



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 155.397/2016-AsJConst/SAJ/PGR

Ação direta de inconstitucionalidade 5.367/DF

Relatora: Ministra **Cármem Lúcia**
Requerente: Procurador-Geral da República
Interessados: Congresso Nacional
Presidente da República

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. ART. 58, § 3º DA LEI 9.649/1998; ART. 31 DA LEI 8.042/1990; ART. 41 DA LEI 12.378/2010. REGIME JURÍDICO ÚNICO. ART. 39 DA CONSTITUIÇÃO. OBRIGATORIEDADE. ATIVIDADES TÍPICAS ESTATAIS. 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 implicar restrições a direitos fundamentais e exercício de poder de polícia, demanda aplicação de regime jurídico estatutário para admissão 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 por conhecimento da ação e procedência do pedido.

1. RELATÓRIO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, dirigida contra (i) o **art. 58, § 3º, da Lei 9.649, de 27 de maio de 1998**, que dispõe sobre aplicação do regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) aos empregados de conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas; (ii) o **art. 31 da Lei 8.042, de 13 de junho de 1990**, que cria os Conselhos Federal e Regionais de Economistas Domésticos, e (iii) o **art. 41 da Lei 12.378, de 31 de dezembro de 2010**, que regulamenta o exercício da Arquitetura e do Urbanismo, cria o Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil e dá outras providências.

Este é o teor das normas:

Lei 9.649, de 27 de maio de 1998

Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa.

§ 1º-A organização, a estrutura e o funcionamento dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas serão disciplinados mediante decisão do plenário do conselho federal da respectiva profissão, garantindo-se que na composição deste estejam representados todos seus conselhos regionais.

§ 2º-Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

§ 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.

§ 4º-Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas e jurídicas, bem como preços de serviços e multas, que constituirão receitas próprias, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos créditos decorrentes.

§ 5º-O controle das atividades financeiras e administrativas dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas será realizado pelos seus órgãos internos, devendo os conselhos regionais prestar contas, anualmente, ao conselho federal da respectiva profissão, e estes aos conselhos regionais.

§ 6º-Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, por constituírem serviço público, gozam de imunidade tributária total em relação aos seus bens, rendas e serviços.

§ 7º-Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas promoverão, até 30 de junho de 1998, a adaptação de seus estatutos e regimentos ao estabelecido neste artigo.

§ 8º-Compete à Justiça Federal a apreciação das controvérsias que envolvam os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, quando no exercício dos serviços a eles delegados, conforme disposto no *caput*.

§ 9º-O disposto neste artigo não se aplica à entidade de que trata a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.

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.

Sustenta a ação que os dispositivos, ao determinarem contratação de servidores sob regime da CLT (celetista) por conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, seriam incompatíveis com a Constituição da República, pois o art. 39, *caput*, determina observância obrigatória por autarquias do regime jurídico de vínculo legal, isto é, estatutário.

A relatora adotou o rito do art. 12 da Lei 9.868, de 11 de novembro de 1999, e solicitou informações à Presidente da República, ao Presidente do Congresso Nacional, ao Advogado-Geral da União e à Procuradoria-Geral da República, no prazo comum de cinco dias. Determinou apensamento da ADI à ação declaratória de constitucionalidade 36/DF (peça 10 do processo eletrônico).

O Congresso Nacional defendeu compatibilidade das normas com a ordem constitucional, sob o fundamento de que o art. 39, *caput*, da CR, não se aplicaria a conselhos de profissões regulamentadas, porquanto estes seriam autarquias corporativas que não compõem a administração pública indireta. Justifica que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 3.026/DF) se deveria aplicar àqueles conselhos (peça 17).

A Presidência da República afirmou improcedência do pedido, pois os conselhos profissionais seriam autarquias especiais e não fariam parte da estrutura estatal, a despeito de serem pessoas

jurídicas de direito público. A obrigatoriedade de adotar regime estatutário não se lhes estenderia (peça 19).

Solicitou ingresso, como *amicus curiæ*, a Federação Nacional dos Trabalhadores nas Autarquias de Fiscalização do Exercício Profissional e nas Entidades Coligadas e Afins (FENASERA – peça 21).

Manifestou-se a Advocacia-Geral da União por compatibilidade das normas com a Constituição. Aduziu que esses conselhos seriam autarquias peculiares, “alheias à estrutura da Administração Pública indireta, sobretudo em razão da ausência de vinculação e de supervisão ministerial” (peça 26).

É o relatório.

2. DISCUSSÃO

Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas possuem personalidade jurídica de direito público e enquadram-se, na administração pública federal, como autarquias. Sua existência fundamenta-se na necessidade de zelar pela qualidade dos serviços prestados por profissionais e pela observância da legislação nacional relacionada ao exercício de determinadas profissões. Exercem, portanto, poder de polícia administrativa, na forma do art. 22, XVI, da Constituição da República.¹

¹ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XVI – organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões; [...]”.

Aplicam-se-lhes, precisamente por serem integrantes da administração pública federal, prerrogativas para desempenho de suas competências. Por outro lado, estão submetidas, entre outras restrições legais, a controle do Tribunal de Contas da União e à exigência constitucional de concurso público para provimento de cargos.²

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

Nas oportunidades em que apreciou a constitucionalidade desses dispositivos, o Supremo Tribunal Federal suspendeu-lhes cautelarmente a eficácia e declarou-lhes incompatibilidade com a ordem constitucional.³ Destacou a impossibilidade de delegação a entidade privada de atividade típica de estado, que alcança exercício de poder de polícia sobre a dimensão humana fundamental

2 Confirmam-se os seguintes julgados: Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo regimental em recurso extraordinário 697.099/PA. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO. 25/11/2014, unânime. *Diário da Justiça eletrônico* 248, 16 dez. 2014; STF Plenário. Mandado de segurança 21.797/RJ. Rel.: Min. CARLOS VELLOSO. 9/3/2000, maioria. *DJ*, 18 maio 2000.

3 O pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 58, § 3º, foi julgado prejudicado pelo advento da Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998, que alterou o art. 39 da Constituição e autorizou à administração pública a contratação de pessoal por regime celetista.

do exercício de profissão, poder de tributar e poder de punir cidadãos. Confira-se, por exemplo, a decisão na ADI 1.717/DF:

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 REGULAMEN-
TADAS.

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.⁴

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

4 STF Plenário. ADI 1.717/DF. Rel.: Min. SYDNEY SANCHES. 7/11/2002, unânime. *DJ*, 28 mar. 2003.

Como decorrência da estrutura administrativa que nasce da ordem constitucional, conselhos de fiscalização profissional devem ser considerados pessoas jurídicas de direito público, submetidas a regime de Direito Administrativo, e compõem a administração pública federal indireta. As leis de criação desses entes trazem, até, previsão expressa acerca da qualificação deles como autarquias, com personalidade jurídica de direito público e vinculação ao Ministério do Trabalho:

Lei 8.042, de 13 de junho de 1990

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

Lei 12.378, de 31 de dezembro de 2010

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

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

Art. 4º A Administração Federal compreende:

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

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

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

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

Não poderia ser diferente, porquanto os conselhos de fiscalização profissional, conforme se depreende de sua denominação, exercem atividades relacionadas à supervisão do exercício profissional, por diferentes modos: (i) verificam preenchimento de condições para registro de profissional na entidade; (ii) acompanham a atuação dos cidadãos registrados, de maneira a assegurar aptidão técnica ao longo da prestação de serviços, em benefício da coletividade tomadora desses mesmos serviços, que teria enorme dificuldade de aquilatar, por esforço próprio, a capacitação dessas pessoas.

Conselhos de fiscalização impõem, com fundamento na supremacia do interesse público, restrições ao exercício do direito fundamental relativo à liberdade de profissão. Sua importância é proeminente, pois interferem, condicionam (nos termos da lei, naturalmente), acompanham e sancionam uma das dimensões fundamentais do ser humano, que é o exercício de trabalho. Trata-se de atividade típica de Estado, cuja prestação consubstancia serviço público federal e que possui como instrumento inerente o manejo do poder de polícia (art. 22, XVI, da CR). Não parece tarefa simples enxergar essa atividade como de cunho privado.

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

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).

[...]

5. Recurso Extraordinário a que se dá provimento.⁵

Poder de polícia somente pode ser exercido por entidades que componham a administração pública. Atos administrativos decorrentes da aplicação do poder de polícia envolvem limitação de direitos fundamentais, de forma que não é possível sua implementação por um particular a outro, em virtude da horizontalidade da relação. A esse respeito, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO explica de maneira acertada:

33. Os atos jurídicos expressivos de poder público, de autoridade pública, e, portanto, os de polícia administrativa, certamente não poderiam, ao menos em princípio e salvo circunstâncias excepcionais ou hipóteses muito específicas (caso, *exempli gratia*, dos poderes reconhecidos aos capitães de navio), ser delegadas a particulares, ou ser por eles praticados.

A restrição à atribuição de atos de polícia a particulares funda-se no corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de misteres tipicamente públicos quando em causa liberdade e propriedade, porque ofenderiam o equilíbrio entre os particulares em geral, ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre outros.⁶

5 STF Primeira Turma. RE 539.224/CE. Rel.: Min. LUIZ FUX. 22/5/2012, un. DJe 118, 15 jun. 2012.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO também se pronunciou categoricamente sobre a impossibilidade de delegação de atividade típica do estado a pessoa jurídica de direito privado, ao analisar a inconstitucionalidade do art. 58, *caput* e parágrafos, da Lei 9.649/1998:

[...] Todos esses dispositivos foram declarados inconstitucionais – decisão evidentemente acertada – já que inviável é a delegação, a entidade privada, de atividade típica do Estado, ainda mais quando se sabe que nela está incluído o exercício do poder de polícia, de tributação e de punição, no que tange a atividades profissionais regulamentadas. Assim, ofendidos foram os arts. 5º, XIII; 22, XXVI; 21, XXIV; 70, parágrafo único; 149 e 175 da CF.

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

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
§ 1º DO ARTIGO 79 DA LEI N. 8.906, 2ª PARTE. “SERVIDORES” DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELETISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTA-

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 809.

DORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A Lei n. 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos “servidores” da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria.
2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta.
3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.
4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como “autarquias especiais” para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas “agências”.
5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária.
6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público.
7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênera dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional.
8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente.

9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao *caput* do artigo 79 da Lei n. 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB.

10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB.

11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade.

12. Julgo improcedente o pedido.⁷

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

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

⁷ STF Plenário. ADI 3.026/DF. Rel.: Min. EROS GRAU. 8/6/2006, maioria. DJ 29 set. 2006.

Naquele julgamento, destacou-se o caráter singular da situação da OAB, como “serviço público independente não integrante da administração direta ou indireta”, e distinguiu-se a entidade dos conselhos de fiscalização profissional, pois a Constituição da República e a legislação federal lhe confeririam atribuições específicas e relevantes que ultrapassariam interesses corporativos. Nesse sentido, expôs o Ministro EROS GRAU:

O fato é que, iniludivelmente, a OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.

Ela, sim, é um serviço independente, de feitiço único. Distinta e diversa da categoria na qual estariam inseridas essas que se tem referido como “autarquias especiais”, para pretender-se afirmar, e de modo equivocado, certa independência das hoje chamadas “agências”.

Em seguida, observou:

A Ordem dos Advogados do Brasil é, em verdade, entidade autônoma, porquanto autonomia e independência são características próprias dela, que, destarte, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. Ao contrário deles, a Ordem dos Advogados do Brasil não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas, mas, nos termos do art. 44, I da lei, tem por finalidade “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”. Esta é iniludivelmente, finalidade institucional e não corporativa.

Com esse entendimento, a Suprema Corte firmou entendimento que consolidou no panorama institucional e administrativo brasileiro quadro absolutamente especial no que se refere à

Ordem dos Advogados do Brasil, entidade que goza de importantes porções da flexibilidade dos entes privados (como a possibilidade de contratar pessoal pelo regime da CLT e a imunidade a controle externo por parte do Tribunal de Contas da União) e, simultaneamente, de prerrogativas somente aplicáveis a entes públicos, como imunidade tributária e sujeição a competência da Justiça Federal (muito embora não se enquadre, segundo esse mesmo julgado, em nenhuma das figuras a que alude o art. 109 da Constituição da República).

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, em decisões posteriores ao julgamento da ADI 3.026/DF, manteve entendimento de que conselhos de fiscalização profissional são autarquias federais, possuem personalidade jurídica de direito público e estão submetidos a regime estatutário – consoante, ao ver da Procuradoria-Geral da República, parece o mais compatível com a organização do poder público e o fato do exercício de parcela de poder estatal por parte desses entes sobre dimensão essencial da existência humana. Desse modo, o STF estabeleceu excepcionalidade na natureza da OAB, inaplicável a todas as demais entidades de fiscalização do exercício de profissões.⁸

8 A Ministra CÁRMEN LÚCIA, em decisão monocrática no recurso extraordinário 608.386/RS, afirmou singularidade da OAB e manutenção da jurisprudência do STF quanto às demais entidades fiscalizadoras:

“Exceção feita à Ordem dos Advogados do Brasil (ADI n. 3026), 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 968/69: “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: [...]”

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

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

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, grifos nossos);

“AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA FEDERAL. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. OBSERVÂNCIA DO ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO. ATIVIDADE TÍPICA DO ESTADO. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA. ANÁLISE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA RESTAURAR O DEVIDO PROCESSAMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA E POSSIBILITAR UM MELHOR EXAME DA MATÉRIA. 1. Os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquias, consoante decidido no MS 22.643, ocasião na qual restou consignado que: (i) estas entidades são criadas por lei, tendo personalidade jurídica de direito público com autonomia administrativa e financeira; (ii) exercem a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre do disposto nos artigos 5º, XIII, 21, XXIV, é atividade tipicamente pública; (iii) têm o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União (art. 71, II, CRFB/88). 2. Os conselhos de fiscalização profissional, posto autarquias criadas por lei e ostentando personalidade jurídica de direito público, exercendo atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização do exercício profissional, submetem-se às regras encartadas no artigo 37, inciso II, da CRFB/88, quando da contratação de servidores. Precedente: RE 539.224, 1ª Turma Rel. Min. LUIZ FUX, *DJe*–18/06/2012. 3. A fiscalização das profissões, por se tratar de uma atividade

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

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 28.469-AgR, Relator o Ministro LUIZ FUX, *DJe* 10.5.2013);

“LEGITIMIDADE – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONSELHOS – AUTARQUIAS CORPORATIVISTAS. O rol do artigo 103 da Constituição Federal e exaustivo quanto a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Os denominados Conselhos, compreendidos no gênero ‘autarquia’ e tidos como a consubstanciar a espécie corporativista não se enquadram na previsão constitucional relativa as entidades de classe de âmbito nacional. Da Lei Básica Federal exsurge a legitimação de Conselho único, ou seja, o Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Dai a ilegitimidade *ad causam* do Conselho Federal de Farmácia e de todos os demais que tenham idêntica personalidade jurídica – de direito público” (ADI 641-MC, Relator para o acórdão o Ministro MARCO AURÉLIO, *DJ* 12.3.1993)”. STF RE 608.386/R.S. Rel.: Min. CÁRMEN LÚCIA. 17/3/2014, decisão monocrática. *DJe* 79, 25 abr. 2014.

Autarquias e fundações de direito público, relembra HELY LOPES MEIRELLES, são *longa manus* do estado; portanto, emanações do estado no mais pleno sentido.⁹ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, nessa linha teórica, assinala em parecer:¹⁰

A natureza jurídica das autarquias e das chamadas fundações públicas é de meros desdobramentos do Estado em sua feição administrativa. Elas são, pois, administração pública. Embora administração indireta, sendo pessoas de direito público, por compartilharem da mesma natureza do Estado – embora restrita à feição administrativa dele –, não haveria razões prestantes para que os servidores destas entidades ficassem submissos a uma disciplina distinta daquela aplicável aos servidores da administração direta.

Parece correto dizer, seguindo essa premissa, que o interesse público perseguido por autarquias e fundações de direito público se confunde com o interesse institucional do próprio estado.¹¹ Tanto é assim que a própria Constituição cuidou de se

9 Segundo HELY LOPES MEIRELLES, “a autarquia, sendo um prolongamento do Poder Público, uma *longa manus* do Estado, deve executar serviços próprios do Estado, em condições idênticas às do Estado, com os mesmos privilégios da Administração-matriz e passíveis dos mesmos controles dos atos administrativos. O que diversifica a autarquia do Estado são os métodos operacionais de seus serviços, mais especializados e mais flexíveis que os da Administração centralizada.” MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 335.

10 Disponível em: < <http://zip.net/bkqRwT> > ou < <http://abrap.org.br/wp-content/uploads/2012/12/parecer.pdf> >. Acesso em: 1º jul. 2016.

11 CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em monografia sobre a natureza jurídica das autarquias, acentuava com razão, muitos anos atrás, que “o escopo e a razão de ser da autarquia é o prosseguimento de fins estatais, ou seja, a realização dos interesses públicos a ela confiados, pelo que, ao geri-los, satisfaz, contemporaneamente, finalidade sua e do Estado, pois ambas se igualam. Na faixa de sua capacidade há identificação entre os interesses de ambos.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 230.

referir à possibilidade de a lei condicionar o exercício de profissão, no capítulo das garantias fundamentais (art. 5º, XIII).¹²

O grau de independência das autarquias em relação ao ente criador é variável, definido na lei instituidora (e nas que a alterem). Cabe ao legislador delinear o regime jurídico da autarquia de acordo com seu perfil institucional, a natureza de suas atividades e o interesse público envolvido. Segundo CARVALHO FILHO, “sempre foi pacífico o entendimento de que o regime jurídico infraconstitucional das autarquias seria aquele definido em sua própria lei instituidora. Em outras palavras, a lei teria o condão de particularizar o regime jurídico para a autarquia por ela instituída. Logicamente, essa particularização do regime jurídico sempre pôde proporcionar diversidade em relação a alguns aspectos do ente autárquico, o que decorreria principalmente dos objetivos institucionais a que se destinasse”.¹³

Tanto é assim que as agências reguladoras, criadas com finalidade de regular e fiscalizar determinados serviços e atividades econômicas, consubstanciam autarquias sob regime especial, porquanto possuem independência administrativa ampla em relação ao controle exercido por órgãos da administração direta. Essa condição jurídica não é absolutamente incompatível com a da OAB, por exemplo, a qual, sem perder certas sujeições à lei (como o controle externo, o dever de atender a requisições do

12 “Art. 5º. [...] XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; [...]”.

13 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 486.

Ministério Público e a admissão de pessoal em regime estatutário), poderia continuar exercer em plenitude as missões constitucionais e legais que o ordenamento jurídico lhe cometeu.

O art. 1º da Lei 9.986, de 18 de julho de 2000, determinava adoção do regime de emprego público por agências reguladoras e submetia suas relações de trabalho à legislação trabalhista.¹⁴ A norma foi impugnada na ADI 2.310/DF e teve eficácia suspensa por medida liminar concedida monocraticamente pelo Ministro MARCO AURÉLIO, que corretamente destacou o interesse público envolvido nas atividades exercidas pelas agências reguladoras e a relevância do regime estatutário para desempenho do poder de polícia livre de influências políticas ilegítimas (*sic*):

Os servidores das agências reguladoras hão de estar, necessariamente, submetidos ao regime de cargo público, ou podem, como previsto na lei em exame, ser contratados para empregos públicos? Ninguém coloca em dúvida o objetivo maior das agências reguladoras, no que [está] ligado à proteção do consumidor, sob os mais diversos aspectos negativos – ineficiência, domínio do mercado, concentração econômica, concorrência desleal e aumento arbitrário dos lucros. Hão de estar as decisões desses órgãos imunes a aspectos políticos, devendo fazer-se presente, sempre, o contorno técnico. É isso o exigível não só dos respectivos dirigentes – detentores de mandato –, mas também dos servidores – reguladores, analistas de suporte à regulação, procuradores, técnicos em regulação e técnicos em suporte à regulação – Anexo I da Lei nº 9.986/2000 – que, juntamente com os primeiros, hão de corporificar o próprio Estado nesse mister da mais alta importância, para a efetiva regulação dos serviços. **Prescin-**

14 “Art. 1º As Agências Reguladoras terão suas relações de trabalho regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, em regime de emprego público”.

dir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com os direitos e garantias a eles inerentes, é adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos serviços a serem prestados, igualizando os servidores das agências a prestadores de serviços subalternos, dos quais não se exige, até mesmo, escolaridade maior, como são serventes, artífices, mecanógrafos, entre outros. Atente-se para a espécie. **Está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público, a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal.** Aliás, o artigo 247 da Lei Maior sinaliza a conclusão sobre a necessária adoção do regime de cargo público relativamente aos servidores das agências reguladoras. Refere-se o preceito àqueles que desenvolvam atividades exclusivas de Estado, e a de fiscalização o é. Em suma, não se coaduna com os objetivos precípuos das agências reguladoras, verdadeiras autarquias, embora de caráter especial, a flexibilidade inerente aos empregos públicos, impondo-se a adoção da regra que é a revelada pelo regime de cargo público, tal como ocorre em relação a outras atividades fiscalizadoras – fiscais do trabalho, de renda, servidores do Banco Central, dos Tribunais de Conta, etc.¹⁵

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

As razões expostas naquela decisão aplicam-se aos conselhos de fiscalização profissional. Consoante se assinalou, esses entes exercem poder de polícia, fiscalizam o exercício de profissão e impõem penalidades a profissionais inscritos que pratiquem infra-

15 STF ADI 2.310/DF Rel.: Min. MARCO AURÉLIO. 19/12/2000, decisão monocrática. *DJ*, 1º fev. 2001. Sem grifo no original.

ção. Em virtude da natureza estatal dessas atividades, adoção do regime estatutário é medida que se impõe para assegurar o desempenho impessoal por servidores dessas autarquias e manter coerência com a organização da administração pública no Direito brasileiro.

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

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

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

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

3. CONCLUSÃO

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

Brasília (DF), 4 de julho de 2016.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República

RJMB/WCS/CCC-PGR/WS/2.208/2016