam empresas ou empregados, devem observar, dentre outros, o princípio da impessoalidade. Isto importa na necessidade de realização de licitações e de concursos públicos. Quando exercem suas atribuições de fiscalização, devem observar, em especial, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Nestes aspectos, sujeitam-se às normas de Direito Público. Mas ao desempenharem atribuições internas que não importem em violação de qualquer dos princípios constitucionais, não se justifica a aplicação de normas de Direito Público.

Essas autarquias especiais devem, assim, em suas contratações realizarem a prévia licitação. Estas não necessitam, todavia, observar fielmente as regras previstas na Lei 8.666/93. As licitações das autarquias corporativas devem observar regras eventualmente editadas previamente por elas mesmas, regras que busquem realizar a impessoalidade, a publicidade, a moralidade, a eficiência, etc.

À OAB, ao CREA, aos Conselhos de Contabilidade etc., não se justifica a aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101/02 – ou da Lei 4.320/64. Estas leis existem para disciplinar e limitar os gastos públicos efetuados pelas entidades da Administração Pública. Dado que as autarquias corporativas não integram a Administração Pública, a elas não se aplicam essas leis . A necessidade de que os cargos, empregos ou funções a serem criados na Administração decorra de lei é forma de controle a ser exercido pelo Legislativo sobre o Executivo. Em relação às autarquias corporativas, que dispõem de plena autonomia administrativa, gerencial, financeira etc., não se justifica a necessidade de lei para criar empregos. O dever de realizarem concurso público e licitação decore da aplicação dos princípios constitucionais de moralidade, de impessoalidade, de publicidade etc.

(Curso de Direito Administrativo, Lucas Rocha Furtado, 5ª edição.
Belo Horizonte: Fórum, 2016. pag. 160)

No caso, analisa-se a possibilidade de adoção de regime de contratação diverso daquele editado para os servidores públicos estatutários da Administração Direta, autárquica e fundacional. E, tal como vislumbrado pela CORTE no julgamento do RE 938.837, não se mostra justificada a aplicação de regra constitucional endereçada pelo constituinte a realidade totalmente diversa daquela que ora é analisada.

O regime jurídico único preconizado pelo art. 39, *caput*, da CF, compele a adoção do regime estatutário pelos entes da Administração Direta, autárquica e fundacional, mas não existe razão de fundo constitucional a exigir que o legislador equipare o regime dos Conselhos Profissionais ao das autarquias, nesse aspecto.

Mesmo o precedente firmado na ADI 1717 não parece ter força para alcançar essa conclusão, visto não ter tratado do art. 58, § 3º, da Lei 9.649/1998, mas da inviabilidade de delegação, a entidade privada, de atividades de poder de polícia, tributação e sancionamento disciplinar.

E exigir a submissão do quadro de pessoal dos Conselhos Profissionais ao regime jurídico único atrairia uma séria de consequências – como a exigência de lei em sentido formal para a criação de cargos e fixação das remunerações respectivas – que atuariam de forma desfavorável à independência e funcionamento desses entes.

Assim, tenho por válida a opção feita pelo legislador, no sentido da formação dos quadros dos Conselhos Profissionais com pessoas admitidas por vínculo celetista.

Em vista do exposto, DIVIRJO da Ministra Relatora, para julgar PROCEDENTE o pedido formulado na ADC 36 e IMPROCEDENTES os pedidos formulados na ADI 5367 e na ADPF 367, e declarar a inconstitucionalidade do art. 58, § 3º, da Lei 9.649/1998, bem como da legislação que permite a contratação no âmbito dos Conselhos Profissionais sob o regime celetista.