

## VOTO-VOGAL

### 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.”

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

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 enquadraram-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 entidades que componham 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 jurídica 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 espraiava 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 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 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 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 possuam 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 atividade de polícia das profissões. Conclusão em que se aponta 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 vênia, 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 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 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 seu 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, que 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. 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, inexistente, 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”).

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 Binenbojm 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).

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 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 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 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 Virtual - minuta de voto - 07/06/2019 19:22