

08/09/2020

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 367
DISTRITO FEDERAL**

RELATORA	: MIN. CÁRMEN LÚCIA
REDATOR DO	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
ACÓRDÃO	
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: JOSE LUIZ BAPTISTA DE LIMA JUNIOR
AM. CURIAE.	: CONSELHO FEDERAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA - CONFED
ADV.(A/S)	: CLAUDIO ARAUJO PINHO

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ORGANIZAÇÃO DO ESTADO. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO. NATUREZA *SUI GENERIS* DOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PELO REGIME DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. CONSTITUCIONALIDADE.

1. Os Conselhos Profissionais, enquanto autarquias corporativas criadas por lei com outorga para o exercício de atividade típica do Estado, tem maior grau de autonomia administrativa e financeira, constituindo espécie *sui generis* de pessoa jurídica de direito público não estatal, a qual não se aplica a obrigatoriedade do regime jurídico único preconizado pelo artigo 39 do texto constitucional.

2. Trata-se de natureza peculiar que justifica o afastamento de algumas das regras ordinárias impostas às pessoas jurídicas de direito público. Precedentes: RE 938.837 (Rel. Min. EDSON FACHIN, redator p/ acórdão Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/4/2017,

ADPF 367 / DF

DJe de 25/9/2017; e ADI 3.026 (Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJ de 29/9/2006.

3. Constitucionalidade da legislação que permite a contratação no âmbito dos Conselhos Profissionais sob o regime celetista. ADC 36 julgada procedente, para declarar a constitucionalidade do art. 58, § 3º, da Lei 9.649/1998. ADI 5367 e ADPF 367 julgadas improcedentes.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro DIAS TOFFOLI, em conformidade com a certidão de julgamento, por maioria, acordam em julgar improcedente o pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental para declarar a recepção pela Constituição Federal do art. 35 da Lei 5.766/1971; do art. 19 da Lei 5.905/1973; do art. 20 da Lei 6.316/1975; do art. 22 da Lei 6.530/1978; do art. 22 da Lei 6.583/1978; e do art. 28 da Lei 6.684/1979, nos termos do voto do Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros CÁRMEN LÚCIA (Relatora), RICARDO LEWANDOWSKI, MARCO AURÉLIO e CELSO DE MELLO, que proferiu voto em assentada anterior, e parcialmente o Ministro EDSON FACHIN. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro CELSO DE MELLO.

Brasília, 8 de setembro de 2020.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Relator

Documento assinado digitalmente

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 367
DISTRITO FEDERAL

RELATORA	: MIN. CÁRMEN LÚCIA
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: FÁBIA SUZANA ABREU DOS SANTOS SOUZA
AM. CURIAE.	: CONSELHO FEDERAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA - CONFED
ADV.(A/S)	: CLAUDIO ARAUJO PINHO

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA):

1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, com requerimento de medida cautelar, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, em 3.9.2015, contra o “(i) o art. 35 da Lei 5.766, de 20 de dezembro de 1971, que criou os Conselhos Federal e Regionais de Psicologia; (ii) o art. 19 da Lei 5.905, de 12 de julho de 1973, que criou os Conselhos Federal e Regionais de Enfermagem; (iii) o art. 20 da Lei 6.316, de 17 de dezembro de 1975, que criou os Conselhos Federal e Regionais de Fisioterapia e Terapia Ocupacional; (iv) o art. 22 da Lei 6.530, de 12 de maio de 1978, que regulamenta a profissão de corretor de imóveis; (v) o art. 22 da Lei 6.583, de 20 de outubro de 1978, que criou os Conselhos Federal e Regionais de Nutricionistas, e (vi) o art. 28 da Lei 6.684, de 3 de setembro de 1979, que criou os Conselhos Federal e Regionais de Biologia”.

2. Nas normas impugnadas se estabelece:

“Lei 5.766, de 20 de dezembro de 1971

Art. 35. O regime jurídico do pessoal dos Conselhos será o da

ADPF 367 / DF

legislação trabalhista”.

Lei 5.905, de 12 de julho de 1973

Art. 19. O Conselho Federal e os Conselhos Regionais terão tabela própria de pessoal, cujo regime será o da Consolidação das Leis do Trabalho”.

Lei 6.316, de 17 de dezembro de 1975

Art. 20. Aos servidores dos Conselhos de Fisioterapia e Terapia Ocupacional aplica-se o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho”.

Lei 6.530, de 12 de maio de 1978

Art 22. Aos servidores dos Conselhos Federal e Regionais de Corretores de Imóveis aplica-se o regime jurídico das Leis do Trabalho.

Lei 6.583, de 20 de outubro de 1978

Art. 22. Aos servidores dos Conselhos Federal e Regionais de Nutricionistas aplica-se o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho”.

Lei 6.684, de 3 de setembro de 1979

Art. 28. Aos servidores dos Conselhos aplica-se o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho e legislação complementar”.

3. O Autor assevera que as normas impugnadas “*não foram recepcionados pela Constituição da República, pois são incompatíveis com o art. 39, caput*”.

Alega que “*a observância do regime jurídico estatutário por toda administração pública é necessária à concretização dos princípios da impessoalidade e da moralidade, preceitos basilares do Direito Administrativo pátrio*”.

ADPF 367 / DF

Pondera que “a despeito de possuírem natureza autárquica, os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas não obtiveram a edição leis de criação de cargos públicos, o que é necessário em virtude do art. 3º, parágrafo único, da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. A ausência de leis de criação de cargos públicos dificulta a observância por essas entidades autárquicas do regime jurídico único prescrito pela Constituição da República. Desse modo, é necessário aprovar lei de criação de cargos públicos para os conselhos de fiscalização de atividades profissionais, a fim de que se adote o regime jurídico estatutário e a ordem constitucional seja devidamente respeitada”.

Para demonstrar os requisitos exigidos para o deferimento de liminar, assinala a “existência de precedentes do STF que corroboram a desconformidade com a Constituição da República de regime celetista para o pessoal de conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas. Perigo na demora processual decorre do fato de que, os conselhos de fiscalização de atividades profissionais insistem em contratar servidores pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, em total descompasso com o art. 39 da CR”.

Requer, cautelarmente, a “(i) notificação da Presidência da República para adotar providências a fim de instaurar processo legislativo destinado à criação de cargos públicos; (ii) notificação dos conselhos de fiscalização profissional para que acompanhem a tramitação do(s) projeto(s) de lei; (iii) suspensão de concursos públicos e de contratação de pessoal por conselhos de fiscalização profissional, até que seja(m) aprovada(s) e sancionada(s) a(s) lei(s) de estruturação de cargos dessas entidades, a fim de não perpetuar a situação atual de inconstitucionalidade”.

No mérito, pede a “declara[ção de] não recepção, pela Constituição da República, do (i) art. 35 da Lei 5.766, de 20 de dezembro de 1971; (ii) art. 19 da Lei 5.905, de 12 de julho de 1973; (iii) art. 20 da Lei 6.316, de 17 de dezembro de 1975; (iv) art. 22 da Lei 6.530, de 12 de maio de 1978; (v) art. 22 da Lei 6.583, de 20 de outubro de 1978; (vi) art. 28 da Lei 6.684, de 3 de setembro de 1979”.

4. Em 18.12.2015, adotei o rito do art. 5º da Lei n. 9.882/1999.

ADPF 367 / DF

5. Em suas informações, o Presidente do Senado Federal defendeu a constitucionalidade das normas impugnadas argumentando:

“(...) as autarquias comuns integram a Administração pública, enquanto que as especiais ou corporativas não integram, isto porque seu papel é voltado a fiscalizar atividade eminentemente privada de uma corporação de profissionais e no fato de não haver subordinação ou vinculação a nenhuma outra entidade, conforme preconizado no Decreto nº 93.617/1986 que definiu o término da supervisão ministerial por parte da Administração Pública formal.

Por conseguinte, no desempenho de suas atribuições, os conselhos profissionais dispõem de liberdade administrativa, gerencial, financeira e orçamentária, tendo como limite as correspondentes leis que os criaram.

(...)

Repise-se que como as autarquias corporativas não integram a Administração pública, não se aplicam as exigências constitucionais estabelecidas no Capítulo VII (“Da Administração Pública”) relativas a autarquias que compõem a Administração.”

6. A Presidente da República manifestou-se pela improcedência da arguição, afirmando que *“(...) os aspectos teleológicos, históricos e sistemáticos compõem-se com os preceitos da razoabilidade - proporcionalidade e da efetividade para impor a percepção de que, ao lado da vocação autárquica dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, seu viés especial decorre exatamente da necessidade de se manter a independência e autonomia que o modelo de autorregulação (e, em última análise, a Constituição) impõe”.*

7. A Advocacia-Geral da União manifestou-se pelo indeferimento da medida cautelar pleiteada:

“Conselhos de Fiscalização de Profissões Regulamentadas. Dispositivos que estabelecem a adoção do regime trabalhista para as contratações de pessoal. Compreensão dos conselhos de fiscalização profissional como autarquias peculiares, distintas das entidades da

ADPF 367 / DF

Administração Pública indireta, sobretudo em razão da ausência de supervisão ministerial. A autonomia e independência desses entes é incompatível com a sujeição ao controle do Estado. Inaplicabilidade do artigo 39 da Constituição Federal. Manifestação pelo indeferimento do pedido cautelar formulado pelo requerente”.

8. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela procedência da arguição:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. ART. 35 DA LEI 5.766/1971; ART. 19 DA LEI 5.905/1973; ART. 20 DA LEI 6.316/1975; ART. 22 DA LEI 6.530/1978; ART. 22 DA LEI 6.583/1978 E ART. 28 DA LEI 6.684/1979. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL EM REGIME CELETISTA. NÃO RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. REGIME JURÍDICO ÚNICO. ART. 39 DA CR. OBRIGATORIEDADE. ATIVIDADES TÍPICAS ESTATAIS RELACIONADAS A EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA. EXCEPCIONALIDADE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. REEXAME. 1. Conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autarquias criadas por lei, com personalidade jurídica de direito público, que exercem atividade típica de Estado, relativa à fiscalização de desempenho de profissão. Precedentes. 2. A natureza das atividades desenvolvidas por conselho de fiscalização profissional, por implicarem restrições a direitos fundamentais e exercício de poder de polícia, demanda aplicação de regime jurídico estatutário para contratação de servidores. 3. Não se deve estender a conselhos de fiscalização profissional o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da natureza da Ordem dos Advogados do Brasil, que consubstanciaria situação excepcional, consoante julgamento da ADI 3.026/DF. Precedentes. A rigor, não existe motivação que justifique tratamento dispar para a OAB ante os demais conselhos de fiscalização do exercício profissional”.

ADPF 367 / DF

9. O Conselho Regional de Enfermagem do Rio de Janeiro – COREN/RJ e o Conselho Nacional de Educação Física – CONFEF foram admitidos como *amici curiae*.

É o relatório, cuja cópia deverá ser encaminhada aos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 7º da Lei n. 9.882/1999 c/c art. 87, inc. I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

20/04/2020

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 367
DISTRITO FEDERAL**

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Na presente ação, discute-se a constitucionalidade dos arts. 35 da Lei n. 5.766/1971; 19 da Lei n. 5.905/1973; 20 da Lei n. 6.31/1975; 22 da Lei n. 6.530/1978; 22 da Lei n. 6.583/1978; e 28 da Lei n. 6.684/1979.

2. O Autor alega contrariedade ao art. 39, *caput*, da Constituição da República e “*desconformidade com a Constituição da República de regime celetista para o pessoal de conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas*”.

3. Põe-se em foco nesta ação direta de inconstitucionalidade se a natureza das atividades desenvolvidas por Conselho de Fiscalização profissional, por importar restrições a direitos fundamentais e exercício de poder de polícia, acarretaria aplicação imprescindível 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:

“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

ADPF 367 / DF

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,

ADPF 367 / DF

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 Direita 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:

ADPF 367 / DF

“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 APRECIACÃO, 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

ADPF 367 / DF

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 esaurimento 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

ADPF 367 / DF

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,

ADPF 367 / DF

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 é 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

ADPF 367 / DF

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 o que conduzia, na esteira da disposição constitucional havida no art. 39, à submissão de seus servidores 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 Cíveis 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”.

ADPF 367 / DF

Não parece haver caminho jurídico válido, assim, a se relativizar a obrigatoriedade do regime jurídico único para os Conselhos de Fiscalização, enquanto perdurar a vigência do *caput* do art. 39 da Constituição da República, como concluído por este 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

ADPF 367 / DF

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: (...)

“Agravo 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

ADPF 367 / DF

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).

ADPF 367 / DF

“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).

Confirmam-se também as seguintes decisões monocráticas: RE n. 563.820, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 1º.12.2011; RE n. 549.211,

ADPF 367 / DF

Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 7.11.2011; e RE n. 530.004, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe 6.10.2011.

10. Portanto, inviável interpretação diversa, a amparar a pretensão dos interessados e dos *amici curiae*.

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

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. ART. 35 DA LEI 5.766/1971; ART. 19 DA LEI 5.905/1973; ART. 20 DA LEI 6.316/1975; ART. 22 DA LEI 6.530/1978; ART. 22 DA LEI 6.583/1978 E ART. 28 DA LEI 6.684/1979. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL EM REGIME CELETISTA. NÃO RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. REGIME JURÍDICO ÚNICO. ART. 39 DA CR. OBRIGATORIEDADE. ATIVIDADES TÍPICAS ESTATAIS RELACIONADAS A EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA. EXCEPCIONALIDADE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. REEXAME.

1. Conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autarquias criadas por lei, com personalidade jurídica de direito público, que exercem atividade típica de Estado, relativa à fiscalização de desempenho de profissão. Precedentes.

2. A natureza das atividades desenvolvidas por conselho de fiscalização profissional, por implicarem restrições a direitos fundamentais e exercício de poder de polícia, demanda aplicação de regime jurídico estatutário para contratação de servidores.

3. Não se deve estender a conselhos de fiscalização profissional o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da natureza da Ordem dos Advogados do Brasil, que consubstanciaria situação excepcional, consoante julgamento da ADI 3.026/DF. Precedentes. A rigor, não existe motivação que justifique tratamento díspar para a OAB ante os demais conselhos de fiscalização do exercício profissional.

4. Parecer pelo conhecimento da arguição e pela procedência do

ADPF 367 / DF

pedido”.

12. Pelo exposto, julgo procedente a presente ação para declarar não recepcionados pela Constituição da República os arts. 35 da Lei 5.766/1971 (“Art. 35. O regime jurídico do pessoal dos Conselhos será o da legislação trabalhista”); 19 da Lei n. 5.905/1973 (“Art. 19. O Conselho Federal e os Conselhos Regionais terão tabela própria de pessoal, cujo regime será o da Consolidação das Leis do Trabalho”); 20 da Lei n. 6.31/1975 (“Art. 20. Aos servidores dos Conselhos de Fisioterapia e Terapia Ocupacional aplica-se o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho”); 22 da Lei n. 6.530/1978 (“Art. 22. Aos servidores dos Conselhos Federal e Regionais de Corretores de Imóveis aplica-se o regime jurídico das Leis do Trabalho”); 22 da Lei n. 6.583/1978 (“Art. 22. Aos servidores dos Conselhos Federal e Regionais de Nutricionistas aplica-se o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho”); e 28 da Lei n. 6.684/1979 (“Art. 28. Aos servidores dos Conselhos aplica-se o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho e legislação complementar”).

20/04/2020

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 367
DISTRITO FEDERAL**

RELATORA	: MIN. CÁRMEN LÚCIA
REDATOR DO	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
ACÓRDÃO	
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: JOSE LUIZ BAPTISTA DE LIMA JUNIOR
AM. CURIAE.	: CONSELHO FEDERAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA - CONFED
ADV.(A/S)	: CLAUDIO ARAUJO PINHO

VOTO - V O G A L

Manifestação comum à ADI 5.367 e à ADPF 367

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Saúdo o bem lançado relatório proferido pela e. Ministra Cármen Lúcia.

Remoro tratar-se de ação direta de inconstitucionalidade e de arguição de descumprimento de preceito fundamental em que se debate a definição do regime jurídico aplicável aos servidores dos conselhos profissionais. O parâmetro de controle é o art. 39, *caput*, da CRFB:

“Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.”

ADPF 367 / DF

As normas que se aduz não recepcionadas na arguição de descumprimento de preceito fundamental são:

“Lei 5.766, de 20 de dezembro de 1971

Art. 35. O regime jurídico do pessoal dos Conselhos será o da legislação trabalhista.

Lei 5.905, de 12 de julho de 1973

Art. 19. O Conselho Federal e os Conselhos Regionais terão tabela própria de pessoal, cujo regime será o da Consolidação das Leis do Trabalho.

Lei 6.316, de 17 de dezembro de 1975

Art. 20. Aos servidores dos Conselhos de Fisioterapia e Terapia Ocupacional aplica-se o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho.

Lei 6.530, de 12 de maio de 1978

Art 22. Aos servidores dos Conselhos Federal e Regionais de Corretores de Imóveis aplica-se o regime jurídico das Leis do Trabalho.

Lei 6.583, de 20 de outubro de 1978

Art. 22. Aos servidores dos Conselhos Federal e Regionais de Nutricionistas aplica-se o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho.

Lei 6.684, de 3 de setembro de 1979

Art. 28. Aos servidores dos Conselhos aplica-se o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho e legislação complementar.”

Já na ação direta de inconstitucionalidade, o teor das normas que se objetiva reconhecer como inconstitucional é o seguinte:

“Lei 9.649, de 27 de maio de 1998

ADPF 367 / DF

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.

Lei 8.042, de 13 de junho de 1990

Art. 31. Aos servidores dos Conselhos Federal e Regionais de Economistas Domésticos aplica-se o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho.

Lei 12.378, de 31 de dezembro de 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.”

Ambas as ações foram propostas pela Procuradoria-Geral da República.

O Presidente do Congresso Nacional e a Presidente da República prestaram informações.

A Advocacia Geral da União manifestou-se pela improcedência de ambos os pedidos.

O Procurador-Geral da República, no entanto, ratificou os argumentos das iniciais pela procedência das ações. Aduz que o conselhos enquadram-se como autarquias. Registra que a Lei 9.649/98 tentara modificar o regime dos conselhos de fiscalização profissional, mas o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI 1.717 reconheceu a inconstitucionalidade de seu art. 58, *caput*, §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º.

Afirma, ainda, que “poder de polícia somente pode ser exercido por

ADPF 367 / DF

entidades que compõem a administração pública” e que não se deve aplicar, ante as especificidades da Ordem dos Advogados do Brasil, o precedente firmado na ADI 3.026: “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”. Assim, por estarem em confronto com o parâmetro constitucional de controle as normas impugnadas deveriam ser reconhecidas como incompatíveis com a Constituição Federal.

Eram esses os argumentos relevantes a serem rememorados.

Razão jurídica assiste à parte requerente.

Quanto ao mérito, cumpre advertir, tal como assentou o e. Ministro Cezar Peluso no julgamento da ADI 3.026, Rel. Ministro Eros Grau, Pleno, DJ 29.09.2006, que a dificuldade de se estabelecer a natureza jurídica dos conselhos profissionais reside em “tentar colocar forçosamente essa instituição dentro de um desses escaninhos preestabelecidos, como se isso fosse suficiente para resolver todos os problemas, que é a falta de uma definição mais clara por parte do ordenamento”.

Essa ordem de problemas foi agravada com a edição da Lei 9.649/98 e com a posterior declaração de inconstitucionalidade de seu art. 58 e parágrafos, à exceção do que se questiona na presente ação declaratória. Com efeito, a Lei previa, em seu art. 58, que “os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa”. A redação tinha a virtude de uniformizar a matéria que se espalhava em diversas leis esparsas, tendo em vista a variedade de conselhos profissionais legalmente estabelecidos.

Nada obstante, quando do julgamento da ADI 1.717, Rel. Ministro Sydney Sanches, Pleno, DJ 28.03.2003, o Tribunal assentou que entidade de direito privado não poderia receber delegação de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, como ocorria com os dispositivos da Lei 9.649/98 relativamente aos conselhos profissionais. O acórdão foi assim ementado:

“EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E

ADPF 367 / DF

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."

(ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149)

A corroborar esse entendimento, o Plenário acolheu a linha de argumentos já esboçados quando do julgamento de mandados de segurança em que se debatia a possibilidade de submeterem-se os conselhos ao controle externo do Tribunal de Contas. Nesse sentido confirmam-se:

"EMENTA: Mandado de segurança. - Os Conselhos Regionais de Medicina, como sucede com o Conselho Federal, são autarquias federais sujeitas à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União por força do disposto no inciso II do artigo 71 da atual Constituição. - Improcedência das alegações de ilegalidade quanto à imposição, pelo TCU, de multa e de afastamento temporário do exercício da Presidência

ADPF 367 / DF

ao Presidente do Conselho Regional de Medicina em causa. Mandado de segurança indeferido.”

(MS 22643, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/1998, DJ 04-12-1998 PP-00013 EMENT VOL-01934-01 PP-00106)

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENTIDADES FISCALIZADORAS DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA: NATUREZA AUTÁRQUICA. Lei 4.234, de 1964, art. 2º. FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. I. - Natureza autárquica do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Odontologia. Obrigatoriedade de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. Lei 4.234/64, art. 2º. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II. II. - Não conhecimento da ação de mandado de segurança no que toca à recomendação do Tribunal de Contas da União para aplicação da Lei 8.112/90, vencido o Relator e os Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa. III. - Os servidores do Conselho Federal de Odontologia deverão se submeter ao regime único da Lei 8.112, de 1990: votos vencidos do Relator e dos Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa. IV. - As contribuições cobradas pelas autarquias responsáveis pela fiscalização do exercício profissional são contribuições parafiscais, contribuições corporativas, com caráter tributário. C.F., art. 149. RE 138.284-CE, Velloso, Plenário, RTJ 143/313. V. - Diárias: impossibilidade de os seus valores superarem os valores fixados pelo Chefe do Poder Executivo, que exerce a direção superior da administração federal (C.F., art. 84, II). VI. - Mandado de Segurança conhecido, em parte, e indeferido na parte conhecida.”

(MS 21797, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2000, DJ 18-05-2001 PP-00434 EMENT VOL-02031-04 PP-00711 RTJ VOL-00177-02 PP-00751)

Em posteriores decisões, esses precedentes foram empregados para

ADPF 367 / DF

se reconhecer, de forma abstrata, a natureza autárquica e a personalidade de direito público que ostentam todos os conselhos de fiscalização. Confira-se:

“Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. ART. 37, II, DA CF. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA. FISCALIZAÇÃO. ATIVIDADE TÍPICA DE ESTADO. 1. 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 CB/88, quando da contratação de servidores. 2. 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. 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, o acórdão recorrido assentou: EMENTA: REMESSA OFICIAL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONSELHO PROFISSIONAL. NÃO ADSTRIÇÃO À EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO, PREVISTA NO ART. 37, II, DA CF. PROVIMENTO. I – Os conselhos profissionais, não obstante possuírem natureza jurídica autárquica conferida por lei, estão, no campo doutrinário, classificados como autarquias corporativas, não integrando a Administração Pública, mas apenas com esta colaborando para o exercício da

ADPF 367 / DF

atividade de polícia das profissões. Conclusão em que se aporta por carecerem aqueles do exercício de atividade tipicamente estatal, o que lhe acarreta supervisão ministerial mitigada (art. 1º, Decreto-lei 968/69), e de serem mantidas sem percepção de dotações inscritas no orçamento da União. II – Aos entes autárquicos corporativos não são aplicáveis o art. 37, II, da Lei Maior, encargo exclusivo das autarquias integrantes da estrutura administrativa do estado, únicas qualificáveis como longa manus deste. III – Remessa oficial provida. Pedido julgado improcedente. 5. Recurso Extraordinário a que se dá provimento.”

(RE 539224, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 15-06-2012 PUBLIC 18-06-2012 RT v. 101, n. 923, 2012, p. 684-690)

Daí que, na linha dessa construção jurisprudencial, se os conselhos possuem natureza autárquica e realizam atividade típica de estado, parece inarredável que devem obedecer ao disposto no art. 39 da CRFB, o qual exige a adoção do regime jurídico único para a contratação de pessoal.

Os argumentos trazidos pela parte requerente da ação declaratória de constitucionalidade 36, no entanto, dão conta, com a devida vênua, da precariedade dessa solução. Com efeito, a natureza autárquica dos conselhos não decorre da equiparação que se faz relativamente ao art. 5º, I, do Decreto-Lei 200/67. Isso porque os conselhos não estão sujeitos, como regra, à supervisão ministerial (art. 26, IV, “d”, do Decreto-Lei).

Como afirma Odete Medauar, trata-se de “autarquia peculiar, diferenciada, visto não integrar a Administração indireta, nem se enquadrar nos preceitos do Dec.-lei 200/67” (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 117). De fato, como acentua a Professora da Universidade de São Paulo, há não uma categoria “conselhos profissionais”, mas diversas entidades, que assumem diversos perfis jurídicos. Vejam-se.

O Conselho Federal de Técnicos de Administração é autarquia

ADPF 367 / DF

dotada de personalidade de direito público (art. 6º da Lei 4.769/65). Também são autarquias por expressa disposição legal: o Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil (art. 24 da Lei 12.378/2010); o Conselho de Odontologia (art. 2º da Lei 4.324/64); o Conselho de Engenharia (art. 80 da Lei 5.194/66), o Conselho de Medicina (art. 1º da Lei 3.268/57); o Conselho de Medicina Veterinária (art. 5º da Lei 5.517/68); o Conselho de Psicologia (art. 1º da Lei 5.766/71); o Conselho de Nutricionistas (art. 1º da Lei 6.583/78); o Conselho de Economistas Domésticos (art. 5º da Lei 8.042/90); e o Conselho de Técnicos em Radiologia (art. 12 da Lei 7.394/85).

São autarquias sujeitas à supervisão ministerial: o Conselho Federal de Biologia (art. 6º, § 1º, da Lei 6.684/79); o Conselho Federal de Biomedicina (Lei 7.017/82); o Conselho de Corretores de Imóveis (art. 5º da Lei 6.530/78); o Conselho de Enfermagem (art. 1º da Lei 5.905/73); o Conselho de Fisioterapia e Terapia Ocupacional (art. 1º, § 1º, da Lei 6.316/75); e o Conselho de Fonoaudiologia (art. 6º, § 1º, da Lei 6.965/81).

Têm personalidade de direito público, embora não se faça alusão à sua natureza autárquica: o Conselho de Biblioteconomia (art. 9º da Lei 4.084/62); o Conselho de Farmácia (art. 1º da Lei 3.820/60); a Ordem dos Músicos (art. 1º da Lei 3.857/60); e o Conselho de Química (art. 2º da Lei 2.800/56).

A lei não se pronuncia sobre a natureza jurídica do Conselho de Contabilidade (Decreto-Lei 9.295/46); do Conselho de Economia (Lei 1.411/51); do Conselho de Educação Física (Lei 9.696/98); do Conselho dos Museólogos (Lei 7.287/84); do Conselho de Representantes Comerciais (Lei 4.886/65); do Conselho de Estatística (Lei 4.739/65); do Conselho de Serviço Social (Lei 8.662/93); e do Conselho de Relações Públicas (Lei 5.377/67, regulamentada pelo Decreto 63.283/68).

Já a Ordem de Advogados do Brasil constitui-se em serviço público (art. 44 da Lei 8.906/94), ostentando, como já reconheceu esta Corte, personalidade jurídica.

A variedade de normas que definem a natureza dos conselhos de fiscalização não autoriza, portanto, que se lhes aplique solução jurídica

ADPF 367 / DF

única. Essa afirmação ecoa o que Vital Moreira afirmara sobre o contexto europeu:

“A ligação entre a administração autónoma profissional e o corporativismo é indiscutível. Mas essa ligação é teoricamente equívoca e historicamente contraditória. Sem dúvida que a utopia corporativista visa a implantação generalizada dos mecanismos de auto-administração profissional, através de associações e outras instâncias representativas públicas. Mas como se viu, o corporativismo real esteve longe – em todos os seus avatares históricos – de dar realização a tal programa. Multiplicaram-se sem dúvida as estruturas publicísticas de representação profissional, dotadas com poderes administrativos. Aliás, tais organismos obedeciam em geral a rígidos esquemas de enquadramento e organização pré-definidos, que pouca relação tinham com os interesses dos grupos e categorias profissionais tal como naturalmente estruturados. Por isso, um dos traços gerais dos esquemas organizativos corporativos era a pretensão de plenitude organizatória de todos os grupos profissionais, bem como a imagem de artificialismo e homogeneidade organizativa.

(...)

É certo que várias das figuras hoje existentes da administração autónoma profissional são oriundas do período corporativista. Entre nós são todas, mesmo se algumas – como as associações de regante – são de todo alheias ao enquadramento institucional corporativista. Mas tal herança foi sujeita a profunda transformação, quer no sentido de autonomia face ao Estado, quer no sentido do autogoverno democrático, quer quanto à perda de funções na área das relações de trabalho. Se essas figuras devem a sua origem ao corporativismo, só depois dele é que, na maior parte dos casos, passaram a ser genuínas estruturas de auto-administração profissional.

As corporações profissionais sobreviveram ao desaparecimento dos corporativismos por várias razões.

ADPF 367 / DF

Primeiro, porque elas não tinham surgido exclusivamente com a doutrina corporativista (as câmaras de comércio e indústria e algumas ordens profissionais são muito anteriores). Segundo, porque o fim dos regimes corporativos não extinguiu todas as formas de auto-regulação profissional que eles haviam criado, tendo várias delas sido reconvertidas à situação pós-corporativista (foi o caso das ordens profissionais em todos esses países). Por último, porque independentemente do corporativismo, a auto-organização profissional corresponde a um movimento endógeno à própria economia privada, no sentido de instituir formas de auto-regulação, tanto para precluir formas de regulação estadual directa, como para aplacar a hostilidade das “associações de interesse público”, nomeadamente as associações de defesa do consumidor e as associações ambientalistas. Em diversos casos essas formas endógenas de auto-regulação profissional acabaram por ser oficializadas e transformadas em instrumentos de auto-regulação pública da economia.”

(MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 187-188).

Essa conclusão sobre a impossibilidade de adoção de solução jurídica única é consentânea com a Constituição Federal. De fato, inexiste, na atual Carta da República, preceito idêntico ao que dispunha o art. 159 da Constituição de 1946 (“É livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público”) ou o art. 159 e § 1º da Constituição de 1967 (“É livre a associação profissional ou sindical; a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de Poder Público serão regulados em lei”) e (“entre as funções delegadas a que se refere este artigo, compreende-se a de arrecadar, na forma da lei, contribuições para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais e para a execução de programas de interesse das categorias por eles representadas”).

ADPF 367 / DF

A atual Carta garante a ampla liberdade de associação, proibindo que o legislador estabeleça exigência de autorização para a fundação de sindicatos (art. 8º, I, da CRFB). Noutras palavras, há ampla liberdade de conformação para o reconhecimento de qualificações profissionais (arts. 5º, XIII, e 21, XXIV, da CRFB).

Dessa afirmação é possível inferir, ainda, que a definição da natureza jurídica dos entes integrantes da estrutura do Estado não decorre, em sua totalidade, da Constituição Federal. É certo que a Constituição estabelece normas para a criação de autarquias, empresas públicas, fundações públicas e sociedade de economia mista (art. 37, XIX, da CRFB), mas as características dessas entidades foram definidas no Decreto-Lei 200/67. A Constituição nada dispõe sobre a criação de outras entidades pelo Poder Público. Assim, a ausência de norma expressa não deve ser interpretada como preceito proibitivo ao legislador, sob pena de interpretar a Constituição à luz da legislação infraconstitucional.

Também não se pode sustentar que, por deterem poder de polícia, os conselhos profissionais deveriam constituir-se como autarquias, porque indelegáveis tais tarefas. O poder de polícia, sob a Constituição Federal de 1988, sofre relevante alteração jurídica, de modo a legitimar-se não em virtude do interesse público, mas da realização de direitos fundamentais e da democracia. Nessa acepção, não há óbice para que relevantes funções públicas possam ser realizadas por entes privados, desde que realize efetivamente o preceito constitucional.

Em recente obra doutrinária, Gustavo Binzenbojm sustenta que:

“A elevação do instituto do poder de polícia ao plano das discussões acerca da eficácia, restrições e proteção ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, em sua relação dinâmica com a democracia, é uma das mais importantes implicações do giro democrático-constitucional do direito administrativo.”

(BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação e regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 116-117).

ADPF 367 / DF

Em sentido semelhante, Marçal Justen Filho definira o poder de polícia como sendo a “competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 561). Nessa acepção, não há propriamente contraposição entre interesse público e interesse privado: ambos devem harmonizar-se para a plena realização dos direitos fundamentais e da democracia.

Em situações tais, afigura-se inafastável a conclusão apontada por Gustavo Binenbojm:

“De fato, embora os Conselhos Profissionais inegavelmente exerçam atribuições associadas a uma natureza pública (como o manejo de exações fiscais e o exercício de poder de império), que atraem a aplicação de um regime jurídico tipicamente público, isso não significa que esses entes precisem, necessária e exclusivamente, adotar o regime de direito público. A opção pela atribuição de uma maior liberdade para os Conselhos Profissionais pode justificar-se por razões pragmáticas e democráticas, que facilitem a ordenação da categoria e a promoção de interesses públicos, com respeito aos direitos fundamentais. Em muitos casos, sobretudo na quadra atual, nada impede (pelo contrário, aconselha) a aplicação do direito privado a esses entes, a fim de conferir-lhes maior flexibilidade para que possam regular de forma mais adequada e célere a profissão (*e.g.*, contratação de pessoal sem concurso, contratação de bens e serviços sem necessidade de licitação, etc.).

Tal perspectiva institucional, ao invés de desafiar, realiza, em maior medida a normatividade constitucional. De um lado, como já se viu, não há óbice, *a priori*, à instituição de entes prives investidos de funções públicas típicas. De outro, essa é uma modelagem que condiz com os giros pragmático e democrático-constitucional. É que os Conselhos não

ADPF 367 / DF

reproduzem a dinâmica própria das entidades autárquicas, gestadas para serem extensões da Administração Pública direta (verdadeiros braços autônomos de operação do governo central). O entendimento adotado pela Corte Maior, ademais, amarra os Conselhos a práticas que tendem a comprometer a eficiência e celeridade de sua atuação, gerando custos desnecessários”.

É certo, como já se apontou linhas atrás, que o Plenário desta Corte afastou a possibilidade de delegação da atividade pública a entidades privadas. Não obstante guarde reservas em relação ao referido entendimento, especificamente para a presente ação direta e para a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a mesma solução pode estender-se para o caso dos autos.

Com efeito, há diversas normas que, ao reconhecer a natureza autárquica dos conselhos profissionais, atribuem-lhes a prerrogativa de realizar a contratação de servidores por meio das normas da legislação trabalhista. Essa solução legislativa está, de fato, em confronto com o art. 39 da CRFB que exige, expressamente, a adoção do regime jurídico único para os servidores de autarquias (“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas”).

No entanto, tendo em vista que o modelo autárquico não representa a universalidade das entidades profissionais, há situações em que entidades públicas, ou, como em alguns casos, simplesmente entidades, foram autorizadas a contratar sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho. A tais hipóteses, não se afigura possível estender a aplicação do art. 39 da CRFB que limita a regra do regime único às autarquias.

A regra do regime jurídico único não tem aplicação para todas as entidades integrantes do regime de direito público. O art. 39 da CRFB reconhece sua extensão apenas à administração pública direta, às autarquias e às fundações públicas. Estender a aplicação desse dispositivo para os casos em que a lei foi silente a esse respeito contraria a liberdade

ADPF 367 / DF

de conformação que o legislador infraconstitucional detém, como já se aduziu nesta manifestação. De fato, no precedente firmado na ADI 3.026, também já citada neste voto, esta Suprema Corte acolheu, deferentemente, a conformação constitucional feita à Ordem dos Advogados do Brasil pela Lei 8.906/94.

Ademais, porque não há como afirmar existir um programa constitucional rígido de descentralização administrativa, não é possível impor ao legislador a conformação das entidades descentralizadas criadas por lei às categorias previstas no Decreto-Lei 200/67, sob pena de ler a Constituição a partir da legislação infraconstitucional. Assim, sendo criados os conselhos para realizar importante função pública, definida como a promoção de direitos fundamentais, o regime jurídico que lhes disciplina a atividade é infralegal e submetido, por evidente, ao controle jurisdicional. Na clássica formulação de Caio Tácito, “o direito constitucional precede ao direito administrativo”, não se podendo cogitar, como de resto também negara Otto Mayer, em permitir que o direito constitucional passe e que permaneça o direito administrativo.

Nesse plano de ideias e considerando a ampla margem de conformação legal para a realização de direitos fundamentais, não há óbice constitucional para que o legislador crie entidades públicas distintas daquelas classicamente fixadas no Decreto-Lei 200/67. Caso opte, porém, pela criação de uma daquelas figuras, notadamente, aqui, a autarquia, é preciso reconhecer que, nessas hipóteses, incide pontualmente um regime constitucional peculiar, caracterizado, como se examina nesta ação declaratória, pela exigência de regime jurídico único.

Em conclusão, é preciso reconhecer que é possível que o Poder Legislativo crie entidades de direito público que não se submetam ao regime jurídico das autarquias, situação na qual não há óbice para que tenha incidência o disposto no art. 58, § 3º, da Lei 9.649/98. Nada obstante, caso o legislador opte por, expressamente, atribuir a tais entidades a natureza jurídica de autarquia é incontornável que sobre elas incida o disposto no art. 39, *caput*, da CRFB, a afastar a exegese segundo qual os conselhos poderiam contratar servidores sob o regime da

ADPF 367 / DF**Consolidação das Leis do Trabalho.**

Ante o exposto, porque os respectivos conselhos ostentam expressamente natureza jurídica de autarquia, devem ser reconhecidos como não recepcionados pela Constituição Federal os dispositivos impugnados na arguição de descumprimento de preceito fundamental, quais sejam: o art. 35, da Lei 5.766, de 20 de dezembro de 1971; o art. 19 da Lei 5.905, de 12 de julho de 1973; o art. 20 da Lei 6.316, de 17 de dezembro de 1975; o art. 22 da Lei 6.530, de 12 de maio de 1978; o art. 22 da Lei 6.583, de 20 de outubro de 1978; e o art. 28 da Lei 6.684, de 3 de setembro de 1979. Julgo, portanto, procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Já a ação direta deve ser julgada parcialmente procedente para, dando interpretação conforme à Constituição, reconhecer a constitucionalidade do § 3º do art. 58 da Lei 9.649/98, desde que sua incidência sobre o regime de contratação de servidores pelos conselhos profissionais não recaia sobre as entidades que, por expressa previsão legal, são consideradas autarquias. A ação é procedente, ainda, em relação aos arts. 31 da Lei 8.042, de 13 de junho de 1990, e 41 da Lei 12.378, de 31 de dezembro de 2010.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 367

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : JOSE LUIZ BAPTISTA DE LIMA JUNIOR (126196/RJ)

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA - CONFEF

ADV.(A/S) : CLAUDIO ARAUJO PINHO (MG1075A/)

Decisão: Após o voto da Ministra Cármen Lúcia (Relatora), que julgava procedente a arguição para declarar não recepcionados pela Constituição da República os arts. 35 da Lei 5.766/1971; 19 da Lei n. 5.905/1973; 20 da Lei n. 6.316/1975; 22 da Lei n. 6.530/1978; 22 da Lei n. 6.583/1978; e 28 da Lei n. 6.684/1979, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Falou, pelos interessados, o Dr. Adriano Martins de Paiva, Advogado da União. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica no início da sessão, o Ministro Celso de Mello (art. 2º, § 5º, da Res. 642/2019). Plenário, Sessão Virtual de 10.4.2020 a 17.4.2020.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 367

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : JOSE LUIZ BAPTISTA DE LIMA JUNIOR (126196/RJ)

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA - CONFEF

ADV.(A/S) : CLAUDIO ARAUJO PINHO (MG1075A/)

Decisão: Após o voto da Ministra Cármen Lúcia (Relatora), que julgava procedente a arguição para declarar não recepcionados pela Constituição da República os arts. 35 da Lei 5.766/1971; 19 da Lei n. 5.905/1973; 20 da Lei n. 6.316/1975; 22 da Lei n. 6.530/1978; 22 da Lei n. 6.583/1978; e 28 da Lei n. 6.684/1979, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Falou, pelos interessados, o Dr. Adriano Martins de Paiva, Advogado da União. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica no início da sessão, o Ministro Celso de Mello (art. 2º, § 5º, da Res. 642/2019). Plenário, Sessão Virtual de 10.4.2020 a 17.4.2020.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes, que julgava improcedente o pedido formulado na arguição, no que foi acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Rosa Weber; dos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello, que acompanhavam a Ministra Cármen Lúcia (Relatora), julgando procedente a arguição para declarar não recepcionados pela Constituição da República os arts. 35 da Lei 5.766/1971; 19 da Lei n. 5.905/1973; 20 da Lei n. 6.316/1975; 22 da Lei n. 6.530/1978; 22 da Lei n. 6.583/1978; e 28 da Lei n. 6.684/1979; e do voto do Ministro Edson Fachin, que acompanhava a Relatora com ressalvas, o julgamento foi suspenso para aguardar o voto do Ministro Dias Toffoli (Presidente), que não participou deste julgamento por motivo de licença médica. Plenário, Sessão Virtual de 29.5.2020 a 5.6.2020.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e

Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

08/09/2020

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 367
DISTRITO FEDERAL**

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

ADPF 367 / DF

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 consectários, submetidos os servidores dessas entidades ao regime jurídico único da Lei n. 8.112/1990, conforme previsto no art. 243 daquele diploma normativo.

ADPF 367 / DF

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

ADPF 367 / DF

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 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.

ADPF 367 / DF

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 Osório trata especificamente da questão acerca das posições acerca do pertencimento dos Conselhos à estrutura orgânica do Estado:

Aqueles que defendem a caracterização dos conselhos

ADPF 367 / DF

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,

ADPF 367 / DF

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

ADPF 367 / DF

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

ADPF 367 / DF

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

ADPF 367 / DF

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 constitucionalidade 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.

08/09/2020

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 367
DISTRITO FEDERAL

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Peço vênia à eminente Ministra Relatora **Cármem Lúcia** para acompanhar a divergência capitaneada pelo eminente Ministro **Alexandre de Moraes** nas três ações ora em julgamento (ADC nº 36, ADI nº 5.367 e ADPF nº 367).

A **ADC nº 36** foi proposta com objetivo de declarar a constitucionalidade do § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649/98, transcrito a seguir:

“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.”

A **ADI nº 5.367** foi proposta contra o mesmo dispositivo acima (art. 58, § 3º, da Lei nº 9.649/98) e em face de outros que aplicam o regime celetista aos servidores do Conselhos Federal e Regional de Economistas Domésticos e do Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil (art. 31 da Lei nº 8.042/90 e art. 41 da Lei nº 12.378/10).

A **ADPF nº 367** foi proposta contra dispositivos da legislação federal, anteriores à Constituição Federal de 1988, que determinam a aplicação do regime celetista aos empregados dos Conselhos Profissionais de Psicologia, Enfermagem, Fisioterapia e Terapia Ocupacional, Corretagem de Imóveis, Nutrição e Biologia.

ADPF 367 / DF

Cinge-se, assim, a controvérsia a verificar a possibilidade de contratação de pessoal pelo regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho no âmbito dos Conselhos Profissionais de Fiscalização.

A Ministra Relatora julgou:

a) **improcedente** a **ADC nº 36**, declarando a inconstitucionalidade do § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649/98;

b) **procedente** a **ADI nº 5.367**, declarando a inconstitucionalidade do art. 58, § 3º, da Lei nº 9.649; do art. 31 da Lei nº 8.042, de 13/6/1990; e do art. 41 da Lei nº 12.378, de 31/12/2010;

c) **procedente** a **ADPF nº 367**, declarando não recepcionados pela Constituição da República os arts. 35 da Lei nº 5.766/1971; 19 da Lei nº 5.905/1973; 20 da Lei nº 6.31/1975; 22 da Lei nº 6.530/1978; 22 da Lei nº 6.583/1978; e 28 da Lei nº 6.684/1979.

O Ministro Edson Fachin julgou:

a) **parcialmente procedente** a **ADC nº 36**, “a fim de, dando interpretação conforme, reconhecer a constitucionalidade do § 3º do art. 58 da Lei 9.649/98, desde que sua incidência sobre o regime de contratação de servidores pelos conselhos profissionais não recaia sobre as entidades que, por expressa previsão legal, são consideradas autarquias”;

b) **parcialmente procedente** a **ADI nº 5.367**, “para, dando interpretação conforme à Constituição, reconhecer a constitucionalidade do § 3º do art. 58 da Lei 9.649/98, desde que sua incidência sobre o regime de contratação de servidores pelos conselhos profissionais não recaia sobre as entidades que, por expressa previsão legal, são consideradas autarquias. A ação é procedente, ainda, em relação aos arts. 31 da Lei 8.042, de 13 de junho de 1990, e 41 da Lei 12.378, de 31 de dezembro de 2010”;

c) **procedente** a **ADPF nº 367**, “para declarar não recepcionados pela Constituição da República os arts. 35 da Lei 5.766/1971; 19 da Lei n.

ADPF 367 / DF

5.905/1973; 20 da Lei n. 6.31/1975; 22 da Lei n. 6.530/1978 ; 22 da Lei n. 6.583/1978; e 28 da Lei n. 6.684/1979”.

O Ministro **Alexandre de Moraes**, por sua vez, divergiu da Ministra Relatora e julgou

“PROCEDENTE o pedido formulado na ADC 36 e IMPROCEDENTES os pedidos formulados na ADI 5367 e na ADPF 367”, e declarou “a constitucionalidade 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”.

Para o Ministro, os conselhos profissionais “configuram espécie **sui generis** de pessoa jurídica de Direito Público não estatal”, que se encaixa na categoria de autarquia híbrida, motivo por que

“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”.

Os principais argumentos utilizados pelo Ministro **Alexandre de Moraes** para decidir pela possibilidade da adoção de regime de contratação celetista aos empregados dos conselhos profissionais podem ser resumidos da seguinte forma:

a) “[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”;

b) o precedente firmado na ADI nº 1.717 não tem força para inviabilizar a adoção de regime diverso do estatutário, “visto não ter tratado do art. 58, § 3º, da Lei 9.649/1998, mas da inviabilidade de

ADPF 367 / DF

delegação, a entidade privada, de atividades de poder de polícia, tributação e sancionamento disciplinar”;

c) a exigência de “submissão do quadro de pessoal dos Conselhos Profissionais ao regime jurídico único atrairia uma série 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”.

DA NATUREZA JURÍDICA DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS

No julgamento da ADI nº 1.717, de relatoria do Ministro **Sydney Sanches**, julgada em 7/11/02, o Supremo Tribunal Federal decidiu que os conselhos de fiscalização profissional são autarquias, com personalidade jurídica de direito público, cuja atividade desenvolvida é pública por envolver poder fiscalizatório sobre o exercício de atividades profissionais.

Conforme consignei na **ADPF nº 264**, de **minha relatoria**, DJ 18/2/14,

“[o]s conselhos de fiscalização profissional têm como função precípua o controle e a fiscalização do exercício das profissões regulamentadas, exercendo, portanto, poder de polícia, atividade típica de Estado, razão pela qual detêm personalidade jurídica de direito público, na forma de **autarquias**”.

No mesmo sentido, no âmbito da **ADI nº 641-MC/DF**, prevaleceu a tese de que os conselhos de fiscalização profissional são **entidades autárquicas**, com **função essencialmente fiscalizatória** do exercício da profissão.

Assim, de acordo com a jurisprudência da Corte, não resta dúvida de que os conselhos de fiscalização de profissão são autarquias.

Mas são autarquias comuns?

Penso que não.

Como destacado nos votos que antecederam o meu, os conselhos de fiscalização de profissão são autarquias especiais ou **sui generis**, pois não

ADPF 367 / DF

integram a Administração Pública.

As autarquias de regime especial (*sui generis*) não podem ser confundidas com as autarquias comuns, porque “a atribuição de fiscalização e de controle sobre profissionais difere-se daqueles serviços públicos comuns prestados à população, sendo esta competência das autarquias comuns” (informações do Senado Federal).

O caráter especial dessas autarquias assegura liberdade administrativa e financeira no desempenho de suas atribuições, sujeitando-se tais autarquias aos princípios constitucionais.

O enquadramento dos conselhos de fiscalização de profissão como autarquias não os integra automaticamente na estrutura estatal. Nesse sentido, os professores Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara sustentam que “não há relação necessária entre possuir natureza de direito público e integrar a estrutura estatal” e que “não é todo ente estatal que apresenta regime jurídico de direito público, bem como não é necessário que todo ente público faça parte da estrutura estatal” (Informações da AGU).

REGIME JURÍDICO DO QUADRO DE PESSOAS DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS

Nos termos do art. 1º do Decreto-Lei nº 968/69, os empregados dos conselhos de fiscalização profissional eram considerados celetistas. Eis o teor do dispositivo:

“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.”

ADPF 367 / DF

Após a Constituição Federal de 1988, houve a instituição do regime jurídico único para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas (art. 39), seguido do art. 243 da Lei 8.112/90.

Com a EC nº 19/98, o regime jurídico único foi abolido e a Lei nº 9.649/98 passou a prever o regime celetista para o quadro de pessoas dos conselhos profissionais (art. 58, § 3º).

No julgamento da **ADI nº 1.717/DF**, o STF declarou prejudicada a ação quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649/98 e julgou inconstitucionais o art. 58 e seus parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º, da mesma lei, afirmando que os conselhos de fiscalização possuem natureza de **autarquia de regime especial**, tendo em vista “a 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”.

No julgamento da **ADI nº 2.135-MC**, a Corte Suprema deferiu liminar, com efeito **ex nunc**, suspendendo a validade do **caput** do art. 39 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 19/98. Assim, a redação original do art. 39 foi reprimada, voltando a vigor o regime jurídico único para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Com efeito, não obstante esteja vigente a redação original do art. 39 da Constituição da República, que fixa o regime jurídico único e os planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas, não há impedimento constitucional para que os conselhos profissionais adotem regime diverso.

Como bem assentou o Ministro **Alexandre de Moraes**, “não existe razão de fundo constitucional a exigir que o legislador equipare o regime dos Conselhos Profissionais ao das autarquias, nesse aspecto”, mormente por se enquadrarem num regime híbrido (autarquias **sui generis**) que permite a **aplicação do direito público de forma mitigada**.

A característica híbrida dos conselhos profissionais autoriza a adoção do regime celetista, sem haver prejuízo para a função

ADPF 367 / DF

fiscalizatória dos entes, especialmente porque, apesar de terem natureza de pessoa jurídica de direito público (autarquia de regime especial), “gozam de ampla autonomia e independência”, não se submetem a “controle institucional, político, administrativo de um ministério ou da Presidência da República”, não integram a estrutura orgânica do Estado, não recebem recursos orçamentários da União e não se sujeitam a aprovação de seu orçamento pelo Congresso Nacional para fixarem despesas de pessoal e de administração, como destacado no voto do Ministro **Alexandre de Moraes**.

Ante o exposto, acompanho a divergência iniciada pelo Ministro **Alexandre de Moraes** e julgo procedente o pedido formulado na ADC nº 36 e improcedentes os pedidos formulados na ADI nº 5.367 e na ADPF nº 367.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 367

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : JOSE LUIZ BAPTISTA DE LIMA JUNIOR (126196/RJ)

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA - CONFEF

ADV.(A/S) : CLAUDIO ARAUJO PINHO (MG1075A/)

Decisão: Após o voto da Ministra Cármen Lúcia (Relatora), que julgava procedente a arguição para declarar não recepcionados pela Constituição da República os arts. 35 da Lei 5.766/1971; 19 da Lei n. 5.905/1973; 20 da Lei n. 6.316/1975; 22 da Lei n. 6.530/1978; 22 da Lei n. 6.583/1978; e 28 da Lei n. 6.684/1979, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Falou, pelos interessados, o Dr. Adriano Martins de Paiva, Advogado da União. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica no início da sessão, o Ministro Celso de Mello (art. 2º, § 5º, da Res. 642/2019). Plenário, Sessão Virtual de 10.4.2020 a 17.4.2020.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes, que julgava improcedente o pedido formulado na arguição, no que foi acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Rosa Weber; dos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello, que acompanhavam a Ministra Cármen Lúcia (Relatora), julgando procedente a arguição para declarar não recepcionados pela Constituição da República os arts. 35 da Lei 5.766/1971; 19 da Lei n. 5.905/1973; 20 da Lei n. 6.316/1975; 22 da Lei n. 6.530/1978; 22 da Lei n. 6.583/1978; e 28 da Lei n. 6.684/1979; e do voto do Ministro Edson Fachin, que acompanhava a Relatora com ressalvas, o julgamento foi suspenso para aguardar o voto do Ministro Dias Toffoli (Presidente), que não participou deste julgamento por motivo de licença médica. Plenário, Sessão Virtual de 29.5.2020 a 5.6.2020.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Relatora), Edson

Fachin, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e o Ministro Celso de Mello, que não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, mas proferiu voto em assentada anterior. Plenário, Sessão Virtual de 28.8.2020 a 4.9.2020.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário