

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5015684-86.2014.4.04.7000/PR

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle

Apelante: Fausto Rodrigo Yamauti Correa

Advogados: Dr. Ricardo Key Sakaguti Watanabe

Dr. Geandro Luiz Scopel

Apelado: Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – Crea/PR

EMENTA

Administrativo. Ação ordinária. Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – Crea/PR. Enquadramento no regime jurídico estatutário. Lei nº 8.112/90. Admissão. Processo seletivo. Lei nº 9.649/98. Aposentadoria.

O autor foi admitido pelo Crea/PR em 21.08.2008 mediante contrato de trabalho regido pelas normas da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), mostrando-se inviável o pedido de transposição do regime celetista para o estatutário, considerando que não contava com 5 anos de efetivo exercício da função pública na data da promulgação da Constituição, razão pela qual não se enquadra na hipótese prevista na Lei nº 8.112/90.

O art. 58, § 3º, da Lei nº 9.649/98 estabeleceu que “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”.

No julgamento da ADI 2.135-MC, o Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente a vigência do *caput* do art. 39 do texto constitucional, com a redação dada pela EC 19/98, ou seja, restabeleceu a redação original do dispositivo, exigindo o regime jurídico único para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Todavia, o julgamento da ADI 2.135/DF ocorreu em 02.08.2007, sem efeitos retroativos.

O autor submeteu-se ao concurso 31/2006 – realizado em 26.11.2006. No momento do concurso, estava em vigor a supracitada Lei nº 9.649/98, cujo art. 58, § 3º, estabelecia o regime celetista para os empregados dos conselhos de fiscalização profissional.

Portanto, não prospera o pleito.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 22 de março de 2017.

Des. Federal *Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle: Trata-se de ação ordinária ajuizada por Fausto Rodrigo Yamauti Correa em face do Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Paraná (Crea/PR), objetivando a condenação do conselho ao pagamento de diferenças salariais decorrentes do desempenho de tarefas que estariam além daquelas previstas para o cargo que ocupava, de agente administrativo, bem como decorrentes de horas extras trabalhadas.

“Para tanto, em síntese, ele alegou, então, o que segue:

a) ele teria atuado como servidor público, vinculado ao Crea/PR, mediante aprovação

no concurso público nº 032/2006, com matrícula 1427;

b) ele teria iniciado suas atividades, naquele âmbito, em 21 de janeiro de 2008, como assistente operacional, com exercício em Telêmaco Borba;

c) em 01 de abril de 2008, ele teria sido transferido, então, para Curitiba, para atuar no Departamento de Tecnologia da Informação, relacionado ao cadastro e ao recebimento de ARTs, naquele órgão;

d) em 01 de junho de 2008, por outro lado, ele teria sido transferido para a Secretaria Geral, onde teria passado a executar atividades de suporte administrativo ao plenário e à alta administração daquela autarquia;

e) em 01 de outubro de 2008, teria sido implantado, naquele órgão, o plano de cargos e salários – PCS;

f) por conta disso, teriam surgido, naquela entidade, 06 cargos distintos: agente operacional, agente administrativo, agente profissional do sistema nível técnico, agente profissional e agente profissional do nível superior;

g) com a nova sistemática, ele teria sido reenquadrado no cargo de agente administrativo, deixando de atuar como assistente operacional;

h) em 19 de fevereiro de 2009, ele teria passado a exercer as funções de facilitador da Regional de Apucarana, orientando e supervisionando as atividades técnicas, administrativas e operacionais daquela Regional e inspetorias respectivas;

i) nesse período, ele teria recebido o adicional pelo exercício da função de facilitador;

j) em 19 de fevereiro de 2009, ademais, ele teria deixado de exercer as mencionadas funções de facilitador, restando transferido novamente para Curitiba, sendo lotado no Dafis – Departamento de Assessoria Técnica e Fiscalização;

k) até março de 2012, ele teria atuado então no apoio administrativo da Câmara Especializada de Energia Elétrica, desempenhando atividades próprias ao cargo de assessor técnico;

l) teria sido praxe, no Crea/PR, valer-se dos serviços de agentes administrativos para executar atividades do assessor técnico, configurando desvio de função;

m) em março de 2011, o assessor Engenheiro Gilson Kanashiro teria deixado o Crea/PR, gerando uma vacância que teria perdurado até maio de 2011, interregno em que ele – o autor – teria desempenhado, então, as funções de assessor;

n) em 01 de março de 2012, ele teria sido novamente transferido para a Secretaria Geral, para prestar assistência aos assessores da presidência, em especial ao assessor de apoio às instituições de ensino;

o) aludida função – de assistente dos assessores da presidência do Crea – não teria constado no plano de cargos e salários, cuidando-se de um cargo de assessoria disfarçado, dado que ele teria desempenhado atribuições próprias do cargo de assessor da presidência;

p) no período, ele teria realizado viagens de visita às regionais do Crea/PR, para viabilizar reuniões com diretores regionais; ele teria participado de reuniões de governança cooperativa (03 vezes/ano, em todas as regionais), tratado de assuntos estratégicos;

q) durante o período compreendido entre 01 de dezembro de 2012 e 06 de janeiro de 2013, ele teria exercido todas as funções próprias à assessoria, mas sem perceber o salário de substituição;

r) teria havido desvio de função, dado que ele teria desempenhado, no interregno em questão, funções próprias de cargos de nível superior, sem auferir os rendimentos pertinentes;

s) segundo o plano de cargos e salários do Crea, o agente administrativo estaria incumbido

do exercício de tarefas burocráticas e operacionais, sem conteúdo decisório;

t) todavia, ele teria atuado como efetivo assessor técnico, entre 10 de dezembro de 2009 e 01 de março de 2012, trabalhando no Dafis; teria atuado como assessor de presidência – entre 01 de março de 2012 e 01 de maio de 2012; a partir de maio de 2012, ele teria passado a atuar como agente profissional do sistema de nível superior;

u) em todos esses períodos, ele teria atuado com desvio de função, por força de decisões superiores. Enquanto assessor técnico, ele teria resolvido consultas teleweb, realizando viagens para reuniões em inspetorias, respondendo consultas e prestando esclarecimentos relacionados à legislação profissional;

v) enquanto assessor da presidência, ele teria realizado viagens, participado de reuniões com diretores e coordenadores de instituições de ensino. Enquanto assessor de presidência, ele teria exercido funções de acompanhamento, sem nada auferir a respeito. Ademais, ele também teria atuado como assessor da comissão permanente de educação do sistema;

w) por conta disso, ele faria jus às diferenças salariais pertinentes, conforme Súmula 378, Superior Tribunal de Justiça;

x) os ocupantes do cargo de agente profissional do sistema nível superior auferiam, então, rendimentos superiores ao mínimo da classe dos engenheiros. Já os cargos em comissão – à semelhança do assessor da presidência – auferiam incremento no salário base;

y) além disso, ele faria jus à indenização de horas extraordinárias, trabalhadas no período, conforme art. 39, § 3º, CF, e art. 19 da Lei 8.112/1990;

z) o período de intervalo intrajornada não teria sido respeitado; ele faria jus ao salário de substituição, na forma do art. 38, § 2º, Lei 8.112/1990.”

Regularmente processado o feito, sobreveio sentença que assim dispôs:

“3.1. RECONHEÇO a incompetência absoluta da Justiça Federal no que toca ao pedido de condenação do Crea/PR ao pagamento de verbas salariais decorrentes da aplicação do regime celetista, nos termos da fundamentação acima, com aplicação do art. 114, CF, e do art. 64, § 1º, novo CPC.

3.2. Quanto ao tópico, DECLINO a competência em favor da Justiça do Trabalho da 9ª Região, cabendo ao demandante providenciar oportuna extração de peças e redistribuição dos autos perante aquela unidade jurisdicional.

3.3. Quanto ao mais, CONHEÇO o mérito da pretensão remanescente, deduzida na inicial, exclusivamente no que toca à aplicação do regime estatutário (art. 39, CF, e arts. 19, 38 e 73 da Lei 8.112/1990). JULGO IMPROCEDENTE O ALUDIDO PEDIDO, extinguindo o feito, na forma do art. 487, I, novo CPC.

3.4. Com força no art. 85, § 8º, novo CPC, e nos termos da fundamentação acima, condeno o demandante a pagar, em favor do advogado do Crea/PR, honorários sucumbenciais que arbitro em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), a serem adimplidos de forma atualizada, conforme variação do IPCA-E, com termo inicial na data desta sentença e termo final na data do efetivo pagamento. A exigibilidade da referida verba fica SUSPENSA pelo prazo do art. 98, § 3º, NCPC.”

Inconformada, apela a parte-autora. Requer:

“a) seja reconhecida a competência absoluta da Justiça Federal comum para apreciação de todos os pedidos formulados na inicial, visto que originários da mesma relação jurídica, determinando-se a baixa dos autos à instância de origem para prolação de nova sentença;

b) seja julgado procedente o pedido inicial de reconhecimento do vínculo estatutário do autor-apelante junto ao Crea/PR, dada a investidura na carreira após aprovação em concurso público e a submissão ao regime jurídico único dos servidores públicos;

c) sucessivamente, caso não se reconheça o vínculo estatutário, seja determinada a remessa dos autos à Justiça do Trabalho para que julgue todos os pedidos formulados neste processo (art. 64, § 3º do NCPC), aproveitando-se os prazos e atos processuais já praticados neste processo.”

Com as contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle: Consta da sentença:

“II. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. QUESTÕES PROCESSUAIS

2.1.1. QUANTO À COMPETÊNCIA – CONSIDERAÇÕES GERAIS

Como sabido, quanto a Justiça Federal seja classificada como ‘justiça comum’, a sua competência foi bem detalhada nos arts. 108 e 109 da Lei Maior. Importa dizer: as suas atribuições não podem ser ampliadas pela legislação infraconstitucional (exceção feita aos casos expressa ou implicitamente franqueados pela própria Constituição, p. ex., art. 109, VI, CF).

A controvérsia estabelecida nestes autos coloca em debate o art. 109, I, CF: ‘Aos juízes federais compete processar e julgar: as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho’.

Percebe-se facilmente, portanto, que a competência da Justiça Federal não é fixada simplesmente pelo fato de que a União, empresas públicas ou autarquias federais tenham interesses econômicos ou de outra origem relacionados ao feito. ‘O interesse da União deve ser qualificado. Há de ser jurídico, não de mero fato ou *adjuvandum tantum*’ (CARVALHO, Vladimir Souza. *Competência da Justiça Federal*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001. p. 36).

Esse entendimento está na origem, por sinal, da conhecida Súmula 251 do STF: ‘Responde a Rede Ferroviária Federal S.A. perante o foro comum, e não perante o Juízo Especial da Fazenda Nacional, a menos que a União intervenha na causa’.

Menciono também a Súmula 61 do extinto Tribunal Federal de Recursos, cujos fundamentos permanecem válidos: ‘Para configurar a competência da Justiça Federal, é necessário que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, ao intervir como assistente, demonstre legítimo interesse jurídico no deslinde da demanda, não bastando a simples alegação de interesse na causa’.

Ora, dado que a lei não tem palavras inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda*), a menção que a Constituição faz à condição de autor, réu, oponente ou assistente não pode ser abstraída pelo intérprete. A causa apenas poderá tramitar perante a Justiça Federal quando algum dos entes federais, assim conceituados no art. 109, CF, ocupar uma dessas posições processuais.

‘PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. A competência da Justiça Federal é definida, segundo disposto no inciso I do artigo 109 da Lei Fundamental, pela participação da União, de autarquia ou de empresa pública federal em uma das quatro posições processuais nele referidas. 2. Não havendo, na ação civil pública em que proferido o ato jurisdicional impugnado, participação da União, de autarquia ou de empresa pública federal como autora, ré, assistente ou oponente, a competência para seu processo e julgamento toca à Justiça Comum Estadual. 3. Agravo a que se nega provimento.’ (AG 200101000106519, Juiz Carlos Moreira Alves, TRF1 – Segunda Turma, DJ, data: 19.11.2001, p. 163)

Esse é um primeiro aspecto do tema.

2.1.2. COMPETÊNCIA – CONSELHOS PROFISSIONAIS

Como é cediço, a partir dos idos de 1930, o Estado brasileiro passou a exercer um controle mais efetivo sobre o exercício profissional, em que pese a ampla liberdade então reconhecida pelo art. 72, § 24, da Constituição de 1891.

O art. 113, nº 13, da Constituição de 1934 preconizava que o legislador infraconstitucional poderia estabelecer condições/requisitos para o exercício de determinadas profissões, o que foi mantido pelo art. 153, § 23, da Constituição de 1969, ao que releva.

No curso do século, surgiram os primeiros conselhos profissionais, merecendo destaque a Ordem dos Advogados do Brasil e também o Conselho Regional de Medicina, por exemplo.

Tais entidades foram constituídas e reconhecidas como autarquias federais, consoante pacífica jurisprudência dos tribunais superiores:

‘Conflito de competência. Execução fiscal. Conselhos profissionais. A lei conceitua o conselho federal e os regionais dos corretores de imóveis na qualidade de autarquias, portanto, suas execuções fiscais são da competência da Justiça Federal. Conflito conhecido para declarar competente o juiz federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais.’ (CC 199100228591, Garcia Vieira, STJ – Primeira Seção, DJ, Data: 11.05.1992, p. 6400, RSTJ, v. 44, p. 193)

É fato que, com a publicação da MP 1.549-3, de 09 de outubro de 1997, convertida na Lei 9.649, de 27 de maio de 1998, a República Federativa do Brasil buscou transformar aludidos conselhos em entidades de direito privado (art. 58 da Lei 9.649). Não obstante, também é sabido que referido intento foi reputado inconstitucional pela Suprema Corte, conforme conhecida ADIn 1.717, julgada em 07 de novembro de 2002:

‘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 1.717, rel. Min. Sydney Sanches)

Por conta disso, as demandas em face dos conselhos regionais continuaram a ser submetidas ao exame da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, Lei Maior.

2.1.3. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO E ADI 3.395

Ademais, convém ter em conta que a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, ampliou a competência da Justiça do Trabalho, de modo a lhe atribuir o processo e o julgamento das causas alusivas aos contratos de trabalho (art. 114, CF).

Registre-se, contudo, que, ao apreciar a ADI 3.395, o STF sustentou o que segue:

‘INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o poder público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito dessa relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República não abrange as causas instauradas entre o poder público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária.’ (ADI 3.395 MC, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 05.04.2006, DJ 10.11.2006, p. 00049, ement. v. 02255-02, p. 00274, RDECTRAB, v. 14, n. 150, 2007, p. 114-134, RDECTRAB, v. 14, n. 152, 2007, p. 226-245)

De modo semelhante, submete-se à Justiça Federal a pretensão fundada em contratos de tempo determinado, na forma da Lei 8.745.

‘CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA CONTRATO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR TEMPO DETERMINADO. Compete à Justiça Federal processar e julgar pretensão alusiva a contrato de prestação de serviços, por prazo determinado, na forma prevista no artigo 37, IX, da Constituição, se realizado com ente público federal.’ (AGV 200102010412839, Desembargadora Federal Julieta Lidia Lunz, TRF2 – Primeira Turma, DJU – Data: 17.01.2003 – Página: 78)

2.1.4. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO ESTATUTÁRIO

Equacionados esses elementos, vê-se que eventuais pretensões de reconhecimento de vínculos estatutários, por conta da ADI 1.717/DF, serão da competência da Justiça Federal.

Importa dizer: sempre que o empregado de um conselho regional pretender que seu vínculo de trabalho com a autarquia seja transformado ou considerado como vínculo estatutário, caberá à Justiça Federal a apreciação da causa, conforme julgados que transcrevo abaixo:

‘ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESPEDIDA DE EMPREGADO DE CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, INEXISTÊNCIA DE DIREITO À ESTABILIDADE. AUTARQUIA SUI GENERIS. – ‘Compete à Justiça Federal processar e julgar o pedido de reintegração em cargo público federal, ainda que o servidor tenha sido dispensado antes da instituição do Regime Jurídico Único’ (STJ, Súmula 173). – Os conselhos profissionais continuam regidos, mesmo após o advento da Constituição Federal, pelo Decreto-Lei nº

968/69, o qual excepciona do regime jurídico único os empregados de ‘autarquias *sui generis*’. Regidos pela CLT e optantes do FGTS, não gozam de estabilidade, quer definitiva, quer provisória. Portanto, o ato de dispensa imotivada, com pagamento de todas as verbas previstas na legislação trabalhista, é absolutamente legal. – Não se aplicam aos empregados dos conselhos de fiscalização do exercício profissional as normas da Lei 8.112/90. Não podem eles ter reconhecida a qualidade de funcionários públicos, nem estão as entidades obrigadas a proceder a concursos públicos para provimento de seus postos. – Apelação e remessa provida.’ (AMS 9902286631, Desembargadora Federal Nizete Antonia Lobato Rodrigues, TRF2 – Quinta Turma, DJU – Data: 26.06.2002 – Página 302)

‘PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO EM FACE DE CONSELHO PROFISSIONAL OBJETIVANDO O RECONHECIMENTO DE VÍNCULO ESTATUTÁRIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRECEDENTES DO EG. STJ. – A Suprema Corte, quando do julgamento da ADIn nº 1.717/DF, firmou entendimento no sentido de que a natureza jurídica dos serviços de fiscalização de profissões regulamentadas é afeta ao direito público e, sendo assim, cabe à Justiça Federal apreciar e julgar as ações em que estes forem interessados na condição de autor, réu, assistente ou oponente, com exceção, apenas, das de falência, acidente do trabalho e sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho (art. 109, I, da Carta da República). – A matéria versada nos autos não se encontra afeta à competência da Justiça do Trabalho, a ensejar a aplicabilidade da exceção contida no art. 109, I, da CRFB/88. A pretensão deduzida no mandado de segurança originário refere-se ao reconhecimento de vínculo estatutário entre a impetrante e conselho profissional, circunstância que afasta qualquer dúvida quanto à eventual competência da Justiça Trabalhista, a qual se cinge à apreciação de ações oriundas da relação de trabalho, regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. – Precedente do eg. STJ. – Agravo provido.’ (AGTMS 200202010494060, Desembargador Federal Benedito Goncalves, TRF2 – Sexta Turma Especializada, DJU – Data: 11.07.2008 – Página 57)

‘APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONSELHO PROFISSIONAL. AUTARQUIA ESPECIAL. EMPREGADO ADMITIDO ANTES DE 1988. ART. 19, ADCT. ART. 243, LEI 8.112/90. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE AUTORIDADE. REGIME CELETISTA, E NÃO ESTATUTÁRIO. IMPROVIMENTO.

1. O tema em debate diz respeito à suposta ilegalidade no ato da autoridade impetrada quanto à demissão do impetrante, que, até então, trabalhava no Conselho Federal de Economia, tendo sido admitido no ano de 1985 e, segundo sua tese, aproveitado como servidor público regido pela Lei nº 8.112/90.

2. O impetrante não era empregado concursado, tampouco tinha cinco anos de serviço no conselho profissional à época da promulgação da Constituição Federal de 1988. Ou seja: não se aplicou o art. 243 da Lei nº 8.112/90 à hipótese a ele relacionada, porquanto tal regra somente poderia ser interpretada em consonância com o texto constitucional (arts. 37, I e II, da parte permanente e 19 do ADCT).

3. Os conselhos de fiscalização apresentam natureza de autarquia *sui generis*, como já decidiram os tribunais superiores, e, por isso, o art. 58, § 3º, da Lei nº 9.649/98 estabelece expressamente que seus empregados são regidos pela legislação trabalhista, proibindo-se qualquer tipo de transposição, transferência ou deslocamento para o quadro da Administração Pública direta ou indireta.

4. O impetrante nunca adquiriu a qualificação de servidor público e, por isso, nunca teve

direito às prerrogativas existentes em razão dessa condição. Era fundamental que, à época da promulgação da CF/88, o impetrante já ostentasse a qualidade de celetista concursado ou celetista estabilizado, o que não ocorreu na espécie.

5. O art. 243 da Lei nº 8.112/90, que prevê que os servidores das autarquias, inclusive aquelas em regime especial, ficam submetidos ao regime jurídico único na qualidade de servidor público, não tem aplicação à hipótese, uma vez que tal dispositivo legal tem que ser interpretado em consonância com a norma constitucional prevista no art. 19 do ADCT.

6. O ato de dispensa imotivada da funcionalidade é discricionário, cabendo ao conselho profissional avaliar a conveniência e a oportunidade para a sua efetivação; em outras palavras: compete ao conselho, como empregador, a decisão quanto ao melhor meio de satisfazer o interesse público, inexistindo, *in casu*, qualquer ilegalidade a ser reparada pela presente demanda.

7. Nos termos do pedido formulado na petição inicial – de reconhecimento da ilegalidade do ato de demissão sob o fundamento de que seria aplicável o Regime Jurídico Único – a competência é da Justiça Federal e por meio de mandado de segurança diante do alegado ato de autoridade.

8. No que tange ao pedido do apelo adesivo referente à qualificação da situação jurídica do impetrante, verifico que esse ponto não foi objeto de dispositivo da sentença, mas sim a título de argumentação, tanto assim o é que neste voto fica clara a situação funcional do impetrante como celetista.

9. Apelação e recurso adesivo conhecidos e improvidos, para o fim de manter a sentença.' (AMS 200202010201420, Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, TRF2 – Sexta Turma Especializada, DJU – Data: 01.10.2009 – Página 223)

2.1.5. COMPETÊNCIA – APLICAÇÃO DA CLT

Situação distinta vigora, todavia, quando em causa pedidos de aplicação do regime celetista, ainda que endereçados à autarquia federal. Em situações tais, a competência para o feito é da Justiça Laboral, conforme precedentes prolatados mesmo depois da decisão proferida pelo STF nas ADIns 1.717/DF e 3.395/DF.

Reporto-me aos seguintes julgados:

‘PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL. PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. PERDA DE OBJETO. EMPREGADOS CELETISTAS. DEMISSÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. PRESTAÇÃO DE CONTAS PERANTE O TCU. OBRIGATORIEDADE. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 63/2010. CONSTITUCIONALIDADE.

1. Quanto ao pedido de rescisão dos contratos de trabalho dos empregados do conselho profissional, verifica-se que todos os empregados indicados foram contratados pelo regime celetista, ou seja, não estão sujeitos ao regime jurídico-administrativo, fato que afasta a competência da Justiça Federal para apreciar esse pedido. Precedentes do STJ, do TST e desta Corte.

2. No tocante ao pedido de implementação do princípio do concurso público, é cediço que, ‘desde o decisório proferido pela Suprema Corte de Justiça nacional na medida cautelar referente à ADI 1.717-6, que suspendeu os efeitos do § 2º do art. 58 da Lei nº 9.649/98 (rel. Min. Sidney Sanches, DJU/I de 25.02.2000, p. 50), revelando a natureza de pessoa jurídica de direito público dos conselhos profissionais, tornou-se indiscutível a irregularidade de

qualquer contratação de servidor/empregado de tais conselhos sem prévia aprovação em concurso público (art. 37, II, da CF/88)' (TRF/1^a Região, AG 2007.01.00.015231-2/MT, rel. Juiz Federal Reynaldo Soares da Fonseca). Entretanto, o conselho profissional passou a efetivar suas contratações de pessoal mediante a realização de concurso público, o que enseja a perda de objeto da ação.

3. Ademais, 'no julgamento da citada ADI, o c. STF proclamou, também, a necessidade da prestação de contas pelos conselhos profissionais ao TCU, em face do que determina o parágrafo único do art. 70 da Carta Magna nacional, que, 'em uma primeira visão, não poderia ser desconsiderado por uma instrução normativa, pois o poder de regulamentar de qualquer órgão não deve atuar para limitar a sua competência constitucional' ((TRF/1^a Região, AG 2007.01.00.015231-2/MT, rel. Juiz Federal Reynaldo Soares da Fonseca).

4. Contudo, a esse respeito, o Ministério Público Federal noticia que o Tribunal de Contas da União revogou a Instrução Normativa TCU nº 12/96, questionada nesta demanda, estando em vigor atualmente a Instrução Normativa TCU nº 63/2010, que manteve o seu controle externo sobre tais entidades. Perda de objeto também.

5. Processo extinto sem resolução do mérito em relação ao pedido de demissão dos empregados irregularmente contratados pelo conselho profissional, dada a competência da Justiça do Trabalho para apreciá-lo. Quanto aos demais pedidos, houve perda de objeto.

6. Apelação não provida, por fundamento diverso (extinção do feito, sem exame do mérito – art. 267, IV e VI).' (AC 00021519620044013600, Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, TRF1 – Sétima Turma, e-DJF1, Data: 01.08.2014, Página: 417)

'CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA AFASTADA PELO JUÍZO FEDERAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. AÇÃO PRINCIPAL EM QUE SE DISCUTEM DIREITOS DECORRENTES DA RELAÇÃO DE TRABALHO, INSTITUÍDA SOB O REGIME CELETISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. Consoante o *caput* do art. 1º do Decreto-Lei nº 968, de 13.10.1969, o objeto da ação principal de cunho essencialmente trabalhista não está englobado pelas normas sobre pessoal relativas à administração das autarquias federais, não se aplicando, portanto, as regras da Lei nº 8.112/90 ao presente caso. 2. Competência da Justiça do Trabalho para o processo e o julgamento do presente caso, porquanto a lide versa sobre direitos decorrentes da relação de trabalho instituída sob o regime celetista. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 3. Agravo de instrumento provido.' (AI 00182019819934036100, Juiz Convocado João Consolim, TRF3 – Turma Suplementar da Primeira Seção, DJF3, Data: 12.06.2008)

'CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL – EMPREGADOS – CLT – RELAÇÃO DE TRABALHO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – ART. 114, I, DA CF/88. 1 – Recurso interposto contra decisão declinatória de competência para uma das varas da Justiça do Trabalho do Rio de Janeiro, tendo em vista a natureza trabalhista do vínculo entre o recorrente e o conselho réu. 2 – Apesar de o Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro possuir natureza de autarquia federal, aos seus empregados se aplica o § 3º do art. 58 da Lei 9.649/98, ou seja, contratação sob o regime celetista. 3 – Versando a lide sobre relação de trabalho, carece esta Justiça Federal de competência para dirimir o conflito. 4 – Recurso improvido.' (AG 200602010109909, Desembargadora Federal Maria Alice Paim Lyard, TRF2 – Oitava Turma Especializada, DJU – Data: 07.03.2008 – Página: 724)

‘CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES. EMPREGADOS PÚBLICOS CELETISTAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114, I, DA CF/88. 1. Segundo o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIn 1.717-6/DF, da relatoria do Exmo. Sr. Min. Sydney Sanches, DJ de 28.03.2003, restou estabelecido que os conselhos de fiscalização profissional são autarquias. Contudo, foi mantido o art. 58, § 3º, da Lei 9.649/98, o qual estabelece que 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. 2. Não obstante o conselho possuir *status* de autarquia federal, seus empregados são regidos pela CLT, razão pela qual a competência para processar e julgar o feito é da Justiça Trabalhista, nos termos do art. 114, I, da CF/88 (Precedentes). 3. Agravo regimental a que se nega provimento.’ (AGA 00339148020064010000, Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, TRF1 – Oitava Turma, DJ Data: 27.10.2006, Página: 146)

‘PROCESSUAL CIVIL – CONSELHO PROFISSIONAL INTERESSADO DIRETAMENTE NA CAUSA – AUTARQUIA FEDERAL – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – ART. 109, I, DA CF/88 – Sendo o Crea uma autarquia especial federal, conforme entendimento assentado pelo Supremo Tribunal Federal (ADIN nº 1.717-6/DF), e estando ele diretamente interessado na causa, na condição de réu, competente é a Justiça Federal para processar e julgar o feito principal, nos termos do art. 109, I, da CF/88; – É assente na jurisprudência o entendimento de que a demanda envolvendo servidor público celetista deve ser julgada pela Justiça do Trabalho; – O réu não trouxe aos autos elementos capazes de demonstrar o vínculo de servidor público celetista com a autarquia; – É de aplicar-se ao caso em análise os arts. 1º e 243 da Lei nº 8.112/90, que instituem o regime jurídico único; – Agravo provido.’ (AG 200302010007723, Desembargador Federal Francisco Pizzolante, TRF2 – Terceira Turma, DJU – Data: 09.03.2004 – Página: 137)

‘CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. REGIME JURÍDICO DO SEU PESSOAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESPECIALIZADA. ARTIGO 114, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGO 58, § 3º, DA LEI 9.649/98.

I – Os servidores estatutários são aqueles regidos pela Lei 8.112/90, mesmo que remanescentes do antigo estatuto (Lei 1.711/52) e legislação congênere. Nesse sentido, ainda que se admitisse que os conselhos profissionais, como é o caso do Crea, possuem natureza jurídica autárquica, há que ser observada a forma de criação de seus cargos, a de contratação de seus empregados e/ou servidores e o sistema de remuneração de seu pessoal.

II – 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 (artigo 58, parágrafo terceiro, da Lei 9.649/98).

III – Em decisão proferida na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.395, o Pleno do c. STF deferiu liminar para excluir outra interpretação senão a de que as ações entre o poder público e seus servidores estatutários não se reputam oriundas de relação de trabalho, cujo conceito é restrito aos funcionários celetistas.

IV – Correto o juízo ao asseverar que ‘não importa o fato de a impetrante ser, como

alega, beneficiária da estabilidade prevista no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Esse benefício não lhe retira a natureza de empregada contratada, não a transforma em servidora pública'.

V – Agravo improvido.' (AI 00444102720004030000, Desembargadora Federal Cecilia Mello, TRF3 – Segunda Turma, DJF3, Data: 16.10.2008)

Essas são as balizas.

2.1.6. COMPETÊNCIA – SITUAÇÃO VERTENTE

Na situação vertente, o demandante foi contratado sob o regime da Consolidação do Trabalho – CLT, conforme se infere dos documentos jungidos no evento-1 deste eproc.

Na peça inicial, ele sustentou ter sido 'servidor público' daquele conselho, reportando-se à decisão do STF na ADIn 1.717/DF (peça inicial, p. 2 e ss.). Além disso, ele postulou o reconhecimento de desvio de função, sustentando ter exercido atribuições de cargos de nível superior.

O requerente invocou, ademais, como causa de pedir, o art. 39, § 3º, CF, com arts. 19 e 73, Lei 8.112/1990. Vê-se que, de certa forma, o autor postulou que o Poder Judiciário lhe reconheça uma espécie de regime híbrido, quanto ao referido período, dado que ele invocou garantias asseguradas ao regime estatutário e também vantagens pertinentes ao regime celetista.

Diante desse quadro e dadas as balizas acima, reputo que apenas a questão alusiva à pretensa aplicação dos arts. 19 e 73, Lei 8.112/1990, pode ser apreciada na presente sentença.

Os demais temas, alusivos a horas extraordinárias e eventual equiparação salarial (art. 7º, XXX, CF), são da alçada da Justiça do Trabalho.

Tanto por isso, na forma do art. 64, § 1º, novo CPC, reconheço a incompetência absoluta da Justiça Federal no que toca aos pedidos alusivos à aplicação do regime celetista. Apreciarei, na sequência, tão somente a questão pertinente ao suposto desvio de função/cargo público.

2.1.7. DEMAIS QUESTÕES PROCESSUAIS

Em sua réplica, o conselho regional alegou que a peça inicial seria inepta. Apreciei a questão no evento 22, a cujo teor me reporto aqui, por brevidade.

Dado que não foram suscitadas outras exceções ou objeções processuais e não diviso vício no feito quanto aos temas que permitem apreciação *ex officio* (art. 485, § 3º, NCPC), passo ao mérito da questão remanescente.

2.2. MÉRITO

Reipo, portanto, que apenas pode ser apreciada, perante a Justiça Federal, a questão alusiva à alegada conversão do emprego em cargo público, premissa em que se fia o autor, ao alegar ter havido desvio de função.

Impõe-se, para tanto, o exame tópico abaixo.

2.2.1. CARGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS

Como sabido, a Lei 8.112/1990 conceitua o cargo público como 'o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor'.

Aludido dispositivo é alvo dos comentários de Ivan Barbosa Rigolin, como segue:

'Cargo é um conjunto de atribuições e responsabilidades. Essa definição, flagrantemente inovadora diante da clássica definição de cargo como um lugar na Administração, teve caráter

nitidamente administrativista, a preponderar sobre um sentido jurídico-formal anterior que já era tradicional no direito brasileiro.

Ainda que mais moderna que a antiga definição, esta atual, constante do art. 3º da Lei 8.112, não é bastante em si mesma para delimitar inteiramente o sentido do instituto que pretendeu definir, pois qualquer conjunto de atribuições e responsabilidades, para poder ser vislumbrado como um cargo, há de estarmeticulosamente descrito em algum diploma da administração respectiva, que em geral é um regulamento.

A lei, ao apenas criar os cargos públicos, especificando sua denominação, seu número, a natureza de seu provimento (se efetivo, se em comissão), os vencimentos respectivos, a carga horária, se for o caso, não está indicando qual o conjunto de atribuições e responsabilidades que lhes é respectivo, e com isso não completa a delimitação da noção desse cargo ao intérprete e aplicador da lei.

Sem a descrição das atribuições e das responsabilidades cometidas a cada cargo, portanto, não se tem completa a configuração do mesmo cargo, verificando-se assim que apenas a lei não completa o sentido ou a integral intelecção da expressão cargo público, como definido pela Lei 8.112.' (RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao regime único dos servidores públicos civis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007. p. 22)

Por seu turno, José dos Santos Carvalho Filho argumenta que 'carreira é o conjunto de classes funcionais em que seus integrantes vão percorrendo os diversos patamares de que se constitui a progressão funcional. As classes são compostas de cargos que tenham as mesmas atribuições. Os cargos que compõem as classes são cargos de carreira, diversos dos cargos isolados que, embora integrando o quadro, não ensejam o percurso progressivo do servidor.' (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 556)

Ainda segundo Carvalho Filho, 'cargo público é o lugar dentro da organização funcional da administração direta e de suas autarquias e funções públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente' (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 557).

Já 'a função pública é a atividade em si mesma, ou seja, função é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos. Nesse sentido, fala-se em função de apoio, função de direção, função técnica' (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 557).

2.2.2. VEDAÇÃO DA TRANSPOSIÇÃO

Ademais, como notório, é vedada a transposição para cargos públicos, por força do art. 37, II, CF. Repito que sequer o art. 19, ADCT, teve o condão de promover dita equiparação para todos os fins jurídicos.

A respeito do tema, atente-se para o seguinte julgado do STF:

'MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA A PORTARIA 286/2007, DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. ALTERAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO DE TÉCNICO DE APOIO ESPECIALIZADO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADES DE SEGURANÇA. DIREITO À PERCEPÇÃO DA GRATIFICAÇÃO INSTITUÍDA PELO ART. 15 DA LEI 11.415/2006.'

1. Os cargos públicos, que consistem em 'conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor' (art. 3º da

Lei 8.112/90), são criados por lei e providos, se em caráter efetivo, após a indispensável realização de concurso público específico. 2. A Portaria PGR/MPU nº 286/2007 operou verdadeira transposição inconstitucional de cargos. Inconstitucional porque: a) a portaria é ‘meio juridicamente impróprio para veicular norma definidora das atribuições inerentes a cargo público’ (MS 26.955, rel. Min. Cármem Lúcia); b) houve alteração substancial das atribuições dos cargos titularizados pelos impetrantes. 3. Têm os autores direito à percepção da Gratificação de Atividade de Segurança (GAS), instituída pelo art. 15 da Lei 11.415/2006, pois exercem funções de segurança. 4. Segurança concedida.’ (MS 26.740, Ayres Britto, STF)

Daí o relevo da Súmula 685 da Suprema Corte:

‘Súmula 685 – É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.’

Isso não impede, por certo, a transformação, a criação ou a extinção de cargos, conforme art. 48, X, da Constituição Republicana. Atente-se para a lição de Carvalho Filho a esse respeito:

‘Situação diversa, no entanto, é aquela em que nova carreira criada por lei recebe atribuições anteriormente conferidas a carreira diversa. Nesse caso, se os integrantes da carreira mais antiga ingressaram por meio de concurso público, nada impede que se lhes faculte optar pelos cargos da nova carreira. Aqui não estaria sendo vulnerado nem o princípio da aprovação em concurso público, nem o da exigência de concurso para a primeira investidura, já que esta, na hipótese em foco, tem fisionomia e particularidade própria.’ (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 576)

Desse modo, o reenquadramento apenas será válido caso se cuide dessa excepcional hipótese verbalizada por José Carvalho Filho: a criação de um cargo com atribuições em tudo semelhantes à carreira antiga, ocupado por servidor aprovado em concurso público. Nos demais casos, a transposição será vedada, por agredir o art. 37, II, Constituição.

Menciono o precedente abaixo:

‘A exigência de concurso público para a investidura em cargo garante o respeito a vários princípios constitucionais de direito administrativo, entre eles, o da impessoalidade e o da isonomia. O constituinte, todavia, inseriu no art. 19 do ADCT norma transitória criando uma estabilidade excepcional para servidores não concursados da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios que, no momento da promulgação da CF, contassem com, no mínimo, cinco anos ininterruptos de serviço público. A jurisprudência desta Corte tem considerado inconstitucionais normas estaduais que ampliam a exceção à regra da exigência de concurso para o ingresso no serviço público já estabelecida no ADCT federal. Precedentes: ADI 498, rel. Min. Carlos Velloso (DJ de 09.08.1996) e ADI 208, rel. Min. Moreira Alves (DJ de 19.12.2002), entre outros.’ (ADI 100, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 09.09.2004, Plenário, DJ de 01.10.2004)

Tanto por isso, as Cortes têm enfatizado que a ascensão funcional não teria sido recepcionada pela Constituição de 1988:

‘RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS. PROVIMENTO DERIVADO DE CARGO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA CONS-

TITUCIONAL. CORPO DE BOMBEIROS. PROMOÇÃO DE OFICIAL AO POSTO DE MAJOR. ATRIBUIÇÃO DO CHEFE DO EXECUTIVO. DISCRICIONARIEDADE. PRECEDENTES. 1. A Constituição Federal de 1988, mais especificamente no seu art. 37, inciso II, dispõe que a investidura em cargo público exige a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. 2. A transposição de cargos públicos requerida pelo impetrante, modalidade de provimento derivado, é vedada pela Constituição da República, motivo pelo qual não merece reforma o acórdão recorrido que reconheceu a constitucionalidade dos decretos estaduais que previam tal modalidade de investidura em cargo público. 3. Recurso ordinário improvido.' (ROMS 200501910983, Maria Thereza de Assis Moura, STJ – Sexta Turma, DJE, Data: 23.11.2009)

'DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROGRESSÃO FUNCIONAL DE CARREIRA DE NÍVEL MÉDIO PARA OUTRA DE NÍVEL SUPERIOR. NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO. ASCENSÃO FUNCIONAL. FORMA DE PROVIMENTO NÃO RECEPCIONADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL VIGENTE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. O autor, ocupante do cargo de nível médio, pretende ser enquadrado no cargo de Assistente Técnico-Administrativo III, de nível superior, sob o argumento de que seu posicionamento se deu com respaldo em parecer emitido pela Administração Pública, o qual possui força normativa e não poderia ser desconstituído ante a garantia constitucional do direito adquirido. 2. É pacífico o entendimento de que, com o advento da Constituição Federal de 1988, o ingresso em cargos públicos deverá ser precedido de concurso público, ressalvadas as hipóteses previstas no próprio texto constitucional. 3. O autor ocupa cargo de nível médio e almeja ser investido em cargo de nível superior para o qual não foi habilitado em concurso público, não possuindo sequer formação universitária. Logo, excluída a hipótese de promoção funcional – a qual se processa na mesma carreira –, o pleito autoral não merece acolhimento, pois a ascensão funcional é modalidade de provimento não recepcionada pela Constituição Federal de 1988, conforme pacífica jurisprudência do STF. 4. Emurge cristalina a nulidade do ato de transposição do autor para o cargo de Assistente Técnico-Administrativo III, de nível superior, sem a realização de concurso público e sem a habilitação específica para o exercício do aludido cargo. Por isso que a Administração Pública, no exercício do poder-dever que lhe é inerente, efetuou o posterior reenquadramento do demandante, adequando sua situação funcional ao que dispõe a legislação pertinente. 5. Apelação desprovida.' (AMS 00373076219964010000, Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu, TRF1 – 3^a Turma Suplementar, e-DJF1, Data: 21.09.2012, Página: 1287)

Tanto por isso, não há como se reconhecer a condição de servidor público a quem não tenha sido efetivamente aprovado em concurso público, observados os requisitos que lhe são inerentes.

Ressalva-se aqui, por certo, a posse em cargos demissíveis *ad nutum* (funções de confiança), na forma do art. 37, II, parte final, CF.

2.2.3. SITUAÇÃO VERTENTE

Na situação sob exame, portanto, a pretensão do demandante é improcedente, no que toca ao aventado reconhecimento de que ele ocuparia cargo público. Registro que a decisão do Supremo Tribunal, ao apreciar a ADI 1.717, não teve o condão de invalidar o art. 58, § 3º, da Lei 9.649/1998:

‘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.’

Atente-se para o julgado abaixo:

‘PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – CREA/RJ – ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO DE DEMISSÃO – REINTEGRAÇÃO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – INDEFERIMENTO DA INICIAL – ARTS. 267, I, E 295, I, DO CPC. 1. Funcionário dos quadros do Crea demitido por justa causa, em virtude do não cumprimento dos seus deveres, postulando reintegração ao trabalho em razão de rescisão contratual. 2. A Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, alterou a redação do art. 39 da Carta Magna e extinguiu a obrigatoriedade do Regime Jurídico Único, passando a prevalecer o § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649/98, de 27.05.1998, ou seja, o regime trabalhista. 3. O referido dispositivo legal foi mantido pela Suprema Corte por ocasião do julgamento da ADIn nº 1.717/DF, o qual dispôs sobre a incidência da lei trabalhista para os empregados dos conselhos de fiscalização profissional. 4. Postulando a parte-autora reintegração ao trabalho, em razão de rescisão de contrato de trabalho, a competência é da Justiça Trabalhista. 5. Impõe-se o indeferimento da inicial por inépcia, com a consequente extinção do processo (arts. 267, I, e 295, I, do CPC). 6. Apelação provida parcialmente.’ (AC 200651010216315, Desembargador Federal Leopoldo Muylaert, TRF2 – Sexta Turma Especializada, DJU – Data: 08.04.2008 – Página: 155)

Isso significa que não há lastro para a pretendida conversão da relação de emprego, então mantida pelo demandante junto ao Crea, em efetivo vínculo estatutário. E, derivado disso, tampouco há lastro, no que toca à Justiça Federal, para o pretendido reconhecimento de desvio de função, sem prejuízo de que, sendo o caso, a Justiça do Trabalho aprecie o tema sob as luzes do art. 7º, XXX, CF, no que toca à competência que lhe é própria.

JULGO IMPROCEDENTE, portanto, a pretensão no que toca à aplicação do art. 39, CF, e dos arts. 19 e 73 da Lei 8.112/1990. Deixo de conhecer as demais pretensões deduzidas na inicial, na forma detalhada acima.

2.2.4. QUANTO À GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Como sabido, a deflagração de uma demanda judicial e a resistência a uma pretensão deduzida em juízo não são isentas de despesas. Por um lado, o ingresso em juízo depende do recolhimento de taxas decorrentes da prestação de serviço público. No âmbito federal, aludidas custas são regradas pela Lei 9.289/1996 c/ art. 145, II, CF/1988.

Por outro lado, também há verbas sucumbenciais, destinadas a remunerar a atividade dos advogados privados (art. 23 da Lei 8.906/1994 c/ art. 20, CPC), ou então destinadas a remunerar a atividade das entidades públicas pertinentes, quando não sucumbam.

Anote-se, todavia, que a Constituição da República dispôs, no seu art. 5º, LXXIV, que ‘o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos’.

Essa mesma lógica eclode do art. 24, XIII, e do art. 134, CF.

Ademais, a Constituição recepcionou, como sabido, a antiga Lei 1.060/1950, responsável por detalhar as hipóteses do que se convencionou chamar de ‘justiça gratuita’.

No dia 18.03.2016, esgotou-se o período de *vacatio legis* do novo Código de Processo

Civil, cujos arts. 98 e ss. trataram da gratuidade de justiça, abrogando dispositivos da Lei 1.060/1950.

Registro, inicialmente, que o novo CPC manteve a vigência da norma veiculada no art. 13 da Lei 1.060/1950 (art. 1.072, III, *a contrario sensu*). Daí o relevo da análise de Araken de Assis, em um dos mais profundos comentários sobre o novo CPC, até o momento:

‘744.1 Isenção total – Em princípio, ao litigante interessa forrar-se integralmente do custo financeiro do processo. A isenção total tem por objeto, portanto, o art. 98, § 1º, I a IX, ficando suspensa a exigibilidade do dever de reembolsar as despesas suportadas pelo adversário, no todo ou em parte – a perícia requerida por ambas a partes tem seu custo repartido, a teor do art. 95, *caput*, e, portanto, competiria ao beneficiário reembolsar em parte o vencedor –, e o pagamento de honorários ao advogado do vencedor, pelo prazo de cinco anos, a teor do art. 98, § 3º.

744.2 Isenção parcial – Mantido pelo art. 1.072, III, NCPC, o art. 13 da Lei 1.060/1950 subentende a concessão parcial do benefício de gratuidade. Essa possibilidade encontra-se prevista de modo mais nítido no art. 98, § 5º, segundo o qual o juiz concederá gratuidade em relação a algum ou a todos os atos processuais. Pode acontecer de o litigante, conduzindo-se segundo os ditames da boa-fé (art. 5º), alegar não dispor de recursos para adiantar, v.g., os honorários do perito, sem dúvida despesa de vulto. Em tal hipótese, o órgão judiciário concederá isenção parcial, provocando a incidência, nesse caso, do art. 95, § 2º.

744.3 Isenção remissória – O art. 98, § 5º, *in fine*, autoriza o juiz a reduzir percentualmente as despesas processuais que incumbe à parte adiantar no curso do processo. O benefício não alivia a parte da antecipação quanto a um ato específico. Limita o benefício a parte da despesa; por exemplo, fixada a indenização da testemunha em 100, o beneficiário paga 50, ficando a parte remanescente postergada para o fim do processo. Saindo-se vencedor o beneficiário, a contraparte cumprirá o art. 492, quanto à parte isentada, e reembolsará o beneficiário da outra metade.

744.4 Isenção diferida – A isenção parcial do art. 13 da Lei 1.060/1950 inspirou duas modalidades de deferimento: (a) o pagamento ao final, embora vencido o beneficiário; (b) o pagamento parcelado da despesa, objeto de previsão no art. 98, § 6º. Por exemplo, a parte não dispõe da totalidade dos honorários do perito arbitrados pelo juiz e, nessa contingência, requer o pagamento em três ou mais parcelas mensais consecutivas. O pagamento ao fim do processo é mais radical. A parte apostou no sucesso, transferindo, *secundum eventum litis*, todas as despesas ao adversário. E, não logrando êxito, ficará isenta pelo prazo legal (art. 98, § 3º).’ (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2015. v. II. Tomo I. Parte geral. Institutos fundamentais. p. 535-536)

Quanto aos requisitos para a concessão, atentando para o dever de fundamentação (art. 93, IX, CF, e art. 11, NCPC), reporto-me à análise de Rafael Alexandria de Oliveira:

‘Faz jus ao benefício da gratuidade de justiça aquela pessoa com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios (art. 98). Não se exige miserabilidade, nem estado de necessidade, tampouco se fala em renda familiar ou faturamento máximos. É possível que uma pessoa natural, mesmo com boa renda mensal, seja merecedora do benefício, e que também o seja aquele sujeito que é proprietário de bens imóveis, mas não dispõe de liquidez. A gratuidade judiciária é um dos mecanismos de viabilização do acesso à justiça; não se pode exigir que, para ter acesso à justiça, o sujeito tenha que comprometer significativamente a sua renda, ou tenha que se desfazer de seus

bens, liquidando-os para angariar recursos e custear o processo.' (OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. In: WAMBIER, Teresa Alvim et al. (org.). *Breves comentários ao novo CPC*. São Paulo: RT, 2015. p. 359)

Convém atentar, ademais, para a precisa análise de Araken de Assis:

‘À concessão do benefício, nos termos postos no art. 98, *caput*, fundamentalmente interessa não permitir a situação econômica da parte atender às despesas do processo. É irrelevante a renda da pessoa, porque as causas podem ser vultuosas e sem recursos para ela o interessado. Igualmente, nenhum é o relevo da existência de patrimônio. E, de fato, se, mesmo tendo um bem imóvel, os rendimentos da parte não lhe são suficientes para arcar com custas e honorários sem prejuízo do sustento, tal propriedade não é empecilho à concessão da gratuitade. Parece pouco razoável exigir que alguém se desfaça de seus bens para atender às despesas do processo. Nada assegura, *a fortiori*, o retorno à situação patrimonial anterior, em virtude do desfecho vitorioso do processo. (...) Funda-se o benefício da gratuitade em uma equação econômica: a noção da necessidade decorre da inexistência de recursos financeiros, apurados entre a receita e a despesa, capazes de atender o custo da demanda. Considera-se a situação atual da pessoa, mostrando-se irrelevante a sua antiga fortuna, dissipada ou perdida nos azares da vida.’ (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2015. v. II. Tomo I. Parte geral. Institutos fundamentais. p. 549)

De toda sorte, a jurisprudência consolidou o entendimento de que aludido benefício deve ser assegurado a quem perceba rendimentos líquidos de até 10 salários mínimos mensais. No momento, isso se traduz à renda líquida de R\$ 8.800,00, considerando o conteúdo do Decreto nº 8.618, de 29.12.2015.

A título ilustrativo, atente-se para a ementa abaixo:

‘PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. REQUISITOS. INAPLICABILIDADE DA SISTEMÁTICA DE TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. RENDIMENTOS LÍQUIDOS INFERIORES A DEZ (10) SALÁRIOS MÍNIMOS. Inaplicabilidade da tabela referente ao imposto de renda para tratar de benefício da assistência judiciária gratuita, matérias sem vinculação jurídica, porque uma é de natureza tributária e a outra possui índole processual, voltada que está ao princípio constitucional de acesso à Justiça e que transcende ao que se dirige à tributação. Precedentes da Segunda Seção desta Corte, que consagram a tese de que faz jus ao benefício quem percebe valor líquido inferior a 10 (dez) salários mínimos, no que se enquadram os agravantes, segundo contracheques constantes dos autos, dispensados de trazer novos documentos para demonstrar sua renda mensal, porque seus vencimentos só podem ser reajustados por lei, o que não ocorreu. Benefício concedido. Agravo provido.’ (AG 200904000261856, Silvia Maria Gonçalves Goraieb, TRF4 – Terceira Turma, D.E. 13.01.2010)

Anote que o NCPC manteve a lógica do art. 12 da Lei 1.060/1950, de modo que a concessão do benefício não implica efetiva exoneração da obrigação de recolher despesas e pagar honorários sucumbenciais, observado o prazo suspensivo previsto, agora, no art. 98, § 2º, NCPC (05 anos).

O detalhe está no fato de que, nos termos do art. 98, § 5º, NCPC, ‘A gratuitade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento’.

Anote-se que a Constituição preconiza que o postulante demonstre a incapacidade para o pagamento (art. 5º, LXXIV, CF). Aliás, como bem expressa Araken de Assis,

‘A dispensa de o postulante da gratuidade, cuidando-se de pessoa natural, produzir prova documental do seu estado de necessidade provocou efeito colateral de graves reflexos. Fica o respectivo adversário em situação claramente desvantajosa. É muito difícil, no mais das vezes, e na imensa maioria dos litígios civis, a parte contrária reunir prova hábil da equação entre receita e despesa que gera a figura do necessitado. Enfraqueceu-se, em suma, o controle judiciário desse dado. A concessão do benefício é automática, e, na prática, simultaneamente irreversível, por força da inutilidade dos esforços em provar o contrário.’ (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2015. v. II. Tomo I. Parte geral. Institutos fundamentais. p. 559)

Tanto por isso, o ideal seria exigir-se prova da alegada hipossuficiência econômica, a exemplo do que se exige das demais declarações sobre fatos, ventiladas pelas partes.

Essa não foi, todavia, a opção do Congresso, conforme se infere do art. 99, NCPC, que segue abaixo:

‘Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

§ 1º Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso.

§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

§ 4º A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça.

§ 5º Na hipótese do § 4º, o recurso que verse exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência fixados em favor do advogado de beneficiário estará sujeito a preparo, salvo se o próprio advogado demonstrar que tem direito à gratuidade.

§ 6º O direito à gratuidade da justiça é pessoal, não se estendendo a litisconsorte ou a sucessor do beneficiário, salvo requerimento e deferimento expressos.’

Essas são as balizas.

Na espécie, a gratuidade de justiça foi deferida ao autor no curso do feito (evento 4). Referido benefício não foi impugnado pelo Crea. Mantendo, portanto, a mencionada suspensão do pagamento de verbas sucumbenciais, cujo montante arbitro adiante.

2.2.5. QUANTO À SUCUMBÊNCIA

Dante do exposto, vê-se que o autor sucumbiu quanto ao pedido de ver aplicado, em seu favor, o regime estatutário. A projeção econômica do aludido pleito não é suscetível de liquidação, nessa via, dado cuidar-se de pretensão inestimável, uma vez que formulada em conjunto com pedidos suscetíveis de apreciação apenas pela Justiça do Trabalho.

Aplico ao caso, por conseguinte, a lógica do art. 85, § 8º, novo CPC:

‘Art. 85. (...) § 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.’

Levo em conta, por conseguinte, os vetores do art. 85, § 2º, CPC/15:

‘Art. 85. (...) § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

- I – o grau de zelo do profissional;
- II – o lugar de prestação do serviço;
- III – a natureza e a importância da causa;
- IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.’

Atentando para tais balizas, condeno o demandante ao pagamento, em favor do advogado do Crea/PR (art. 23, Lei 8.906/1994), da quantia de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Aludido valor deverá ser pago de modo atualizado, conforme variação do IPCA-E (STJ, REsp 1.270.439, e Medida Provisória 1.973-67/2000), com termo inicial na data desta sentença e termo final na data do efetivo pagamento, desde que sobrevenham condições de efetivo pagamento, conforme art. 98, § 3º, novo CPC:

‘Art. 98. (...) § 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.’

Por sinal, esse é o indexador indicado no manual de cálculos do CJF.”

E em embargos de declaração:

“2.2. ESCOPO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS

Como sabido, todas as deliberações judiciais devem ser bem fundamentadas. O juízo deve enfrentar os argumentos lançados pelas partes, esclarecendo a razão pela qual decidiu desta ou daquela forma (art. 93, IX, CF).

Os embargos de declaração destinam-se justamente a oportunizar ao Poder Judiciário a eliminação de arestas; viabilizam a supressão de obscuridades, omissões ou contradições presentes no interior da resolução impugnada (RSTJ 59/170).

A contradição, a dúvida e a obscuridade devem ser aferidas, todavia, em razão de critérios razoavelmente objetivos, e não apenas do ponto de vista específico deste ou daquele embargante. *‘Não basta, pois, que o insurgente simplesmente discorde da decisão, visto que, em tal caso, deve se socorrer dos meios de impugnação adequados junto aos tribunais revisores respectivos.*

A via declaratória se presta, com exclusividade, como mecanismo para se corrigir os defeitos presentes no interior da decisão proferida, porquanto, a teor da Lei Fundamental, repisa-se, todas as decisões judiciais devem ser claras e inteligíveis.

Os embargos de declaração constituem-se em instrumento de uso restrito, não se prescendo a sucedâneo recursal. Isto é, não têm por escopo precípua a reforma do julgado; para isso o ordenamento preconiza os recursos de caráter devolutivo à semelhança da apelação e do agravo, como cediço.

Eles ‘não se constituem em recurso idôneo para corrigir os fundamentos de uma decisão’ (Bol. ASSP 1.536/122, mencionado por Theotônio Negrão. CPC comentado, nota ao art. 535). De igual forma, ‘a contradição que autoriza o uso de embargos de declaração é a que se verifica entre proposições do acórdão, não aquela que se encontra entre decisões

diversas' (STJ, REsp 36.405-1, DJU 23.05.94, p. 12.612).

Em situações extravagantes, porém, os embargos podem ensejar a modificação da própria decisão impugnada. Isso ocorre quando há uma contradição de tal monta entre premissas e sínteses, no interior do julgado, que, corrigindo-se os equívocos, o Poder Judiciário se vê obrigado a lançar outras conclusões. A isso se denomina de efeito infringente dos embargos.

'A possibilidade de interposição de embargos de declaração com efeitos infringentes é admitida amplamente na jurisprudência brasileira, desde que os efeitos modificativos decorram de omissão, obscuridade ou contradição verificada no julgado embargado.' (HC 86.139, Ellen Gracie, STF, omitti o restante da ementa)

Colho também a lição de Araken de Assis sobre o tema:

‘A finalidade dos embargos de declaração consiste emclarar o pronunciamento do órgão judicial. Em tal mister, parece inevitável a modificação do pronunciamento (*infra*, 70, I), por mínima que seja. Sucede que, nos casos de omissão, frequentemente o provimento apresenta características infringentes. O resultado do provimento é invertido, sob pena de o órgão judiciário incidir no defeito da contradição, por outro motivo e em consequência dos próprios embargos.

Exemplo muito repetido situa o problema. O juiz acolheu o pedido formulado por Pedro contra Mário, mas esqueceu o exame da prescrição alegada pelo réu; interpostos embargos de declaração, e superada a barreira da admissibilidade, das duas uma: ou o juiz dá provimento aos embargos de declaração, suprindo a omissão, e rejeita a exceção, alinhando tal resultado com o anterior acolhimento do pedido; ou o juiz dá provimento aos embargos de declaração e acolhe a exceção, encontrando-se na árdua contingência de, sob pena de incidir em contradição, emitir sentença de mérito desfavorável ao autor (art. 269, IV). Em ambas as hipóteses, o provimento dos embargos de declaração modificou a sentença, acrescentando-lhe o que faltava; no segundo caso, o provimento desalinhou a resolução da questão prévia e o dispositivo anterior, impondo-se alteração dramática, do ponto de vista do autor, porque lhe retira a vitória já conquistada. E jamais se poderá afirmar que o desfecho preconizado representa efeito anômalo no julgamento dos embargos declaratórios. O defeito alegado é típico. O alinhamento da decisão, inevitável.

*Evidentemente, os embargos de declaração não servem para reiterar o já decidido. É totalmente estranho aos embargos de declaração o escopo de julgar outra vez, repensar os termos do julgamento anterior, percorrer todos os passos que conduziram à formação do ato para chegar a idêntico resultado. Faltariam a tais embargos represtinações os defeitos contemplados no art. 535, I e II, que os tornam cabíveis. E, de acordo com a 1ª Seção do STJ, o recurso vertido revelaria ‘o manifesto caráter infringente pretendido pelo embargante de novo julgamento da questão já decidida’. Nessa situação, os embargos assumem feição protelatória, ensejando a aplicação da multa do art. 538, parágrafo único, primeira parte, do CPC. É questão extremamente delicada distinguir o efeito infringente admissível da simples pretensão a novo julgamento e, neste caso, identificar caráter protelatório, que há de ser manifesto.’ (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 632-633)*

Conquanto aludidas lições doutrinárias tenham sido equacionadas sob a égide do CPC de 1973, continuam aplicáveis sob a Lei 13.105, de 16 de março de 2015, o novo Código de Processo Civil, cujo período de *vacatio* esgotou-se em 18 de março de 2016.

Atente-se para o art. 994, IV, e arts. 1.022 e ss., novo CPC.

‘Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

- I – esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;
- II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III – corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

- I – deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.’

Recebo os embargos, destarte, sempre como uma oportunidade para que a prestação jurisdicional seja aperfeiçoada. Ainda assim, não se pode vislumbrar nesse mecanismo um meio corriqueiro de rediscussão, perante o mesmo juízo, de temas já解决ados na sentença/decisão.

Em tal caso, *por imperativo legal e constitucional*, a competência para o exame e, sendo o caso, a reforma do julgado/decisão será dos tribunais pertinentes.

Firmadas essas premissas, passo ao exame do caso.

2.3. SITUAÇÃO VERTENTE

Na peça de embargos, o autor alegou haver contradição na sentença impugnada, no que tocaria ao reconhecimento da incompetência absoluta da Justiça Federal para o caso. Ao mesmo tempo, ele alegou haver erro material na premissa esposada no julgamento, dado que, ao contrário do que anotei no evento 111, ele teria sido selecionado mediante prévio concurso público, ainda que então submetido ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

É o que aprecio.

De partida, vê-se que, *em alguma medida*, o autor busca rediscutir, perante a primeira instância, os critérios jurídicos aplicados, de forma detalhada, para a solução do presente caso. Con quanto seja seu direito impugnar a sentença, cabe apenas ao colegiado recursal apreciar as razões que ele apresente para tanto.

Em segundo plano, ao contrário do que ele alegou em sede de embargos, é fato que a sua peça inicial aludiu, em inúmeros tópicos, à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), como bem ilustra o item 2.3 do evento-1, petição inicial (intervalo intrajornada).

De toda sorte, pelos motivos que expus, de forma didática e rebarbativa, na sentença impugnada, as questões alusivas à eventual aplicação da CLT apenas podem ser apreciadas pela Justiça do Trabalho.

Quanto à questão de fundo, o fato é que o demandante não podia ser reputado como servidor público, ao tempo dos fatos, dado que foi contratado sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho. A legislação brasileira veda que haja transposição para cargos públicos; e o fato de ter sido selecionado mediante edital de convocação não altera a mencionada realidade.

O autor não foi contratado sob o regime estatutário, buscando ver reconhecida tal natureza de forma oblíqua, com manifesta burla ao art. 37, Lei Fundamental. Ele foi contratado mediante um edital que estava destinado à seleção de pessoal sob *regime da CLT* (edital 12, evento-1), o que certamente limitou a amplitude dos interessados na contratação, sendo incabível que se lhe reconheçam prerrogativas próprias ao regime estatutário, pelas razões verbalizadas na sentença impugnada.

Desse modo: (a) a pretensão do autor à percepção de verbas por conta de intervalos

intrajornadas, horas extraordinárias etc. somente pode ser apreciada pela Justiça do Trabalho, dado que ele foi contratado sob o regime da CLT; (b) não há como convertê-lo em servidor público, sem que tenha sido aprovado em efetivo concurso público, destinado ao preenchimento de cargos vagos, que tenham sido criados por lei.

A constatação de que o STF concedeu liminar, no âmbito da *ADI 2.135-4* – verdadeiro truismo –, em nada altera essa realidade, visto que continua vedado que se tomem os funcionários do Crea como se fossem servidores públicos, sob pena de agressão ao art. 37 da mesma Lei Maior, no rastro de pacífica orientação jurisprudencial já detalhada na sentença.

Reporto-me também ao julgado abaixo:

‘AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE ECONOMIA. FUNCIONÁRIA. ASSISTENTE EXECUTIVA. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO ATO DE DEMISSÃO E CONSEQUENTE REINTEGRAÇÃO NO CARGO. ADMISSÃO EM 02.03.1998. ADIN 2.135. SUSPENSÃO LIMINAR DA VIGÊNCIA DO *CAPUT* DO ART. 39DA CF, COM REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 19/98. EFEITO *EX NUNC*. MANUTENÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DA EMENDA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. RECURSO IMPROVIDO. I. O cerne do recurso consiste na análise acerca da competência da Justiça Federal para conhecer e julgar a lide na qual a impetrante – funcionária do Conselho Regional de Economia da 2ª Região/SP – objetiva a anulação do ato que a demitiu e a sua reintegração no cargo que ocupava, além do pagamento das verbas remuneratórias, desde a data de impetração do *mandamus*. II. O regime dos funcionários dos conselhos de fiscalização era celetista, nos moldes do Decreto-Lei nº 968/69, o que perdurou até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, a qual, em conjunto com a Lei nº 8.112/90, instituiu o regime jurídico único dos servidores públicos. III. Nos moldes do art. 243 da Lei nº 8.112/90, os funcionários dos conselhos de fiscalização passaram a ser estatutários, o que perdurou até a Emenda Constitucional nº 19/98, que aboliu o referido regime jurídico único. IV. Ainda em decorrência da Emenda Constitucional nº 19/98, foi editado o artigo 58, parágrafo 3º, da Lei nº 9.649/98, o qual previu que ‘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’. Tal dispositivo, portanto, instituiu, novamente, o regime celetista para aqueles servidores. V. Contudo, ao analisar as normas em questão, o e. STF, ao julgar a ADIN 1.717/DF, declarou a inconstitucionalidade do artigo 58, *caput* e parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º, da Lei nº 9.649/98, sob a alegação de que os conselhos de fiscalização possuem natureza de autarquia de regime especial, restando intacto, por outro lado, o parágrafo 3º da citada norma, mantendo-se a disposição que submetia os funcionários dos referidos conselhos à legislação trabalhista. VI. Tal situação perdurou até 02.08.2007, quando o e. STF, ao proferir julgamento na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135/DF, suspendeu, liminarmente, a vigência do *caput* do artigo 39 da CF, com a redação dada pela EC nº 19/98, ocasião na qual se restabeleceu a redação original do dispositivo, exigindo o regime jurídico único para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. Tal decisão, todavia, possui efeitos *ex nunc*, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa. VII. O e. STF, portanto, por ocasião da análise da Medida Cautelar na ADIN nº 2.135, atribuiu efeito *ex nunc* à decisão ali proferida, ressalvando, porém, as contratações realizadas com fundamento

em legislação amparada na Emenda Constitucional 19/98, o que enseja a manutenção da legislação vigente à época da referida emenda. VIII. No caso dos autos, a impetrante foi admitida pelo Conselho Regional de Economia da 2^a Região em 02.03.1998 – ou seja, em data posterior à promulgação da Carta Magna e à edição da Lei nº 8.112/90 – sob o regime da CLT, conforme se depreende não só por meio dos documentos encartados aos autos, mas também pelo fato de não ter se submetido a concurso público e não se enquadrar na regra transitória do artigo 19 do ADCT. IX. Diante da determinação do Supremo Tribunal Federal a respeito da manutenção da legislação vigente à época da Emenda 19/98 – o que se dá em virtude do efeito ex nunc atribuído à decisão que suspendeu, liminarmente, a vigência do caput do artigo 39 da Constituição Federal, com a redação dada pela referida emenda –, o vínculo da impetrante com o poder público continuou sendo regido pela CLT, motivo pelo qual a competência para processar e julgar a demanda originária é da Justiça do Trabalho, nos moldes do artigo 114, incisos I e IV, da Constituição Federal. X. O fato de a agravante ter sido demitida em 09.03.2012 – ou seja, posteriormente ao julgamento da ADIN 2.135-MC – não altera a natureza da relação trabalhista que mantinha com o Conselho Regional de Economia, para estatutária, justamente pelo efeito ex nunc já explicitado. XI. Agravo legal improvido.’ (AI 00155266520124030000, Desembargador Federal Cotrim Guimarães, TRF3 – Segunda Turma, e-DJF3 Judicial 1 Data: 28.02.2013)

Para os fins previstos no art. 489, § 1º, VI, NCPC, transcrevo a fundamentação do mencionado julgado, em tudo aplicável ao caso vertente:

‘Decisão agravada: proferida em sede de mandado de segurança impetrado por M.D.S.M. contra ato do PRESIDENTE DO CONSELHO REGIONAL DE ECONOMIA DA SEGUNDA REGIÃO, a qual declarou a incompetência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar a demanda, determinando a remessa dos autos para a distribuição a uma das varas da Justiça do Trabalho em São Paulo.

Agravante: irresignada, a impetrante pleiteia a reforma da r. decisão, fazendo, preliminarmente, um histórico dos regimes jurídicos aplicáveis aos conselhos de fiscalização no curso do tempo. Aduz, ainda, que o ponto fulcral da questão reside na legislação vigente no momento da demissão do servidor, bem como que foi guindada à condição de servidora pública por força do quanto decidido na ADIn 2.135-MC em agosto/2007. Alega, por fim, que, em decorrência de ter sido demitida em 03.01.2012, a natureza da relação discutida é estatutária, cabendo à Justiça Federal processar e julgar o feito em questão.

É o breve relatório.

DECIDO.

A matéria posta em desate comporta julgamento nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, visto que já foi discutida pelo e. STF.

O cerne do presente agravo consiste na análise acerca da competência da Justiça Federal para conhecer e julgar a lide na qual a impetrante – funcionária do Conselho Regional de Economia da 2^a Região/São Paulo – objetiva a anulação do ato que a demitiu e a sua reintegração no cargo que ocupava, além da condenação da autoridade coatora ao pagamento das verbas remuneratórias, desde a data da impetração do presente *mandamus*.

A princípio, tem-se que o regime dos funcionários dos conselhos de fiscalização profissional era celetista, nos moldes do quanto disposto no Decreto-Lei nº 968/69. Tal regime perdurou até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, a qual, em conjunto com a Lei nº 8.112/90, instituiu o regime único dos servidores públicos, nos moldes do quanto

previsto no artigo 243 daquela lei, *in verbis*:

'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. (...)'

Diante disso, tais funcionários passaram à condição de estatutários, o que perdurou até a Emenda Constitucional nº 19, datada de 04 de junho de 1998, a qual aboliu o regime único dos servidores públicos.

Ainda, em decorrência de tal emenda, foi editado o artigo 58, § 3º, da Lei nº 9.649/98, o qual assim dispôs:

'§ 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.'

Tal dispositivo, portanto, instituiu novamente o regime celetista para os servidores dos conselhos de fiscalização profissional, em conformidade com o quanto determinado na referida emenda constitucional.

Contudo, ao analisar o controle das normas em questão, o e. Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIN 1.717/DF, declarou a inconstitucionalidade do artigo 58, caput e parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º 6º, 7º e 8º, da Lei nº 9.649/98, sustentando que os referidos conselhos de fiscalização possuem natureza de autarquia de regime especial.

Para corroborar tal afirmação, transcrevo a ementa ali proferida:

'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 indeleibilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

3. Decisão unânime.' (ADI 1.717/DF – Distrito Federal, rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 28.03.2003)

Assim, restou intacto o quanto previsto no § 3º do artigo 58 da Lei nº 9.649/98, sendo mantida a disposição que submetia os funcionários dos conselhos de fiscalização de profissões à legislação trabalhista.

Tal situação perdurou até 02.08.2007, ocasião na qual o Supremo Tribunal Federal,

ao proferir julgamento na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135/DF, suspendeu, liminarmente, a vigência do *caput* do artigo 39 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, ocasião na qual se restabeleceu a redação original do dispositivo, exigindo-se o regime jurídico único para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Tal decisão, todavia, possui efeitos *ex nunc*, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa, conforme se infere da ementa do julgado ora mencionado:

‘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. SUPRESÃO, 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 OFENSAS AO ART. 60, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 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 quórum 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.' (grifei)

Nesse contexto, é de se destacar que o colendo Supremo Tribunal Federal, por ocasião da análise da Medida Cautelar na *ADIN nº 2135*, atribuiu efeito *ex nunc* à decisão ali proferida, *ressalvando, contudo, as contratações realizadas com fundamento em legislação amparada na Emenda Constitucional 19/98*, o que, por si só, enseja a manutenção da legislação vigente à época da referida emenda.

No caso concreto, verifica-se que a agravante foi admitida pelo Conselho Regional de Economia da 2ª Região em 02.03.1998, sob o regime da CLT, conforme se depreende não só dos documentos de fls. 25-27 do presente agravio, mas também do fato de não ter se submetido a concurso público e não se enquadrar na regra transitória do artigo 19 do ADCT – até porque foi admitida em data posterior à promulgação da Carta Magna e à edição da Lei nº 8.112/90.

Assim, considerando a determinação do Supremo Tribunal Federal a respeito da manutenção da legislação vigente à época da Emenda 19/98, em virtude do efeito *ex nunc* atribuído à decisão que suspendeu, liminarmente, a vigência do *caput* do artigo 39 da Constituição Federal, com a redação dada pela referida emenda, o vínculo da agravante com o poder público continuou sendo regido pela CLT, motivo pelo qual a sua pretensão não merece acolhida.

É de se dizer, ainda, que, ao contrário do quanto sustentado pela agravante, o fato de ela ter sido demitida em 09.03.2012 – ou seja, posteriormente ao julgamento da ADIN 2.135-MC – não altera a natureza da relação trabalhista que mantinha com o Conselho Regional de Economia para estatutária, justamente pelo efeito ex nunc já explicitado.

Assim, considerando que a relação jurídica entre a agravante e o Conselho Regional de Economia encontrava-se regida pela CLT, necessário se faz reconhecer que a competência para processar e julgar a demanda originária – a qual discute a legalidade da demissão e a eventual reintegração da agravante ao cargo que ocupava no referido conselho – é da Justiça do Trabalho, nos moldes do artigo 114, incisos I e IV, da Constituição Federal.

Para corroborar tal posicionamento, trago à colação arreios proferidos pelo colendo Superior Tribunal de Justiça e pelo e. Tribunal Regional Federal da 1ª Região a respeito do assunto ora abordado:

‘CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. LEI FEDERAL 11.350/06. SUBMISSÃO AO REGIME CELETISTA. EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. *In casu*, a Lei Federal nº 11.350/06, que dispõe sobre a contratação temporária dos Agentes de Combate às Endemias, prevê expressamente que o regime jurídico aplicável à contratação em tela é o da Consolidação das Leis do Trabalho. 2. *Tendo em vista a expressa determinação legal de que os autores têm seus vínculos com o poder público regidos pela CLT, a competência para processar e julgar a demanda em tela é da Justiça do Trabalho.* 3. Agravio regimental a que se nega provimento.’ (STJ – AGRCC – Agravio Regimental no Conflito de Competência 105.309, Processo: 200900968871, Órgão Julgador: Terceira Seção, rel. Maria Thereza de Assis Moura, Data da decisão: 10.11.2010, DJE Data: 22.11.2010) (grifos nossos)

‘PROCESSUAL CIVIL. TRABALHISTA. AUTARQUIA FEDERAL. RELAÇÃO DE

TRABALHO CELESTISTA. VÍNCULO ESTATUTÁRIO NÃO COMPROVADO. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONEXÃO. REMESSA DOS AUTOS. ATOS DECISÓRIOS ANULADOS. APELAÇÃO PREJUDICADA. 1. Com a declaração de inconstitucionalidade do art. 58 da Lei nº 9.649/98 pelo Supremo Tribunal Federal, consolidou-se o entendimento de que os conselhos de fiscalização profissional são autarquias especiais federais. *No entanto, essa regra não prevalece quando a autarquia federal se vê envolvida em lide decorrente de relação de trabalho (art. 114, I, da Constituição Federal) que não seja jurídico-estatutária.* Assim, se o vínculo que une o trabalhador ao poder público não é estatutário, mas apenas celetista, a competência é da Justiça do Trabalho. Nos termos do art. 113 do CPC, a incompetência absoluta deve ser declarada de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição. 2. No caso em tela, a autora não comprova que possui atualmente vínculo estatutário com a autarquia-ré, nos moldes da Lei nº 8.112/90, mas, de modo contrário, formula pedidos com base na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e junta recibos de pagamento de salário em que constam depósitos para o FGTS, o que, em princípio, constitui fortes indícios da natureza celetista de sua presente relação de trabalho com a ré. 3. Não é objeto da presente ação a discussão acerca da natureza do atual liame jurídico que une a autora à ré, se celetista ou estatutário, mas sim de outra ação, ajuizada anteriormente por aquela contra a autarquia-ré, que tramitou perante a 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, sendo posteriormente remetida para a Justiça do Trabalho, onde atualmente tramita perante a 1ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG. Afigura-se evidente a conexão entre a presente ação e aquela enviada para a Justiça do Trabalho, e, havendo possibilidade de decisões contraditórias nos referidos processos, pode o juiz, de ofício, ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente, nos termos do art. 105 do CPC. 4. Em sede de conflito positivo de competência tendo por suscitante o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região e suscitado o Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais nos autos de ação de consignação em pagamento ajuizada pelo Conselho Regional de Administração de Minas Gerais contra a autora, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça ser competente a Justiça do Trabalho para o julgamento daquela causa (CC 49102/MG, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Segunda Seção, julgado em 12.09.2007, DJ 24.09.2007, p. 241). 5. Incompetência absoluta da Justiça Federal para o julgamento desta causa declarada de ofício. Atos decisórios anulados, determinando-se a remessa dos autos à 1ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG. Apelação da autora prejudicada.’ (TRF 1ª Região, AC – Apelação Cível, Processo: 200138000379679, Órgão Julgador: Primeira Turma, rel. Sônia Diniz Viana (juíza conv.), Data da decisão: 07.05.2008, e-DJF1 Data: 10.06.2008, p. 19) (grifos nossos)

Mister se faz, portanto, o reconhecimento da incompetência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar o *mandamus*, o que enseja, por consequência, a necessidade de que os autos sejam, de fato, remetidos a uma das varas da Justiça do Trabalho em São Paulo, por meio de livre distribuição.

Dessa forma, por toda a fundamentação ora adotada, há de ser mantida a r. decisão agravada. Ante o exposto, *nego seguimento* ao agravo de instrumento interposto, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil e da fundamentação *supra*.’ (AI 00155266520124030000, Desembargador Federal Cotrim Guimarães, TRF3 – Segunda Turma, e-DJF3 Judicial 1 Data: 28.02.2013)

Na espécie, o autor alegou ter sido selecionado mediante edital de concurso nº 032/2006,

para o exercício de função sob o regime da CLT. Desse modo, o efeito *ex nunc* da liminar proferida pelo STF na ADIn referida ressalvou a persistência das relações anteriores, nos termos detalhados no precedente acima transcrita.

Ademais, mesmo que assim não fosse, é fato que subsiste a vedação da transposição de cargos, sem prévio e efetivo concurso público, destinado à seleção de pessoal sob regime estatutário, não havido na espécie.

O autor certamente possui o direito de impugnar a aludida decisão. Todavia, para tanto, a via adequada é a interposição de apelação, na forma do art. (...)"

O apelante pretende receber diferenças decorrentes de desvio de funções, horas extras, intervalos interjornada e salários de substituição relativos a serviços prestados ao Crea, na qualidade de servidor público regido pelo RJU.

Esgrima a condição de servidor, pelo fato de haver ingressado no Crea por meio do concurso público nº 32/2006, tendo iniciado suas atividades profissionais em janeiro de 2008, na função de assistente operacional I.

O concurso em questão visou à “seleção de candidatos para o provimento de vagas para emprego público, pelo regime CLT”, mais especificamente nas carreiras de Assistente Operacional (nível médio) e Analista de Informações (nível superior).

Segundo bem explicitado na sentença, faz-se vigente, no caso, o disposto no art. 58, § 3º, da Lei nº 9.649/98, segundo o qual “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”.

Portanto, a análise a ser empreendida restringe-se a sindicar acerca do direito da parte-autora ao enquadramento no regime jurídico previsto na Lei nº 8.112/90.

A propósito, o e. STF, na linha de várias manifestações em sede de ações diretas de constitucionalidade (ADIs), e, por isso, vinculantes, diferenciou os atributos da *estabilidade* e da *efetividade*, assentando a necessidade de submissão a concurso público para que o servidor se torne efetivo, sob pena de intolerável burla ao art. 37, II, da CF/88. Confiram-se dois didáticos precedentes, *verbis*:

“ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO – CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 103, § 3º, DA CARTA DA REPÚBLICA. Ante a imperatividade

do preceito constitucional, o papel da Advocacia-Geral da União é o de proteção à norma impugnada. ESTABILIDADE E EFETIVAÇÃO – NATUREZA. *Descabe confundir a estabilidade prevista no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais da Carta de 1988 com a efetivação em cargo público. A primeira apenas viabiliza a permanência do servidor no cargo para o qual foi arregimentado, sem direito a integrar certa carreira. A efetividade pressupõe concurso público.* CARREIRA – INGRESSO. O ingresso em determinada carreira, mediante ocupação de cargo, depende de certame público – inconstitucionalidade dos parágrafos 3º, 4º e 6º do artigo 231 da Lei Complementar nº 165, de 28 de abril de 1999, com a redação imprimida pela Lei Complementar nº 174, de 7 de junho de 2000, do Estado do Rio Grande do Norte. LEI DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA – CARGOS DE ESCRIVÃO – ACUMULAÇÃO – OPÇÃO. Surge constitucional preceito a ensejar a escritivães de cartórios judiciais que acumulam as funções notarial ou de registro e ingressaram no cargo público por meio de concurso a opção pelo de técnico judiciário. Interpretação do § 2º do artigo 231 da Lei Complementar nº 165/99, com a redação imprimida pela Lei Complementar nº 174/2000 do Estado do Rio Grande do Norte, conforme à Carta Federal.” (ADI 2.433, relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 04.02.2015, Acórdão Eletrônico, DJe-042, Divulg. 04.03.2015, Public. 05.03.2015) (grifado)

“*Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 7º da Lei Complementar nº 100/2007 do Estado de Minas Gerais. Norma que tornou titulares de cargos efetivos servidores que ingressaram na administração pública sem concurso público, englobando servidores admitidos antes e depois da Constituição de 1988. Ofensa ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal e ao art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Modulação dos efeitos. Procedência parcial.*

1. *Desde a Constituição de 1988, por força do seu art. 37, inciso II, a investidura em cargo ou emprego público depende da prévia aprovação em concurso público. As exceções a essa regra estão taxativamente previstas na Constituição. Tratando-se, no entanto, de cargo efetivo, a aprovação em concurso público se impõe.*

2. *O art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias tornou estáveis os servidores que estavam em exercício há pelo menos cinco anos na data da promulgação da Constituição de 1988. A estabilidade conferida por essa norma não implica a chamada efetividade, que depende de concurso público, nem com ela se confunde. Tal dispositivo é de observância obrigatória pelos estados. Precedentes: ADI nº 289/CE, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 16.03.07; RE nº 199.293/SP, relator o Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ de 06.08.04; ADI nº 243/RN-MC, relator o Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 24.08.01; RE nº 167635/PA, relator o Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ de 07.02.97. (...)*” (ADI 4.876, relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 26.03.2014, DJe-125, Divulg. 27.06.2014, Public. 01.07.2014) (grifado)

A Constituição Federal de 1988 instituiu o regime jurídico único (RJU) para os servidores da administração pública direta, autárquica e fundacional, ressalvando que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso, nos termos dos artigos 37, II, e 39 do referido diploma legal.

Entretanto, a Lei nº 8.112/90, no seu artigo 243, definiu que os empregados da União regidos pela CLT na data da sua edição também se submetem ao RJU, na qualidade de funcionários públicos, independentemente da forma pela qual ingressaram na administração. O referido regulamento, portanto, transmutou o emprego celetista em cargo estatutário.

Não obstante, a norma do art. 19 do ADCT ressalvou que o disposto somente é aplicável em relação ao empregado que, em 05.10.1988, já havia completado ao menos 05 anos de exercício continuado no respectivo ofício.

No caso concreto, o autor foi admitido em 2008, sendo, assim, inviável o pedido de transposição do regime celetista para o estatutário, considerando que não contava com 05 anos de efetivo exercício da função pública na data da promulgação da Constituição, razão pela qual não se enquadra na hipótese prevista na Lei nº 8.112/90.

Nesse sentido:

“ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE – CRC/PR. ENQUADRAMENTO NO REGIME JURÍDICO ESTATUTÁRIO. LEI Nº 8.112/90. NÃO COMPROVAÇÃO DO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 19 DO ADCT OU DA ADMISSÃO POR MEIO DE CONCURSO PÚBLICO.

1. Nos termos do artigo 397 do Código de Processo Civil, o ofício enviado pelo CRC/PR (evento 29 – OUT3) não é documento novo, mas sim uma prova cuja produção o apelante não postulou em momento adequado, querendo fazê-lo no âmbito do segundo grau de jurisdição, o que é inviável do ponto de vista processual.

2. Para valer-se do regime jurídico estatutário que se sucedeu com a CF/88 – não havendo indícios de ter sido admitido pelo conselho por meio de concurso público –, deveria o autor estar em exercício há pelo menos 5 anos continuados na data da promulgação da Carta Constitucional de 1988, nos termos do art. 19 do ADCT, o que não ocorreu *in casu*, o que inviabiliza o pedido de transposição do regime celetista para o estatutário.

3. Apelação improvida.” (TRF4, AC 5025070-77.2013.404.7000, Terceira Turma, relator p/ acórdão Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 30.04.2015)

Dessa forma, considerando que o autor não se enquadra em nenhuma hipótese legalmente prevista, não merece acolhimento o seu pedido de transposição do regime celetista para o estatutário.

Tal situação não se modificou com o julgamento das ADINs 1.717 e 2.135-4.

No julgamento da ADI 1.717/DF, em 07.11.2002, o Excelso Pretório declarou a constitucionalidade do art. 58, *caput* e parágrafos 1º, 2º,

4º, 5º, 6º, 7º e 8º, da Lei nº 9.649/98, no entanto, manteve incólume o § 3º acima transcrito, e, no julgamento da ADI 2.135-MC, o Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente a vigência do *caput* do art. 39 do texto constitucional, com a redação dada pela EC 19/98, ou seja, restabeleceu a redação original do dispositivo, exigindo o regime jurídico único para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Na espécie, o recorrente pretende a transformação do emprego em cargo público, desde a sua contratação, em 21 de janeiro de 2008.

Todavia, o julgamento da ADI 2.315/DF ocorreu em 02.08.2007, sem efeitos retroativos.

O pleito não prospera, pois a data do concurso do autor é anterior ao julgamento da referida ADIN (concurso 31/2006 – realizado em 26.11.2006).

Anote-se, ainda, que no momento do concurso estava em vigor a supracitada Lei nº 9.649/98, cujo art. 58, § 3º, estabelecia o regime celetista para os empregados dos conselhos de fiscalização profissional.

Quanto ao pedido para remeter os autos à Justiça do Trabalho, sem razão o autor.

Nos embargos de declaração opostos em face da sentença, o autor é claro ao afirmar que almeja o reconhecimento de estatutário, sendo que os demais pedidos são em razão da legislação aplicada ao servidor público.

Assim, não reconhecido o seu direito de estatutário, tampouco à transposição de regime, não há que se falar em remessa dos autos à Justiça laboral, uma vez que os fundamentos de eventual ação serão diversos.

Quanto ao pleito de indivisibilidade.

A sentença reconheceu a incompetência absoluta da Justiça Federal no que toca ao pedido de condenação do Crea/PR ao pagamento de verbas salariais decorrentes da aplicação do regime celetista. Por outro lado, julgou improcedente o pleito quanto à aplicação do regime estatutário (art. 39, CF, e arts. 19, 38 e 73 da Lei 8.112/1990).

Entendo ser o caso de se dar parcial provimento ao apelo do autor, para reconhecer a indivisibilidade da relação jurídica.

Esclareço que o voto não reconheceu a condição de estatutário do

autor, nem, portanto, a competência da Justiça Federal para julgar a matéria.

Ante o exposto, voto por *dar parcial provimento à apelação do autor.*

VOTO-VISTA

A Exma. Sra. Desa. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha:

Pedi vista dos autos para melhor refletir sobre a controvérsia e, após fazê-lo, acompanho o e. relator.

Por força do art. 1º do Decreto-Lei nº 968, de 13 de outubro de 1969, o regime jurídico aplicável aos empregados dos conselhos de fiscalização profissional era, de regra, o celetista, até o advento da Lei nº 8.112, de 11 de novembro de 1990, que, regulamentando o art. 39 da Constituição Federal (redação originária), instituiu o regime jurídico único, de cunho estatutário (art. 243).

Essa situação perdurou até o advento da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, que, ao dar nova redação ao art. 39 da Constituição Federal, afastou a obrigatoriedade de implantação de um regime jurídico único, com o que passou a ser aplicável a regra inserta no § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649/98, que prevê o regime celetista.

Em 07.03.2008, ao deferir medida cautelar na ADI nº 2.135, o e. Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia da Emenda Constitucional nº 19/98, revigorando a redação original da Constituição Federal e, consequentemente, a obrigatoriedade de os conselhos de fiscalização profissional adotarem o regime estatutário.

Todavia, o STF conferiu à decisão eficácia *ex nunc*, mantendo a validade dos atos praticados anteriormente, com base em legislações editadas na vigência da norma constitucional suspensa, até o julgamento definitivo da ação.

Nesse sentido, precedentes desta Corte:

“ADMINISTRATIVO. CRMV. ADVOGADO DEMITIDO PELA AUTARQUIA. REGIME CELETISTA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. PRECEDENTES. O agravante foi contratado pelo Conselho Regional de Medicina Veterinária em 01.07.2005, no cargo de advogado. O vínculo laborativo era regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-Lei nº 5.452/1943). A contratação pelo regime celetista efetuada pelas entidades de fiscalização profissional era legítima na época. Ocorre que, com o julgamento da ADI nº 2.135/DF, o STF decidiu que

subsiste para os conselhos a obrigação de submissão de seu quadro de pessoal ao regime estatutário. A essa decisão foram atribuídos efeitos *ex nunc*, conservando-se a validade das contratações ocorridas de acordo com a lei vigente ao seu tempo. Assim, mesmo diante da obrigatoriedade de adoção do regime estatutário, como o autor foi contratado pelo regime celetista com base no disposto na Emenda Constitucional 19/98 e na Lei 9.649/98, sua contratação permaneceu válida para todos os efeitos. Significa dizer que seu vínculo celetista não foi modificado. Dessa forma, diante da relação trabalhista que o autor mantinha com o conselho réu, falece competência para que este juízo processe e julgue o pedido de sua reintegração nos quadros do CRMV, mormente diante do decidido pelo e. STF nos autos de ADI nº 3.395, em que se fixou a competência da Justiça Federal para a apreciação de causas entre o poder público e os servidores a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter administrativo. Assim, *a contrario sensu* e em obediência ao art. 114 da CF, as causas que envolvam a Administração Pública indireta e empregado contratado pelo regime celetista, como é o caso, devem ser julgadas pela Justiça do Trabalho. Agravo improvido.” (TRF4, 3^a Turma, Agravo em Apelação Cível nº 5043313-06.2012.404.7000, rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 17.01.2013)

“ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO. OCUPANTE DE CARGO NO CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA. IMPOSSIBILIDADE. ESTABILIDADE NÃO ASSEGURADA. PACTO LABORAL REGIDO PELA ÉGIDE DA CLT. 1. Os conselhos federais e regionais detêm personalidade de Direito Público, com autonomia administrativa e financeira, e exercem atividade de fiscalização tipicamente pública, preenchendo, portanto, os requisitos do artigo 5º do Decreto-Lei 200/67 (Estatuto da Reforma Administrativa Federal) para se enquadrarem na forma de autarquias e autarquias denominadas corporativas, por atenderem classes profissionais. 2. O regime jurídico aplicável aos funcionários dos conselhos de fiscalização profissional, no âmbito federal, por força do art. 1º do Decreto-Lei nº 968, de 13 de outubro de 1969, era, como regra, o celetista, até o advento da Lei nº 8.112, de 11 de novembro de 1990, que, pelo seu art. 243, regulamentando o art. 39 da Constituição Federal (redação originária), instituiu o Regime Jurídico Único, no caso, sendo escolhido o estatutário. Essa situação perdurou até o advento da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, que deu nova redação ao art. 39 da Carta Magna, extinguindo a obrigatoriedade de um regime único, passando a prevalecer a regra especial insculpida no § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649/98 – mantido incólume pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADIn nº 1.717/DF –, que prevê o regime celetista. Precedente do STJ. (...)” (TRF4, 3^a Turma, Apelação/Reexame Necessário nº 0028783-97.2003.404.7000, rel. Des. Federal Fernando Quadros da Silva, D.E. 29.06.2011)

In casu, o autor foi admitido pelo Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Paraná em 2006, pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), ou seja, antes da prolação da mencionada decisão do STF.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento à apelação.

É o voto.