



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 156.256/2015-AsJConst/SAJ/PGR

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 58, § 3º, da Lei 9.649/1998: regime da Consolidação das Leis do Trabalho para empregados de conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas; art. 31 da Lei 8.042/1990: Conselhos Federal e Regionais de Economistas Domésticos; art. 41 da Lei 12.378/2010: Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil.]

O **Procurador-Geral da República**, com fundamento nos arts. 102, I, *a e p*, 103, VI, e 129, IV, da Constituição Federal de 1988, no art. 46, parágrafo único, I, da Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), e na Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, propõe

ação direta de inconstitucionalidade,

contra (i) o **art. 58, § 3º, da Lei 9.649, de 27 de maio de 1998**, que dispõe sobre aplicação do regime jurídico da Consoli-

dação das Leis do Trabalho (CLT) aos empregados de conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas; (ii) o **art. 31 da Lei 8.042, de 13 de junho de 1990**, que cria os Conselhos Federal e Regionais de Economistas Domésticos, e (iii) o **art. 41 da Lei 12.378, de 31 de dezembro de 2010**, que regulamenta o exercício da Arquitetura e do Urbanismo, cria o Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil e dá outras providências.

Esta petição se acompanha de cópia do ato impugnado (como determina o art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.868/1999) e de cópia de peças relevantes dos processos administrativos 1.16.000.001051/2014-47 e 1.16.000.001888/2012-24, os quais se originaram de representações encaminhadas por PAULO F. S. ALMEIDA e MÍLTON LOPES SALLES.

I OBJETO DA AÇÃO

É o seguinte o teor das normas impugnadas nesta ação:

Lei 9.649, de 27 de maio de 1998

Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa.

§ 1º-A organização, a estrutura e o funcionamento dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas serão disciplinados mediante decisão do plenário do conselho federal da respectiva profissão, garantindo-se que na composição deste estejam representados todos seus conselhos regionais.

§ 2º-Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

§ 3º-Os empregados dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são regidos pela legislação trabalhista, sendo vedada qualquer forma de transposição, transferência ou deslocamento para o quadro da Administração Pública direta ou indireta.

§ 4º-Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas e jurídicas, bem como preços de serviços e multas, que constituirão receitas próprias, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos créditos decorrentes.

§ 5º-O controle das atividades financeiras e administrativas dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas será realizado pelos seus órgãos internos, devendo os conselhos regionais prestar contas, anualmente, ao conselho federal da respectiva profissão, e estes aos conselhos regionais.

§ 6º-Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, por constituírem serviço público, gozam de imunidade tributária total em relação aos seus bens, rendas e serviços.

§ 7º-Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas promoverão, até 30 de junho de 1998, a adaptação de seus estatutos e regimentos ao estabelecido neste artigo.

§ 8º-Compete à Justiça Federal a apreciação das controvérsias que envolvam os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, quando no exercício dos serviços a eles delegados, conforme disposto no *caput*.

§ 9º-O disposto neste artigo não se aplica à entidade de que trata a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.

Lei 8.042, de 13 de junho de 1990

Art. 31. Aos servidores dos Conselhos Federal e Regionais de Economistas Domésticos aplica-se o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho.

Lei 12.378, de 31 de dezembro de 2010

Art. 41. Os empregados do CAU/BR e dos demais CAUs Estaduais e do Distrito Federal serão contratados mediante aprovação em concurso público, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Conforme se demonstrará, o art. 58, § 3º, da Lei 9.469/1998, o art. 31 da Lei 8.042/1990 e o art. 41 da Lei 12.378/2010 contrariam o art. 39, *caput*, da Constituição da República.

II FUNDAMENTAÇÃO**II.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS**

O art. 58, § 3º, da Lei 9.649, de 27 de maio de 1998, foi objeto da ação direta de inconstitucionalidade 1.717/DF, ajuizada contra seu art. 58, *caput* e parágrafos. Em decisão cautelar, posteriormente confirmada, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia do art. 58, *caput*, §§ 1º, 2º e 4º a 9º daquele diploma legal. Entendeu incompatível com a Constituição da República delegar a entidade privada atividade típica de Estado, relativa a fiscalização do exercício de atividades profissionais.¹

¹ O acórdão recebeu esta 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, de-

O pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 58, § 3º, por ofensa ao então vigente regime jurídico único dos servidores públicos civis da União, foi julgado prejudicado, pois, no transcorrer do processo, o art. 39 da CR foi alterado pela Emenda Constitucional 18, de 5 de fevereiro de 1998, que passou a admitir contratação de servidores celetistas, ou seja, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). De acordo com o STF, o controle concentrado de constitucionalidade se realiza em face do texto constitucional vigente.

Posteriormente, o art. 39, na redação da EC 19/1998, teve sua eficácia suspensa por medida cautelar deferida na ADI 2.135/DF, em razão de inconstitucionalidade formal, por ofensa ao art. 60, § 2º, da CR, que exige votação em dois turnos em cada casa do Congresso Nacional, para aprovação de proposta de emenda à Constituição.²

clarando-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”. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação direta de inconstitucionalidade 1.717/DF. Relator: Ministro Sydney Sanches. 7/11/2002, unânime. *Diário da Justiça*, 28 mar. 2003.

² “MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PODER CONSTITUINTE REFORMADOR. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 19, DE 04.06.1998. ART. 39, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO, DURANTE A ATIVIDADE

Voltou a vigor, portanto, a exigência de regime jurídico único estatutário, prevista na redação original do art. 39 da Constituição da República.³

A despeito da disposição constitucional expressa, os conselhos de fiscalização profissional, com fundamento no art. 58, § 3º,

CONSTITUINTE DERIVADA, DA FIGURA DO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO. INOVAÇÃO QUE NÃO OBTVEU A APROVAÇÃO DA MAIORIA DE TRÊS QUINTOS DOS MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANDO DA APRECIÇÃO, EM PRIMEIRO TURNO, DO DESTAQUE PARA VOTAÇÃO EM SEPARADO (DVS) Nº 9. SUBSTITUIÇÃO, NA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA LEVADA A SEGUNDO TURNO, DA REDAÇÃO ORIGINAL DO *CAPUT* DO ART. 39 PELO TEXTO INICIALMENTE PREVISTO PARA O PARÁGRAFO 2º DO MESMO DISPOSITIVO, NOS TERMOS DO SUBSTITUTIVO APROVADO. SUPRESSÃO, DO TEXTO CONSTITUCIONAL, DA EXPRESSA MENÇÃO AO SISTEMA DE REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL POR OFENSA AO ART. 60, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS DEMAIS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL REJEITADA POR UNANIMIDADE.

1. 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. 39 da Constituição Federal, ressalvando-se, em decorrência dos efeitos

da Lei 9.469/1998, que dispõe sobre a organização da administração pública federal, e em leis federais específicas⁴ que regulamentam categorias profissionais diversas, adotam regime jurídico celetista para seus trabalhadores, o que descumpre, frontalmente, a ordem constitucional.⁵

Ajuizaram-se ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) do art. 58, § 3º, da Lei 9.649/1998, no Supremo Tribunal Federal. A ADC 34/DF, distribuída ao Ministro LUIZ FUX, foi extinta sem resolução de mérito, por ilegitimidade ativa *ad causam* do Conselho Federal de Corretores de Imóveis.⁶ A ADC 36/DF,

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 esgotamento 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”. STF. Plenário. Medida cautelar na ADI 2.135/DF. Rel.: Min. NÉRI DA SILVEIRA. Redatora para acórdão: Min. ELLEN GRACIE. 2/8/2007, maioria. *DJe* 41, 6 mar. 2008.

³ Transcrito *infra*, na p. 12 desta petição.

⁴ As leis anteriores à Constituição da República serão impugnadas por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

⁵ O Ministério Público Federal tem atuado por meio do ajuizamento de ações civis públicas e de celebração de termos de ajustamento de conduta, a fim de garantir integridade da ordem constitucional e observância do regime jurídico estatutário pelas autarquias corporativas. A título exemplificativo, tomou do Conselho Federal de Medicina termo de compromisso de ajustamento de conduta, cuja cópia segue anexa.

⁶ STF. Plenário. Agravo regimental em ação declaratória de constitucionalidade 34/DF. Rel.: Min. LUIZ FUX. 5/3/2015, un. *DJe* 56, 23 mar. 2015.

ajuizada pelo Partido da República, foi distribuída à Ministra CÁRMEN LÚCIA, e os autos encontram-se conclusos à relatora.

Por consequência, requer distribuição desta ação, por prevenção, à Ministra CÁRMEN LÚCIA.

II.2 INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas possuem personalidade jurídica de direito público e enquadram-se, na administração pública federal, como autarquias. Sua existência fundamenta-se na necessidade de zelar pela qualidade dos serviços prestados por profissionais e pela observância da legislação nacional relacionada ao exercício de determinadas profissões.

Para tanto, exercem poder de polícia administrativa sobre os integrantes da categoria profissional, apuram condutas contrárias à legislação, aplicam penalidades etc. Sua atuação, pautada nos atributos de discricionariedade, coercibilidade e autoexecutoriedade, envolve restrição de direitos individuais, em prol da preservação do interesse público.

Essas autarquias especiais, também denominadas *autarquias corporativas*, gozam de autonomia administrativa e financeira e são subsidiadas por receita decorrente da cobrança de anuidades dos membros da profissão, as quais possuem natureza de contribuição social, consoante o art. 149 da Constituição.⁷

⁷ “Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias

Como integrantes da administração pública federal, os conselhos profissionais desfrutam de prerrogativas no desempenho de suas atividades, como: (i) imunidade tributária; (ii) cobrança de créditos mediante execução fiscal; (iii) impenhorabilidade do patrimônio; (iv) imprescritibilidade dos bens; (v) direito de regresso contra seus servidores.

Por outro lado, submetem-se à exigência constitucional de concurso público para provimento de seus cargos e à fiscalização do Tribunal de Contas da União, segundo entendimento consolidado do Supremo Tribunal:

CONCURSO PÚBLICO – CONSELHOS PROFISSIONAIS – NATUREZA JURÍDICA – AUTARQUIA – EXIGÊNCIA. Possuindo os Conselhos Profissionais natureza jurídica de autarquia, obrigatória é a observância, na arrematação de mão de obra, do concurso público.⁸

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENTIDADES FISCALIZADORAS DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA: NATUREZA AUTÁRQUICA. Lei 4.234, de 1964, art. 2º. FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

I. – Natureza autárquica do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Odontologia. Obrigatoriedade de prestar contas

profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.”

⁸ STF. Primeira Turma. Agravo regimental em recurso extraordinário 697.099/PA. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO. 25/11/2014, un. *DJe* 248, 16 dez. 2014.

ao Tribunal de Contas da União. Lei 4.234/64, art. 2º. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II.

II. – Não conhecimento da ação de mandado de segurança no que toca à recomendação do Tribunal de Contas da União para aplicação da Lei 8.112/90, vencido[s] o Relator e os Ministros FRANCISCO REZEK e MAURÍCIO CORRÊA.

III. – Os servidores do Conselho Federal de Odontologia deverão se submeter ao regime único da Lei 8.112, de 1990: votos vencidos do Relator e dos Ministros FRANCISCO REZEK e MAURÍCIO CORRÊA.

IV. – As contribuições cobradas pelas autarquias responsáveis pela fiscalização do exercício profissional são contribuições parafiscais, contribuições corporativas, com caráter tributário. C.F., art. 149. RE 138.284-CE, VELLOSO, Plenário, *RTJ* 143/313.

V. – Diárias: impossibilidade de os seus valores superarem os valores fixados pelo Chefe do Poder Executivo, que exerce a direção superior da administração federal (C.F., art. 84, II).

VI. – Mandado de Segurança conhecido, em parte, e indeferido na parte conhecida.⁹

Na tentativa de transformar o regime dos conselhos profissionais e delegar a entidades privadas suas atividades, o legislador federal editou a Lei 9.649, de 27 de maio de 1998, a qual, no art. 58, *caput* e parágrafos, a esse respeito dispôs. Os preceitos, entretanto, foram objeto da ADI 1.717/DF. Na oportunidade, declarou-se inconstitucionalidade das normas, com exceção do art. 58, § 3º, e consignou-se a impossibilidade de delegar a entidade privada serviços relacionados a fiscalização de profissões regulamentadas, porquanto constituem atividade de interesse público, alicerçada no exercício de poder de polícia:

⁹ STF. Plenário. Mandado de segurança 21.797/RJ. Rel.: Min. CARLOS VELLOSO. 9/3/2000, maioria. *DJ*, 18 maio 2000.

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.¹⁰

O relator, Ministro SYDNEY SANCHES, reputou inaceitável privatizar atividades relacionadas ao poder de polícia:

Com efeito, não me parece possível, a um primeiro exame, em face do nosso ordenamento constitucional, mediante a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175, da Constituição Federal, a delegação, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e punir no que concerne ao exercício de atividades profissionais.¹¹

¹⁰ STF. Plenário. ADI 1.717/DF. Rel.: Min. SYDNEY SANCHES, 7/11/2002, un. DJ 28 mar. 2003.

¹¹ Vide nota 9.

O Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE destacou a inviabilidade de delegar a atividade de fiscalização do exercício de profissões regulamentadas:

[...] tenho acentuado já em outros casos, como os relativos à polícia de trânsito, que a onda neoliberal, ou qual nome tenha, ainda não chegou ao ponto de privatizar o poder de polícia. E o que se discute aqui é uma das modalidades do poder de polícia mais sérios, porque envolver uma das liberdades fundamentais do cidadão, a do exercício profissional, acrescido, ademais, com poder tributário; e como se não bastasse, com imunidade.¹²

Reconhecidos 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, o que gera incidência do art. 39 da Constituição da República:

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.

Antes da Constituição da República de 1988, o regime dos servidores de autarquias corporativas era definido pelo Decreto-lei 968, de 13 de outubro de 1969, que afastava aplicação de normas

¹² Vide nota 9.

relativas a pessoal da administração interna de autarquias federais a entidades de fiscalização de profissões regulamentadas.¹³

A nova ordem constitucional não recepcionou essa norma, consoante reconheceu o Supremo Tribunal Federal. Com o advento da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que disciplina o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, de autarquias e de fundações públicas federais, submeteram-se os empregados das autarquias corporativas ao regime jurídico estatutário, em observância ao preceito do art. 39, *caput*, da CR:

Art. 243. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.

§ 1º Os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta Lei ficam transformados em cargos, na data de sua publicação. [...]

O art. 39 da CR teve a redação alterada pela Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998, que afastou a exigência de

¹³ “Art. 1º. As entidades criadas por lei com atribuições de fiscalização do exercício de profissões liberais que sejam mantidas com recursos próprios e não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, regular-se-ão pela respectiva legislação específica, não se lhes aplicando as normas legais sobre pessoal e demais disposições de caráter-geral, relativas à administração interna das autarquias federais.”

adoção do regime jurídico estatutário pelos entes da administração pública da União, de Estados, do Distrito Federal e de Municípios:

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.

Essa norma teve a eficácia suspensa por decisão cautelar do STF, na ADI 2.135/DF. O tribunal reconheceu validade dos atos praticados com fundamento no art. 39, na redação da EC 19/1998, durante sua vigência:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PODER CONSTITUINTE REFORMADOR. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 19, DE 04.06.1998. ART. 39, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO, DURANTE A ATIVIDADE CONSTITUINTE DERIVADA, DA FIGURA DO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO. INOVAÇÃO QUE NÃO OBTVEU A APROVAÇÃO DA MAIORIA DE TRÊS QUINTOS DOS MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANDO DA APRECIACÃO, EM PRIMEIRO TURNO, DO DESTAQUE PARA VOTAÇÃO EM SEPARADO (DVS) Nº 9. SUBSTITUIÇÃO, NA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA LEVADA A SEGUNDO TURNO, DA REDAÇÃO ORIGINAL DO *CAPUT* DO ART. 39 PELO TEXTO INICIALMENTE PREVISTO PARA O § 2º DO MESMO DISPOSITIVO, NOS TERMOS DO SUBSTITUTIVO APROVADO. SUPRESSÃO, DO TEXTO CONSTITUCIONAL, DA EXPRESSA MENÇÃO AO SISTEMA DE REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES DA ADMINISTRA-

ÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL POR OFENSA AO ART. 60, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS DEMAIS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL REJEITADA POR UNANIMIDADE.

1. 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. 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 fi-

nal aprovadas e de que não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico anterior.

6. Pedido de medida cautelar parcialmente deferido.¹⁴

A partir de 14 de agosto de 2007, data de publicação da ata dessa decisão, voltou a vigor a redação original do art. 39 da Constituição, a qual determina adoção de regime jurídico estatutário para servidores da administração direta, de autarquias e fundações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a ser definido por lei de cada ente político. Seu escopo é garantir tratamento minimamente uniforme entre servidores públicos, de maneira a preservar a isonomia, entre outros princípios constitucionais. A doutrina também aponta nesse sentido:

A Constituição vigente instituiu *regime jurídico único* para os servidores civis da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, o que significa ter afastado o regime trabalhista utilizado por algumas Administrações para a contratação de seu pessoal para certas atividades.

Regime jurídico único é o estabelecido pela entidade estatal – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – no âmbito de sua competência, para todos os servidores de sua Administração direta, autárquica e fundacional, excluídas desse regime as empresas públicas e sociedades de economia mista, que poderão ter regimes diversificados, sujeitando-se, contudo às disposições constitucionais referentes à investidura em cargo ou emprego por concurso público, bem como à proibição de acumulação de cargo, emprego ou função (art. 37, I, II, XVI e XVII).¹⁵

¹⁴ STF. Plenário. ADI 2.135 MC/DF. Rel.: Min. NÉRI DA SILVEIRA. Redatora para acórdão: Min. ELLEN GRACIE. 2/8/2007, maioria. DJe 41, 6 mar. 2008.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 359.

Por outro lado, sendo o regime estatutário normalmente considerado pela doutrina e pela jurisprudência como aquele que maiores garantias dá aos servidores responsáveis pelas atividades típicas de Estado – sendo inclusive possível depreender essa relação do disposto no art. 247 da Constituição –, é lógico que o constituinte tenha desejado vê-lo aplicado às administrações direta, das autarquias e das fundações, as quais não raro desempenham funções análogas às das autarquias.

Desse modo, o entendimento mais acertado parece ser aquele correspondente à primeira corrente antes exposto, qual seja, a que considera que, ao instituir o regime jurídico único, impôs a Constituição aos entes federados a criação de um regime estatutário a reger as relações jurídicas com os servidores de suas administrações diretas, autarquias e fundações públicas.¹⁶

Por conseguinte, é obrigatória a obediência ao regime jurídico estatutário por parte das autarquias corporativas, sendo incompatíveis com a Constituição da República o art. 58, § 3º, da Lei 9.649/1998, o art. 31 da Lei 8.042/1990 e o art. 41 da Lei 12.378/2010, os quais autorizam contratação de pessoal por conselhos de fiscalização profissional sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, ao analisar a mudança na redação do art. 39 do texto constitucional, observa:

Quanto ao pessoal, entendemos legítima a adoção do regime trabalhista, previsto no art. 58, § 3º, da Lei 9.649/98,

¹⁶ HORBACH, Carlos Bastide. Comentário ao art. 39. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almeida, 2013, p. 934.

enquanto esta se mostrava eficaz. Entretanto, com a suspensão da eficácia do art. 39 da CF pelo STF, retornou o antigo dispositivo, que previa exatamente o regime jurídico único. Como as autarquias profissionais são sujeitas a regime jurídico de direito público, deverão adotar doravante o regime estatutário, que é o aplicável basicamente aos servidores da União.¹⁷

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica a esse respeito:

CONSELHOS PROFISSIONAIS – NATUREZA JURÍDICA – AUTARQUIA. De acordo com o entendimento consolidado no Supremo, os Conselhos Profissionais possuem natureza jurídica de autarquia, incidindo sobre eles o previsto no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.¹⁸

Agravo regimental no recurso extraordinário. Servidores de conselhos de fiscalização profissional. Submissão ao disposto na Lei nº 8.112/90, em razão da norma do art. 39, da Constituição Federal, em sua redação original. Precedentes.

1. Ao servidor de órgão de fiscalização profissional admitido ainda na década de 50 é de ser reconhecido o direito de aposentar-se nos termos da Lei nº 8.112/90, em razão do disposto no art. 39 da Constituição Federal, em sua redação original.

2. Inaplicabilidade, no caso, da Súmula Vinculante nº 10 desta Corte, porque não se declarou inconstitucionalidade de lei, tampouco se afastou sua incidência.

3. Agravo regimental não provido.¹⁹

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 450.

¹⁸ STF. Primeira Turma. AgR/RE 592.811/RJ. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO. 21/5/2013, un. *DJe* 106, 5 jun. 2013.

¹⁹ STF. Primeira Turma. AgR/RE 549.211/MG. Rel.: Min. DIAS TOFFOLI. 10/4/2012, maioria. *DJe* 91, 9 maio 2012.

[...] 4. Da leitura dos autos, observo que a recorrida foi admitida no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CONFEA em 1981, sendo submetida, na ocasião, ao regime celetista. Aposentou-se em 1995, quando vigorava o Regime Jurídico Único, na forma da redação original do *caput* do art. 39 da Lei Maior. Postula a concessão de aposentadoria, em conformidade com a Lei 8.112/90.

5. Tenho que o apelo extremo não merece acolhida. É que esta colenda Corte declarou a inconstitucionalidade do dispositivo legal em que se assentam as razões recursais. Trata-se do artigo 58 da Lei nº 9.649/98, que definia o caráter privado dos serviços de fiscalização das profissões regulamentadas. Veja-se, a propósito, a ementa da ADI 1.717, Relator o Ministro SYDNEY SANCHES:

[...]

6. No mesmo sentido, isto é, afirmando a natureza autárquica dos Conselhos Profissionais, consultem-se também: MS 21.797, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO; e MS 22.643, Relator o Ministro MOREIRA ALVES.

7. [É] Irrelevante, no ponto, a permanência formal do § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649/98 no ordenamento jurídico. Explico. A recorrida aposentou-se em 1995, portanto em data anterior à edição da EC nº 19/1998 e da própria Lei nº 9.649/98. Pelo que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região resolveu a questão pelo critério da aplicação da lei no tempo. Dito de outra forma, interpretou norma infraconstitucional (art. 243 da Lei nº 8.112/90) e decidiu sobre sua incidência temporal ao caso concreto.²⁰

Consoante destacou o Ministro GILMAR MENDES, em decisão monocrática no RE 562.917/CE, “servidores integrantes dos quadros de Conselhos de Fiscalização do Exercício Profissional se

²⁰ STF. RE 530.004/DF. Rel.: Min. AYRES BRITTO. 13/9/2011, decisão monocrática. DJ 192, 5 out. 2011.

submetem ao regime jurídico único, cuja regulamentação ampara-se na Lei 8.112/90”.²¹

Não é diferente o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INADMISSIBILIDADE. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIAS CORPORATIVAS. REGIME JURÍDICO DE CONTRATAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS. CONVERSÃO DO REGIME CELETISTA PARA O ESTATUTÁRIO. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 8.112/90. DEMISSÃO IRREGULAR. NECESSIDADE DE PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.649/98.

[...]

3. Este Tribunal Superior consagrou o entendimento de que, por força no disposto no Decreto-Lei nº 968/69, o regime dos funcionários dos Conselhos de Fiscalização de Profissões era o celetista. Após a Constituição Federal de 1988 e com o advento da Lei nº 8.112/90, foi instituído o regime jurídico único, sendo os funcionários dessas autarquias alçados à condição de estatutários, situação que perdurou até a Emenda Constitucional nº 19/98 e a entrada em vigor da Lei nº 9.649/98, a qual instituiu novamente o regime celetista.

4. No julgamento da ADI nº 1.717/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 58 e seus §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º, da Lei nº 9.649/98, afirmando que os conselhos de fiscalização profissional possuem natureza de autarquia de regime especial, permanecendo incólume

²¹ STF. RE 562.917/CE. Rel.: Min. GILMAR MENDES. 15/10/2012, dec. monocrática. *DJe* 205, 18 out. 2012.

o art. 58, § 3º, que submetia os empregados desses conselhos à legislação trabalhista.

5. Posteriormente, no julgamento da ADI nº 2.135 MC/DF, foi suspensa a vigência do *caput* do art. 39 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 19/98. Dessa forma, subsiste, atualmente, para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional, a obrigatoriedade de adoção do regime jurídico único, ressalvadas as situações consolidadas na vigência da legislação editada nos termos da aludida emenda declarada suspensa.

6. No caso dos autos, a autora foi admitida pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado do Rio de Janeiro por concurso público em 1º/3/1965, pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e, com o advento da Lei nº 8.112/1990, passou à condição de servidora pública federal estatutária, de modo que não poderia ter sido demitida em 6/3/1997 sem a observância das regras estatutárias então vigentes.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.²²

Por essas razões, parece imperiosa a declaração de inconstitucionalidade do art. 58, § 3º, da Lei 9.649/1998, do art. 31 da Lei 8.042/1990 e do art. 41 da Lei 12.378/2010, por violação ao art. 39 da Constituição da República.

II.3 AUSÊNCIA DE LEIS DE CRIAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS

A despeito de possuírem natureza autárquica, os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas não obtiveram a edição leis de criação de cargos públicos, o que é necessário em virtude

²² Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgR no recurso especial 1.164.129/RJ. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO BELIZZE. 5/2/2013, *DJe* 15 fev. 2013.

do art. 3º, parágrafo único, da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990:

Art. 3º. Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.

Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.

A ausência de leis de criação de cargos público dificulta a observância por essas entidades autárquicas do regime jurídico único prescrito pela Constituição da República.²³ Nesse sentido, o Conselho Federal de Economia (COFECON) prestou informações ao Ministério Público Federal, no procedimento administrativo 1.16.000.001888/2012-24, instaurado para averiguar fatos desse tema pela Procuradoria da República no Distrito Federal:²⁴

41. Depreende-se da leitura do dispositivo destacado que há uma condição *sine qua non*, para a existência de um cargo público, qual seja que o mesmo seja criado por lei.

42. Diante disso, entendemos que os Presidentes dos Conselhos de Fiscalização de Profissão não têm a competência de editar as mencionadas leis. Nesse sentido, essas autoridades estariam incapacitadas de cumprirem a recomendação *supra*,

²³ O Tribunal de Contas da União posiciona-se pela impossibilidade de transposição do regime celetista para o estatutário por inexistência de lei de criação de cargos públicos para autarquias corporativas. Para mais informações, *vide Orientações para os Conselhos de Fiscalização das Atividades Profissionais*. Disponível em: < <http://zip.net/bppvXS> > ou < <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2663839.PDF> >. Acesso em: 13 ago. 2015.

²⁴ Manifestação do COFECON nas folhas 22-42 do PA, anexa.

uma vez que importaria em violação ao princípio constitucional da legalidade administrativa.

43. Assim sendo, insta alertar que este ato administrativo seria nulo de pleno direito, em razão de ser emanado por pessoa absolutamente incompetente.

44. Por conseguinte, tendo em consideração essa incerta legalidade do citado ato administrativo (mudança de regime jurídico referente ao quadro de pessoal nos moldes da decisão de 07/03/2008), este Sistema COFECON/CORECONs receia por instaurar desestabilização das relações jurídicas já estabelecidas e as que, ainda seriam firmadas, pois este procedimento não respeitaria a estrita legalidade, bem como seria, certamente, declarado nulo em ocasião posterior à realização do ato.

Desse modo, é necessário aprovar lei de criação de cargos públicos para os conselhos de fiscalização de atividades profissionais, a fim de que se adote o regime jurídico estatutário e a ordem constitucional seja devidamente respeitada. A declaração de nulidade do art. 58, § 3º, da Lei 9.469/1998, do art. 31 da Lei 8.042/1990 e do art. 41 da Lei 12.378/2010 causará insegurança jurídica, pois os quadros de pessoal das autarquias serão afetados sem possibilidade de elas realizarem concurso público para provimento dos cargos.

Solução mais adequada à situação dos conselhos de fiscalização de atividades profissionais parece ser declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade das normas indicadas no parágrafo precedente, mantendo sua vigência por 24 meses, tempo razoável para que a Presidente da República tome providências necessárias a instaurar processo legislativo sobre a matéria, conso-

ante o art. 61, § 1º, II, *a*, da CR, e para que o Congresso Nacional aprove as leis necessárias. O(s) diploma(s) legal(is) a ser(em) elaborado(s) deverá(ão) regular não só a estrutura de cargos dos conselhos profissionais, mas também, entre outros aspectos, a situação dos agentes públicos admitidos nos quadros autárquicos em descompasso com o art. 39 da CR.

III PEDIDO CAUTELAR

Os requisitos para concessão de medida cautelar estão presentes.

O sinal do bom direito (*fumus boni juris*) está suficientemente caracterizado pelos argumentos deduzidos nesta petição inicial e sobretudo pela existência de precedentes do STF que corroboram a inconstitucionalidade de regime celetista para o pessoal de conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas.

Perigo na demora processual decorre do fato de que, os conselhos de fiscalização de atividades profissionais insistem em contratar servidores pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, em total descompasso com o art. 39 da Constituição da República.

Considerando que a mera suspensão cautelar do art. 58, § 3º, da Lei 9.469, de 27 de maio de 1998, do art. 31 da Lei 8.042, de 13 de junho de 1990, e do art. 41 da Lei 12.378, de 31 de dezembro de 2010, causará insegurança jurídica e não solucionará a situ-

ação de inconstitucionalidade, pois não há cargos públicos criados por lei a fim de se aplicar o regime jurídico estatutário, o Procurador-Geral da República requer, cautelarmente:

(i) notificação da Presidência da República para adotar providências a fim de instaurar processo legislativo destinado à criação de cargos públicos;

(ii) notificação dos conselhos de fiscalização profissional para que acompanhem a tramitação do(s) projeto(s) de lei;

(iii) suspensão de concursos públicos e de contratação de pessoal por conselhos de fiscalização profissional, até que seja(m) aprovada(s) e sancionada(s) a(s) lei(s) de estruturação de cargos dessas entidades.

Por conseguinte, além do sinal de bom direito, há premência em que essa Corte conceda medida cautelar para esse efeito.

IV PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Requer distribuição por prevenção à Ministra CÁRMEN LÚCIA, pelas razões expostas acima.

Requer concessão, com a brevidade possível, em decisão monocrática, de medida cautelar, nos termos do 10, § 3º, da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1998, na forma e para os fins indicados na seção precedente.

Requer que se colham informações da Presidência da República e do Congresso Nacional e que se ouça o Advogado-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição da República. Superadas essas fases, requer prazo para manifestação da Procuradoria-Geral da República.

Requer que, ao final, seja julgado procedente o pedido, para declarar inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade por 24 meses, na forma acima indicada, do (i) art. 58, § 3º, da Lei 9.469, de 27 de maio de 1998; (ii) do art. 31 da Lei 8.042, de 13 de junho de 1990; e (iii) do art. 41 da Lei 12.378, de 31 de dezembro de 2010.

Brasília (DF), 17 de agosto de 2015.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República

RJMB/WS/CCC-PL.PGR/WS/78/2015