

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Na presente ação se discute a constitucionalidade § 3º do art. 58 da Lei n. 9.649/1998.

2. O autor sustenta a “*constitucionalidade do inteiro teor do § 3º do art. 58 da Lei n. 9.649/1998 e (...) [a] inaplicabilidade do regime jurídico único definido pelo art. 39 da CF e Lei nº 8.112/90 aos empregados dos Conselhos de Fiscalização Profissional, aos quais deve ser aplicado o regime jurídico celetista*”.

3. Põe-se em foco nesta ação declaratória de constitucionalidade se ao Conselho de Fiscalização profissional seria imperativa a adoção do regime jurídico estatutário para admissão de seus servidores, pedindo seja declarado constitucional o parágrafo.

4. A questão constitucional em análise foi tratada pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 21.797/RJ, DJ 18.5.2001, Relator o Ministro Carlos Velloso. Apesar de não conhecida a ação no ponto, o Relator assentava a subsunção dos Conselhos de Fiscalização profissional ao regime jurídico único:

“Ora, o impetrante, Conselho Federal de Odontologia, é uma autarquia, com personalidade jurídica de direito público (Lei 4.324, de 1964, art 2º). Assim, com a promulgação da Lei 8.112, de 11.12.90, que institui o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais, (Lei 8.112/90, art. 1º), os servidores do Conselho Federal de Odontologia deverão se submeter ao regime jurídico único da Lei 8.112 /90.

Não há como descharacterizar a natureza jurídica autárquica do impetrante ao argumento de que tem ele receita e patrimônio próprios. Ora, como bem acentua o Ministério Público, é característica da autarquia ter receita e patrimônio próprios, vale dizer, receita e patrimônio desvinculados da entidade-mãe, União Estado-membro ou Município”.

5. Pela Constituição da República de 1988, estabeleceu-se o regime jurídico único para os servidores das autarquias.

Pela Lei n. 9.649/1998, buscou-se esclarecer a personalidade jurídica daqueles entes, antes considerados de direito público (daí a sua caracterização como autarquias) definindo-os como de direito privado, excluindo-os da obrigação de atendimento às normas constitucionais sobre Administração Pública e estabelecendo, no § 3º do art. 58 daquele diploma legal, o regime trabalhista a ser aplicado a seus empregados:

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

...

§ 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 ”.

A modificação constante do § 2º do art. 58 da Lei n. 9.649/1998 foi declarada inconstitucional por este Supremo Tribunal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.717/DF, Relator o Ministro Sidney Sanches.

Definiu-se, então, deterem os Conselhos de Fiscalização profissional personalidade jurídica de direito público, pela impossibilidade de delegação de atividade típica de estado a entidade privada, a abranger o exercício do poder de polícia, de tributação e de punição das atividades profissionais. Esta a ementa do julgado:

“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 constitucionalidade 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" (DJ 28.3.2003) .

6. Dispõe-se no *caput* 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".

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 19/1998, a questão alterou-se pela nova norma a tratar da matéria. Passou-se a dispor do art. 39 da Constituição da República:

"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".

Não se repetiu, assim, a norma originária do *caput* do art. 39 da Constituição da República e passou-se a acolher a possibilidade de adoção do contrato de emprego público pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho.

A ação direta de constitucionalidade n. 1717 foi julgada em 22.9.1999. Vigorava, então, a norma modificada do *caput* do art. 39 com o advento da Emenda Constitucional n. 19, pela qual se excluía a imperatividade da adoção de regime jurídico único – o estatutário – para os servidores da Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

Daí a conclusão deste Plenário pelo prejuízo daquela ação, que não mais teria aplicação pela superveniência da norma constitucional que afastara a obrigatoriedade do regime jurídico único.

7. Entretanto, em 7.3.2008 se concluiu o julgamento da Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 2.135/DF, Redatora para o acórdão a Ministra Ellen Gracie (iniciado em 2001 e encerrado em 2008). Então, este Supremo Tribunal suspendeu a eficácia da norma do art. 39, *caput*, da Constituição da República, por inconstitucionalidade formal, restabelecendo, com efeito *ex nunc*, a obrigatoriedade da adoção do regime jurídico único para os servidores da Administração Pública direta, autárquica e fundacional:

"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 OBTEVE A APROVAÇÃO DA MAIORIA DE TRÊS QUINTOS DOS MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANDO DA APRECIAÇÃO, 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 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” (DJ 6.3.2008).

8. Relatora por nova distribuição, vieram-me os autos daquela Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2135 em 30.7.2010, tendo sido liberada para julgamento de mérito em agosto de 2016 e incluída em pauta de julgamento em quatro sessões deste plenário (28.6.2017; 15.3.2018; 12.4.2018 e 21.11.219), não logrando ser apregoada em razão do número de processos.

9. Tem-se, portanto, o seguinte quadro:

a) há norma constitucional (caput do art. 39 da Constituição da República modificada pela Emenda Constitucional n. 19/1998) suspensa por inconstitucionalidade formal em cautelar (ADI n. 2.135), a afastar a obrigatoriedade de adoção do regime jurídico único estatutário nos entes públicos, o que prejudicaria a análise da validade constitucional do § 3º do art. 58 da Lei n. 9648/1998;

b) afastados cautelarmente os efeitos daquela norma (pela cautelar deferida na ADI n. 2.135), prevalece a norma originária do caput do art. 39 da Constituição da República, fundamento do § 3º. do art. 58 da Lei n. 9649 /1998;

c) este Supremo Tribunal não suspendeu a eficácia do § 3º do art. 58, objeto da presente ação, porque ele não prevalecia em face do advento da norma modificativa do art. 39, introduzida pela Emenda Constitucional n. 19/1998;

d) o julgamento da presente ação poderá concluir em sentido que prevalecerá até o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.135, podendo ser alterado conforme o que naquela se contiver.

Quer dizer: se for confirmada a cautelar deferida na ADI n. 2135, o julgamento terá objeto, sentido e efeito. Se não for confirmada, a decisão aqui proferida não produzirá mais efeitos.

Note-se que o objeto da presente ação toca, direta e necessariamente, o objeto dos dispositivos questionados na Ação Direta n. 1717.

A natureza jurídica dos Conselhos de Fiscalização profissionais conduz à questão referente ao regime jurídico de seus servidores.

10. Exceção feita ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADIn n. 3.026), este Supremo Tribunal reiterou, em múltiplos julgados, a natureza autárquica federal dos conselhos fiscalizadores das profissões, declarando a não recepção, pela Constituição da República de 1988, do art. 1º do Decreto-Lei n. 968/1969. Assim, por exemplo:

"Indaga-se se os Conselhos de Fiscalização Profissional foram alcançados por estas disposições, ou se permanece, frente à Constituição, válido e vigente o disposto no art. 1º do Decreto-lei 968 /69, assim redigido:

'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.'

Na mesma linha, pretendeu estabelecer a Lei 9.649/98, em seu art. 58, § 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.'

Inviável, porém, reconhecer-se como recepcionadas pela Constituição de 1988, as disposições do art. 1º do Decreto 969/68, considerando-se a natureza autárquica atribuída aos Conselhos de Fiscalização Profissional. São pessoas jurídicas de direito público, com natureza autárquica, pois foram criados por lei para exercer poder de polícia e desenvolver serviço público próprio, atribuições que apenas os que detêm parcela do jus imperii, e personalidade de direito público podem executar" (RE n. 596.187-AgR, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe 4.9.2013).

"AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA FEDERAL. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. OBSERVÂNCIA DO ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO. ATIVIDADE TÍPICA DO ESTADO. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA. ANÁLISE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA RESTAURAR O DEVIDO PROCESSAMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA E POSSIBILITAR UM MELHOR EXAME DA MATÉRIA.

1. Os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquias, consoante decidido no MS 22.643, ocasião na qual restou consignado que: (i) estas entidades são criadas por lei, tendo personalidade jurídica de direito público com autonomia administrativa e financeira; (ii) exercem a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre do disposto nos artigos 5º, XIII, 21, XXIV, é atividade tipicamente pública; (iii) têm o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União (art. 71, II, CRFB/88).

2. 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 CRFB/88, quando da contratação de servidores. Precedente: RE 539.224, 1ª Turma Rel. Min. Luiz Fux, DJe.- 18/06/2012.

3. A fiscalização das profissões, por se tratar de uma atividade típica de Estado, que abrange o poder de polícia, de tributar e de punir, não pode ser delegada (ADI 1.717), excetuando-se a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 3.026).

4. In casu, está em discussão tese

relacionada à contratação dos impetrantes, ocorrida há mais de 10 (dez) anos, e a alegação de desrespeito ao processo de seleção e às regras constitucionais aplicáveis (art. 37, II, CRFB/88), fatos que tornam imperativa a análise mais apurada do mandado de segurança, sobretudo em decorrência do princípio da proteção da confiança legítima. 5. Agravo regimental provido apenas para possibilitar um melhor exame do mandado de segurança e facultar às partes a oportunidade de sustentação oral” (MS n. 28.469-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 10.5.2013).

“LEGITIMIDADE - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONSELHOS - AUTARQUIAS CORPORATIVISTAS. O rol do artigo 103 da Constituição Federal é exaustivo quanto a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Os denominados Conselhos, compreendidos no gênero ‘autarquia’ e tidos como a consubstanciar a espécie corporativista não se enquadram na previsão constitucional relativa as entidades de classe de âmbito nacional. Da Lei Básica Federal exurge a legitimação de Conselho único, ou seja, o Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Dai a ilegitimidade ‘ad causam’ do Conselho Federal de Farmácia e de todos os demais que tenham idêntica personalidade jurídica - de direito público” (ADI n. 641-MC, Redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, DJ 12.3.1993) .

11. No julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 554 e 559, Relator o Ministro Eros Grau, definiu-se a impossibilidade lógica de os servidores públicos celebrarem convenções e acordos coletivos de trabalho pela indisponibilidade do regime jurídico único, sujeito apenas à Lei n. 8.112 /1990:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 272, § 2º, DA LEI COMPLEMENTAR N. 4 DO ESTADO DO MATO GROSSO. SERVIDORES PÚBLICOS. ACORDOS E CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO. VIOLAÇÃO DO ART. 61, § 1º, II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A celebração de convenções e acordos coletivos de trabalho consubstancia direito reservado exclusivamente aos trabalhadores da iniciativa privada. A negociação coletiva demanda a existência de partes formalmente detentoras de ampla autonomia negocial, o que não se realiza no plano da relação estatutária. 2. A Administração Pública é vinculada pelo princípio da legalidade. A atribuição de vantagens aos servidores somente pode ser concedida a partir de projeto de lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, consoante dispõe o art. 61, § 1º, inciso II, alíneas “a” e “c”, da Constituição, desde que supervenientemente aprovado pelo Poder Legislativo. Precedentes. Pedido julgado procedente para declarar

inconstitucional o § 2º, do artigo 272, da Lei Complementar n. 4, de 15 de outubro de 1990, do Estado do Mato Grosso” (DJ 5.5.2006).

12. A jurisprudência deste Supremo Tribunal consolidou-se no sentido da natureza pública dos Conselhos de Fiscalização profissional e seus consectários, submetidos os servidores dessas entidades ao regime jurídico único da Lei n. 8.112/1990, conforme previsto no art. 243 daquele diploma normativo:

“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”.

Logo, enquanto pendentes os efeitos da cautelar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2135, juridicamente não há como relativizar – na persistência da jurisprudência sedimentada sobre a matéria neste Supremo Tribunal – a obrigatoriedade de adoção do regime jurídico único para os Conselhos de Fiscalização profissional.

Pela jurisprudência deste Supremo Tribunal, sedimentada em decisões proferidas desde 2011, tem-se, por exemplo:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NATUREZA DE AUTARQUIA ESPECIAL. FISCALIZAÇÃO. ATIVIDADE TÍPICA DE ESTADO. ESTABILIDADE. ARTIGO 41, PARÁGRAFO 1º, DA CONSTITUIÇÃO. OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO.

Decisão: Trata-se de recurso extraordinário, manejado com arrimo na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão assim ementado:

‘ESTABILIDADE. ARTIGO 19 DO ADCT. EMPREGADO DE CONSELHO REGIONAL DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. Os Conselhos de Fiscalização Profissional não são autarquias em sentido estrito. Assim, não há que se cogitar da estabilidade prevista no art. 19 do ADCT para seus empregados (...).’

Nas razões do apelo extremo, sustenta preliminar de repercussão geral e, no mérito, alega violação aos artigos 5º, LIV e LV, 37 e 41, § 4º da Constituição Federal.

O Tribunal a quo admitiu o recurso extraordinário.

É o relatório. DECIDO.

O acórdão recorrido divergiu do entendimento firmado por esta Corte, merecendo, portanto, reforma.

Esta Suprema Corte, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança 22.643, decidiu que os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquias. Naquela ocasião, ficou consignado que: (i) estas entidades foram criadas por lei, tendo personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira; (ii) exercem a atividade de fiscalização de exercício profissional, que é tipicamente pública; (iii) têm o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União.

A Lei nº 9.649/1998 atribuiu personalidade jurídica de direito privado aos conselhos profissionais, ficando vedado o vínculo funcional ou hierárquico com a Administração Pública.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito da ADI 1.717, declarou a inconstitucionalidade do caput e dos parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do artigo 58 da Lei nº 9.649/1998, restando consignado que 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. Dessa maneira, infere-se a natureza autárquica dos conselhos profissionais pelo caráter público da atividade desenvolvida por eles.

Considerando a natureza jurídica de autarquias, firmou-se, ainda, em diversos julgados, o entendimento no sentido de que é aplicável aos conselhos de fiscalização o instituto da estabilidade, previsto no artigo 41 da Constituição Federal e no artigo 19 do ADCT. Nesse sentido, verbis :(...)

"Agravo regimental no recurso extraordinário. Conselhos de fiscalização profissional. Natureza de autarquia reconhecida por esta Suprema Corte. Precedentes. 1. O servidor de órgão de fiscalização profissional, cuja natureza jurídica é inegavelmente de autarquia federal, não pode ser demitido sem a prévia instauração de processo administrativo. 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." (RE 563.820-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 10/5/2012). (...)

Ex positis , PROVEJO o recurso extraordinário, com fundamento no disposto no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, invertidos os ônus da sucumbência" (RE n. 713.083, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 2.3.2016).

“ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. AUTARQUIA FEDERAL. SERVIDOR PÚBLICO CONCURSADO: IMPOSSIBILIDADE DE DISPENSA IMOTIVADA. ESTABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO DISSONANTE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO ” (RE n. 735.803-ED, de minha relatoria, DJe 16.10.2013).

“AGRAVO REGIMENTAL - JUÍZO DE RETRATAÇÃO - AUTARQUIA CORPORATIVA - PRESTADORES DE SERVIÇO - ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS - INCIDÊNCIA ADMITIDA NA ORIGEM - PRECEDENTES DO SUPREMO QUANTO À NATUREZA JURÍDICA DOS CONSELHOS - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PROVIMENTO. (...)

A argumentação trazida no regimental merece prosperar. Observem os precedentes do Tribunal sobre a natureza jurídica dos conselhos que congregam categorias profissionais. São pessoas jurídicas de direito público que, na qualidade de autarquias, exercem, inclusive, o poder de polícia. (...)

Como autarquias que são, não escapam da incidência do que estabeleceu expressamente os arts. 19 do ADCT, 39 da CF, na redação originária e 243 da Lei 8.112/90. Se a Constituição pretendesse excluirlos, teria feito expressamente, e é a própria CF que exige a atribuição de personalidade de direito público, portanto, autárquica, aos Conselhos de Fiscalização Profissional, conforme já positivou o Supremo Tribunal Federal em mais de uma oportunidade.

A lei pode estabelecer aos Conselhos Profissionais regime jurídico especial, desde que não os desnature. Neste sentido, o Decreto-lei 969 /98, na parte em que ressalva o pessoal dos Conselhos, do regime do serviço público, não subsistiu ao disposto na Constituição, art. 39 (redação original) e na Lei 8.112/90, que a todos os empregados e servidores das autarquias, fundações e da administração direta, estabeleceu regime jurídico único” (RE n. 596.187-AgR, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe 4.9.2013).

“Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região ementado nos seguintes termos:

‘CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SERVIDORES DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA-CEARÁ. AUTARQUIA CORPORATIVA SUI GENERIS . REGIME JURÍDICO ÚNICO – LEI N. 8.112/90. INAPLICABILIDADE. DECRETO-LEI N. 968/69, ARTIGO 1º. (...)’ (...)

Verifica-se que a orientação do Tribunal de origem destoa de pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que os servidores integrantes dos quadros de Conselhos de Fiscalização do Exercício Profissional se submetem ao regime jurídico único, cuja regulamentação ampara-se na Lei 8.112/90.

Nesse sentido, confira-se o MS 21.797, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 18.5.2001, cuja ementa transcrevo: (...)

Nesse mesmo sentido, leia-se o RE 539.224, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18.6.2012.

Impende considerar, ainda, que no julgamento da ADI-MC 2.135, Redatora para Acórdão Min. Ellen Gracie, DJe 7.2.2008, esta Corte suspendeu a eficácia do caput do art. 39 da CF, na redação dada pela Emenda Constitucional 19/98, com eficácia ex nunc , mantendo-se em vigor, em razão disso, a redação originária do referido dispositivo.

Nesse mesmo sentido, confira-se o RE 592.811, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 12.3.2012; o RE 530.004, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 6.10.2011; e o RE-AgR 549.211, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 10.5.2012.

Ante o exposto, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso extraordinário, para cassar o acórdão recorrido e conceder a segurança” (RE n. 562.917, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 19.10.2012).

Confiram-se também, por exemplo, as seguintes decisões monocráticas: RE n. 563.820, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 1º.12.2011; RE n. 549.211, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 7.11.2011; e RE n. 530.004, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe 6.10.2011.

13. O que pretendem o requerente e os *amici curiae* é afastar a obrigatoriedade de se adotar o regime estatutário único para os seus servidores, para tanto tendo de se alterar a interpretação prevalecente quanto à natureza dos Conselhos de Fiscalização profissional.

Entretanto, qualquer que seja o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2135, não há alteração quanto à natureza jurídica dos Conselhos de Fiscalização profissional. Razão singela é que a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos do art. 58 da Lei n. 9.649/1998 são definitivos e afirma a natureza jurídica autárquica destas entidades.

14. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela improcedência do pedido de reconhecimento da constitucionalidade da norma questionada, pedindo seja declarado inconstitucional o § 3º do art. 58 da Lei n. 9.649/1998:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. ART. 58, § 3º DA LEI 9.649/1998. REGIME JURÍDICO ÚNICO. ART. 39 DA CONSTITUIÇÃO. OBRIGATORIEDADE. ATIVIDADES TÍPICAS ESTATAIS. EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA. EXCEPCIONALIDADE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. REEXAME.

1. Conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autarquias criadas por lei, com personalidade jurídica de direito público, que exercem atividade típica de Estado, relativa à fiscalização de desempenho de profissão. Precedentes.

2. A natureza das atividades desenvolvidas por conselho de fiscalização profissional, por implicar restrições a direitos fundamentais e exercício de poder de polícia, demanda aplicação de regime jurídico estatutário para admissão de servidores.

3. Não se deve estender a conselhos de fiscalização profissional o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da natureza da Ordem dos Advogados do Brasil, que consubstanciaria situação excepcional, consoante julgamento da ADI 3.026/DF. Precedentes. A rigor, não existe motivação que justifique tratamento díspar para a OAB ante os demais conselhos de fiscalização do exercício profissional.

4. Parecer por improcedência do pedido"(...)".

15. Enquanto prevalecente a conclusão deste Supremo Tribunal no sentido da eficácia da norma originária do *caput* do art. 39 da Constituição da República, pela qual se determina a imperatividade de adoção do regime jurídico único para os entes da Administração Pública direta e indireta, entre os quais se incluem os Conselho de Fiscalização profissional, o regime jurídico dos seus servidores acompanha o regime jurídico da entidade, a saber, de direito público, sem opção pelo regime trabalhista, próprio das entidades particulares.

16. Pelo exposto, julgo improcedente a presente ação declaratória de constitucionalidade e voto pela declaração de inconstitucionalidade do § 3º do art. 58 da Lei n. 9.649/1998 ("Art. 58. Os serviços de fiscalização de

profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa. (...) § 3º Os empregados dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são regidos pela legislação trabalhista, sendo vedada qualquer forma de transposição, transferência ou deslocamento para o quadro da Administração Pública direta ou indireta ").

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/08/2020