

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

EDUARDO MARTINS DE LIMA

MARIA DE FATIMA RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Eduardo Martins de Lima, Maria De Fatima Ribeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-295-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Administrativo. 3. Gestão Pública. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

Os artigos aqui publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho nº 56 - Direito Administrativo e Gestão Pública II, durante o XXV CONGRESSO DO CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito realizado em Curitiba - PR, entre os dias 07 e 10 de dezembro de 2016, em parceria com o Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

Os trabalhos apresentados propiciaram importante debate, em que profissionais e acadêmicos puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas considerando o momento econômico e político da sociedade brasileira, em torno da temática central – Cidadania e desenvolvimento sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito. Referida temática foi pensada para se refletir sobre o desenvolvimento gerador de desigualdades sociais e regionais de toda ordem.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos rigorosamente selecionados por meio de avaliações por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento da área jurídica e áreas afins. Os temas apresentados no Grupo de Trabalho – Direito Administrativo e Gestão Pública II, tiveram como destaques as abordagens sobre a discricionariedade administrativa, princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, responsabilidade civil do Estado por sanções políticas tributárias, o município e o federalismo fiscal, licenciamento ambiental, comissões de licitação, Advocacia Geral da União, licitação sustentável, prorrogação de contratos públicos, dentre outros.

Os 19 artigos, ora publicados, guardam sintonia, direta ou indiretamente, com o Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Tributário na medida em que abordam itens relacionados à administração pública, responsabilidade dos gestores e questões peculiares da gestão pública. De igual modo, de forma contextualizada há a observância do compromisso estabelecido com a interdisciplinaridade.

O CONPEDI, com as publicações dos Anais dos Encontros e dos Congressos, mantendo sua proposta editorial redimensionada, apresenta semestralmente os volumes temáticos, com o objetivo de disseminar, de forma sistematizada, os artigos científicos que resultam dos

eventos que organiza, mantendo a qualidade das publicações e reforçando o intercâmbio de ideias.

Nesse sentido, cumprimentamos o CONPEDI pela feliz iniciativa para a publicação da presente obra e, ao mesmo tempo, agradecemos aos autores dos trabalhos selecionados e aqui publicados, que consideraram a atualidade e importância dos temas para seus estudos.

Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro - UNIMAR

Prof. Dr. Eduardo Martins de Lima - FUMEC

O REGIME JURÍDICO DE PESSOAL DOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL EM DEBATE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE LEGAL REGIME OF THE STAFF OF PROFESSIONAL SUPERVISORY ENTITIES IN DEBATE ON THE BRAZILIAN SUPREME COURT

Helena Elias Pinto ¹

Resumo

Este artigo expõe os resultados da pesquisa sobre as contradições relativas ao regime jurídico de pessoal conselhos de fiscalização profissional. Busca-se, com base em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, identificar qual o melhor caminho diante dos seguintes dados: a) reconhecimento do regime jurídico de direito público para esses conselhos (ADI nº 1.717/97); b) omissão legislativa em promover a criação de cargos públicos no âmbito de tais entidades; e c) ausência de decisão final do Supremo Tribunal Federal quanto à validade da supressão do regime jurídico único promovida pela Emenda Constitucional nº 19/98.

Palavras-chave: Conselhos de fiscalização profissional, Regime jurídico de pessoal, Regime estatutário

Abstract/Resumen/Résumé

This article presents the results of research on the contradictions concerning the legal system of the staff working in professional oversight entities. Search is based on bibliographic and jurisprudential research regarding the Supreme Court, in order to identify the best way based on the following data: a) recognition of the legal regime of public law for such entities (ADI 1.717/97); b) legislative omission to promote the creation of public offices under such entities; and c) lack of final decision of the Supreme Court regarding the validity of the abolition of the single legal regime promoted by Constitutional Amendment nº 19/98.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Entities of professional supervision, Legal staff regime, Statutory regime

¹ Professora Adjunta do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional (PPGDC) da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense - UFF. Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho.

INTRODUÇÃO

As inovações trazidas pela nova ordem constitucional, inaugurada com a promulgação da Constituição da República de 1988, ainda não esgotaram o seu potencial de transformação da realidade. Há inúmeras questões que ainda aguardam a regulamentação pelo Poder Legislativo e, em alguns casos, a definição de relevantes questões jurídicas pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando ocorre uma omissão total ou parcial do Estado-legislador. Um exemplo paradigmático, com fortes repercussões práticas que geram inúmeras demandas judiciais pelo país afora, é o caso do regime de pessoal dos conselhos de fiscalização profissional.

Com alguma frequência, pessoas contratadas sob regime celetista pelos Conselhos de Fiscalização Profissional ajuízam ações judiciais em que buscam equiparação de regime jurídico, inclusive remuneratório e previdenciário, com os servidores públicos estatutários, sob a alegação de que os Conselhos de Fiscalização Profissional, de acordo com o entendimento firmado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI nº 1.717/97), atuam sob regime de direito público. Diante dessa premissa, invocam a necessidade de observância da Lei nº 8.112/90, que regulamenta o regime jurídico estatutário dos servidores públicos civis públicos federais no âmbito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, nos termos do que dispõe a redação original do art. 39 da Constituição da República.

Entretanto, se do ponto de vista teórico a questão pode ser facilmente resolvida mediante o reconhecimento do cabimento de tais pretensões de submissão dos conselhos de fiscalização profissional ao regime de direito público (inclusive quanto ao seu quadro de pessoal, nos termos do art. 39 da CRFB e da decisão proferida na ADI nº 1.717/97), do ponto de vista prático tal solução se mostra problemática ou até mesmo inviável, se forem consideradas as dificuldades operacionais e jurídicas de tal transmutação de regime jurídico.

Para melhor ilustrar o problema, convém lembrar que, por definição constitucional, a criação de cargo público (já que se está a tratar de regime estatutário, que pressupõe a existência de um quadro de cargos públicos) pressupõe a existência de lei formal. E, no caso dos Conselhos de Fiscalização Profissional, lei de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo Federal¹, o que não tem se realizado, dentre outros motivos, porque o Supremo

¹ Art. 61. (...)

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

(...)

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

Tribunal Federal ainda não deliberou, de forma definitiva, sobre a constitucionalidade da supressão da exigência do regime jurídico único do art. 39, *caput*, da Constituição da República, promovida pela Emenda Constitucional nº 19/98 (que teve, em relação à alteração de redação do *caput* do art. 39, seus efeitos suspensos em decisão cautelar proferida na Ação Direta de Constitucionalidade nº 2.135/DF, que ainda aguarda decisão final quanto ao mérito).

Em face desse contexto, o presente trabalho acadêmico busca resposta para a indagação de qual a melhor alternativa para solucionar esse imbróglio da questão relativa ao regime de pessoal conselhos de fiscalização profissional, que combina em sua complexidade as seguintes contradições: a) reconhecimento do regime jurídico de direito público para esses conselhos (ADI nº 1.717/97); b) omissão legislativa em promover a criação de cargos públicos no âmbito de tais entidades; e c) ausência de decisão final do Supremo Tribunal Federal quanto à validade da supressão do regime jurídico único promovida pela Emenda Constitucional nº 19/98.

1. O REGIME JURÍDICO ÚNICO DE PESSOAL: ADVENTO, REVOGAÇÃO E SUBSEQUENTE SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DA ALTERAÇÃO NORMATIVA

Diante de uma realidade em que coexistiam, no âmbito da Administração Pública brasileira, nos três âmbitos federativos, funcionários públicos contratados sob regime celetista e sob regime estatutário, o legislador constituinte optou por adotar um regime para unificação das normas aplicáveis a quem é titular de relação de trabalho com a Administração Pública. Surgiu, assim, o Regime Jurídico Único, previsto no art. 39 da redação original da Constituição da República de 1988².

A opção de unificar o regime foi indicativa, à luz da existência das carreiras típicas de Estado (diplomacia, segurança pública, fiscalização, jurisdição etc), da necessária opção pela adoção do regime estatutário – o que, no plano federal, se concretizou com a edição da Lei nº 8.112/90, que instituiu o regime estatutário para os servidores públicos federais, atuantes na Administração Pública direta, autárquica e fundacional. Afinal, o regime celetista não parece compatível com as carreiras típicas de Estado, por não dotar aquele que exerce a função pública de garantias de estabilidade e de prerrogativas legais que são características do regime jurídico definido em estatuto legal próprio.

² 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.

Assim, tanto os Entes Federativos quanto a as pessoas jurídicas de direito público da Administração indireta (autarquias e fundações governamentais sob regime de direito público) passaram a ter o seu regime de pessoal disciplinado pelas normas estatutárias.

Entretanto, houve uma ampla reforma administrativa na década de 90, com a edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, considerado como marco da Reforma Gerencial do Estado Brasileiro, em 1995, o qual apresentou como uma de suas propostas a de conferir maior autonomia ao administrador público na gestão dos recursos humanos, financeiros e materiais, o qual passou a se sujeitar, por outro lado, ao controle e cobrança de efetivos resultados.

Nesse cenário, surge a Emenda Constitucional nº 19/98, que alterou a redação original do art. 39 para dele excluir a referência ao regime jurídico único³. Com isso, voltou a existir a possibilidade de a Administração Pública realizar contratações de empregados públicos sob regime celetista, tal como como ocorria antes da promulgação da Constituição da República de 1988.

Tudo estava a indicar que, a partir de então, caberia ao Chefe do Executivo, nos três planos federativos, escolher qual o modelo de contratação seria mais adequado à realização dos projetos a serem executados em cada área da atuação da Administração Pública.

Ocorre que o processo legislativo de elaboração da Emenda Constitucional nº 19/98 foi contestado na Ação Direta de Constitucionalidade nº 2.135/DF, proposta no ano de 2007, na qual também se alegou a ocorrência de inconstitucionalidade material.

No julgamento da medida cautelar, o plenário do Supremo Tribunal Federal acolheu o voto do Relator, Ministro Néri da Silveira, que reconheceu a existência de vício formal no processo legislativo de elaboração da referida emenda constitucional no que tange ao texto do art. 39. Nesse sentido, merece leitura o seguinte trecho da ementa do acórdão proferido pelo STF:

A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS nº 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente caput do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público. 2. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o caput desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS nº 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o quorum de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional. 3. Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao caput do art.

³ Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. (Redação dada pela EC nº 19/98)

39 da Constituição Federal, ressalvando-se, em decorrência dos efeitos ex nunc da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso. 4. Ação direta julgada prejudicada quanto ao art. 26 da EC 19/98, pelo exaurimento do prazo estipulado para sua vigência. 5. Vícios formais e materiais dos demais dispositivos constitucionais impugnados, todos oriundos da EC 19/98, aparentemente inexistentes ante a constatação de que as mudanças de redação promovidas no curso do processo legislativo não alteraram substancialmente o sentido das proposições ao final aprovadas e de que não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico anterior. 6. Pedido de medida cautelar parcialmente deferido.

Foi, assim, deferida a medida cautelar para afastar, com efeitos prospectivos a partir da declaração de inconstitucionalidade naquela cautelar, a redação atribuída ao dispositivo constitucional pela Emenda Constitucional nº 19/98.

O Supremo Tribunal Federal ressaltou, contudo, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, “da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso”. Tal decisão produziu efeitos repristinatórios, reconstituindo a eficácia da redação original do art. 39 da Constituição e, com ela, o regime jurídico único para toda a Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

Registre-se que, passados mais de oito anos desse julgamento da medida cautelar, até o presente momento o Supremo Tribunal Federal não julgou o mérito da Ação Direta de Constitucionalidade nº 2.135/DF.

A par dessas idas e vindas em relação ao regime jurídico de pessoal da Administração Pública, outro debate se estabelece em sede doutrinária e jurisprudencial, com repercussão sobre a questão da extensão da aplicação do regime jurídico único é o tema relativo ao regime jurídico a que se submetem os Conselhos de Fiscalização Profissional, especialmente quanto à disciplina de suas relações de trabalho.

2) O REGIME JURÍDICO ÚNICO E OS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL: PANORAMA DO DEBATE TRAVADO NO ÂMBITO DO STF

A Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, fruto da conversão da Medida Provisória nº 1.651-43, de 1998, ao editar normas sobre a “organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências”, disciplina em seu art. 58 os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas, atribuindo a essas entidades o “caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa”.

Entretanto, tal disciplina normativa foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.717, ajuizada em 1997 por diversos partidos políticos (PC do B, PT e PDT). No ano de 1999, foi deferida em parte a

medida liminar requerida e, no ano de 2003 foi proferida decisão final, para “declarar a inconstitucionalidade da cabeça do artigo 58 e §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998.” O fundamento da declaração de inconstitucionalidade de tais dispositivos teve por base “a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal”, os quais, segundo o Supremo Tribunal Federal, conduzem à conclusão no sentido da impossibilidade de delegação, “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”.

Diante dessa decisão proferida na ADI nº 1.717/97⁴, fixou-se o entendimento de que os conselhos de fiscalização profissional são entidades de direito público. Tal assertiva vai proporcionar a seguinte indagação: como entidades de direito público, estão os conselhos de fiscalização profissional obrigados a adotar o regime jurídico estatutário para seu quadro de pessoal, sujeitando-se às normas do Regime Jurídico Único, regulamentado pela Lei nº 8.112/90?

É importante destacar que, na petição inicial da ADI nº 1.717/97, foi objeto de impugnação também o § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649/98, que tratava do regime de pessoal dos conselhos de fiscalização, estabelecendo que seus empregados “são regidos pela legislação trabalhista, sendo vedada qualquer forma de transposição, transferência ou deslocamento para o quadro da Administração Pública direta ou indireta.” Entretanto, o pedido relativo à declaração de inconstitucionalidade de tal dispositivo foi julgado prejudicado, diante da alteração do dispositivo constitucional que serviu de parâmetro de controle, em decorrência da alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 19/98, que extinguiu o regime jurídico único. Ao apreciar esse ponto, o acórdão proferido por ocasião do julgamento da medida cautelar na ADI nº 1.717/97 registrou que, “segundo a jurisprudência da Corte, o controle concentrado de constitucionalidade, mediante a Ação Direta, é feito em face do texto constitucional em vigor e não do que vigorava anteriormente. ”

⁴ 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 / DF - DISTRITO FEDERAL -Relator: Min. SYDNEY SANCHES - Julgamento: 07/11/2002 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

Tal decisão, proferida em sede cautelar, foi mantida por ocasião do julgamento definitivo da ADI nº 1.717/97. Não houve, portanto, deliberação do STF quanto ao mérito da compatibilidade do regime jurídico celetista previsto na Lei nº 9.649/98 com a previsão do regime jurídico único contida no texto original da CRFB.

Diante da pesquisa jurisprudencial realizada, constata-se que, na atualidade, essa questão da aplicação do regime jurídico único (art. 39 da CRFB) aos conselhos de fiscalização profissional é matéria que se encontra pendente de apreciação pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal em, ao menos, quatro ações judiciais:

a) Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 36, sob a relatoria da Ministra Carmen Lucia, em que é requerido que seja firmado o entendimento de que o parágrafo 3º do artigo 58 da Lei 9.649 não ofende a previsão constitucional do regime jurídico único;

b) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.367, também sob a relatoria da Ministra Carmen Lucia, na qual o Procurador-geral da República questiona dispositivos de leis que autorizam os conselhos a contratar pessoal sob o regime da CLT. Pretende-se a declaração de inconstitucionalidade de tais artigos, sem declaração de nulidade por 24 meses, para que a presidente da República tenha tempo de instaurar processo legislativo para edição de norma que trate do regime jurídico de contratação de servidores nessas entidades;

c) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 367, igualmente sob a relatoria da Ministra Carmen Lucia, na qual a Procuradoria Geral da República requer a concessão de medida cautelar para que a Presidência da República seja notificada para adotar providências a fim de instaurar processo legislativo destinado à criação de cargos públicos, além da notificação dos conselhos de fiscalização profissional para que acompanhem a tramitação dos projetos de lei e, também, a suspensão de concursos públicos e de contratação de pessoal por conselhos, até que sejam aprovadas e sancionadas as leis de estruturação de cargos dessas entidades, a fim de não perpetuar a situação atual de inconstitucionalidade. No mérito, o Procurador-geral pede que seja julgado procedente o pedido para declarar a não recepção pela Constituição da República dos artigos de leis que preveem a contratação de pessoal por conselhos de fiscalização de profissões sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT);

d) Reclamação nº 19.537, da relatoria do Ministro Luiz Fux, ajuizada pelo Sindicato dos Servidores dos Conselhos de Fiscalização do Exercício Profissional no Estado do Rio Grande do Sul e pela Central Única dos Trabalhadores (CUT-RS) com vistas a impor aos Conselhos Regionais de fiscalização profissional daquele Estado a adoção do Regime Jurídico Único aos servidores aprovados em concursos públicos, sob alegação de que a situação atual

de contratação pelo regime celetista viola a decisão do STF no julgamento de liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2135.

Nas três primeiras ações judiciais acima indicadas, ainda não há decisão do STF. A quarta ação, por outro lado, merece especial atenção (Reclamação nº 19.537/RS), por já ter sido deferida medida liminar pelo relator.

3) A RECLAMAÇÃO Nº 19.537/RS E AS PERSPECTIVAS DE FIXAÇÃO DE UM REGIME PROVISÓRIO

Na Reclamação nº 19.537 – RS, o Sindicato dos Servidores e Empregados dos Conselhos e Ordens de Fiscalização do Exercício Profissional do Estado do Rio Grande do Sul alega desrespeito à liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 2135 por parte de diversos conselhos regionais de fiscalização profissionais sediados no Rio Grande do Sul.

Relata o Sindicato demandante que o provimento dos empregos públicos nem sempre tem ocorrido por intermédio de concursos públicos e que, diante da liminar concedida pelo STF para suspender a vigência da nova redação do art. 39 da CRFB (que colocava fim à obrigatoriedade do regime jurídico único), tornou-se juridicamente impossível a contratação de empregados públicos nessas entidades, que possuem regime jurídico de autarquia. Diante desse contexto, o Sindicato reclamante formula dois pedidos: para que seja determinada a obrigatoriedade de realização de concursos públicos a contratação de pessoal e para que ocorra a submissão desse pessoal ao regime jurídico único.

Em um primeiro momento, o relator, Ministro Luiz Fux, negou a liminar na referida reclamação. Houve, no curso do processo, uma primeira intervenção da PGR, que se manifestou pela procedência da reclamação, em parecer cuja ementa é transcrita a seguir:

Reclamação. Afronta ao decidido na ADIN 2.135 – MC.

O STF suspendeu a aplicação do art. 39, caput, da CR, na redação da EC 19/1998, subsistindo o regime jurídico único para os órgãos das administrações diretas federal, estadual e municipal, bem como de suas autarquias e fundações.

Os conselhos reclamados são órgãos autárquicos; assim, devem aplicar o regime jurídico único, em suas contratações, sempre por meio de concursos.

Parecer pela procedência da reclamação.

Em seguida, o relator da Reclamação nº 19.537/RS, Ministro Luiz Fux, proferiu decisão monocrática no sentido de julgar “parcialmente procedente a presente reclamação, para impor aos reclamados a adoção do regime jurídico único relativamente aos servidores aprovados nos concursos objeto deste feito”. Tal decisão desafiou a interposição de diversos agravos regimentais e de embargos de declaração, nos quais foram indicadas causas que tornariam impossível o cumprimento da decisão proferida. Após essas manifestações, o

Ministro relator decidiu realizar uma audiência de conciliação, e inaugural de um possível processo de mediação, considerando que:

(...) sob uma ótica moderna do processo judicial, a fase conciliatória é uma etapa de notória importância, e diante da possibilidade de se inaugurar um processo de mediação neste feito capaz de ensejar um desfecho conciliatório célere e deveras proveitoso para o interesse público e, também, nacional.

A audiência foi realizada na data prevista (18 de agosto de 2015), tendo o Ministro relator proferido despacho na mesma data, sinalizando com a possibilidade de um acordo nos autos, nos seguintes termos:

(...) Pelo Ministério Público Federal, foram apresentados alguns pontos a serem considerados pelas partes presentes para a celebração de um acordo em que se alcance uma solução transitória acerca do regime aplicável aos trabalhadores dos conselhos de fiscalização profissional até que o Plenário desta Corte decida definitivamente sobre o regime jurídico dessas entidades.

Todas as partes sinalizaram positivamente quanto ao que proposto pelo Ministério Público Federal, em especial quanto à necessidade de se assegurar algum tipo de estabilidade aos trabalhadores dos conselhos, e se comprometeram a protocolizar, nos autos, a proposta de acordo até o dia 31/08/2015.

Aguarde-se a juntada do acordo aos autos e, após, dê-se vista ao MPF para que sobre ele se pronuncie.

Após o decurso do prazo para manifestação dos Reclamados, os autos seguiram para a Procuradoria Geral da República, que se manifestou por intermédio de parecer subscrito pelo Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

A PGR fez ponderações interessantes em defesa de um regime jurídico transitório para disciplinar o vínculo dos conselhos profissionais com seus empregados. Inicialmente, o parecer estaca que se, de um lado, o problema teórico em questão fica equacionado em termos até evidentes, “o contrário ocorre com as implicações práticas do implemento da liminar do Tribunal”. E prossegue, esclarecendo em que consiste a dificuldade prática para a efetivação da liminar deferida pelo relator:

A dificuldade básica posta em causa pela liminar ainda não superada por decisão de mérito está em que, ao longo dos nove anos de vigência da liminar, todos os conselhos passaram a sentir a necessidade de adequações de seus quadros de pessoal, em decorrência de aposentadorias, exonerações, expansão dos serviços e até de criação, por desmembramento, de antigas autarquias. Até involuntariamente, os conselhos passaram a ser pressionados, de um lado, pelas necessidades novas de pessoal e, de outro, pelo fato de que lhes sendo aplicável o regime jurídico único, não podem admitir pessoal, se não por meio do preenchimento de cargos. E aqui reside o problema: cargos só se criam por meio de lei, de modo que não está no poder das autarquias a adoção de medidas legislativas imprescindíveis à criação dos referidos postos de trabalho estatutário. E os conselhos não dispõem nem sequer de iniciativa legislativa para tanto. O Executivo, por sua vez, não se vê encorajado no envio de projetos de lei para a instituição dos cargos, porque espera a decisão final do STF⁵.

⁵ Refere-se ao resultado do julgamento da ADI 2.135, até o momento somente apreciada quanto à medida cautelar

A regulação transitória que a PGR, no mencionado parecer, sugere ao Supremo Tribunal Federal assenta-se em três núcleos de interesse: “os pontos que são objeto da atenção dos trabalhadores, representados pelo sindicato; os aspectos de preocupação da administração dos conselhos, personificados nos reclamados; e os da coletividade em geral”.

A PGR aponta 12 pontos que devem ser abrangidos pela disciplina provisória, partindo de uma questão principal que consiste no reconhecimento de que a relação jurídica deve ser mantida sob a forma de contrato de emprego regida pela CLT e o regime previdenciário deve seguir o regime geral.

Entretanto, tal regime jurídico deve sofrer alguns acréscimos em prol da segurança jurídica dos administrados e para garantir a isenção dos empregados no desempenho do poder de polícia federal. Os principais pontos que merecem alteração (em relação ao regime celetista), na visão da Procuradoria Geral da República, podem ser assim sintetizados:

a) incorporação dos deveres típicos dos funcionários públicos regulados na Lei 8.112/1990 e na Lei 9.784/1999;

b) as causas de demissão dos trabalhadores devem ser restritas às seguintes: a prática de ato definido como crime contra a administração pública federal, ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992); de fato passível de demissão de acordo com a Lei nº 8.112, de fato subsumível ao conceito de justa causa do art. 482 da CLT ou de fato descrito no art. 3º, i, ii, e iii, da Lei 9.962/2000;

c) a apuração de infrações disciplinares de acordo com a observância da lei que rege o processo administrativo federal (Lei 9.784/1999);

d) o exercício do direito de greve dos empregados deverá se guiar pela decisão do STF, especialmente nos MI 670. 708 e 712;

e) o recrutamento de pessoas será realizado por meio de concurso público, sem possibilidade de que as pessoas contratadas sob regime da CLT sejam posteriormente aproveitadas para ocupação de cargos públicos a serem criados, os quais devem se submeter a amplo concurso público com a participação de todos os interessados;

f) manutenção de empregos comissionados apenas para as funções de direção e chefia, observada a proporção estabelecida em lei federal quanto à ocupação de tais funções por concursados.

Após a manifestação do Ministério Público Federal, os autos foram conclusos ao relator em 02/05/2016 e, desde então, aguardam deliberação.

Diante do que foi exposto, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal ainda está amadurecendo a questão e a decisão final a ser proferida é que deve dar o perfil jurídico dessas relações entre os conselhos profissionais e seus empregados.

Note-se que a decisão liminar inicialmente concedida pelo Ministro Fux na Reclamação nº 19.537/RS acabou resultando, diante das dificuldades suscitadas para cumprimento, na reabertura do debate e até na realização de audiência para buscar conciliar as partes.

Sem prejuízo da adoção de uma regulamentação transitória, nos moldes sugeridos pela Procuradoria Geral da República, há uma alternativa que parece ser o melhor caminho para uma correção de rumos dessa definição do regime jurídico dos Conselhos de Fiscalização Profissional. Trata-se de aplicar a inteligência e a lógica que orientaram o Supremo Tribunal Federal ao apreciar o regime jurídico da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Embora a natureza jurídica dos Correios seja a de empresa pública e, portanto, distinta dos Conselhos de Fiscalização Profissional, que são equiparados às autarquias, ambas as entidades têm em comum a questão do debate sobre a amplitude da aplicação do regime de direito público ao exercício de suas atividades.

Em relação aos Correios, decidiu o Supremo Tribunal Federal⁶ que tal empresa pública deve ser equiparada à Fazenda Pública, sendo aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, por ter sido recepcionado o art. 12 do Decreto-lei nº 509/69. Para tanto, afastou o STF a aplicação da restrição contida no art. 173, § 1º, da Constituição da República, que submete a empresa pública e a sociedade de economia mista que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações civis, trabalhistas e tributárias. Considerou a Suprema Corte que a ECT não exerce atividade econômica e sim presta serviço público da competência da União e por ela mantido (RE 230.051-ED).

Não obstante essa equiparação da ECT à Fazenda Pública para efeito do reconhecimento da impenhorabilidade de seus bens e da pertinência da aplicação do regime dos precatórios judiciais, o STF nada objetou em face do regime celetista que é aplicado aos empregados dos Correios. Desse modo, acabou-se acolhendo um regime jurídico híbrido, que contém normas de direito público que disciplinam a atividade desempenhada pelos Correios, mas não afetam a moldura privatista aplicável aos vínculos trabalhistas da empresa pública na condição de empregadora.

⁶ RE 230.051-ED, rel. min. Maurício Corrêa, julgamento em 11-6-2003, Plenário, DJ de 8-8-2003 e RE 393.032-AgR, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 27-10-2009, Primeira Turma, DJE de 18-12-2009.

Essa dicotomia entre o regime jurídico de direito público que incide sobre o desempenho das atividades dos Correios e o regime de direito privado aplicável aos seus vínculos trabalhistas pode perfeitamente ser aplicável aos Conselhos de Fiscalização Profissional e são várias as razões que indicam a pertinência e a conveniência dessa solução: a) a força da tradição de décadas de aplicação do regime celetista; b) o custo dessa alteração de regime em um momento em que o Estado, nas suas diversas dimensões federativas, encontra-se à beira de um colapso das finanças públicas; c) a alteração do regime celetista para o estatutário está da contramão das reformas administrativas que foram e estão sendo promovidas pela União, com vistas à redução dos custos operacionais e à busca da sustentabilidade do regime previdenciário dos servidores públicos, com a perspectiva de alteração, com endurecimento, das regras para a obtenção de benefícios previdenciários; d) a possibilidade de, a qualquer tempo, se promover a definitiva eliminação do regime jurídico único, ainda que por força de nova Emenda Constitucional, tendo em vista que – até o momento – a decisão proferida pelo STF reconheceu a inconstitucionalidade apenas formal da supressão de tal regime jurídico da Constituição; e) a dificuldade de se operacionalizar a transformação de regime sem o aproveitamento automático de quem atualmente ocupa os empregos públicos, em face da imperiosa necessidade de realização de concurso público, gerando um passivo social decorrente do rompimento do vínculo laboral de todos quantos atualmente ocupem tais postos. Tudo isso apenas para apresentar um rol meramente exemplificativo, pois não se esgotam nesses tópicos os problemas que precisariam ser enfrentados.

Diante de tudo que foi exposto, parece que a melhor solução jurídica a ser dada para esse debate sobre o regime jurídico de pessoal dos conselhos de fiscalização profissional é reconhecer a existência de um regime especial, híbrido, à semelhança do que a jurisprudência do STF já fixou, em outros moldes, para os Correios (conforme decisões proferidas nos seguintes recursos extraordinários indicados).

Assim, parece ser um caminho bastante razoável o de reconhecer o regime de direito público para as atividades desempenhadas pelos conselhos (por exercerem poder de polícia das profissões), sem prejuízo de se aplicar o regime jurídico de direito privado para os seus empregados públicos (que, à semelhança do que ocorre no caso dos Correios, continuariam a ser regidos pela CLT).

CONCLUSÃO

O tema do regime jurídico de pessoal dos conselhos de fiscalização profissional após a Constituição da República de 1988 é objeto de uma ampla discussão judicial no âmbito

do Supremo Tribunal Federal durante as últimas duas décadas. A partir da decisão proferida pela Suprema Corte na ADI nº 1.717/97, fixou-se o entendimento segundo o qual tais conselhos de fiscalização profissional são regidos por normas de direito público. Tal orientação jurisprudencial passou a indicar a necessidade de adequação de tais entidades à diretriz do regime jurídico único de pessoal, nos termos do que dispõe a Constituição da República no *caput* do art. 39.

A par disso, compõe o contexto em que se insere o problema, a omissão legislativa em promover a criação de cargos públicos no âmbito de tais entidades para dar cumprimento à exigência do regime jurídico único. Tal regime voltou a ser obrigatório diante dos efeitos repristinatórios decorrentes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que reconheceu a inconstitucionalidade formal da alteração feita pela Emenda Constitucional nº 19/98 no art. 39, por intermédio da qual foi suprimida a referência ao regime jurídico único. Por via de consequência, voltou a produzir efeitos jurídicos a redação original do referido dispositivo constitucional.

No âmbito do atual estágio do debate travado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, há ao menos quatro ações judiciais que provocam o exercício do controle de constitucionalidade pela Suprema Corte. Três dessas ações estão sob a relatoria da Ministra Carmen Lucia e são as seguintes: a) ADC nº 36, que veicula pretensão de que seja firmado o entendimento de que o parágrafo 3º do artigo 58 da Lei 9.649 não ofende a previsão constitucional do regime jurídico único; b) ADI nº 5.367, na qual são questionados dispositivos de leis que autorizam os conselhos a contratar pessoal sob o regime da CLT, buscando-se a declaração de inconstitucionalidade de tais artigos, sem declaração de nulidade por 24 meses, para que a presidente da República tenha tempo de instaurar processo legislativo para edição de norma que trate do regime jurídico de contratação de servidores nessas entidades; c) ADPF nº 367, na qual é requerida a concessão de medida cautelar para que a Presidência da República seja notificada para adotar providências a fim de instaurar processo legislativo destinado à criação de cargos públicos, além da suspensão de concursos públicos e de contratação de pessoal por conselhos, até que sejam aprovadas e sancionadas tais leis e, no mérito, que seja declarada a não recepção pela CRFB dos artigos de leis que preveem a contratação de pessoal por conselhos de fiscalização de profissões sob o regime celetista.

Essas três ações ainda estão em tramitação, sem concessão de medida liminar ou julgamento final de mérito.

Há, ainda, uma quarta ação em tramitação no STF, a Reclamação nº 19.537, da relatoria do Ministro Luiz Fux, que bem ilustra como o tema é polêmico e de difícil solução

prática, não obstante ser possível vislumbrar uma solução teórica com relativa facilidade - que seria justamente a de enquadrar o regime jurídico dos conselhos de fiscalização profissional no regime estatutário e determinar que seja feita a adequação para que seja implantado o regime jurídico único. Tal solução, aliás, foi acolhida inicialmente pelo relator, ao conceder a medida liminar requerida. Entretanto, a dificuldade prática de sua concretização foi logo suscitada pelos Conselhos demandados, o que resultou na designação de audiência pública pelo relator. Em tal audiência pública, foi feita pelos interessados a exposição das razões que dificultam ou até inviabilizam a mudança imediata do regime celetista que tem sido mantido ao longo de décadas, dentre outras razões pela ausência de uma solução legislativa para a questão da criação dos cargos que deverão ser providos ao se acolher o regime estatutário.

Diante das dificuldades identificadas após a realização da audiência pública, sugeriu a Procuradoria Geral da República, em parecer exarado nos autos da referida Reclamação nº 19.537, que seja acolhido, um regime de transição. Assim, até que seja feito o julgamento final da ADI nº 2.135 e se for o caso, até que seja editada a legislação própria para a criação dos cargos que serão providos, caberia uma regulação transitória a ser firmada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal baseada em três núcleos de interesse: os pontos de interesse dos trabalhadores; os aspectos de preocupação dos sindicatos e os da coletividade.

Sem prejuízo do eventual acolhimento de aspectos ponderados desse regime especial de transição sugerido pelo Ministério Público Federal, parece adequado um ajuste na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de modo a aplicar a inteligência e a lógica que orientaram o Supremo Tribunal Federal ao apreciar o regime jurídico da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT que, apesar da natureza jurídica distinta daquela ostentada pelos Conselhos de Fiscalização Profissional, apresenta um problema que é comum a ambas as entidades: que é busca de uma convivência harmônica dos regimes jurídicos de direito público para as atividades desempenhadas pela entidade e de direito privado para a disciplina das relações trabalhistas estabelecidas com seus empregados públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.

_____. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

_____. Decreto-Lei nº 968, de 13 de outubro de 1969. Dispõe sobre o Exercício da Supervisão Ministerial relativamente às Entidades Incumbidas da Fiscalização do Exercício de Profissões Liberais.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

_____. Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Reclamação 19.537.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Ação direta de inconstitucionalidade 2.135.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relatora: Min. Sydney Sanches. Ação direta de inconstitucionalidade 1.717.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Ação declaratória de constitucionalidade 36.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Ação direta de inconstitucionalidade 5.367.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 367.

_____. Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1988. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

PAULSEN, Leandro. Os conselhos profissionais e a Lei 9.649/98. **Revista de Estudos Tributários**, Porto Alegre, n.2, p. 38/50, jul/ago, 1998.

PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle. Características, Prerrogativas e Sujeições dos Conselhos de Fiscalização do Exercício Profissional. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord). **Conselhos de Fiscalização Profissional: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 64-86, 2001.

PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle. Histórico dos Conselhos de Fiscalização do Exercício Profissional. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord). **Conselhos de Fiscalização Profissional: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 19-30, 2001.

_____. Natureza Jurídica dos Conselhos de Fiscalização do Exercício Profissional. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord). **Conselhos de Fiscalização Profissional: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 31-63, 2001.

PRATES, Terezinha Matilde Lickes. Os conselhos de fiscalização do exercício de profissões e a Lei 8.112/90, **Revista LTr**, v. 58, n.6, p.673-675, jun.1994.

RODRIGUES, Anadyr de Mendonça. O regime jurídico dos servidores das entidades de fiscalização do exercício profissional. **Revista de Direito do Trabalho**, n. 90, p. 5-8.