

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 36, ADI 5367 e ADPF 367).

A **ADC 36** foi proposta com objetivo de declarar a constitucionalidade do § 3º do art. 58 da Lei 9.649/98, assim transcrito:

“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 5367** foi proposta contra o mesmo dispositivo acima (art. 58, § 3º, da Lei 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 8.042/90 e art. 41 da Lei 12.378/10).

A **ADPF 367** foi proposta contra dispositivos da legislação federal, anteriores a 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.

Cinge-se, assim, a controvérsia em 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 36** , declarando a inconstitucionalidade do § 3º do art. 58 da Lei n. 9.649/98;

b) **procedente** a **ADI 5367** para declarar a inconstitucionalidade do art. 58, § 3º, da Lei n. 9.649; do art. 31 da Lei n. 8.042, de 13.6.1990; e do art. 41 da Lei n. 12.378, de 31.12.2010;

c) **procedente** a **ADPF 367** 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. 6.31/1975; 22 da Lei n. 6.530/1978 ; 22 da Lei n. 6.583/1978; e 28 da Lei n. 6.684/1979.

O Ministro **Edson Fachin** julgou

a) na **ADC 36** , “ **parcialmente procedente** a ação declaratória 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”; e

b) na **ADI 5367** , “ **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”.

c) na **ADPF 367** , **procedente** a arguição de descumprimento de preceito fundamental, 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. 6.31/1975; 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 1717 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 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 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”.

DA NATUREZA JURÍDICA DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS

Na julgamento da ADI 1717, de relatoria do Ministro **Sydney Sanches**, julgada em 7/11/2002, 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 264**, de minha relatoria, DJ 18/2/2014,

“Os 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 do **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 me antecederam, os Conselhos de Fiscalização de Profissão são autarquias especiais ou **sui generis**, que não 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, por sua vez, aos princípios constitucionais.

O enquadramento dos Conselhos de Fiscalização de Profissão como autarquias não os integram automaticamente na estrutura estatal. Nesse sentido, os professores Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, ao sustentarem 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 AGU).

REGIME JURÍDICO DO QUADRO DE PESSOAS DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS

Nos termos do art. 1º do Decreto-Lei 968/69, os empregados dos Conselhos de Fiscalização Profissional eram 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”.

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 19/98, o regime jurídico único foi abolido e a Lei 9.649/98 passou a prever o regime celetista para o quadro de pessoas dos Conselhos Profissionais (art. 58, § 3º).

No julgamento da **ADI 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 Lei 9.649/98, 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 2.135-MC**, a Corte Suprema deferiu a liminar, com efeito **ex nunc**, para suspender a validade do **caput** do art. 39 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 19/98. Assim, a redação original do art. 39 foi ripristinada, 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 planos de

carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas, não há impedimento, por si só, 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 à função fiscalizatória do ente, 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 fixar 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 36 e improcedentes os pedidos formulados na ADI 5367 e na ADPF 367.

É o voto.