

Regime jurídico dos conselhos profissionais está nas mãos do STF

02/03/2017



Luciano Ferraz
advogado e professor

O Direito Administrativo brasileiro é fortemente influenciado pela

noção de regime jurídico administrativo. A maioria dos estudos nacionais, a legislação e a jurisprudência retratam uma opção natural de encarar os diversos domínios da disciplina como submetidos a um regime único, invariável, e necessariamente de direito público.

Entretanto, existem realidades de Direito Administrativo que não se amoldam plenamente ao campo de incidência desse regime, tal como tive a oportunidade de registrar nesta coluna, no texto *Regime jurídico aplicável às administrações públicas é híbrido*.

Com efeito, a diversidade de atores e sítios em que o Direito Administrativo deita raiz demonstra a necessidade de reconhecimento, em maior ou menor grau, da interseção de regimes de Direito Público e de Direito Privado, especialmente quando se admitem movimentos de “contratualização” da administração pública e engajamento evolutivo de protagonistas ou coadjuvantes privados no desempenho de tarefas públicas (por exemplo, concessões, PPP, parcerias com o terceiro setor, delegação de atribuições estatais a particulares).

Nesse passo, este ensaio se propõe a refletir sobre o regime jurídico de pessoal nos conselhos profissionais (autarquias corporativas), especialmente porque se encontram pendentes de apreciação pelo STF a ADC 36, a ADI 5.367 e a ADPF 367, todas apensadas e submetidas à relatoria da ministra Cármen Lúcia.

Na ADC 36, o Partido da República (PR) pede que o STF firme o entendimento de que o parágrafo 3º do artigo 58 da Lei Federal 9.649/98, que determina a aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) aos empregados dos conselhos profissionais, não ofende princípio

constitucional, sustentando que os conselhos não são propriamente estruturas estatais.

Já na ADI 5.367 e na ADPF 367, o procurador-geral da República questiona dispositivos de leis que autorizam os conselhos a contratarem pessoal sob o regime da CLT, sustentando que dito regime é necessariamente estatutário, por força do que disciplina o artigo 39 da Constituição. Segundo o PGR, “reconhecido o caráter público das atividades desenvolvidas pelos conselhos de fiscalização profissional, exercidas como manifestação de poder de polícia, e, por consequência, a natureza autárquica dessas instituições, é imperativa a aplicação a essas entidades do regime jurídico de direito público”[1].

É inegável admitir que a existência dos conselhos baseia-se na necessidade de zelar pela qualidade dos serviços prestados por profissionais e pela observância da legislação nacional relacionada ao exercício de determinadas profissões, como exigido pelo artigo 5º, XIII e pelo artigo 21, XVI da Constituição. Também é inegável que atualmente conselhos profissionais possuem personalidade jurídica de direito público, que exercem poder disciplinar sobre os integrantes da categoria profissional, além de possuírem autonomia administrativa e financeira.

Mas é preciso aprofundar o tema do pertencimento desses conselhos à administração pública — mesmo que tenham sido criados como autarquias — e da obrigatoriedade de sua submissão a um regime jurídico (incluído o de pessoal) idêntico ao das entidades autárquicas da administração pública indireta, conforme os artigos 37 e 39 da Constituição da República. *É esse exatamente o debate que se coloca no âmago das ações a serem apreciadas pelo STF, a exigir visão retrospectiva e prospectiva das disposições do ordenamento jurídico brasileiro*[2].

Historicamente, a partir da Constituição de 1934 (artigo 113), o livre exercício profissional passou a ser condicionado a pressupostos e condições estabelecidos em lei; e a partir da Constituição de 1946 (artigo 159) restou reconhecida a possibilidade de o poder público delegar o exercício de funções relativas à livre associação profissional.

Desde então, a linha tradicionalmente seguida pela União foi a de instituir, por lei (várias leis específicas), autarquias para o exercício descentralizado dessas atividades regulamentadoras e fiscalizadoras do exercício profissional, mesclando condições diversas em estruturas de mesma estirpe (autarquias).

Se num primeiro momento o pertencimento dessas entidades ao âmbito da administração indireta da União — e sua consequente vinculação à supervisão ministerial do poder central — foi cogitado (artigo 4º, II e parágrafo único do Decreto-Lei 200/67), logo depois o Decreto-Lei 968/69[3] (artigo 1º) e o Decreto-Lei 2.229/86 se incumbiram de estabelecer importante dicotomia de regência entre elas e as autarquias da administração indireta[4].

Com efeito, a legislação posterior, para além de deixar patente a ausência da supervisão ministerial (que está na essência do conceito de administração indireta), reconheceu a incidência de regras diferenciadas quanto a pessoal e demais normas gerais, demonstrando que os conselhos profissionais, a despeito da natureza autárquica, não integravam a administração pública indireta da União. Além disso, os conselhos eram autônomos na escolha dos seus dirigentes e na potencialidade de representação de interesses da categoria, por vezes contrapostos aos do próprio Estado (administração pública direta e indireta). Como explicar a

submissão?

A Constituição de 1988 não expressou satisfatoriamente essa peculiaridade dos conselhos profissionais, deixando, no particular, espaço de conformação ao legislador, à jurisprudência, à doutrina. E as divergências se apresentaram, desaguando em ações que tramitaram e tramitam no STF.

Primeiramente, a Lei 9.649/98 (artigo 58) pretendeu atribuir aos conselhos profissionais, à exceção da OAB (artigo 58, parágrafo 9º), a natureza autárquica, transformando-as em entidades privadas delegatárias de poder público. O STF apreciou a questão no julgamento da ADI 1.717, de relatoria do ministro Sydney Sanches, entendendo que é inviável a delegação, a entidade privada, de atividades de poder de polícia, tributação e persecução disciplinar.

Secundariamente, no julgamento da ADI 3.026, de relatoria do ministro Eros Grau, o STF entendeu que a OAB não é entidade integrante da administração indireta, sequer na condição de agência especial, constituindo “serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro”. Por isso, não se haveria de cogitar da aplicação à entidade do regime jurídico típico das autarquias pertencentes à administração indireta (por exemplo, concurso público, licitação).

As duas decisões do STF, conquanto aparentemente contraditórias, são compatibilizáveis entre si, revelando pertinência com a dicotomia presente em nível legislativo infraconstitucional (DL 200/67 e DL 968/69). Os conselhos profissionais são autarquias (pessoas jurídicas de direito público), porém não pertencem à administração indireta da União, pelo que escapam da incidência automática das regras previstas no artigo 37 e no artigo 39 da Constituição (que se dirigem aos órgãos e entidade da administração pública direta e indireta).

Nesse sentido, já escrevi que no Brasil, "ao lado da Administração Direta e da Administração Indireta (Decreto-lei 200/67), existe, a exemplo de Portugal, uma Administração Pública Autônoma, formada justamente pelas ordens e conselhos profissionais, cujo regime jurídico é diverso do que é aplicável à Administração Indireta, formada também por outras entidades com perfil assemelhado, comumente designadas paraestatais (entidades do 'Sistema S')"[\[5\]](#).

Na mesma linha, o anteprojeto de lei de orgânica da administração pública — que pretendia substituir o Decreto-Lei 200/67 e foi elaborado por uma comissão de juristas na área do Direito Administrativo[\[6\]](#) — bem divisou as realidades existentes, considerando adequado isolar a) entidades estatais (subdivididas em entidades de direito público e entidades de direito privado: administração indireta); b) entidades paraestatais (igualmente subdivididas em entidades de direito público e de direito privado — não pertencentes à administração indireta); e c) entidades de colaboração (inserindo nesta categoria todos os vínculos de parceria do Estado com as entidades sem fins lucrativos que atuam nos serviços de relevância pública)[\[7\]](#).

As entidades paraestatais (destacada no item b) são exatamente aquelas pessoas jurídicas que não integram a administração, mas que atuam paralelamente, manejando poderes públicos conferidos por lei. Consoante proposta da comissão, as corporações profissionais, com personalidade jurídica de direito público, pertenceriam (como de resto pertencem) a esse time, ladeados pelos serviços sociais autônomos, com personalidade jurídica de direito privado (ver

artigo 240 da Constituição).

Nas conclusões do anteprojeto de lei (que visava a explicitar conteúdos de diversidade já existentes no direito positivo — em linha com a Constituição — e substitutivo do DL 200/67), as entidades paraestatais não se submeteriam às normas das entidades estatais (administração indireta) sobre contratação administrativa e servidores públicos, devendo adotar procedimentos próprios de gestão financeira, contratação e seleção de pessoal que assegurassem a eficiência e a probidade na aplicação de seus recursos, publicando anualmente suas demonstrações financeiras e prestando contas nos termos do parágrafo único do artigo 70 da Constituição, ao TCU.

Se a Constituição impusesse peremptoriamente aos conselhos profissionais um regime jurídico de atividade (inclusive de admissão de pessoal) única e tipicamente de direito público, poder-se-ia dizer que a proposta da Comissão de Juristas estaria em conflito com as normas constitucionais. Não me parece seja esse o caso. A submissão é constitucional e não abalroa preceito constitucional.

Sobre os julgamentos pendentes no STF, as corporações profissionais como entidades paraestatais (ou integrantes da administração pública autônoma), estranhas à administração indireta, devem ser reconhecidamente alheias, quanto ao regime de pessoal, à incidência automática do regime jurídico único e de direito público previsto no artigo 39 da Constituição. A lei até poderia lhes impor referido regime, mas se não o tiver feito, inexistente impedimento a que sejam submetidas ao regime privado da CLT[8].

[1] Os dispositivos atacados são o artigo 35 da Lei 5.766/71, que criou os conselhos federal e regionais de Psicologia; o artigo 19 da Lei 5.905/73, que criou os conselhos federal e regionais de Enfermagem; o artigo 20 da Lei 6.316/75, que criou os conselhos federal e regionais de Fisioterapia e Terapia Ocupacional; o artigo 22 da Lei 6.530/78, que regulamenta a profissão de corretor de imóveis; o artigo 22 da Lei 6.583/78, que criou os conselhos federal e regionais de nutricionistas e o artigo 28 da Lei 6.684/79, que criou os conselhos federal e regionais de Biologia.

[2] Não será objeto de debate neste arrazoado a questão relativa à delegabilidade de poderes públicos a particulares.

[3] Note-se que o Decreto-Lei 968/69, como norma pré-constitucional, não é objeto da ADPF 367.

[4] O Decreto 93.617/86, posteriormente revogado pelo decreto sem número de 10 de maio de 1991, regulamentou a matéria dispondo expressamente sobre a ausência da supervisão ministerial nas corporações profissionais.

[5] FERRAZ, Luciano de Araujo. In. MENDES, Gilmar Ferreira. STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; LEONCY, Léo Ferreira; CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, Alemenia, IDP, 2013. Comentários ao art. 37, XIX.

[6] Os professores que fizeram parte dessa comissão foram Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Paulo Eduardo Garrido Modesto, Maria Coeli Simões Pires, Sérgio de Andréa e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.



[7] MODESTO, Paulo. Anteprojeto de Nova Lei de Organização Administrativa: Síntese e Contexto. *Revista Eletrônica de Direito do Estado* (Rede), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 27, julho/agosto/setembro de 2011. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-27-SETEMBRO-2011-PAULO-MODESTO.pdf>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2017.

[8] Convém registrar que o artigo 39 da Constituição teve a sua redação alterada pela EC 19/98, mas o STF lhe suspendeu a eficácia na apreciação da medida liminar na ADI 2.135 por vícios no processo legislativo. A questão de mérito é interessante. A exemplo do direito pré-constitucional a 5/10/1988, desde que assim disciplinado pela Constituição, não há incompatibilidade de convívio entre regimes de trabalho estatutário e celetista ou de exclusividade de um ou outro no âmbito da administração direta, autarquias e fundações.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2017-mar-02/interesse-publico-regime-juridico-conselhos-profissionais-maos-stf/>