

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS
DIREITOS E CIDADANIA**

DANIELA CARVALHO ALMEIDA DA COSTA

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

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

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo de constitucionalização dos direitos da cidadania [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Daniela Carvalho Almeida Da Costa, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-063-3

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constitucionalização.
3. Cidadania. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS
PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS E
CIDADANIA

Apresentação

Caríssimos(as),

É com imensa honra e satisfação que apresentamos a obra Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania, fruto das apresentações do Grupo de Trabalho (GT) que conduzimos no dia 05 de junho do corrente ano, na Universidade Federal de Sergipe (UFS).

Este GT foi pensado e proposto pela afinidade temática com uma das linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS, cuja área de concentração é justamente Constitucionalização do Direito, o que nos acrescenta uma satisfação pessoal. O Programa, ainda muito jovem, cujo início se deu em 2010, vivenciou um grande amadurecimento ao sediar o XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, o que se refletiu na adesão maciça de seu corpo docente e discente, não só unindo esforços para ciceronearmos esse Encontro do CONPEDI, mas também na submissão de inúmeros artigos científicos.

A obra que apresentamos tem uma importância peculiar para o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS, contando com uma das professoras do Programa dentre seus coordenadores, bem como com 6 artigos de alunos do Programa que, em conjunto com os demais 18 artigos, todos selecionados com o devido rigor científico, compõem os 24 artigos da presente obra sobre Constitucionalização e Cidadania. Os textos se destacam pela relevante discussão temática em torno das dimensões materiais e eficazes dos direitos fundamentais, especialmente pelo debate sobre os mecanismos de efetividade desses direitos, não só no âmbito jurídico, mas também no âmbito social, político e econômico.

Os Direitos Humanos, na célebre concepção de Hannah Arendt, são um dado e não um construído, o que nos remete ao dinamismo necessário a sua internacionalização/universalização e, sobremaneira, num país com uma democracia inconclusa como o nosso, a necessidade da construção e aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos para sua internalização. A Constitucionalização dos Direitos é força motriz para a efetivação desse processo paulatino de internalização dos Direitos Humanos.

É inegável o avanço que a Constituição de 88 representou nesse processo e o quanto nossas instituições públicas vêm se fortalecendo no jogo de forças da vivência democrática.

Entretanto, uma efetiva constitucionalização promove cidadania e dignidade, enraizadas nos valores sociais do trabalho, a começar pela democratização do acesso à justiça e à livre informação, não por outra razão fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Para tanto, é essencial uma efetiva hermenêutica constitucional, em que toda a interpretação e aplicação do direito se dê conforme o paradigma constitucional.

Os coordenadores do GT Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração da presente obra, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da graduação e pós-graduação e os próprios cidadãos interessados na tutela de seus direitos.

Desta feita, acreditamos que a presente obra muito acrescentará às reflexões tão necessárias dentro dos estudos do direito, acerca do Processo de Constitucionalização e Cidadania, com vistas à construção de um mundo mais igualitário.

Desejamos uma leitura construtiva a todos!

Aracaju, inverno de 2015.

Prof.^a Dr.^a Daniela Carvalho Almeida da Costa¹

Prof.^a Dr.^a Maria dos Remédios Fontes Silva²

Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez³

¹Advogada; Mestre e Doutora em Direito Penal e Criminologia pela USP; Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca; Ex-Coordenadora Regional em Sergipe do IBCCRIM; Coordenadora do Grupo de Pesquisa Estudos sobre violência e criminalidade na contemporaneidade da UFS; Professora Adjunta do Dept.^o de Direito da UFS; Professora do Programa de Pós-graduação Mestrado em Direito da UFS; Professora do Curso de Direito da Fanese; Professora da Escola Superior da Magistratura de Sergipe.

²Mestre e Doutora pela Université Catholique de Lyon - França, Pós-doutorado pela Université Lumière Lyon II - França. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Direito Estado e

Sociedade". Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Professora Titular do Departamento de Direito Público da UFRN, Professora da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte - ESMARN.

³Coordenador Acadêmico-Científico do Centro de Excelência em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Catarina; Pós-Doutor em Mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá, com estágio bolsa PDEE/Capes, no Center for Civil and Human Rights, da University of Notre Dame, Indiana, Estados Unidos; Mestre em Direito Público; Especialista em Processo Civil; Juiz Federal da Justiça Federal de Santa Catarina desde 1996.

**NATUREZA JURÍDICA DE AUTARQUIA DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS
APLICAÇÃO DO REGIME JURÍDICO ÚNICO AOS TRABALHADORES E
INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 58, § 3º DA LEI Nº 9.649/98.**

**THE LEGAL NATURE AUTHORITY PROFESSIONAL ADVICE APPLICATION
OF SINGLE LEGAL REGIME TO WORKERS AND ARTICLE
UNCONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 58, § 3 OF LAW Nº. 9.649 / 98.**

Vinícius Rodrigues Cavalcante

Resumo

O presente artigo tem por objetivo fazer uma análise minuciosa da organização da Administração Pública brasileira, notadamente da Administração Pública Indireta, composta por Fundações Públicas, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Autarquias. Essas últimas são Pessoas Jurídicas de Direito Público, com autonomia administrativa e financeira, criadas por Lei Específica para desempenho de uma atividade típica da Administração Pública. Dentre as várias espécies de Autarquias, existem os Conselhos Profissionais. Busca-se demonstrar com o presente artigo que os Conselhos profissionais são verdadeiras Autarquias, sendo, portanto, impossível a aplicação de características de direito privado a tais entidades, muito embora tenha sido criada a Lei Federal nº 9.649, de 27 de maio de 1998, que estabelece que o serviço de fiscalização das atividades profissionais será exercido em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa. Essa lei foi alvo da ADIN 1.717-6, que reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 58 e seus parágrafos, por entender que o serviço de fiscalização, regulamentação, de tributação e de punição das atividades profissionais é típico de Estado, não podendo ser exercido por entidades de Direito Privado.

Palavras-chave: Autarquias, Administração indireta, Conselhos profissionais, Regime jurídico único, Regime jurídico celetista.

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to make a thorough examination of the Brazilian public administration organization, notably the Indirect Public Administration, composed of public foundations, state Business, Economics Companies and Joint Authorities. The latter are Legal Entities of Public Law, with administrative and financial autonomy, created by Specific Law for performance of a typical activity of Public Administration. Among the various species of local authorities, there are the Professional Councils, entities created in order to monitor, regulate, tax and sanction the practice of the professions. It is quite evident with this article that professional advice Municipalities are true, and therefore impossible to set up private law features to such entities, although it was created the Federal Law Nº. 9,649, of May 27, 1998, establishing the monitoring service of professional activities shall be exercised by private entities by Government delegation, prior legislative authorization. This law was the

subject of ADIN 1717-6, which recognized the unconstitutionality of Article 58 and its paragraphs, understanding that the inspection service, regulation, taxation and punishment of professional activities is typical of state and can not be exercised by entities Private Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Local authorities, Indirect administration, Professional advice, Single legal regime, Legal regime hired under employment laws.

1 - INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é analisar a natureza jurídica dos Conselhos Profissionais à luz das decisões mais recentes dos Tribunais Superiores, bem como definir as características a eles aplicadas, notadamente o Regime Jurídico estabelecido aos seus trabalhadores.

Os Conselhos Profissionais são entidades criadas com a finalidade de fiscalizar e regulamentar o exercício das mais diversas atividades profissionais, tendo, portanto, um papel de extrema relevância no contexto social atual, em razão das vastas profissões existentes e da grande massa de trabalhadores no exercício de tais atividades. Definir o que essas entidades são para o direito, bem como traçar as características básicas a eles aplicadas visa uniformizar o tratamento aos Conselhos, evitando a celeuma jurídica que atualmente existe.

A metodologia de pesquisa adotada foi o método hipotético-dedutivo através de confronto de teorias, conceitos e idéias dos doutrinadores, bem como estudo comparativo sobre diferentes prismas. A pesquisa foi feita de forma documental e bibliográfica.

2 - ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA

A Administração Pública, conjunto de agentes públicos, órgãos públicos, bens e entidades voltado para desempenho de uma atividade administrativa, é composta, didaticamente, por dois grupos: a Administração Pública Direta e a Administração Pública Indireta.

O primeiro grupo, formado pela Administração Pública Direta, é constituído pelos entes federativos descritos no artigo 18 da Constituição Federal, quais sejam: União, Estados, Municípios e o Distrito Federal. Essas entidades desempenham as atividades administrativas de forma centralizada, posto que titulares dos serviços públicos, consoante definição do texto constitucional.

O segundo grupo, formado pela Administração Pública Indireta, é constituído pelos entes administrativos, cuja definição é extraída do decreto-lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, quais sejam: Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Tais entidades desempenham as atividades administrativas mediante descentralização, que é a transferência dos serviços públicos da Administração Direta para a Administração Indireta.

A Fundação Pública caracteriza-se por ser um patrimônio, total ou parcialmente público, a que a lei atribui personalidade jurídica de direito público ou privado, para consecução de fins públicos. Quando tem personalidade pública, o seu regime jurídico é idêntico ao das autarquias, sendo por isso mesmo, chamada de autarquia fundacional. As fundações de direito privado regem-se pelo Direito Civil.

Importante ressaltar que as Fundações Públicas sempre terão como finalidade alguma atividade social, notadamente nas áreas de educação, saúde, cultura, assistência social e meio-ambiente.

Empresas públicas são as entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo do Poder Público, criadas mediante autorização legislativa para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

As Empresas Públicas possuem como principais características o fato de terem personalidade jurídica de Direito Privado, o seu capital social ser pertencente exclusivamente ao Poder Público, dependerem de autorização legislativa para serem criadas e admitirem qualquer modalidade empresarial na sua criação.

Destaque-se que quando se trata da finalidade para qual serão criadas as Empresas Públicas, o texto constitucional admite duas possibilidades: criação para a prestação de serviços públicos ou para a exploração de atividade econômica.

A doutrina enfatiza que, embora Pessoas Jurídicas de Direito Privado, às Empresas Públicas aplicam-se também regras de Direito Público como, por exemplo, a obrigatoriedade de procedimento licitatório para a celebração dos contratos e a aplicação da regra da incapaculação de cargos, empregos e funções públicas, extraídas do texto constitucional dos artigos 37, incisos XXI e XVI, respectivamente.

As Sociedades de Economia Mista são as entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à entidade da Administração Direta ou a entidade da Administração Indireta.

Aplicam-se as Sociedades de Economia Mista as mesmas características das Empresas Públicas, com exceção do capital social, que nas Sociedades de Economia Mista admite a participação de capital privado e quanto às modalidades empresariais admitidas na criação, que as Sociedades de Economia Mista admitem apenas a forma jurídica de Sociedade Anônima.

As Autarquias são Pessoas Jurídicas de Direito Público, criadas por lei específica, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada. Tratam-se de entidades da Administração Pública Indireta que podem ser criadas por qualquer ente federativo.

Como principais características, as Autarquias possuem personalidade jurídica de Direito Público, o que lhes dá inúmeras semelhanças com as Pessoas Jurídicas integrantes da Administração Direta, com exceção da capacidade política, que é a autonomia para criação de leis. Autarquias não criam leis, mas, tão somente, atos normativos que visam complementar o sentido de uma lei, buscando a sua fiel execução.

Os bens das Autarquias são bens públicos, consoante definição do artigo 98 do Código Civil. Assim sendo, gozam de algumas características, tais como a impenhorabilidade, a imprescritibilidade, a impossibilidade de oneração e a inalienabilidade relativa.

Aplicam-se às Autarquias as regras da responsabilidade civil descritas no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que diz que as Pessoas Jurídicas de Direito Público responderão diretamente e de forma objetiva pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Os agentes, por sua vez, respondem pelo dever de indenizar de forma secundária, através de ação regressiva, e de forma subjetiva, sendo necessária a demonstração de dolo ou culpa para ensejar o dever de reparar o dano.

Ademais, as Autarquias gozam de imunidade tributária e dispõem das mesmas prerrogativas processuais concedidas à Fazenda Pública, tais como prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar, por exemplo.

Quanto aos seus trabalhadores, as Autarquias seguirão o Regime Jurídico estabelecido pelo ente federativo que mantenham o vínculo. Trata-se da regra estabelecida no artigo 39 da Constituição Federal, que diz que a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal instituirão Regime Jurídico Único e planos de carreira para os trabalhadores da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas. Por ser mais benéfico ao trabalhador, todos os entes federativos instituíram o Regime Jurídico Estatutário, em que os direitos e deveres do trabalhador são estabelecidos em um Estatuto, a exemplo da Lei nº. 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Federais).

Por derradeiro, quanto às características das Autarquias, destaco que elas não mantêm qualquer relação de hierarquia ou subordinação com a entidade da Administração Direta, possuindo apenas uma relação de vinculação, que permite uma supervisão sobre a atividade desempenhada.

Dentro da classificação das Autarquias, a doutrina menciona várias espécies, como as autarquias territoriais, autarquias em regime especial (Agências Reguladoras e Agências Executivas), autarquias fundacionais e as autarquias profissionais, objeto principal de estudo desse artigo.

As autarquias territoriais são os territórios federais, espaços geográficos que integram a União e que terão a sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem reguladas em lei complementar, consoante o artigo 18, § 2º, da Constituição Federal. Os territórios executam algumas atividades típicas da Administração Pública, porém são entidades desprovidas de autonomia.

As autarquias em regime especial são entidades que, além das características básicas de Direito Público, possuem características específicas, tais como uma maior autonomia administrativa e financeira, bem como mandato fixo para os seus dirigentes. Dividem-se em Agências Executivas e Agências Reguladoras.

As Agências Executivas são exemplos de Autarquias ou Fundações Públicas que, mediante a celebração de um contrato de gestão, passam a ter uma maior autonomia gerencial, financeira e orçamentária e, em contrapartida, são estabelecidas metas de desempenho a serem atingidas. O que se busca é um aprimoramento na gestão dessas entidades, em busca de uma maior eficiência no desempenho da atividade administrativa. A previsão constitucional está no artigo 37, § 8º, da Carta Magna.

O fundamento da criação de uma Agência Executiva está no conceito de Administração Pública gerencial, que significa que os cidadãos são verdadeiros clientes da Administração Pública, devendo-lhes ser prestada a atividade administrativa da forma mais eficiente possível. O foco desse conceito é a produção de resultados satisfatórios em menor tempo, de forma mais barata e com a maior qualidade possível.

As Agências Reguladoras são entidades criadas com o objetivo de fiscalizar e regulamentar os serviços públicos, bem como a exploração de atividade econômica por Pessoas Jurídicas de Direito Privado. Têm por característica principal uma maior autonomia administrativa e financeira, que se demonstra pelo mandato fixo dos seus dirigentes e pela captação de receita própria.

Essa independência concedida às Agências Reguladoras é de fundamental importância para o exercício de suas funções de forma eficiente. Interferências políticas são descabidas na fiscalização e regulamentação de serviços públicos prestados por entidades de direito privado.

As autarquias fundacionais são fundações públicas com personalidade jurídica de direito público. A doutrina admite duas nomenclaturas, quais sejam: fundações autárquicas ou autarquias fundacionais.

Quanto às autarquias profissionais, entidades criadas com a finalidade específica de fiscalizar e regulamentar as profissões, trataremos da sua natureza jurídica e de suas características no próximo tópico, cotejando as informações com a lei nº. 9.469/98.

3 - DA NATUREZA JURÍDICA DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS

Os Conselhos fiscais de profissões regulamentadas são verdadeiras Autarquias, posto que exercem atividade típica do Estado, qual seja, a fiscalização e a regulamentação das atividades profissionais, nos moldes do artigo 21, inciso XXIV, da Constituição Federal.

Em se tratando de Autarquias, Pessoas Jurídicas da Administração Pública Indireta, a criação de tais entidades se dá através de lei específica, consoante a redação do artigo 37, inciso XIX, da Carta Magna.

Como características básicas, os Conselhos Profissionais possuem personalidade jurídica própria, ou seja, são aptos para o exercício de direitos e a aquisição de obrigações; possuem autonomia técnica, administrativa e financeira; são dotados de patrimônio próprio; a lei de criação deve definir a finalidade específica que a entidade vai exercer e, por fim, estão sujeitas as mais diversas formas de controle existentes na Administração Pública.

Ponto importante a se destacar é que a lei de criação dos Conselhos Profissionais atribui a essas entidades a personalidade jurídica de Direito Público, típica das Autarquias.

Quanto a essa definição, o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência pacífica nesse sentido, consoante se demonstra pela ementa do RE 539.224, de relatoria do Ministro Luiz Fux, que transcrevo, senão vejamos:

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 n. 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). (...) (RE 539.224, Rel.Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18.6.2012).

Ocorre que, embora pareça límpido que tais entidades tenham personalidade jurídica de Direito Público, até hoje ainda existem definições diversas para os Conselhos Profissionais, com aplicação de características ora de Direito Público, ora de Direito Privado.

Doutrinariamente, várias classificações foram adotadas para definir a natureza jurídica dos Conselhos profissionais, tais como Autarquias em regime especial, Autarquias *sui generis*, Autarquias Corporativas ou, incrivelmente, entidades dotadas de personalidade jurídica de Direito Privado.

A embasar essa última classificação, foi criada a Lei Federal nº 9.649, de 27 de maio de 1998, que estabelece que os serviços de fiscalização das atividades profissionais serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa, conforme a redação do artigo 58, caput, da citada lei.

Essa lei foi alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.717-6, proposta pelo Partido Comunista do Brasil, pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Democrático Trabalhista.

No julgamento do mérito da referida ADIN, no dia 07 de novembro de 2002, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 58 e seus parágrafos, por entender que o serviço de fiscalização, regulamentação, de tributação e de punição das atividades profissionais é típico de Estado, não podendo ser exercido por entidades de Direito Privado. Transcrevo a ementa da referida ADIN, senão vejamos:

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.(STF - ADI: 1717 DF , Relator: SYDNEY SANCHES, Data de Julgamento: 07/11/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149)

O mesmo tema já havia sido proposto a análise da Corte Suprema, nos autos do Mandado de Segurança nº 22.643-9-SC, Relator Ministro Moreira Alves, que, de igual forma, atribuiu aos Conselhos profissionais a natureza jurídica de Autarquia, com personalidade jurídica de Direito Público. Colaciono a ementa do julgado, *in verbis*:

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. (STF - MS: 22643 SC , Relator: Min. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 06/08/1998, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 04-12-1998 PP-00013 EMENT VOL-01934-01 PP-00106)

Evidente, portanto, que os Conselhos Profissionais são verdadeiras Autarquias, consoante o posicionamento dos Tribunais Superiores, notadamente a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal. Não bastasse, o Decreto-Lei nº. 200/67, que dispõe sobre a Reforma Administrativa Federal, define, em seu artigo 5º, o conceito de Autarquia da seguinte forma:

Art. 5º. Para os fins desta lei, considera-se:

I – Autarquia – o serviço autônomo criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio próprio, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

A criação dos Conselhos profissionais é feita através de lei específica, nos moldes do artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal. Cite-se o exemplo do Conselho Federal de Medicina, criado pela lei 3.268/57.

A atividade desempenhada pelos Conselhos profissionais, qual seja, de fiscalização, regulamentação, de tributação e de punição das profissões é típica da Administração Pública, posto que, conforme o artigo 21, inciso XXIV, da Constituição Federal, compete à União organizar, manter e executar a inspeção do trabalho que, através de descentralização

administrativa, é transferida para as Autarquias profissionais, entidades integrantes da Administração Pública Indireta.

Some-se a isso o fato de que os Conselhos profissionais são dotados de autonomia técnica, administrativa e financeira (capacidade para se auto-organizar, bem como de gerir os seus próprios recursos financeiros) e possuem patrimônio próprio, constituído através das contribuições parafiscais dos profissionais, com nítido caráter tributário, que enseja, caso não haja o seu recolhimento, a inscrição em dívida ativa, possibilitando o ajuizamento de execução fiscal.

Diante disso, não restam dúvidas quanto a natureza jurídica dos Conselhos profissionais enquanto Autarquias, atribuindo-se a tais entidades personalidade jurídica de Direito Público.

Os que sustentam que os Conselhos profissionais não são Autarquias e, portanto, não integram a estrutura da Administração Pública Indireta usam como argumento o fato de que tais entidades não se sujeitam à supervisão ministerial, típica das autarquias federais.

Entende-se por supervisão ministerial o controle exercido pela União sobre as suas entidades da Administração Pública Indireta. Trocando em miúdos, seria a tutela exercida por um órgão da Administração Pública Direta sobre as entidades administrativas.

A inexistência de supervisão ministerial não descaracteriza a natureza jurídica de Autarquia dos Conselhos profissionais, posto que, como regra, as entidades da Administração Indireta são marcadas por uma ampla autonomia, sem qualquer relação de hierarquia ou subordinação com as entidades da Administração Pública Direta.

Sobre o tema, o professor Celso Antônio Bandeira de Melo assim se posiciona, senão vejamos:

É verdade, entretanto, que como este diploma não tem força jurídica superior a qualquer outra norma de nível legal, a lei que ulteriormente venha a criar uma determinada autarquia pode configurar-lhe um âmbito de liberdade mais ou menos extenso do que o estabelecido no Decreto-lei 200, pois, como é claro, lei posterior que revoga a anterior quando com ela incompatível. (MELO, 2002, p.141)

4 - REGIME JURÍDICO DO TRABALHADOR DOS CONELHOS PROFISSIONAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 58, § 3º, DA LEI 9.649/98

A Constituição Federal, quando da sua promulgação, em 1988, estabeleceu, no seu artigo 39, a regra do Regime Jurídico Único para os trabalhadores da administração direta, das

autarquias e das fundações públicas. Diante disso, foi criada a lei 8.112/90, que instituiu o regime jurídico estatutário para os trabalhadores da União, de suas autarquias e fundações.

Assim sendo, *a priori*, os trabalhadores dos conselhos profissionais, em razão de sua natureza jurídica de autarquia, devem se submeter ao regime jurídico único estabelecido pelo ente federativo. Por ser mais vantajoso ao trabalhador, em todos os níveis federativos foi instituído o regime jurídico estatutário, pois possibilita a aquisição de estabilidade ao trabalhador, garantia de que a perda do cargo público se daria apenas em situações excepcionais.

A lei 9.649, de 27 de maio de 1998, inovou ao estabelecer que os conselhos profissionais não seriam autarquias corporativas e que teriam personalidade jurídica de direito privado. Pela lei, os conselhos profissionais exerceriam a atividade de fiscalização e regulamentação das profissões em caráter privado, por delegação do Poder Público, e não manteriam qualquer vínculo com a Administração Pública. Em consequência, os trabalhadores dessas entidades se submeteriam ao regime jurídico celetista, típico das pessoas jurídicas de direito privado.

Essa lei foi alvo da Ação Direita de Inconstitucionalidade 1.717-6, proposta pelo Partido Comunista do Brasil, pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Democrático Trabalhista.

No julgamento do mérito da referida ADIN, no dia 07 de novembro de 2002, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 58 e seus parágrafos, por entender que o serviço de fiscalização, regulamentação, de tributação e de punição das atividades profissionais é típico de Estado, não podendo ser exercido por entidades de Direito Privado. Entretanto, o exame do § 3º do artigo 58 restou prejudicado, tendo em vista a superveniência da Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998, que transformou a redação original do artigo 39 da Constituição Federal e estabeleceu a possibilidade regimes jurídicos múltiplos na Administração Pública, possibilitando às autarquias estabelecer o regime jurídico estatutário ou celetista ao seus trabalhadores. Transcrevo a ementa do julgado, senão vejamos:

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.(STF - ADI: 1717 DF , Relator: SYDNEY SANCHES, Data de Julgamento: 07/11/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149)

Amparado pela nova redação do artigo 39 da Carta Magna, foi promulgada a lei nº. 9.962/00, que disciplina o regime jurídico de emprego público do pessoal da Administração direta da União, de suas autarquias e fundações. Assim, tornou-se possível a instituição da figura do empregado público.

Ocorre que, em 02 de agosto de 2007, foi julgada cautelarmente a ADIN 2.135/DF, que declarou a inconstitucionalidade formal da Emenda Constitucional 19/98, o que fez repristinar a redação original do artigo 39 da Constituição Federal, que estabelecia a regra do regime jurídico único. A decisão, contudo, teve o seu alcance modulado para que produzisse efeitos *ex nunc*, mantendo as situações já consolidadas incólumes.

Portanto, diante do panorama exposto, deve-se analisar a situação do trabalhador dos conselhos profissionais de forma cuidadosa, posto que são vários os marcos a definir o regime jurídico a ser adotado.

Os trabalhadores que ingressaram nos conselhos profissionais a época da vigência da redação original do artigo 39 da Constituição Federal devem se submeter ao regime jurídico único estabelecido pelo ente federativo que o conselho mantenha relação de vinculação. No caso dos conselhos federais, o regime jurídico estatutário foi estabelecido pela lei nº 8.112/90.

Assim, os trabalhadores serão ocupantes de cargos públicos e serão chamados de servidores públicos. Por óbvio, a investidura nos cargos se dará através de realização de concurso público, nos moldes do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

Em relação aos trabalhadores admitidos nos conselhos profissionais após a Emenda Constitucional 19/98, que alterou a redação do artigo 39 da Constituição Federal para admitir a regra do regime jurídico múltiplo, poderão eles seguir o regime jurídico estatutário ou o regime jurídico celetista. Para ratificar esse entendimento, a lei nº. 9.649/98 estabeleceu o regime jurídico celetista para os trabalhadores dos conselhos profissionais.

Essa possibilidade perdurou até o julgamento da ADIN 2.135, em 02 de agosto de 2007, que declarou, de forma cautelar, a inconstitucionalidade formal da Emenda

Constitucional 19/98 e repristinou a redação original do artigo 39 da Constituição Federal a fim de estabelecer a regra do regime jurídico único novamente, respeitadas as situações já consolidadas.

Portanto, após a decisão cautelar da ADIN 2.135, não mais se admite a contratação de trabalhadores pelos conselhos profissionais pelo regime jurídico celetista, em razão do regime jurídico único estabelecido pelo artigo 39 da Constituição Federal, o que torna o artigo 58, § 3º, da lei nº. 9.649/98 flagrantemente inconstitucional.

Ainda assim, o Conselho Federal de Corretores de Imóveis (Cofeci) ajuizou no Supremo Tribunal Federal Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 34) com o objetivo de confirmar a validade do parágrafo 3º do artigo 58 da lei nº. 9.649/98, o qual estabelece que os empregados dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, sendo vedada qualquer forma de transposição, transferência ou deslocamento para o quadro da administração pública direta ou indireta.

Segundo a entidade, o regime jurídico único da administração pública direta, autarquias e fundações públicas não se compatibiliza com as peculiaridades inerentes ao regime de pessoal dos empregados dos conselhos, pois não se pode exigir e não existe autorização legal para criação de cargos públicos para eles na LDO e não se pode exigir e não existe qualquer lei criando cargos públicos com denominação própria.

A Ação foi julgada sem resolução do mérito no dia 12 de agosto de 2014, relatoria do Ministro Luiz Fux, por ilegitimidade do Conselho profissional para propor Ação Declaratória de Constitucionalidade. Colaciono a ementa do julgado, *in litteris*:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. DISPOSITIVO DA LEI FEDERAL Nº 9.649/98. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO PROPONENTE, POR NÃO CONSTITUIR ENTIDADE DE CLASSE, MAS CONSELHO PROFISSIONAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. (STF - ADC: 34 DF , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 06/08/2014, Data de Publicação: DJe-154 DIVULG 08/08/2014 PUBLIC 12/08/2014)

Como solução para os empregados dos conselhos profissionais que foram admitidos mediante realização de concurso público, é possível a transição do regime jurídico celetista para o estatutário. Nesse sentido são as seguintes jurisprudências:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL DE PEDRO CANÁRIO Nº 008/2008. REGIME JURÍDICO PRÓPRIO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS.

REGULAMENTAÇÃO. TRANSFORMAÇÃO DE EMPREGO PÚBLICO EM CARGO PÚBLICO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. [...].

1. [...].
2. Não é inconstitucional, desde que interpretado conforme a Constituição Estadual, o artigo 264, caput, da Lei Complementar nº 008/2008 do Município de Pedro Canário, que prevê a transformação de emprego público em cargo público, se o servidor municipal celetista optar pelo regime estatutário.
3. É constitucional a transformação de emprego público em cargo público, se os ocupantes dos empregos públicos forem: (a) servidores municipais celetistas que, em 5.10.1988, contavam com, no mínimo, cinco anos ininterruptos de serviço público; e (b) servidores municipais celetistas que ingressaram no serviço público mediante concurso público. Precedentes do STF.
4. Outras interpretações são inconstitucionais e ficam afastadas.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO TRANSFORMAÇÃO DOS EMPREGOS PÚBLICOS EM CARGOS PÚBLICOS LEI MUNICIPAL N. 8.277/02 POSSIBILIDADE [...].

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados, ACORDAM, os Exmos. Desembargadores que integram o Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, por unanimidade, dar interpretação conforme a Constituição para dizer que a transformação dos empregos públicos em cargos públicos determinado [sic] pela Lei Municipal n. 8.277/02 somente é possível em no caso de servidor efetivado por meio de concurso público, sem possibilidade de provimento de forma derivada ao cargo público; e a possibilidade de migração dos empregados públicos efetivos da autarquia especial criada do regime celetistas [sic] para o estatutário municipal é opção que se enquadra na linha de constitucionalidade desde aplicável os princípios do concurso público (artigo 34, § 1º da Constituição do Estado do Pará) e da reserva legal (artigo 44, VIII da Lei Orgânica do Município de Belém); e conhecer da Ação Direta de Inconstitucionalidade e julgá-la improcedente, na conformidade do Relatório e Voto, que passam a integrar o presente Acórdão, e das Notas Taquigráficas arquivadas.

Outra possibilidade seria o legislador estabelecer um regime de transição do regime jurídico celetista para o estatutário, regulando as regras sobre a previdência social, em observância ao princípio da segurança jurídica.

Independente de submissão ao regime estatutário ou celetista, a indispensabilidade da aprovação por concurso público permanece. A promulgação da Constituição de 1988, trouxe em seu artigo 37, II, a imposição do concurso público para o ingresso na Administração Pública, e tal requisito prevaleceu por todo esse período.

Dessa forma, a entrada de funcionários de forma diversa é irregular, ainda que sob o regime celetista. Tais situações devem ser analisadas com atenção ao princípio da segurança jurídica e da razoabilidade, tendo em vista o longo período desde a promulgação da Constituição de 1988 e os dias atuais.

5 – CONCLUSÃO

Diante dos argumentos expostos, chega-se a conclusão de que os conselhos profissionais possuem natureza jurídica de autarquia e, por essa razão, devem seguir características de direito público, em especial o Regime Jurídico Único definido pelo artigo 39 da Constituição Federal. Assim, incabível a aplicação do artigo 58, § 3º, da lei nº. 9.649/98, que estabelece o regime jurídico celetista para os trabalhadores dos conselhos profissionais. Esse artigo é inconstitucional, haja vista o Supremo Tribunal Federal ter se posicionado, de forma cautelar, no julgamento da ADIN 2.135, pela inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 19/98 e ripristinado a redação anterior do artigo 39 da Constituição Federal, que estabelece a regra do Regime Jurídico Único.

Porém, na prática, para se aplicar o Regime Jurídico Único aos trabalhadores dos conselhos profissionais, alguns problemas devem ser sanados, como, por exemplo, a ausência de lei específica que cria cargos públicos para essas entidades e a necessidade de regulamentar a condição dos empregados públicos que foram aprovados em concurso público e continuam atualmente regidos pela CLT, assim como dos demais funcionários em situação irregular, estabelecendo-se um regime jurídico de transição.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. promulgada em 5 de outubro de 1988. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 25. ed. Rev., ampl. - São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**, 4 ed. rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2002.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 15ª edição revista, ampliada e atualizada. Editora Lúmen Júris.

MAURIQUE, Jorge Antonio. **Conselhos de Fiscalização Profissional: doutrina e jurisprudência**. participam desta edição Jorge Antonio Maurique, Luísa Hickel Gamba, Otávio Roberto Pamplona, Ricardo Teixeira do Valle Pereira ; coordenador Vladimir Passos de Freitas – 3. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo : Editoria Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.