



**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP**  
**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito do**  
**Trabalho e Processo do Trabalho**

**Lucimar de Oliveira Gonçalves Evangelista**

**EMPREGO EM COMISSÃO NAS EMPRESAS PÚBLICAS**  
**E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA:**  
**CONSTITUCIONALIDADE**

**Brasília/DF**

**2011**

**Lucimar de Oliveira Gonçalves Evangelista**

**EMPREGO EM COMISSÃO NAS EMPRESAS PÚBLICAS  
E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA:  
CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, no Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP.

Orientadora: Prof. Dra. Márcia Mazoni

**Brasília/DF**

**2011**

**Lucimar de Oliveira Gonçalves Evangelista**

**EMPREGO EM COMISSÃO NAS EMPRESAS PÚBLICAS  
E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA:  
CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, no Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em \_\_/\_\_/\_\_, com menção\_\_\_\_(\_\_\_\_\_).

Banca Examinadora:

---

Presidente: Prof.

---

Integrante: Prof.

---

Integrante: Prof.

## **DEDICATÓRIA**

Aos meus queridos pais, Terezinha e Oliveira (meus eternos tesouros) de quem tenho imensa saudade, pelo amor incondicional e pelos ensinamentos de vida, dos quais nunca me afastarei. Ao meu marido Silvio, meu grande amor, pela dedicação carinho e apoio, sem o qual não teria superado tantos momentos difíceis. Aos meus irmãos e sobrinhos pelo carinho e alegria. A minha irmã Glória, exemplo de luta, pelo apoio e incentivo. Ao meu príncipe Bart pela companhia.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a professora Márcia Mazoni, a quem tanto admiro, pela orientação. Aos amigos do curso pela convivência, amizade e carinho. À Patrícia, pela grande amizade e pelo apoio incondicional durante as pesquisas realizadas para a elaboração do presente trabalho. À minha querida irmã Rosirma, pelo apoio e dicas de formatação. À Deus, pela presença constante em minha vida.

Não aceitar nada como verdadeiro sem saber  
evidentemente que o é.

Descartes

## RESUMO

O objeto do presente estudo é o exame da constitucionalidade do emprego em comissão no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, tendo em vista as divergências de entendimento existentes. Para tanto, faz-se um exame da legislação, principalmente na seara Constitucional e do posicionamento atual da doutrina e da jurisprudência correlata ao tema. A monografia inicia-se com um breve estudo acerca da dinâmica organizacional da Administração Pública com ênfase para as empresas públicas e sociedades de economia, destacando e analisando as características principais dessas entidades, relevantes para o trabalho em comento. São tecidas considerações acerca da exigência do concurso público no que tange as empresas estatais e expostos os fundamentos para a exclusão dos cargos em comissão dessa regra. Ao adentrar-se no tema proposto, verifica-se a existência de duas teses adversas: uma corrente que entende pela inconstitucionalidade do emprego em comissão nas entidades mencionadas, e a outra que se posiciona no sentido de que esses postos de trabalho estão abarcados pelo art. 37, inciso II da Constituição Federal, portanto, figuram entre as exceções à regra do concurso público. Ultrapassada a questão da constitucionalidade desses postos de trabalho constata-se, ainda, no tocante a segunda corrente, a existência de duas linhas de raciocínio no que concerne ao amparo jurídico necessário a criação desses empregos. São expostos os fundamentos utilizados pelos defensores dessas correntes tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial.

**PALAVRAS-CHAVE:** empresa pública, sociedade de economia mista, emprego em comissão, cargo em comissão, constitucionalidade do emprego em comissão, art. 37, inciso II da Constituição Federal, criação do emprego em comissão, exceção a regra do concurso público.

## ABSTRACT

The objective of this study is to examine the constitutionality of commissioned employment in the sphere of public companies and semi-public enterprises, with the understanding that there are diverging interpretations. To this end, legislation is reviewed with specific references to the Constitution, as well as current legal doctrine and relevant jurisprudence. The monograph begins with a brief outline of the organizational dynamics of public administration with an emphasis on public companies and semi-public enterprises, and highlights and analyzes the main characteristics of relevant entities. Considerations are made regarding the requirement of civil service examinations with respect to state enterprises and the grounds for excluding commissioned positions from this rule. The subject deepens when two adverse theses are encountered: one that understands commissioned employment in the aforementioned entities as unconstitutional, whilst another states that such jobs are covered by Art. 37, section II of the Constitution, and are therefore exempt from civil service examinations. Besides the question of the constitutionality of these job positions, the second thesis divides into two lines of thinking regarding the legal support necessary to create these jobs. The grounds utilized by defenders of these theses are discussed, both in terms of doctrinal framework and jurisprudence.

**KEYWORDS:** public company, semi-public enterprise, commissioned employment, commissioned position, constitutionality of commissioned employment, Art. 37, section II of the Federal Constitution, creating commissioned employment, exceptions to the rule of civil service examinations.

## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| INTRODUÇÃO .....   | 10 |
| 1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....   | 13 |
| 1.1. Organização da Administração Pública .....  | 14 |
| 1.2. Empresas públicas e Sociedades de economia mista .....  | 17 |
| 1.2.1. Conceitos, características e referências normativas .....   | 19 |
| 1.2.2. Personalidade Jurídica.....   | 22 |
| 1.2.3. Regime Jurídico .....   | 24 |
| 1.2.4. Agentes.....  | 26 |
| 1.2.5. Regime de Pessoal .....   | 28 |
| 2. CONCURSO PÚBLICO.....   | 32 |
| 2.1. Cargos, empregos e funções públicas.....  | 33 |
| 2.2. Exigência no que tange as empresas públicas e sociedades de economia mista .....  | 39 |
| 2.3. Exceção a regra do concurso público - cargo em comissão.....  | 41 |
| 3. A CONSTITUCIONALIDADE DO EMPREGO EM COMISSÃO NO ÂMBITO DAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA .....                     | 44 |
| 3.1. Análise sistemática da expressão ‘cargo em comissão’ prevista no art. 37, II, da CF e sua abrangência aos empregos em comissão..... | 46 |
| 3.2. Fundamentos para a inexigibilidade do concurso público para os cargos em comissão.....  | 52 |
| 3.3. Criação dos empregos em comissão nas empresas estatais .....  | 53 |
| 3.4. Dispositivos constitucionais e celetistas que reconhecem a existência do emprego em comissão .....                                  | 59 |

|   |    |
|---|----|
| 3.5. Decisões jurisprudenciais acerca da matéria..... | 62 |
| CONCLUSÃO.....  | 69 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....                      | 73 |

## INTRODUÇÃO

O tema 'Emprego em comissão nas empresas públicas e sociedades de economia mista: Constitucionalidade' tem suscitado acesos debates doutrinários e jurisprudenciais, principalmente no âmbito do Distrito Federal, em decorrência de ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho da 10ª Região questionando a constitucionalidade desses empregos.

O argumento principal do *Parquet* é de que a dispensa de concurso público, prevista no art. 37, inciso II da Constituição Federal, não abrange os empregos de confiança das empresas públicas e sociedades de economia mista, apenas os cargos em comissão, restritos ao regime estatutário. De forma contrária, as empresas públicas e sociedades de economia mista argumentam que a exceção prevista no referido dispositivo constitucional abarca os empregos em comissão, portanto, não há falar em inconstitucionalidade desses empregos.

A discussão acerca da constitucionalidade do emprego em comissão nas empresas estatais resume-se, portanto, em duas teses. Uma que o considera inconstitucional sob o argumento de falta de previsão expressa no art. 37, inciso II da Carta Magna e a outra tese que o considera constitucional, fazendo uma interpretação sistemática da Constituição Federal, chegando à conclusão de que referida exceção constitucional abarca os empregos em comissão.

Ultrapassada a questão da constitucionalidade desses postos de trabalho outro ponto que também enseja calorosas discussões, precipuamente no âmbito jurisprudencial, concerne à necessidade ou não de lei para a criação desses postos de trabalho. Desse modo, os adeptos da tese da constitucionalidade do emprego em comissão se subdividem em dois posicionamentos: os que entendem que esses empregos podem ser criados por atos internos das empresas e aqueles que pugnam pela necessidade de lei em sentido estrito.

A escolha do tema decorreu de ter vivenciado e atuado em uma dessas ações civis públicas, na elaboração da contestação de uma das entidades Reclamadas, constatando a ausência de estudos com maiores reflexões acerca da matéria e até mesmo a inexistência de decisão do Tribunal Superior do Trabalho acerca da questão, visto que as ações ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho da 10ª Região ainda não tiveram os seus recursos apreciados pelo TST.

Os empregos em comissão dizem respeito às atividades de direção, chefia e assessoramento, ou seja, são postos mais altos de comando da Administração Pública, que determinam a direção da atuação administrativa. São utilizados há vários anos pelas empresas públicas e sociedades de economia mista e na maioria dos casos ocupados por pessoas não integrantes do quadro permanente dessas entidades, ou seja, sem a exigência de concurso público, tendo sua constitucionalidade questionada recentemente. Desse modo, é indubitável a relevância da pesquisa tanto política quanto social e acadêmica.

Em que pese o fato das empresas públicas e sociedades de economia mista sujeitarem-se ao regime jurídico de direito privado (art. 173, § 1º, II da Constituição Federal), sobre essas entidades também atuam normas concernentes ao direito público devendo obediência aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Desse modo, é de curial importância analisar o alcance dos preceitos constitucionais que fazem alusão a 'cargos em comissão', para que se possa responder a seguinte indagação, cerne da pesquisa em apreço: em que medida a figura do emprego em comissão nas empresas públicas e sociedades de economia mista é constitucional?

Os artigos da Constituição devem ser interpretados de forma sistemática. Desta feita, o inciso II do art. 37 da Constituição deve ser interpretado em consonância com o *caput* do referido artigo que trata tanto da Administração Direta quanto da Indireta e com os demais dispositivos constitucionais.

A metodologia utilizada para a realização dessa monografia é eminentemente dogmática, sistematizada sobre o tripé: doutrina, jurisprudência e legislação correlata ao tema.

As técnicas a serem aplicadas consistirão no levantamento bibliográfico por meio de livros, artigos de revistas e da Internet e documental, com pesquisa de jurisprudências, principalmente no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região.

Nesse passo, o presente trabalho consistirá na análise, no primeiro capítulo, da Administração Pública no seu sentido subjetivo, dando ênfase à sua organização na forma descentralizada, situando as empresas públicas e sociedades de economia nessa estrutura para, após, estudar de forma mais detalhada essas entidades, tecendo considerações acerca das suas características, conceito, referências normativas, personalidade jurídica, regime jurídico, agentes e regime de pessoal.

No segundo capítulo será estudado o concurso público como forma de ingresso aos cargos, empregos e funções públicas, expondo os argumentos da doutrina no que tange a exigência desse requisito como forma de ingresso aos postos de trabalho nas empresas estatais. Faz-se, ainda, uma análise dos cargos em comissão como exceção ao concurso público.

Por fim, no último capítulo, discute-se a constitucionalidade do emprego em comissão no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, abordando os seguintes pontos: os argumentos das teses antagônicas existentes na doutrina e na jurisprudência acerca da questão da constitucionalidade desses empregos, bem como a divergência de entendimento existente no que tange a necessidade ou não de lei para sua criação; os fundamentos da inexigibilidade de concurso público para esses postos de trabalho; os dispositivos constitucionais e celetistas que reconhecem a existência desses empregos; o entendimento do Tribunal de Contas da União e do Distrito Federal sedimentado em suas decisões e; a divergência de posicionamento dos Tribunais Regionais do Trabalho com destaque para as decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região.

## 1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Há entre os doutrinadores um consenso de que a expressão 'Administração Pública' exprime mais de um sentido. Isso decorre da extensa gama de tarefas e atividades que compõem o objetivo do Estado, bem como o elevado número de órgãos e agentes públicos incumbidos da execução dessas atividades. Desse modo, para melhor precisar o sentido da expressão deve-se analisá-la, de um lado, sob a perspectiva dos executores da atividade (sentido subjetivo) e de outro, da própria atividade (sentido objetivo).<sup>1</sup>

Em sentido objetivo, a Administração Pública abarca as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes. Corresponde, portanto, à função administrativa, atribuída preferencialmente aos órgãos do Poder Executivo.<sup>2</sup>

Já no sentido subjetivo, que tem como referência o sujeito que exerce a função administrativa, pode-se defini-la como “o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas.”<sup>3</sup>

Interessa ao presente estudo a Administração Pública no seu sentido subjetivo, dando destaque para as empresas públicas e sociedades de economia mista. Assim, preliminarmente, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca da sua dinâmica organizacional, para que se possa compreender em qual parte dessa estrutura estão inseridas as entidades em referência, para após, estudá-las de maneira mais específica.

---

<sup>1</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.10.

<sup>2</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.54.

<sup>3</sup> CAVALCANTE, Jouberto de Quadros; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O empregado público*. São Paulo:Ltr., 2002, p.13.

## 1.1. Organização da Administração Pública

O Estado, com o objetivo de desempenhar da melhor maneira possível as suas atividades, pode organizar-se de diferentes formas, calcando a sua estrutura em três situações fundamentais, quais sejam: a) centralização – quando executa as suas tarefas diretamente por intermédio dos órgãos e agentes administrativos que compõem a sua estrutura funcional; b) descentralização - quando delega a atividade a outras entidades, ou seja, executa suas tarefas de forma indireta<sup>4</sup> e, c) desconcentração - quando executa os serviços de forma centralizada, mas distribuída por seus vários órgãos.<sup>5</sup> Registra-se, por oportuno, que desconcentração não se confunde com descentralização.

A desconcentração consiste na retirada de competências do órgão máximo da hierarquia administrativa para outros órgãos da mesma entidade governamental, conforme a sua estrutura organizacional. Não pressupõe, portanto, a criação de pessoas jurídicas, mas sim a repartição de competência ou poder entre órgãos da mesma entidade centralizada. Envolve apenas uma pessoa jurídica.<sup>6</sup>

Na descentralização a situação é diferente. Pressupõe a existência de pessoas jurídicas diversas, uma que originariamente tem ou teria titulação sobre certa atividade - entidade centralizada e a outra, ou outras entidades, às quais foi atribuído o desempenho da atividade. A segunda entidade não é subordinada à primeira, ou seja, não há vínculo hierárquico entre a Administração central e a pessoa estatal descentralizada.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.413.

<sup>5</sup> CAVALCANTE, Jouberto de Quadros; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O empregado público*. São Paulo:Ltr., 2002, p.18.

<sup>6</sup> FARIA, Edmur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo positivo*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.54/55.

<sup>7</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.151.

Observa-se desse modo, que a denominada Administração Direta reflete a administração centralizada que pode atuar de forma concentrada ou desconcentrada e a Indireta conduz à noção de administração descentralizada.<sup>8</sup>

A classificação da Administração Pública em Direta e Indireta foi apresentada, no âmbito Federal, por meio do Decreto-lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967 e, apesar das críticas, acabou sendo incorporada pela doutrina brasileira.<sup>9</sup>

A Administração Direta é o conjunto de órgãos que integram as pessoas federativas (União, Estado, Distrito Federal e Municípios), aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada, das atividades administrativas do Estado. A centralização, portanto, é inerente à Administração Direta e dela indissociável.<sup>10</sup>

É bastante abrangente o sentido de Administração Direta, haja vista abarcar todos os órgãos dos Poderes políticos das pessoas federativas cuja competência seja a de exercer a atividade administrativa. Sabe-se que o Executivo é o Poder incumbido do exercício da atividade administrativa em geral, mas há que ressaltar, no entanto, que o Judiciário e o Legislativo também têm essa incumbência quando precisam organizar-se para o desempenho de atividades de apoio necessárias às funções típicas ao seu cargo. Ademais, no sistema interno de organização, esses Poderes também têm em sua estrutura diversos órgãos e agentes necessários à execução da função de apoio.<sup>11</sup>

Assim como a centralização é inerente à Administração Direta, a descentralização está intrinsecamente relacionada à Administração Indireta, o que fornece os elementos para a sua conceituação.

Administração Indireta é o conjunto de pessoas jurídicas, também denominadas por alguns doutrinadores e pelo Decreto-lei n.º 200/67 (art. 4º, II) de

---

<sup>8</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.413.

<sup>9</sup> CAVALCANTE, Jouberto de Quadros; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O empregado público*. São Paulo:Ltr., 2002, p.19.

<sup>10</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p.414.

<sup>11</sup> Id.ibid.,p.415/416.

entidades, que vinculadas à respectiva Administração Direta têm por objetivo desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada.<sup>12</sup>

Com efeito, enquanto a Administração Direta é composta por órgãos internos do Estado, a Indireta é constituída de pessoas jurídicas, comumente denominadas de entidades ou entes públicos, dotados de personalidade jurídica própria, criados ou mantidos pelo Estado para prestarem serviços públicos ou de interesse público delegável, ou, em certos casos, atuarem no campo econômico.<sup>13</sup>

Em verdade, a Administração Indireta nada mais é do que o próprio Estado executando parte de suas funções de forma descentralizada seja porque é mais pertinente a execução daquele tipo de atividade por outras entidades ou para obter maior celeridade, eficiência e flexibilização no seu desempenho.<sup>14</sup>

O critério para a descentralização das atividades administrativas pelo Poder Público, ou seja, para a instituição de pessoas da Administração Indireta, é de ordem administrativa. O Estado é o exclusivo juiz da conveniência e oportunidade acerca da atividade a ser descentralizada, criando ou autorizando a entidade vinculada. Por força da autonomia conferida pela Constituição Federal (art. 37, *caput*, CF) todas as entidades federativas (União, Estado, Distrito Federal e Municípios) podem ter a sua Administração Indireta, desde que tenha competência para a atividade e haja interesse administrativo na descentralização.<sup>15</sup>

Em síntese, pode-se afirmar que a Administração Pública é constituída de órgãos que estão a serviço do Estado e será da conveniência do serviço e suas características próprias que irão definir se será prestado pelo próprio ente centralizador - Administração Direta, ou por seus delegados, que são as entidades que compõem a Administração Indireta.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.418.

<sup>13</sup> FARIA, Edmur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo positivo*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 58.

<sup>14</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p.419.

<sup>15</sup> Id.ibid.

<sup>16</sup> RAMOS, François Silva. *O emprego público e suas peculiaridades no direito do trabalho brasileiro*. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/43488>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

Em conformidade com o disposto no art. 4º, II do Decreto-lei nº 200/67 e suas alterações posteriores, a Administração Indireta é integrada pelas seguintes entidades jurídicas, dotadas de personalidade jurídica própria: autarquias, **empresas públicas, sociedades de economia mista** e fundações públicas.

Importante destacar, conforme registra José dos Santos Carvalho Filho, que:

A circunstância de que a entidade se enquadra numa das categorias jurídicas acima confere certeza suficiente e indiscutível para ser considerada como integrante da Administração Indireta da respectiva pessoa federativa, e isso independentemente de prestar serviço público ou exercer atividade econômica de natureza empresarial. Não é o fim a que se destina a entidade que a qualifica como participante da Administração Indireta, mas sim a natureza de que se reveste. Talvez *de lege ferenda* pudessem ser excluídas as pessoas com objetivos empresariais, objetivos normalmente impróprios aos fins desejáveis do Estado, mas não foi esse o sistema adotado pela Constituição e legislação pátria.<sup>17</sup>

Efetivamente, seja qual for a finalidade das empresas públicas e das sociedades de economia mista, integram a Administração Indireta.<sup>18</sup> É irrelevante, portanto, para esse fim, a sua classificação como prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica.<sup>19</sup>

## 1.2. Empresas públicas e sociedades de economia mista

O surgimento das empresas públicas e das sociedades de economia mista está intimamente ligado à necessidade que o Estado teve ao longo de sua evolução de descentralizar as suas atividades administrativas, buscando, desse modo, “novas

---

<sup>17</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.420.

<sup>18</sup> Importante consignar que Diógenes Gasparini em sua obra: *Direito administrativo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.310, de maneira diversa a maioria da doutrina perfilha do entendimento de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica nos moldes do art. 173 da Carta Magna, não integram a Administração Pública Indireta, apenas as prestadoras de serviços públicos.

<sup>19</sup> GOMES MOREIRA, João Batista. As empresas públicas frente a Constituição de 1988. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 55-62, abr.-jun. 1995.

formas de gestão dos serviços públicos e maior flexibilidade no exercício da atividade privada assumida pelo Poder Público.”<sup>20</sup>

No Estado liberal não havia grande necessidade de descentralização das atividades administrativas. Sua atuação se restringia quase que exclusivamente à defesa externa e segurança interna. Essa situação modificou-se quando passou a assumir outros encargos no campo social e econômico, tornando-se necessário encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela Administração.<sup>21</sup>

Inicialmente, o procedimento utilizado foi a delegação da execução de serviços públicos a empresas particulares, por meio de concessão. Entretanto, na medida em que o Poder Público teve que interferir na vida da empresa concessionária, para assegurar a consecução dos interesses gerais, teve também que dar ajuda financeira cada vez maior. Desse modo, passando a participar dos riscos do empreendimento essa forma de descentralização foi perdendo o interesse.<sup>22</sup>

Assim, para a atividade comercial ou industrial do Estado mostrou-se mais adequada a forma empresarial, surgindo, desse modo, as sociedades de economia mista e as empresas públicas que, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, possibilitariam ao Estado a execução das atividades de seu interesse com maior flexibilidade.<sup>23</sup>

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello as empresas públicas e as sociedades de economia mista são fundamentalmente instrumentos de ação do Estado, tendo como traço essencial e caracterizador se constituírem em auxiliares do Poder Público, pois são entidades voltadas à busca de interesses transcendentais aos meramente privados.

---

<sup>20</sup> SILVA, Sandoval Alves da. *Estudo acerca da possibilidade de existência de emprego em comissão nas sociedades de economia mista e empresas públicas*. In: 12ª Reunião Nacional da Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública – CONAP, 07.out.2009.Brasília/DF:Auditório da Procuradoria-Geral do Trabalho.

<sup>21</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.p.415.

<sup>22</sup> Id.ibid., p.415/416.

<sup>23</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.451.

Disso resulta o critério retor para a interpretação dos princípios jurídicos que lhes são aplicáveis, sob pena de converter-se o acidental (sua personalidade jurídica de direito privado) em essencial e o essencial (caráter de auxiliar do Estado) em acidental.<sup>24</sup>

### 1.2.1. Conceitos, características e referências normativas

As empresas públicas e as sociedades de economia mista recebem diversas denominações genéricas pela doutrina, tais como: governamentais<sup>25</sup>, estatais<sup>26</sup> ou empresariais.<sup>27</sup> Será utilizada no presente estudo a expressão 'estatais' ao se referir indistintamente a estas entidades.

No que tange a definição legal, encontra previsão no Decreto-lei nº 200/67, art. 5º, inciso II e III, com alteração dada pelo Decreto-lei nº 900/1969, nos seguintes termos:

I - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

Assim como há várias denominações genéricas para essas entidades, consoante dito acima, também existe uma quantitativa gama de conceitos formulados pela doutrina para se alcançar uma definição precisa do que vem a ser essas pessoas jurídicas.

---

<sup>24</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.195.

<sup>25</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.310.

<sup>26</sup> BANDEIRA DE MELLO, op.cit., p.193. FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.880.

<sup>27</sup> JUSTEM FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 195. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36 ed. São Paulo Malheiros, 2010, p.67.

Ressalte-se que o conceito legal é impreciso, recebendo algumas críticas, até mesmo devido às alterações dadas à forma de criação dessas entidades pela Emenda Constitucional nº 19/98, que deu nova redação ao art. 37, XIX da Constituição Federal, estando esta impropriedade e outras, corrigidas nos conceitos ofertados pela doutrina.

José dos Santos Carvalho Filho assim as define:

Empresas públicas são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob qualquer forma jurídica adequada a sua natureza, para que o Governo exerça atividades gerais de caráter econômico ou, em certas situações, execute a prestação dos serviços públicos.

Sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob a forma de sociedades anônimas, cujo controle acionário pertença ao Poder Público, tendo por objetivo, como regra, a exploração de atividades gerais de caráter econômico e, em algumas ocasiões, a prestação de serviços públicos.<sup>28</sup>

Para Celso Antônio Bandeira de Mello,

Empresa pública federal é a pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito cujo capital seja formado unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal

Sociedade de economia mista federal há de ser entendida como a pessoa jurídica cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertence em sua maioria à União ou entidade de sua Administração Indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.452/453.

<sup>29</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.187 e 191.

Verifica-se dos conceitos supracitados algumas características comuns entre as empresas públicas e as sociedades de economia mista: são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado; integrantes da Administração Indireta; criadas por força de autorização legal específica (art. 37, inciso XIX, CF); têm por objetivo a exploração de atividades gerais de caráter econômico ou prestação de serviços públicos. Com relação às diferenças existentes entre essas duas entidades merecem destaque:<sup>30</sup>

a) composição do capital: o capital das empresas públicas é constituído por recursos integralmente provenientes de pessoas de Direito Público ou de entidades de suas Administrações Indiretas já nas sociedades de economia mista há conjugação de recursos particulares com provenientes de Pessoas de Direito Público ou de entidades de suas Administrações Indiretas que tem prevalência acionária votante da esfera governamental;

b) forma jurídica: as empresas públicas podem adotar qualquer forma jurídica, ao passo que as sociedades de economia mista terão obrigatoriamente a forma de sociedade anônima;

c) foro processual: os feitos em que as empresas públicas federais sejam parte, na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes (salvo algumas exceções) são processados e julgados perante a Justiça Federal (art. 109, I, da CF), já as ações relativas às sociedades de economia mista são apreciáveis pela Justiça estadual.<sup>31</sup>

No tocante às referências que o texto constitucional faz às estatais, consigna-se: alusão expressa ao tratar dos princípios que informam a atividade econômica (art. 173, § 1º e 2º); ao dispor sobre a forma de instituição dessas entidades (art. 37, XIX e XX); ao tratar acerca da vedação de acumulação remunerada de cargos e funções (art. 37, XVII); ao disciplinar a exclusão dessas

---

<sup>30</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.193.

<sup>31</sup> Ressalte-se que essa diferença abrange apenas as empresas públicas federais, as estaduais e municipais irão litigar na Justiça Estadual no Juízo fixado na lei de organização judiciária do Estado, conforme registra Carvalho Filho em sua obra: *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.465.

entidades na lei de diretrizes orçamentárias, no que toca a despesa com pessoal (art. 169, § 1º, II).<sup>32</sup>

Consoante dito, as referências mencionadas acima são expressas, todavia, importante salientar, que há outras normas constitucionais que aludem à Administração Indireta, alcançando, dessa forma, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Tem-se como exemplo, o art. 37 *caput* da Constituição Federal, ao dispor que a Administração Indireta deve obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, publicidade e eficiência, abrangendo, portanto, as entidades em estudo.

### 1.2.2. Personalidade Jurídica

As empresas públicas e as sociedades de economia mista têm personalidade jurídica de direito privado, o que as tornam diferentes, neste aspecto, das autarquias, qualificadas como pessoas jurídicas de direito público. A Constituição Federal (art. 173, § 1º, inciso II) prescreve que essas entidades sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias.<sup>33</sup>

Para Hely Lopes Meirelles, são instrumentos do Estado para a consecução das suas finalidades, seja para atendimento das necessidades mais imediatas da população (serviços públicos) ou por motivos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo (atividade econômica). Desse modo, a personalidade jurídica de Direito Privado é apenas a forma adotada para assegurar-lhes melhores condições de eficiência, no entanto, estão sujeitas aos princípios básicos da Administração

---

<sup>32</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.453.

<sup>33</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.432.

Pública e, por isso, são consideradas integrantes da Administração Indireta do Estado.<sup>34</sup>

Ressalte-se que além de estarem sujeitas aos princípios básicos da Administração Pública, a Constituição Federal estabelece, ainda, no artigo 37, outras prescrições (normas de controle administrativo) que abrangem essas entidades.

A aplicação de normas de controle administrativo caracterizam-nas como entes de personalidade jurídica peculiar e dicotômica, vez que, determinadas questões dos seus interesses meios e fins se submetem, parcialmente, ao regime de direito público tais como: admissão de pessoal, licitações, acumulação de cargos, empregos e funções. Já outras questões são submetidas ao regime de direito privado (civil, comercial, trabalhista), que rege sua estrutura e funcionamento.<sup>35</sup>

Desse modo, o fato de terem personalidade jurídica de direito privado não posicionam essas entidades no nível de exata igualdade com as pessoas nascidas da iniciativa privada, visto que, estão sob o comando do Estado<sup>36</sup> e, portanto, submetidas a algumas normas de direito público.

Na mesma esteira de entendimento Celso Antônio Bandeira de Mello faz o registro de que, sendo essas pessoas jurídicas coadjuvantes dos misteres estatais, ou seja, instrumentos de ação do Estado e tendo objetivos profundamente distintos dos interesses próprios dos particulares, haja vista almejar o bem estar coletivo e não o proveito individual, o regime de direito privado ao ser transposto para as empresas públicas e sociedades de economia mista sofre, naturalmente significativas adaptações em atenção às suas peculiaridades.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36 ed. São Paulo Malheiros, 2010, p.383.

<sup>35</sup> PRADO, Evandro J. S. As Sociedades de Economia Mista e o Emprego em Comissão. *Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina*. Florianópolis: Tribunal de Contas de Santa Catarina, ano 4, n. 5, p. 49/73, ago.2007.

<sup>36</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.454.

<sup>37</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.194/195.

### 1.2.3. Regime Jurídico

A área de atuação das estatais é que vai atrair o regime jurídico apropriado ao desenvolvimento de seus fins. Desse modo, as entidades exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, por visar à intervenção do Estado na ordem econômica, atuando, portanto, excepcionalmente em campo reservado à iniciativa privada, atrai para si o regime de direito privado.<sup>38</sup> Com efeito, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] é compreensível que o regime jurídico de tais pessoas seja o mais próximo possível daquele aplicável à generalidade das pessoas de Direito Privado. Seja pela natureza do objeto de sua ação, seja para prevenir que desfrutem de situação vantajosa em relação às empresas privadas – às quais cabe a senhoria no campo econômico – compreende-se que estejam, em suas atuações submetidas a uma disciplina bastante avizinhada da que regula as atividades particulares de fins empresarias. Daí haver o Texto Constitucional estabelecido que em tais hipóteses regular-se-ão pelo regime próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º, II).<sup>39</sup>

Já as prestadoras de serviço público, atraem para a consecução e proteção de suas finalidades, o regime de direito público. A maioria da doutrina perfilha do entendimento de um regime diferenciado do que cinge as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, a mitigar ainda mais o alcance do direito privado.<sup>40</sup> Nessa linha, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “é natural que sofram influxo mais acentuado de princípios e regras de Direito Público, ajustados, portanto, ao resguardo de interesses desta índole.”<sup>41</sup>

Há que ressaltar, no entanto, que a subsunção de uma atividade a um regime jurídico não é absoluta. Existem questões acerca das prestadoras de serviço público que são regidas pelo direito privado, bem como determinados temas sobre as exploradoras de atividade econômica, em sentido estrito, dos quais se ocupa o direito público. Ademais, percebe-se cada vez mais a presença concomitante, nas

---

<sup>38</sup> MORAES, Anderson Júnio Leal . A Atividade da empresa estatal como baliza de delimitação de seu regime jurídico. Prêmio Dest Monografias: Empresas Estatais: monografias premiadas 2005–2008 / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria Executiva, Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais. – Brasília, DF: Embrapa Informação Tecnológica, 2009. p. 361-412.

<sup>39</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.199.

<sup>40</sup> MORAES, op. cit.

<sup>41</sup> BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p.199.

atribuições dessas entidades, de atividades econômicas em sentido estrito e serviços públicos. Cite-se como exemplo a Caixa Econômica Federal que é exploradora de atividade econômica em sentido estrito, vez que é um banco e, ao mesmo tempo presta serviços públicos, pois é gestora do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e instrumento da União para a realização de programas sociais como habitação e distribuição de renda.<sup>42</sup>

Destaca-se, ainda, a existência de dificuldade, na prática, de separação da atividade econômica da atividade de prestação de serviços públicos. A Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG, por exemplo, é prestadora de serviço público por força constitucional, mas também atua no campo econômico, vez que, os serviços que presta são rentáveis, geram lucros, ainda que controlados e, no que se refere a pessoal e tributos, submete-se às regras dos §§ 1º e 2º do art. 173 da Constituição Federal.<sup>43</sup>

Conclui-se, do exposto, que o regime jurídico dessas entidades tem natureza híbrida, pois sofrem influência de normas de direito privado, em alguns setores de sua atuação, e de normas de direito público em outros. Não poderia ser diferente, tendo em vista o fato de exibirem dois aspectos inerentes à sua condição jurídica: de um lado são pessoas jurídicas de direito privado, e de outro, estão sob o controle do Estado.<sup>44</sup>

Importante registrar, que independentemente da área de atuação das empresas públicas e das sociedades de economia mista, por força da própria Constituição Federal, serão aplicadas a essas entidades normas que impedem a perfeita simetria do regime jurídico entre elas e a generalidade dos sujeitos de Direito Privado, tais como: art. 5º, LXXIII; art. 14 § 9º; art. 37, *caput*, incisos II, XVII, XIX, XX; art. 49, inciso X; art. 52, inciso VII; art. 54; art. 71, incisos II, III, IV; art.

---

<sup>42</sup> MORAES, Anderson Júnio Leal . A Atividade da empresa estatal como baliza de delimitação de seu regime jurídico. Prêmio Dest Monografias: Empresas Estatais: monografias premiadas 2005–2008 / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria Executiva, Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais. – Brasília, DF: Embrapa Informação Tecnológica, 2009. p. 361-412.

<sup>43</sup> FARIA, Edmur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo positivo*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.79.

<sup>44</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.458.

165,§ 5º; art. 169, § 1º. Esses dispositivos constitucionais demonstram que o regime das referidas entidades não é o mesmo de Direito Privado em geral.<sup>45</sup>

É incorreto afirmar, portanto, que o regime jurídico das empresas estatais corresponde exatamente ao regime jurídico das empresas privadas, apesar da aparente similaridade.

Além da incidência de normas de Direito Público, conforme demonstrado, não se pode esquecer de mencionar a diferença de objetivos. As empresas privadas produzem bens e serviços para o mercado com intuito de obter resultados econômicos cada vez mais favoráveis, independentemente se os produtos produzidos apresentem altos valores agregados e preços incompatíveis aos consumidores de baixa renda. De outro norte, os produtos oferecidos pelas empresas estatais apresentam características peculiares, voltadas à melhoria do bem-estar coletivo da sociedade, como a prestação de serviços essenciais de água, energia elétrica e outros. Verifica-se, portanto, que o papel dessas entidades, de forma diversa as empresas privadas, é promover ações de interesse do Estado para o bem estar coletivo.<sup>46</sup>

#### 1.2.4. Agentes

As empresas públicas e as sociedades de economia mista necessitam de recursos humanos para a execução de suas atividades, sendo essas pessoas denominadas, em sentido amplo, de agentes públicos.

---

<sup>45</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.203/204.

<sup>46</sup> PRADO, Evandro J. S. As Sociedades de Economia Mista e o Emprego em Comissão. *Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina*. Florianópolis: Tribunal de Contas de Santa Catarina, ano 4, n. 5, p. 49/73, ago.2007.

Na classificação ofertada por Celso Antônio Bandeira de Mello recebem o nome de servidores das pessoas governamentais de Direito Privado e estão inseridos na categoria dos Servidores Estatais.<sup>47</sup>

Ressalte-se que essa classificação não é única dentre os autores pátrios, há outros que os classificam como empregados públicos<sup>48</sup> ou servidor público trabalhista.<sup>49</sup> Constata-se que não há um consenso na doutrina quanto ao nome dado a esses agentes quando integrantes do quadro funcional das empresas públicas e sociedades de economia mista.

De forma diversa às classificações mencionadas acima, Diógenes Gasparini qualifica como empregado público apenas aqueles com vínculo celetista com a Administração direta, autárquica e fundacional pública, denominando os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista de servidores governamentais.<sup>50</sup>

Para José dos Santos Carvalho Filho, estão inseridos na categoria de servidores públicos trabalhistas (ou celetistas) apenas os agentes que integram o quadro funcional das pessoas federativas, das autarquias e das fundações públicas de natureza autárquica, quando submetidos ao vínculo celetista. Referido autor não considera os empregados das entidades privadas da Administração Indireta como servidor público, denominando-os de empregados apenas.<sup>51</sup>

Urdidas as considerações acima, passa-se à composição do quadro de agentes dessas entidades, utilizando para esse fim os ensinamentos de Sérgio de Andréa Ferreira que os dividem em dois grupos:

- a) Dirigentes institucionais – são os titulares de mandatos, exercidos nos órgãos estruturais estatutários das empresas públicas e sociedades de

---

<sup>47</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.250.

<sup>48</sup> FARIA, Edmur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo positivo*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.113.

<sup>49</sup> CAVALCANTE, Jouberto de Quadros; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *Direito do Trabalho*, Tomo II, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2005, p. 1317.

<sup>50</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.168.

<sup>51</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.541/542 e 545.

economia mista (diretoria, conselho de administração, conselho fiscal) escolhidos pela entidade controladora ou pela assembléia-geral da própria entidade.

- b) Prepostos (empregados) – são os titulares de empregos de natureza trabalhista (contrato individual de trabalho), exercido na organização empresarial da entidade. Subdividem-se em: I) permanentes; II) temporários, abarcando inclusive os empregos de confiança, de livre provimento e exoneração e; III) funções ‘strictissimo sensu’ (ou funções gratificadas).<sup>52</sup>

No tocante à natureza do vínculo formado entre essas pessoas e as entidades, cumpre fazer as seguintes observações: os seus dirigentes, investidos em decorrência de providências governamentais exercidas em nome da supervisão ministerial, nos termos do art. 26, parágrafo único, ‘a’, do Decreto-lei 200/67, exercem mandatos, representantes que são do sujeito controlador da pessoa. Desse modo, cumulam a dupla função: de agentes e representantes da entidade que a supervisiona, sendo irrelevante se foram diretamente designados ou se foram eleitos com o patrocínio governamental. Em regra, não são empregados, salvo se já mantinham com as entidades vínculos dessa natureza. Já todos os demais agentes dessas entidades são empregados e estão submetidos à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.<sup>53</sup>

### 1.2.5. Regime de Pessoal

Aplicam-se aos empregados das empresas públicas e das sociedades de economia mista, por força do que dispõe o art. 173, §1º da Constituição Federal, o

---

<sup>52</sup> FERREIRA, Sérgio de Andréa. Empresa Estatal – Funções de Confiança – Constituição Federal – Art. 37, n.II. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 227, p, 397-413, jan./mar. 2002.

<sup>53</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010 p.220.

regime celetista<sup>54</sup>, cujos princípios e normas encontram-se dispostos na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Desse modo, o vínculo jurídico firmado entre os empregados e essas entidades tem natureza contratual tendo em vista estarem atrelados por contrato de trabalho típico. Em conseqüência, os litígios decorrentes dessa relação de emprego serão processados e julgados na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114 da Constituição Federal.<sup>55</sup>

Todavia, importante salientar, que o fato de ser aplicado a esses empregados públicos o regime celetista, não os equipara, em absoluto, aos empregados da iniciativa privada, porque sofrem a influência de princípios ou regras de Direito Público que lhes determinam tratamento peculiar. José dos Santos Carvalho Filho cita os seguintes:

- a) vedação de acumulação de seus empregos com cargos ou funções públicas (art. 37, XVII, CF);
- b) equiparação a funcionários públicos para fins penais (art. 327, § 1º, CP);
- c) são reputados agentes públicos para fins de aplicação das sanções na hipótese de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429/92.<sup>56</sup>

Destaca-se, ainda, a limitação da remuneração ao teto constitucional, nos termos do inciso XI combinado com o § 9º do art. 37 da Constituição Federal, nos casos em que a entidade recebe recursos para pagamento de despesa de pessoal ou de custeio em geral do ente estatal a qual está vinculada.<sup>57</sup>

Além das peculiaridades mencionadas acima, a de maior relevância para o presente trabalho é pertinente a forma de ingresso dos empregados das estatais, o que será analisado no próximo capítulo referente ao Concurso público.

---

<sup>54</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.436.

<sup>55</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.467.

<sup>56</sup> Id.ibid., p.468.

<sup>57</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.220/221.

O emprego público tem sua disciplina predominantemente norteadada pela Consolidação das Leis do Trabalho, mesmas disposições legais que rege o setor privado, contudo, consoante já dito, não podem ser equiparados em absoluto aos empregados da iniciativa privada. Veja-se:

Enquanto no setor privado a CLT elege os princípios de proteção vigorosos em favor do trabalhador, no emprego público há que se trazerem os princípios de direito administrativo, imprescindíveis à sua dinâmica de funcionamento, tais como os princípios básicos constantes no art. 37, *caput* da Constituição Federal. Dessa forma, a disciplina da CLT será complementada por regras de direito administrativo, o que impõe algumas limitações a sua dinâmica de aplicabilidade no emprego público, em observância a indisponibilidade do interesse público e outros preceitos norteadores da Administração Pública.<sup>58</sup>

Pelo fato de aplicar a esses empregados não somente as normas constantes na Consolidação das Leis do Trabalho como também algumas normas de Direito Público, há doutrinadores, como Marçal Justem Filho, que perfilha do entendimento de que o regime do emprego público é híbrido, o que acarreta uma enorme dificuldade prática, derivada de um conflito axiológico essencial entre o direito do trabalho e o direito administrativo.<sup>59</sup>

O conflito surge pelas seguintes razões: o direito do trabalho é impregnado pela tutela ao trabalhador, caracterizando-se pelo informalismo, já o direito administrativo é norteadado pela tutela ao cidadão, de maneira a garantir que a atuação do Estado e dos seus agentes realize a satisfação das necessidades coletivas, caracterizando-se por um formalismo muito mais intenso do que existe em outros ramos, especialmente o direito do trabalho.<sup>60</sup>

Em complemento à suas ponderações referido autor exemplifica: os encargos referentes aos benefícios garantidos aos empregados privados recaem sobre o empregador que os repassa aos consumidores pelos mecanismos de

---

<sup>58</sup> RAMOS, François Silva. *O emprego público e suas peculiaridades no direito do trabalho brasileiro*. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/43488>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

<sup>59</sup> JUSTEM FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 834/835.

<sup>60</sup> Id. *ibid.*

mercado. No entanto, os encargos atinentes aos benefícios assegurados aos empregados públicos recaem sobre toda a sociedade, que arca com essas despesas por meio do pagamento de tributos. Desse modo, questões que poderiam ser resolvidas no âmbito privado adquirem dimensão de moralidade pública e de interesse coletivo quando se ingressa no campo da organização administrativa estatal. Conclui, ao final que, em síntese, o regime que disciplina a atividade dos empregados públicos está sendo construído ao longo do tempo, por meio especialmente da jurisprudência.

Com efeito, verifica-se que grande parte dos questionamentos que surgem em torno dos empregados públicos decorrem desse regime jurídico híbrido e que, assim como o tema abordado no presente trabalho monográfico, vêm sendo delineados pela doutrina e pela jurisprudência.

## 2. CONCURSO PÚBLICO

A Constituição Federal estabeleceu diretrizes e fixou regras específicas com relação à forma de ingresso do pessoal da Administração Pública Direta e Indireta, de todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios<sup>61</sup>.

As principais regras referentes ao concurso público para provimento dos cargos e dos empregos públicos estão previstas no art. 37, II, III e IV da Constituição Federal. A Carta Magna ao adotar o concurso público como critério básico para o ingresso no serviço público busca observar, em termos materiais, o sistema do mérito - será escolhido para ocupar o cargo público aquele que obtiver melhor qualificação em seleção objetiva, aberta a todos aqueles que preencham os requisitos legais. Já em termos formais ou jurídicos, busca observar o princípio constitucional da impessoalidade ou isonomia. A regra do concurso público dá efetividade também à moralidade administrativa, ao impedir a utilização dos cargos públicos para nomeação a partir de critérios de indicação política ou de parentes.<sup>62</sup>

José Maria Pinheiro Madeira destaca, ainda, a relação entre o concurso público e o princípio da eficiência, ressaltando que a Administração Pública ao se compor de agentes qualificados, segundo os critérios de avaliação aplicados, obterá qualidade e presteza na execução dos serviços prestados aos usuários.<sup>63</sup>

Efetivamente, o concurso público é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público prestado, bem como propiciar igualdade de oportunidade aos

---

<sup>61</sup> MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor Público na atualidade*. 8 ed. Rio de Janeiro:Elsevier, 2010, p.79.

<sup>62</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.900/901

<sup>63</sup> MADEIRA, op. cit., p.80.

interessados que atendam aos requisitos para o cargo ou emprego, conforme determina o art. 37, II, da CF.<sup>64</sup>

No entanto, conforme será demonstrado em momento oportuno, a regra do concurso público não é absoluta, a própria Constituição Federal ressalta as exceções.

## 2.1. Cargos, empregos e funções públicas

O concurso público, como regra, é o meio de acesso a cargo ou emprego no âmbito da Administração Pública. Dessa forma, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca do que seja cargo, emprego e função pública.

Tendo em vista a complexidade das atividades de competência da Administração Pública Direta e Indireta, é de extrema importância a existência de uma organização funcional, para que essas atividades possam ser desenvolvidas pelos agentes públicos com maior precisão e efetividade. Essa organização funcional é formada por um quadro composto por cargos, empregos e funções públicas.<sup>65</sup>

A definição legal de cargo público consta do art. 3º da Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990, nos seguintes termos: “Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”. Esse conceito, no entanto, recebe críticas, tendo em vista algumas imprecisões. Para a doutrina, cargo não é um conjunto de atribuições, mas um lugar instituído dentro da organização funcional da Administração Pública.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36 ed. São Paulo Malheiros, 2010.p. 462.

<sup>65</sup> SILVA, Sandoval Alves da. *Estudo acerca da possibilidade de existência de emprego em comissão nas sociedades de economia mista e empresas públicas*. In: 12ª Reunião Nacional da Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública – CONAP, 07.out.2009.Brasília/DF:Auditório da Procuradoria-Geral do Trabalho.

<sup>66</sup> MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor Público na atualidade*. 8 ed. Rio de Janeiro:Elsevier, 2010, p.45.

Nesse sentido é o conceito ofertado por José dos Santos Carvalho Filho:

Cargo público é o lugar dentro da organização funcional da Administração Pública Direta e suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixada em lei ou diploma a ela equivalente.<sup>67</sup>

Analisando os cargos públicos sob o aspecto das garantias e características, referido autor os classificam como vitalícios, efetivos e cargos em comissão. Sendo estes últimos, de maior relevância para o trabalho em questão, estudado mais adiante, ao tratar acerca da inexigibilidade de concurso público para o seu provimento.

Os titulares de cargo público se caracterizam como servidores públicos estatutários. Isso se deve ao fato de submeterem-se ao regime estatutário, também denominado de institucional. É, portanto, de índole não-contratual, especificamente concebido para reger essa categoria de agentes.<sup>68</sup>

No que tange aos empregos públicos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim manifesta:

Durante muito tempo, essa unidade de atribuições correspondia ao cargo e era atribuída ao funcionário público sob regime estatutário. Quando se passou a aceitar a possibilidade de contratação de servidores sob o regime da legislação trabalhista, a expressão emprego público passou a ser utilizada, paralelamente a cargo público, também para designar uma unidade de atribuições, distinguindo-se uma da outra pelo tipo de vínculo que liga o servidor ao Estado; o ocupante de emprego público tem um vínculo contratual, sob a regência da CLT, enquanto o ocupante do cargo público tem um vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos que, na União, está contido na lei que instituiu o regime jurídico único (Lei nº 8.112/90).<sup>69</sup>

Com efeito, a diferença do emprego para o cargo está no regime jurídico aplicável. No caso do cargo aplica-se o regime jurídico legal. Já o agente ocupante de emprego público celebra com a Administração Pública contrato de trabalho regido

---

<sup>67</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.557/558.

<sup>68</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.255.

<sup>69</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.p.519.

pela Consolidação das Leis do Trabalho- CLT, portanto, submete-se ao regime jurídico contratual.<sup>70</sup>

Em decorrência dessa similaridade entre essas duas formas de provimento na Administração Pública, que se distinguem, consoante dito, apenas pelo regime jurídico aplicável, muitas vezes a expressão ‘cargo’ é utilizada como sinônima de emprego, conforme destacado por José dos Santos Carvalho Filho:

Em relação às pessoas privadas da Administração (empresas públicas e sociedades de economia mista), é freqüente a alusão a ‘cargos efetivos’ e ‘cargos em comissão’ (ou ‘cargos de confiança’). A despeito de serem referidos na CLT, trata-se da utilização do modelo adotado no regime estatutário visando ao delineamento da organização funcional. Cargo, como já vimos, é instrumento próprio do regime estatutário e não do trabalhista. Portanto, aludidas expressões indicam, na verdade, ‘empregos efetivos’ e ‘empregos em comissão’, todos eles regidos pela CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, diferentemente dos verdadeiros cargos públicos, regidos pelos estatutos funcionais do respectivo ente federativo.<sup>71</sup>

O emprego público pode ser conceituado como sendo “núcleos de encargos de trabalho a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista”.<sup>72</sup> Nesse passo, em sentido amplo, identifica a situação jurídica dos celetistas - trabalhadores públicos, que mantém uma relação de trabalho tanto com as pessoas de Direito Público (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias e fundações de Direito Público) quanto com as pessoas de Direito Privado da Administração Indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e Fundações de Direito Privado).

Em sentido estrito, os empregos públicos são providos por agentes das pessoas administrativas de Direito Público. Essa relação recebe mais forte incidência do Direito Administrativo e de aspectos de regime especial, dentro do próprio Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho. No que tange aos empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista são celetistas

---

<sup>70</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 878.

<sup>71</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.560.

<sup>72</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.256.

puros, com incidência mais restrita do Direito Público e de normas trabalhistas especiais.<sup>73</sup>

Ressalte-se, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIN nº 2.135/DF, em 02 de agosto de 2007, deferiu medida cautelar, com eficácia *ex nunc*, suspendendo a vigência do art. 39, *caput* da CF, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, restabelecendo a sua redação original. Assim, retornou a exigência do regime jurídico único para a Administração Direta, autárquica e fundacional pública. Desse modo, o pessoal admitido por essas entidades a partir da data em que foi deferida a medida cautelar devem sujeitar-se, obrigatoriamente, ao regime estatutário. Sendo relevante, portanto, a classificação acima de empregado '*stricto sensu*' apenas no que tange àqueles contratados em período anterior à decisão.

Ainda dentro da estrutura organizacional funcional da Administração Pública, tem-se a função pública, que pode ser conceituada, de maneira geral, como "um conjunto de atribuições a serem exercidas por quem seja um agente público."<sup>74</sup> Impende consignar, que "todo cargo ou emprego público tem funções, mas nem todas as funções estão relacionadas necessariamente a um cargo ou emprego."<sup>75</sup>

Analisando o texto Constitucional, verifica-se que quando a Constituição Federal faz alusão à função, tem em vista duas situações: a) funções exercidas por servidores contratados temporariamente, nos termos do art. 37, IX, sendo dispensável prévio concurso público e, b) funções de natureza permanente, exercidas por servidores ocupantes de cargo efetivo, com previsão no art. 37, V.<sup>76</sup>

Registra-se, por oportuno, que a expressão 'função de confiança', empregada no art. 37, V da Constituição Federal, está no seu sentido estrito, referindo-se às funções gratificadas. Pelo fato de não serem cargos não são

---

<sup>73</sup> FERREIRA, Sérgio de Andréa. Empresa Estatal – Funções de Confiança – Constituição Federal – Art. 37, n.II. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 227, p. 397-413, jan./mar. 2002

<sup>74</sup> MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor Público na atualidade*. 8 ed. Rio de Janeiro:Elsevier, 2010, p.46.

<sup>75</sup> CAVALCANTE, Jouberto de Quadros; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O empregado público*. São Paulo:Ltr., 2002,p. 49.

<sup>76</sup> MADEIRA, op. cit., p.46.

remuneradas por vencimentos, mas mediante gratificação de função e só podem ser exercidas por servidores ocupantes de cargo efetivo.<sup>77</sup>

Faz-se necessária essa ressalva, visto que, existem várias outras funções de confiança atribuídas a diversas situações funcionais, como é o caso das relacionadas aos cargos em comissão, que podem ser exercidas por pessoas sem vínculo com a Administração Pública. Apesar dessas peculiaridades, verifica-se que tanto na doutrina, na jurisprudência quanto nos textos legais muitas vezes essa expressão é utilizada de forma ampla, o que tem gerado confusões.

Na verdade, a adjetivação 'de confiança' designa funções públicas de administração de investidura temporária pelo fato de serem de livre provimento e desprovimento '*ad nutum*', destinando-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Abarca três categorias de funções, quais sejam: cargo em comissão, emprego de confiança e função de confiança '*stricto sensu*'.<sup>78</sup>

No tocante à criação dos cargos, empregos e funções, o art. 61, §1º, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal estabelece que são de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos no âmbito da Administração Direta e Autárquica Federal.

Pelo princípio da simetria, cabe aos Chefes do Poder Executivo a iniciativa de projeto de lei que vise a criação de cargos, funções e empregos públicos no âmbito da Administração Direta e autárquica dos demais entes da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios).<sup>79</sup>

Não há no texto Constitucional previsão de elaboração de lei para a criação de empregos no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista,

---

<sup>77</sup> FERREIRA, Sérgio de Andréa. Empresa Estatal – Funções de Confiança – Constituição Federal – Art. 37, n.II. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 227, p. 397-413, jan./mar. 2002

<sup>78</sup> Id. *ibid*.

<sup>79</sup> CAVALCANTE, Jouberto de Quadros; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O empregado público*. São Paulo: Ltr., 2002, p. 65.

assim, são criados por regulamentos próprios dessas entidades (plano de cargos e salários, estatutos, regimentos internos)<sup>80</sup>.

Nesse sentido Diógenes Gasparini afirma que: “os empregos, as classes e as carreiras são criados e regulados mediante atos da diretoria da entidade governamental. Não há assim, necessidade de lei para essas finalidades.”<sup>81</sup> Na mesma esteira de entendimento se posiciona José dos Santos Carvalho Filho:

Avulta notar que os empregos públicos da Administração Direta, autarquias e fundações de direito público também exigem sua criação pela lei, sendo esta de iniciativa do Chefe do Executivo (art. 61, § 1º, II, 'a', CF). Já os empregos públicos de pessoas privadas da Administração (empresas públicas e sociedades de economia mista), quer os denominados 'cargos efetivos', quer os chamados 'cargos em comissão' ou 'de confiança' (na verdade, 'empregos efetivos' ou 'empregos em comissão', como vimos) podem ser criados através dos atos de organização funcional dessas entidades.<sup>82</sup>

Importante consignar, no entanto, que esse entendimento não é assente na doutrina. De forma diversa, Celso Antônio Bandeira de Mello entende pela necessidade de lei. Ao discorrer acerca da criação dos empregos nas empresas públicas e sociedades de economia mista assim se manifestou:

A regra para a criação de seus empregos, similarmente ao que ocorre com a criação de cargos e empregos na Administração direta, é a de que terão de ser criados por lei. Ainda que não haja uma estatuição constitucional específica, este deve ser o entendimento.<sup>83</sup>

Ressalte-se que essa discussão acerca da necessidade ou não de lei para a criação dos empregos no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, não se resume aos empregos efetivos, sendo ainda mais vivaz no que concerne aos empregos em comissão, o que será estudado no próximo capítulo.

---

<sup>80</sup> PRADO, Evandro J. S. As sociedades de economia mista e o emprego em comissão. In: *Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina*. Florianópolis: Tribunal de Contas de Santa Catarina, v.4, n.5, p. 49-73, ago. 2007.

<sup>81</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 169.

<sup>82</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 563.

<sup>83</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.219.

## 2.2. Exigência no que tange as empresas públicas e sociedades de economia mista

Os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista, até o advento da Constituição Federal de 1988 eram admitidos mediante critérios subjetivos e pessoais dos dirigentes dessas entidades.<sup>84</sup> Na vigência da Constituição de 1967 o requisito de aprovação em concurso público aplicava-se tão-somente às nomeações para cargo público.<sup>85</sup>

Com a nova Carta Constitucional, o critério tornou-se objetivo, passando a exigir a realização de prévio concurso público de provas ou de provas e títulos para o ingresso dos empregados nas estatais. Todavia, de início, essa assertiva não foi assimilada pacificamente pelos estudiosos da matéria, surgindo, três correntes em torno do tema.<sup>86</sup>

A primeira corrente entendia que a regra era a do concurso público, sem qualquer restrição. Dessa forma, as empresas públicas e sociedades de economia mista estavam sujeitas a esse princípio assim como os demais entes da Administração Pública.

De forma diametralmente oposta, os defensores da segunda corrente pugnavam pela impossibilidade da adoção do concurso público nessas entidades, sob o argumento de que são equiparadas às empresas particulares para todos os fins de direito, o que iria de encontro à exigência do concurso público.

Por fim, a terceira corrente defendia o concurso público apenas para as empresas prestadoras de serviço, excluindo da exigência as exploradoras de atividade econômica. Todavia, apesar das divergências de entendimento, prevaleceu a primeira corrente.

---

<sup>84</sup> FARIA, Edmur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo positivo*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.81.

<sup>85</sup> CAVALCANTE, Jouberto de Quadros; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O empregado público*. São Paulo:Ltr., 2002,p. 89.

<sup>86</sup> FARIA, op. cit.,p.81.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança 21.322/92, em 07 de dezembro de 1992, pacificou o entendimento de que as empresas públicas e sociedades de economia mista estavam abrangidas pela regra do concurso público.<sup>87</sup>

Atualmente, a exigência do concurso público, como regra, envolve todos os entes da Administração Pública Direta ou Indireta. Desse modo, o ingresso no serviço público sem aprovação em concurso, ressalvadas as exceções previstas na própria Carta Magna, implica em nulidade do ato (Súmula nº 363 do Tribunal Superior do Trabalho - TST)<sup>88</sup>. Assim como os cargos, os empregos públicos devem, obrigatoriamente, serem providos mediante prévia aprovação em concurso público.

Não obstante a maioria da doutrina, bem como da jurisprudência, entender pela aplicação do princípio do concurso público, sem qualquer restrição, seja a entidade prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica, há que ressaltar, que ainda há vozes na doutrina, como Celso Antônio Bandeira de Mello, que defende a atenuação dessa exigência constitucional quando se tratar de entidade exploradora de atividade econômica, em atenção ao art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal, que submete essas entidades ao mesmo regime das empresas privadas, nos seguintes termos:

Compreende-se que a empresa estatal pode, legitimamente, prescindir da realização de concurso público nas situações em que sua realização obstará a alguma necessidade de imediata admissão de pessoal ou quando se trate de contratar profissionais de maior qualificação, que não teriam interesse em se submeter a prestá-lo, por serem absorvidos avidamente pelo mercado.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> PRADO, Evandro J. S. As sociedades de economia mista e o emprego em comissão. In: *Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina*. Florianópolis: Tribunal de Contas de Santa Catarina, v.4, n.5, p. 49-73, ago. 2007.

<sup>88</sup> CAVALCANTE, Jouberto de Quadros; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O empregado público*. São Paulo: Ltr., 2002, p.89.

<sup>89</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.221.

### 2.3. Exceção a regra do concurso público - cargo em comissão

Embora a realização de concurso público, consoante dito, ser regra para a investidura em cargos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública Direta ou Indireta, há que se destacar que essa regra não é absoluta, a própria Constituição estabeleceu as exceções. O cargo em comissão é uma dessas, conforme se infere do art. 37, incisos II e V da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

[...]

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

São cargos de ocupação transitória. Seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade que os nomeou, por isso é que alguns os denominam de cargos de confiança. São de livre nomeação e exoneração, ou seja, tanto a nomeação quanto a exoneração fica a critério exclusivo da autoridade nomeante.<sup>90</sup>

A prerrogativa de contratação sem a exigência de concurso público para os cargos em comissão permite que pessoas sem qualquer vínculo com a Administração Pública venham a assumir postos de trabalho na seara governamental.

---

<sup>90</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.559.

Todavia, apesar de serem de livre provimento, sofrem algumas restrições, pois, são específicos às atribuições de direção, chefia e assessoramento, não sendo permitida essa forma de ingresso para cargos técnicos e administrativos, que são próprios das entidades públicas e, portanto devem ser preenchidos por concurso público.<sup>91</sup>

No intuito de bem delinear os limites para a criação desses cargos, José Maria Pinheiro Madeira faz uma análise sobre as características das atribuições a que estão vinculados.

As atribuições de direção pressupõem que a ocupação se dará por uma pessoa dotada de capacidade de decisão e de autoridade perante os demais servidores, além de possuir qualificações essenciais para o desempenho dessa atividade. Relaciona-se, portanto, a um poder de comando, uma posição de topo dentro de uma hierarquia. Conjetura-se que uma direção abarque um departamento inteiro, não apenas uma seção.

A chefia, assim como a direção faz supor um poder de decisão, uma autoridade perante os demais servidores. O seu ângulo de atuação, no entanto, é menor que o da direção, normalmente abarca uma seção. O chefe é o superior imediato dos demais servidores, já o diretor é mais mediato, apesar de ambos sustentarem caráter de hierarquia e serem cargos de comando.

De forma diversa, o assessoramento não se reveste do caráter de hierarquia e não tem nenhuma relação com o comando. Como o próprio nome diz, referido agente, assessora uma autoridade, auxilia-a, dando-lhe suporte seja de índole técnica ou empírica. Desenvolve atividades da mais variada natureza.<sup>92</sup>

---

<sup>91</sup> PRADO, Evandro J. S. As sociedades de economia mista e o emprego em comissão. In: *Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina*. Florianópolis: Tribunal de Contas de Santa Catarina, v.4, n.5, p. 49-73, ago. 2007.

<sup>92</sup> MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor Público na atualidade*. 8 ed. Rio de Janeiro:Elsevier, 2010, p.54/55.

Com efeito, os assessores são aqueles agentes cujas atribuições se prestam a viabilizar o exercício, por outros agentes públicos que possuem geralmente competências decisórias, de suas funções com maior eficiência. Nesse passo, cumpre registrar, conforme destacado por Márcio Cammarosano, que se é relativamente fácil identificar um cargo como sendo substancialmente de direção ou chefia, o mesmo não ocorre com os cargos de assessoramento. Referido autor explica essa assertiva com os seguintes argumentos:

Sempre que o fato confiança pessoal, em grau mais acentuado, puder ser considerado relevante em face das circunstâncias em que determinadas atribuições devem ser exercidas, essas mesmas circunstâncias, e não a natureza intrínseca das atribuições, é que devem prevalecer, justificando a criação do cargo como sendo de assessoramento e, conseqüentemente, de provimento em comissão. Assim, cargo de motorista lotado em órgão responsável pela simples entrega de notificações, ou pelo transporte de servidores subalternos, não se confunde com o cargo de motorista a quem cabe transportar autoridades governamentais das mais elevadas, de cujo titular se exige não apenas que seja hábil na condução do veículo, mas que seja especialmente discreto, reservado, atencioso, e até treinado para servir como agente de segurança e/ou assessor da autoridade a que esteja servindo. Digitar textos que consubstanciam pareceres e relatórios de rotina não é o mesmo que digitar textos que consubstanciam minutas de atos cujo conteúdo não se possa correr o risco, por razões de Estado, de ver antecipadamente conhecido senão por número reduzidíssimo de agentes governamentais.<sup>93</sup>

Em suma, o cargo em comissão é de livre provimento e exoneração, específico para as atribuições de direção, chefia e assessoramento, sendo a sua forma de provimento uma exceção a regra do concurso público. Não há, portanto, nenhuma discussão acerca da constitucionalidade da sua existência no regime estatutário.

Todavia, a existência dos empregos com as mesmas características no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista tem provocado calorosas discussões acerca da sua constitucionalidade, culminando com a propositura de ações civis públicas no âmbito do Distrito Federal pelo Ministério Público do Trabalho da 10ª Região, sendo essa discussão objeto desse estudo monográfico e que será apresentada no capítulo a seguir.

---

<sup>93</sup> CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em comissão - Breves Considerações Quanto aos Limites à sua Criação. *Interesse Público* - Revista Bimestral de Direito Público. Porto Alegre: Notadez, v.8, n. 38, p. 25-31, jul./ago. 2006.

### **3. A CONSTITUCIONALIDADE DO EMPREGO EM COMISSÃO NO ÂMBITO DAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA**

O debate envolvendo a constitucionalidade dos empregos em comissão (ou empregos de confiança- denominado por alguns), no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, sem a exigência de concurso público, para o provimento das atribuições de direção, chefia e assessoramento, antepõe teses antagônicas.

As correntes divergentes podem ser resumidas em duas: uma que o considera inconstitucional, sob o argumento de falta de previsão expressa no art. 37, inciso II da Carta Magna que faz referência apenas a cargos em comissão. A outra tese que o considera constitucional, fazendo uma interpretação sistemática da Constituição Federal, chegando à conclusão de que referida exceção constitucional abarca os empregos em comissão.

A primeira corrente, constituída na sua maioria por magistrados trabalhistas e membros do Ministério Público do Trabalho da 10ª Região, faz uma interpretação literal do dispositivo constitucional, entendendo, por consequência, que a ressalva ali contida refere-se apenas a cargos em comissão, restritos ao regime estatutário. Desse modo, concluem que as entidades enquadradas no regime celetista não podem contratar com base nessa excepcionalidade permitida pela Constituição Federal.<sup>94</sup>

No campo doutrinário, dos autores pesquisados para a elaboração do presente trabalho, detectou-se apenas um entendimento que se coaduna com essa corrente. Segundo Lucas Rocha Furtado:

---

<sup>94</sup> PRADO, Evandro J. S. As sociedades de economia mista e o emprego em comissão. In: *Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina*. Florianópolis: Tribunal de Contas de Santa Catarina, v.4, n.5, p. 49-73, ago. 2007.

Em algumas empresas estatais têm sido criados cargos de nível inferior ao de diretoria- em nível de gerência – de livre nomeação. Esta prática não se coaduna com a regra constitucional do concurso público. A rigor, não pode haver cargo em comissão em empresa estatal que adote o regime da CLT. O cargo em comissão é de natureza eminentemente administrativa e, em função do que dispõe a Constituição Federal (art. 173, § 1º, II), o regime jurídico a ser observado pelas estatais exploradoras de atividades empresariais é o próprio das empresas privadas. **Em relação ao emprego em comissão, a absoluta falta de previsão constitucional impede a adoção desse regime.** Desse modo, ressalvados os dirigentes – que são o presidente, diretores e membros dos conselhos de administração e fiscal -, que se regem pelas normas de Direito Comercial, em especial pela Lei nº 6.404/76, todos os que trabalham em empresas estatais que explorem atividades empresariais são empregados e se sujeitam à necessidade de prévia aprovação em concurso público.<sup>95</sup> (grifou-se)

Em conclusão às suas assertivas, referido autor afirma que os empregos em comissão, no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, constituem evidente violação ao artigo 37, inciso II da Constituição Federal.

Para a segunda corrente, a qual se filia a maioria da doutrina, a abrangência da exceção constitucional ao princípio do concurso público é extensiva aos empregos em comissão no âmbito das estatais. O que se infere de uma interpretação sistemática da Constituição Federal.

Com efeito, um dos princípios que norteiam a interpretação constitucional é o da Unidade da Constituição e de acordo com esse princípio, as normas devem ser consideradas, não de forma isolada e dispersa, mas sim integradas num sistema interno unitário de princípios e regras. O princípio da unidade “é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas”<sup>96</sup>.

Nesse sentido leciona Eros Roberto Grau: “não se interpretam textos normativos constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição no seu todo. Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 215/216 e 880.

<sup>96</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.196.

<sup>97</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*, 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 166.

A partir das argumentações expendidas por essa segunda corrente (que será apresentada no item a seguir) é que será possível aferir em que medida é constitucional a figura do emprego em comissão nas empresas públicas e sociedades de economia mista.

### **3.1. Análise sistemática da expressão ‘cargo em comissão’ prevista no art. 37, II, da CF e sua abrangência aos empregos em comissão**

É cediço na doutrina que a interpretação literal de uma norma não é o caminho mais eficaz para retirar-lhe a essência, há que ponderar, portanto, princípios de interpretação constitucional para garantir maior correção. Nesse aspecto, cabe observar que a valoração desses princípios deve ser feita caso a caso, sempre observando os limites e condicionamentos recíprocos. Trata-se, portanto, de harmonizar o texto constitucional para não ocorrer contradição.<sup>98</sup>

Uma norma constitucional analisada isoladamente pode fazer pouco sentido, ou mesmo mostrar-se em contradição com outra. É impossível compreender algo em sua integralidade sem entender as suas partes, assim como não é possível entender as partes de alguma coisa sem a compreensão do todo. Portanto, é de extrema importância analisar as normas por meio de uma visão estrutural, sob a perspectiva de todo o sistema. Deve-se partir de uma interpretação sistemática, situando o dispositivo a ser interpretado dentro de um contexto normativo geral e particular. A Constituição deve ser interpretada como um todo harmônico, não podendo nenhum dispositivo ser considerado isoladamente.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> MAGALHÃES FILHO, Inácio. Empregos em Comissão na Administração Indireta à Luz da Constituição de 1988. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, v. 32, p. 81-91, jan./dez. 2006.

<sup>99</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p.136/137.

Ressalte-se que a interpretação sistemática em matéria constitucional é utilizada com bastante frequência pelo Supremo Tribunal Federal, desfrutando de grande prestígio na jurisprudência em geral.<sup>100</sup>

Desse modo, o artigo 37, inciso II da Constituição Federal, deve ser interpretado em consonância com outros normativos insculpidos no próprio texto constitucional. Faz-se necessário trazer à discussão o tema da interpretação, porque em diferentes artigos da Constituição Federal, o Poder Constituinte Originário permitiu a existência do emprego em comissão. É o que se infere, por exemplo, da leitura do art. 54, I, alíneas 'a' e 'b' e art. 19, § 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>101</sup>. Tais dispositivos serão transcritos e discutidos em tópico específico.

Essas referências explícitas ao emprego em comissão na Constituição Federal, dentre outros elementos, levam à conclusão, de que a utilização da expressão 'cargo em comissão', prevista na parte final do inciso II do art. 37, foi utilizada pelo legislador constituinte em sentido lato e não em sentido estrito, abarcando os empregos em comissão.

Para José Eduardo Martins Cardoso, o dispositivo constitucional que abre a exceção ao concurso público (art. 37, II, CF) deve ser interpretado de forma sistemática e razoável, pois, seria um absurdo que sendo as empresas públicas e sociedades de economia mista instrumentos da ação governamental e integrantes da Administração Pública, tivessem barrada a possibilidade de ter algumas de suas atividades funcionais chaves, providas pelo critério da confiança. Dessa forma, nada mais natural que além da escolha de seus dirigentes maiores, ainda existam empregos de confiança (assessores, gerentes e etc.), cuja atuação funcional deve

---

<sup>100</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.138.

<sup>101</sup> MAGALHÃES FILHO, Inácio. Empregos em Comissão na Administração Indireta à Luz da Constituição de 1988. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, v. 32, p. 81-91, jan./dez. 2006.

estar submetida ao vínculo da CLT, a serem exercidos por pessoas livremente escolhidas por estes mesmos dirigentes, sem a necessidade de concurso público.<sup>102</sup>

Mais adiante, conclui o jurista:

[...] embora o artigo 37, II, da Constituição Federal não inclua expressamente na exceção que estabelece ao princípio do concurso público os empregos de confiança em empresas públicas e sociedades de economia mista, estas hipóteses devem ser por analogia consideradas incluídas neste campo de excepcionalidade. A mesma 'ratio' que justifica a exceção constitucional para os cargos públicos da Administração Direta e autárquica aponta para a necessidade desta ser estendida também para as atividades funcionais de confiança nas entidades estatais de direito privado.<sup>103</sup>

No mesmo sentido, destacando a abrangência da expressão 'cargo em comissão', contida no dispositivo constitucional em comento, Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza, ressaltam que não se deve fazer uma leitura equivocada da exceção constitucional, embora empregue, na sua literalidade, a palavra cargo, não faz sentido entender que está se reportando exclusivamente aos cargos submetidos ao regime estatutário, pelos seguintes motivos:

Primeiro, porque a expressão 'cargo em comissão' pode ter significado diferente, a depender do contexto em que se apresenta, podendo, perfeitamente, designar um emprego público regido pela CLT. Portanto, é um erro supor que denote necessariamente um vínculo estatutário, pois cargo pode ser sinônimo de emprego, e cargo em comissão de emprego em comissão. Desse modo, quando uma norma jurídica se vale dessas expressões, faz-se necessário identificar o contexto em que se encontra, para só então inferir-se o regime jurídico do posto de trabalho que está em discussão.

Em segundo lugar, é descabido tomar referência a cargos em comissão com o significado restrito de posto sob o vínculo estatutário. Não é a natureza do vínculo que justifica a exceção à regra geral do concurso público e sim a natureza das atribuições (direção, chefia e assessoramento) ligadas ao posto de trabalho. Sendo o art. 37, II da CF, uma norma instituidora de exceção, só fará sentido se reportada

---

<sup>102</sup> CARDOZO, José Eduardo Martins. *As empresas públicas e as sociedades de economia mista e o dever de realizar concursos públicos no direito brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 17, ago. 1997. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/386>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

<sup>103</sup> Id. *ibid.*

sem qualquer distinção a cargos e empregos públicos. Entender de forma diversa, restringindo-a exclusivamente a cargos em sentido estrito, seria um verdadeiro atentado aos princípios da isonomia e da razoabilidade.<sup>104</sup>

Partindo dessa análise, os autores chegam à seguinte conclusão:

Seria desprovida de razoabilidade, evidentemente, uma regra que isentasse da exigência de concurso a investidura em cargos públicos pelo fato de estarem ligados a atribuições de direção, chefia e assessoramento, mas não a admissão em empregos que estivessem ligados a atribuições do mesmo gênero. A Constituição não se presta, nem quis se prestar, a tal despropósito. Ora, tanto cargos como empregos - não importa a natureza do vínculo, insistamos- podem trazer em si o predicado que justifica a exceção a regra geral de concurso público. Por todas essas razões, é inafastável a conclusão de que o art. 37, II, da Constituição, ao instituir exceção à regra geral do concurso público e fazer uso da expressão *cargo em comissão*, está, na realidade, reportando-se tanto a cargos – em sentido estrito, atinente a vínculo estatutário – quanto a empregos em comissão.<sup>105</sup>

Com efeito, tanto decisões judiciais, como textos normativos e doutrinários utilizam muitas vezes o termo 'cargo' como sinônimo de emprego, o que se verifica inclusive em textos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, *ex vi* artigos 62, II, parágrafo único; 224, § 2º; 450; 469, § 1º e 499.

Alexandre de Moraes reconhece a abrangência da exceção ao concurso público aos empregos em comissão. Faz referência a esses postos de trabalho utilizando a expressão 'cargos', o que confirma a assertiva acima, do uso da palavra cargo como sinônimo de emprego. Assim se manifesta o autor:

Saliente-se que apesar de o regime de pessoal das entidades paraestatais ser o mesmo dos empregados de empresas privadas, sujeitos à CLT, às normas acidentárias e à justiça trabalhista (CF, artigo 114), permanece a obrigatoriedade do postulado do concurso público, mesmo para as empresas que exerçam atividades econômicas, salvo, obviamente, para os cargos ou funções de confiança, por serem instrumentos de realização concreta dos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade.<sup>106</sup>

Para Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Francisco Ferreira Jorge Neto, os cargos em comissão podem existir tanto no regime estatutário quanto no

---

<sup>104</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. As empresas Estatais, o Concurso Público e os Cargos em Comissão. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, v. 243, p. 29-40, set./dez. 2006.

<sup>105</sup> Id. *ibid.*

<sup>106</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2006, p. 133.

celetista. Apesar de o dispositivo constitucional referir-se expressamente a cargo em comissão, acolhendo a tese da possibilidade de a Administração Pública optar pelo regime trabalhista, necessariamente haverá empregos de confiança. Ademais, a existência desses empregos tem previsão na Consolidação das Leis do Trabalho.<sup>107</sup>

Conforme já dito, a própria Constituição Federal determina a sujeição das empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime trabalhista, portanto, com muito mais razão procede o entendimento acerca da constitucionalidade da existência de emprego em comissão no regime celetista.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho:

Embora a Constituição não tenha feito expressa alusão, é lícito afirmar, com suporte em interpretação sistemática, que a inexigibilidade de concurso abrange também os empregos em comissão (ou de confiança) das pessoas administrativas de direito privado – empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado.<sup>108</sup>

Na mesma esteira, Diógenes Gasparini adverte que o provimento de funções em comissão – expressão referida pelo autor em sentido lato, abarcando cargos e empregos em comissão – está dentre as exceções à obrigatoriedade de realização de concurso público, ainda que o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal só mencione cargo em comissão.<sup>109</sup>

De igual modo, Hely Lopes Meirelles e Sérgio de Andréa Ferreira, perfilham o entendimento de que a exceção constitucional abarca os empregos em comissão das estatais<sup>110</sup>. Essa tese encontra amparo também em decisões do Tribunal de Contas do Distrito Federal e da União, bem como em decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, conforme será demonstrado.

Considerando que as empresas estatais fazem parte, via de regra, do poder executivo de um ente da Federação (União, Estado, Município e Distrito Federal),

---

<sup>107</sup> CAVALCANTE, Jouberto de Quadros; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *Direito do Trabalho*, Tomo II, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2005, p. 1316.

<sup>108</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.577.

<sup>109</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 179.

<sup>110</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36 ed. São Paulo Malheiros, 2010. p.461; FERREIRA, Sérgio de Andréa. Empresa Estatal – Funções de Confiança – Constituição Federal – Art. 37, n.II. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 227, p. 397-413, jan./mar. 2002.

sujeitas ao regime privado e submetidas, portanto, a menos amarras que os órgãos da Administração Direta, é perfeitamente cabível a previsão de ingresso de profissionais, sem concurso público, nos moldes do art. 37, II da Constituição Federal, com a denominação de empregos em comissão. Estando essas entidades estatutariamente incumbidas com as ações e metas traçadas pelo planejamento governamental, é provável que em algumas situações precisem de profissionais que ocupem certos postos de trabalho, para liderar e assessorar o cumprimento dos objetivos das políticas públicas do governante em exercício de mandato.<sup>111</sup>

Efetivamente, se a Constituição Federal ressalvou o cargo em comissão como exceção ao concurso público para a Administração Direta, regida pelo Direito Público, com muito mais razão a ressalva também se aplica às empresas estatais, as quais se sujeitam ao regime jurídico de direito privado, nos termos do art. 173, § 1º, II da CF, com vistas a dar maior flexibilidade e eficiência aos serviços prestados pelo Estado. Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista também precisam de pessoal de confiança para atuar nas áreas de direção, chefia e assessoramento, com possibilidade de livre nomeação e exoneração para melhor atender as suas finalidades.

Adilson Abreu Dallari ao afirmar que a interpretação da lei deve ser feita de maneira inteligente, por ser tarefa que exige raciocínio, lógica, discernimento, sabedoria, experiência e bom senso, manifesta-se da seguinte forma:

Examinando o próprio texto da Constituição pode-se observar que a exigência do concurso público não é absolutamente universal, pois ele não é exigido para a investidura de Ministros dos Tribunais de segundo grau, nem para a nomeação de advogados e promotores pelo quinto constitucional (art.94), e nem para a composição dos Tribunais Superiores. No caso dos cargos de direção das empresas estatais, cabe lembrar que o art. 173 dispõe que elas se regerão pelas normas aplicáveis às empresas privadas inclusive no tocante as obrigações trabalhistas. Isto significa que, para as funções de confiança, de direção, incompatíveis com a escolha de seus ocupantes mediante concurso público, aplicar-se-ão as regras próprias da empresa privada, inclusive, quando for o caso.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> PRADO, Evandro J. S. As sociedades de economia mista e o emprego em comissão. In: *Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina*. Florianópolis: Tribunal de Contas de Santa Catarina, v.4, n.5, p. 49-73, ago. 2007.

<sup>112</sup> DALLARI, Adilson Abreu. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p.38.

### 3.2. Fundamentos para a inexigibilidade do concurso público para os cargos em comissão

A inserção dos cargos em comissão como exceção ao concurso público não foi feita de maneira despropositada pelo Poder Constituinte. Na verdade, expressa o necessário reconhecimento de que a exigência do concurso público pode se revelar impertinente para o acesso a esses postos de trabalho, que tem como elemento central a questão da confiança política.<sup>113</sup>

Os ocupantes dos cargos em comissão devem assegurar ao governo o comando sobre a Administração, através da implementação de programas, planos e ações voltadas para o alcance dos objetivos e metas governamentais.<sup>114</sup>

Nesse sentido, Diógenes Gasparini leciona que os cargos em comissão são próprios para as atribuições de direção, comando ou chefia de certos órgãos, para os quais faz-se necessário um agente que, por ser de confiança da autoridade nomeante, se disponha a seguir sua orientação ajudando-a a promover a direção superior da Administração.<sup>115</sup>

Com efeito, os cargos em comissão por serem postos mais altos de comando da Administração Pública, determinam a direção da atuação administrativa. Desse modo, faz-se necessário que sejam ocupados por pessoas que estejam em consonância com o plano de governo da chefia do Executivo. Ressalte-se que muitas vezes essas pessoas não estão dentre os concursados. Caso não houvesse essa exceção, os ocupantes dos postos mais altos da máquina administrativa, todos concursados, poderiam se colocar em desalinho com o plano

---

<sup>113</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. As empresas Estatais, o Concurso Público e os Cargos em Comissão. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, v. 243, p. 29-40, set./dez. 2006.

<sup>114</sup> GRAEF, Aldino. *Cargos em Comissão e Funções de Confiança: Diferenças conceituais e práticas*. Disponível em: <<http://www.estatuto.ufu.br/sites/estatuto.ufu.br/files/cargo-funcao-vs-funcoes-confianca.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2011.

<sup>115</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 268/269.

de governo a ser implementado, restando por anulado os efeitos benéficos da alternância do exercício do poder, própria do regime democrático.<sup>116</sup>

Pode-se destacar ainda outra razão para a Constituição Federal permitir o acesso aos ocupantes desses cargos pela via direta, sem concurso público. Veja-se: Caso fosse necessária a realização de concurso público para o acesso aos postos mais altos de comando da Administração Pública poderia ser comprometida a especial relação de confiança que deve existir entre os seus ocupantes. As atribuições de direção, chefia e assessoramento superior, só podem ser adequadamente exercidas se houver entre os agentes um especial vínculo de confiança, que se faz absolutamente indispensável em meio aos escalões superiores das organizações. Caso seja minada essa confiança entre os agentes, pode-se comprometer toda a organização.<sup>117</sup>

Registra-se, por oportuno, que para a corrente que entende pela constitucionalidade dos empregos em comissão no âmbito das empresas estatais, aplicam-se, de igual modo, a esses postos de trabalho, os fundamentos expendidos acima, visto que, possuem as mesmas características dos cargos em comissão *strictu sensu*, diferenciando-se apenas no que tange ao vínculo existente com a Administração Pública, que no caso dos empregos é o celetista.

### **3.3. Criação dos empregos em comissão nas empresas estatais**

Superada a questão da constitucionalidade do emprego em comissão nas empresas públicas e sociedades de economia mista, outro ponto que também enseja calorosas discussões, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, diz respeito à necessidade ou não de lei para a criação desses postos de trabalho.

---

<sup>116</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. As empresas Estatais, o Concurso Público e os Cargos em Comissão. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, v. 243, p. 29-40, set./dez. 2006.

<sup>117</sup> Id. *ibid.*

Conforme já dito, a discussão acerca da necessidade ou não de lei para a criação dos empregos no âmbito das empresas estatais não se resume aos empregos efetivos, sendo ainda mais vivaz no que concerne aos empregos em comissão.

A tese de que os empregos públicos em comissão assim como os empregos de provimento efetivo não necessitam de lei formal para sua criação e extinção, tem seu sustentáculo, em síntese, nos seguintes dispositivos constitucionais: art. 37, XIX; art. 61, § 1º, II, 'a' e art. 169, § 1º, II. Veja-se:

A Constituição Federal (art. 61, § 1º, II, 'a'), faz menção apenas à exigência de lei para a criação de cargos públicos no regime estatutário e dos empregos públicos da Administração Direta, Autárquica e Fundacional, não dispondo acerca desse requisito no que tange aos postos de trabalho no âmbito das empresas estatais.

Com efeito, ao analisarem os empregos em comissão nas empresas públicas e sociedades de economia mista, Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza afirmam, com base no art. 61, § 1º, II, 'a' da Carta Magna, que para a criação desses postos de trabalho não há exigência de lei, ante a inexistência de norma constitucional, tampouco infraconstitucional que imponha esta instituição pela via legislativa. A Constituição Federal exige lei apenas para os postos da Administração Direta e das entidades de direito público. Desse modo, o silêncio no que tange as demais situações tem o propósito deliberado de excluí-las da exigência ali consubstanciada.

Concluem os autores, que se o legislador constituinte quisesse exigir lei para a criação desses empregos, teria feito referência às referidas entidades no dispositivo em apreço. Se não o fez é porque teve o intento de não submetê-las a mencionada exigência.<sup>118</sup>

---

<sup>118</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. As empresas Estatais, o Concurso Público e os Cargos em Comissão. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, v. 243, p, 29-40, set./dez. 2006.

Outra justificativa para o fundamento da tese da desnecessidade de lei para a criação dos empregos em comissão nas empresas estatais refere-se ao fato de que essas entidades sequer são criadas por lei. O artigo 37, inciso XIX da Constituição Federal exigiu norma legal apenas no tocante à autorização da instituição e funcionamento dessas entidades. Foi concedido, portanto, certo grau de autonomia a essas empresas na formalização das suas diretrizes básicas, incluindo as de pessoal.<sup>119</sup>

Efetivamente, a lei que autoriza a criação de uma empresa pública ou sociedade de economia mista, explícita ou implicitamente, confere autonomia administrativa à entidade, característica natural de uma pessoa jurídica de direito privado, tendo sido exatamente esta a intenção do legislador. Ademais, a autonomia concedida pela lei autorizatória é que permite a criação dos empregos dessas entidades independentemente de lei.

Eventual exigência de lei para a criação de postos de trabalho – efetivos ou em comissão - nas empresas estatais, consistiria em excesso incompatível com a natureza da entidade e de sua personalidade jurídica. Cumpre ressaltar, no entanto, em que pese a autonomia da empresa para tais atos, a criação desses empregos devem sujeitar-se aos controles gerais a que se submete toda a Administração Pública, Direta e Indireta.

Desse modo, se a criação da empresa pública prescinde de lei, *stricto sensu*, apenas a sua autorização, seria desarrazoado admitir a necessidade de lei para a criação do emprego em comissão.

Nesse sentido sinalizou José Eduardo Martins de Souza:

Todavia, naturalmente, o mesmo não se pode dizer do emprego público. Estes não são propriamente unidades de competência criadas por lei. São feixes de atribuições funcionais criados por decisões internas da pessoa privada a que se integram, nos termos do que ocorre com as pessoas comuns do mundo privado.

Claro, por conseguinte, que a exigência de lei não se impõe para a definição dos empregos de confiança em uma empresa pública ou em uma sociedade de economia mista. São as normas internas destas empresas estatais

---

<sup>119</sup> PRADO, Evandro J. S. As sociedades de economia mista e o emprego em comissão. In: *Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina*. Florianópolis: Tribunal de Contas de Santa Catarina, v.4, n.5, p. 49-73, ago. 2007.

(estatuto, regimento ou outro ato firmado por órgão interno competente) que deverão fixar não só o eventual plano de carreira dos seus servidores (no caso de existirem nos termos do admitido no artigo 461, parágrafo 2º, da CLT), mas como também o próprio número, denominação e atribuições destes empregos de confiança.

Seria, aliás, absurdo imaginar-se por uma ilação incorreta extraída de exegese literal do inciso II do artigo 37 da Constituição da República que deveria ser exigida a definição por lei da natureza jurídica de uma unidade de atribuições funcionais própria de pessoa privada e que não exige lei para a sua própria criação. Seria o prestigiar da irrazoabilidade hermeneutica, apenas aceitável para quem não se encontra bem sintonizado com os postulados básicos que governam a matéria.

[...]

Fixa-se então a conclusão de que os cargos de direção e os empregos de confiança de empresas públicas e sociedades de economia mista não se submetem ao princípio do concurso público, enquadrando-se na exceção consagrada a este princípio no próprio inciso II do artigo 37 da nossa lei maior. A definição destes empregos de confiança se dará por atos internos dos órgãos competentes destas entidades estatais, não sendo de se exigir ato legislativo para tanto.<sup>120</sup>

Não obstante os demais dispositivos constitucionais mencionados há que destacar, ainda, o art. 169, § 1º, II da Constituição Federal. Referida norma consolida plenamente a tese da desnecessidade de lei para a criação dos empregos em comissão no âmbito das empresas estatais. Verifica-se que o legislador teve a intenção de conferir a essas entidades certa autonomia nas questões envolvendo os seus atos de pessoal, ao permitir que possam criar empregos e administrarem contratações e remunerações de pessoal sem a necessidade de prévia autorização na lei de diretrizes orçamentárias.

Ante ao exposto, partindo de uma análise sistemática do art. 37, II e XIX; art. 61, § 1º, II, 'a' e art. 169, § 1º, II, todos da Constituição Federal, resulta numa única conclusão: "a exigência de lei reporta-se aos postos da Administração direta e das entidades de direito público da Administração Indireta; não se reporta, de maneira alguma, aos postos das empresas estatais ou de suas subsidiárias".<sup>121</sup>

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Sérgio de Andréa Ferreira:

Se para a administração pública direta e autárquica há necessidade de lei, para a caracterização dos cargos em comissão ou empregos de confiança,

<sup>120</sup> CARDOZO, José Eduardo Martins. *As empresas públicas e as sociedades de economia mista e o dever de realizar concursos públicos no direito brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 17, ago. 1997. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/386>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

<sup>121</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. *As empresas Estatais, o Concurso Público e os Cargos em Comissão*. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, v. 243, p. 29-40, set./dez. 2006.

o mesmo não ocorre com as entidades administrativas de direito privado, nas quais, isto se faz, ora por decreto, no caso de certas fundações públicas; ou por atos internos dos próprios entes.<sup>122</sup>

De igual modo manifesta Evandro J. S. Prado, ao discorrer acerca do amparo legal necessário aos empregos em comissão nas sociedades de economia mista:

[...] é patente a convicção de que a instituição de empregos públicos nas companhias mistas, seja de provimento via concurso público ou pelo critério de confiança, independe de lei formal. Os dispositivos constitucionais citados não deixam margens de dúvidas quanto ao caráter diferenciado dos seus atos administrativos, inclusive os de pessoal.<sup>123</sup>

A exigência de lei para a criação dos empregos em comissão nas empresas estatais é não só inexistente, pelo fato da Constituição Federal dispor acerca desse requisito apenas para a criação dos postos de trabalho da Administração Direta e dos entes de direito público, como também impertinente, na medida em que essa exigência não se coaduna com a própria finalidade da organização empresarial dessas entidades, já que sua natureza privada tem o propósito de assegurar maior flexibilidade na gestão administrativa, precipuamente na gestão do seu pessoal. Caso fosse necessária lei para a criação desses postos de trabalho essa flexibilidade almejada ficaria comprometida em um dos seus aspectos mais sensíveis, que é a gestão dos seus recursos humanos.<sup>124</sup>

Segundo Inácio Magalhães Filho, a nomeação para os empregos em comissão em empresas estatais é válida, desde que, tendo como exemplo o Distrito Federal, estejam previstos no Plano de Carreira Cargos e Salários da entidade, sejam autorizados pelo Conselho de Política de Recursos Humanos – CPRH, da Secretaria de Gestão Administrativa do Governo do Distrito Federal e devidamente

---

<sup>122</sup> FERREIRA, Sérgio de Andréa. Empresa Estatal – Funções de Confiança – Constituição Federal – Art. 37, n.II. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 227, p. 397-413, jan./mar. 2002.

<sup>123</sup> PRADO, Evandro J. S. As sociedades de economia mista e o emprego em comissão. In: *Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina*. Florianópolis: Tribunal de Contas de Santa Catarina, v.4, n.5, p. 49-73, ago. 2007.

<sup>124</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. As empresas Estatais, o Concurso Público e os Cargos em Comissão. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, v. 243, p. 29-40, set./dez. 2006.

homologados pelo Governador do Distrito Federal, após aprovação da Diretoria Colegiada e *referendum* do Conselho de Administração da entidade.<sup>125</sup>

No entanto, conforme já dito, esse entendimento não é assente, há uma corrente que defende a necessidade de lei para a criação dos empregos em comissão, fazendo uma interpretação literal do art. 37, II da Constituição Federal. Ressalte-se que essa corrente encontra mais adeptos no âmbito jurisprudencial, conforme será demonstrado em momento oportuno, em tópico específico acerca das decisões jurisprudenciais.

Marco Aurélio Lustosa Caminha posiciona-se pela necessidade de lei para a criação dos empregos em comissão, nos seguintes termos:

[...] as empresas públicas e sociedades de economia mista que desejarem ter cargos de confiança de livre nomeação e exoneração deverão adotar as providências para que os cargos pretendidos sejam antes criados por meio de lei ordinária de iniciativa do chefe do Poder Executivo da unidade da Federação de cuja administração indireta sejam integrantes. Caso essas mesmas empresas optem por criar seus cargos de confiança por meio de ato de sua diretoria, ficam, contudo, obrigadas a somente preencher ditos cargos com empregados já concursados, integrantes do seu quadro de carreira. Com efeito, uma das duas exigências constitucionais deve ser atendida, pelo menos, ou seja, o Princípio da Acessibilidade aos Cargos e Empregos Públicos somente por meio de concurso público ou o Princípio do Controle Legislativo na criação de Cargos Públicos.<sup>126</sup>

No mesmo sentido, é o entendimento da Procuradoria Geral do Distrito Federal, consubstanciado no Parecer nº 0487/2008-PROPES/PGDF.<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> MAGALHÃES FILHO, Inácio. Empregos em Comissão na Administração Indireta à Luz da Constituição de 1988. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, v. 32, p. 81-91, jan./dez. 2006.

<sup>126</sup> CAMINHA, Marco Aurélio Lustosa. O Cargo de confiança do regime da CLT e a exigência constitucional do concurso público nas empresas públicas e sociedades de economia mista, In *Síntese Trabalhista*, Ano XVI, nº 187, p. 27-31, jan. 2005.

<sup>127</sup> DISTRITO FEDERAL. Procuradoria Geral do Distrito Federal. Parecer nº 0487/2008-PROPES/PGDF. PA. nº 092.003.975/2008. Procuradora Maria Júlia Ferreira César. Brasília/DF, 02 jul. 2008.

### 3.4. Dispositivos constitucionais e celetistas que reconhecem a existência do emprego em comissão

Consoante já dito, uma das razões para entender que a exceção ao concurso público, prevista no art. 37, II e V da CF, abrange os empregos em comissão, é o próprio reconhecimento pela Carta Magna da existência desses empregos. Ademais, o Texto Constitucional estabelece, expressamente, em várias de suas passagens, quanto ao gênero das funções públicas de provimento temporário, a igualdade entre os cargos em comissão e os empregos em comissão (ou de confiança como denominado por alguns).<sup>128</sup>

Assim dispõe o art. 19, § 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

[...]

§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e **empregos de confiança ou em comissão**, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do "caput" deste artigo, exceto se se tratar de servidor. (grifou-se)

Esse dispositivo constitucional que ressalta a exclusão dos agentes providos pelo critério da confiança do gozo da estabilidade no serviço público, tratando em identidade de condições os “cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão”, não deixa dúvidas quanto a existência e inserção dos empregados em comissão das estatais, na ressalva do art. 37, II da CF. A norma é explícita. Fala-se em emprego de confiança ou em comissão, terminologia mais apropriada aos postos de trabalho da Administração Indireta, denotando que a Constituição reconhece a sua existência.

---

<sup>128</sup> FERREIRA, Sérgio de Andréa. Empresa Estatal – Funções de Confiança – Constituição Federal – Art. 37, n.II. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 227, p. 397-413, jan./mar. 2002.

De igual modo o artigo 54, I, alíneas 'a' e 'b', da Constituição Federal, assim dispõe:

Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades constantes da alínea anterior;

Verifica-se da alínea 'b' do inciso I, que a expressão 'emprego remunerado' refere-se também a emprego em comissão nas empresas públicas e sociedades de economia mista, pelos seguintes motivos: Fala-se em emprego remunerado, inclusive os demissíveis *ad nutum*, nas entidades constantes na alínea anterior e entre essas entidades estão inseridas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.<sup>129</sup> O dispositivo, portanto, evidencia que o emprego em comissão existe na estrutura das empresas estatais.

No mesmo sentido Sérgio de Andréa Ferreira destaca, ainda, o artigo 142, § 3º, III da Constituição Federal, que dispõe acerca de 'cargo, emprego ou função pública civil temporária' por oposição a 'cargo ou emprego público civil permanente' de que trata o inciso II do referido artigo.<sup>130</sup>

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

[...]

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

[...]

II - o militar em atividade que tomar posse **em cargo ou emprego público civil permanente** será transferido para a reserva, nos termos da lei;

III - O militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse **em cargo, emprego ou função pública civil temporária**, não eletiva, ainda que da

<sup>129</sup> MAGALHÃES FILHO, Inácio. Empregos em Comissão na Administração Indireta à Luz da Constituição de 1988. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, v. 32, p. 81-91, jan./dez. 2006.

<sup>130</sup> FERREIRA, Sérgio de Andréa. Empresa Estatal – Funções de Confiança – Constituição Federal – Art. 37, n.II. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 227, p. 397-413, jan./mar. 2002.

administração indireta, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antigüidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei; (grifou-se)

Desse modo, fazendo-se uma interpretação sistemática da Constituição Federal conclui-se, indubitavelmente, que são admissíveis empregos em comissão nas empresas públicas e sociedades de economia mista, tendo em vista a previsão da existência dessa figura na própria Carta Magna.<sup>131</sup>

Cumprido ressaltar, ainda, que o fato do regime de pessoal das empresas estatais ser o celetista, não representa empecilho para a existência do emprego em comissão no âmbito dessas entidades. A Consolidação das Leis do Trabalho admite, taxativamente, a existência de empregos em comissão em diversas passagens, fazendo uso das expressões 'cargo em comissão', 'cargo de confiança' para designá-los. Destacam-se os seguintes artigos:

**Art. 62** - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

[...]

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos e gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do **cargo de confiança**, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento). (grifou-se)

**Art. 224.** A duração normal do trabalho dos empregados em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal será de 6 horas contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados, perfazendo um total de trinta horas de trabalho por semana.

[...]

§ 2º As disposições deste artigo não se aplicam aos que exercem funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, ou que desempenham outros **cargos de confiança**, desde que o valor da gratificação não seja inferior a 1/3 (um terço) do salário do cargo efetivo. (grifou-se)

**Art. 450.** Ao empregado chamado a ocupar, em comissão, interinamente, ou em substituição eventual ou temporária, cargo diverso do que exercer na empresa, serão garantidas a contagem do tempo naquele serviço, bem como a volta ao cargo anterior. (grifou-se)

**Art. 469.** Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resulta do contrato, não se

<sup>131</sup> DISTRITO FEDERAL. Procuradoria Geral do Distrito Federal. Parecer nº 0487/2008-PROPE/PGDF. PA. nº 092.003.975/2008. Procuradora Maria Júlia Ferreira César. Brasília/DF, 02 jul. 2008.

considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio.

§ 1º Não estão compreendidos na proibição desde artigo: **os empregados que exercem cargos de confiança** e aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita, ou explícita, a transferência, quando esta decorra de real necessidade de serviço. (grifou-se)

**Art. 499.** Não haverá estabilidade no exercício dos **cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança** imediata do empregador, ressalvando o computo do tempo de serviço para todos os efeitos legais. (grifou-se)

### 3.5. Decisões jurisprudenciais acerca da matéria

A constitucionalidade do emprego em comissão no âmbito das empresas estatais já foi matéria de análise pelos Tribunais de Contas, destacando-se no presente trabalho, as decisões da Corte de Contas do Distrito Federal e da União.

O Tribunal de Contas da União perfilha o entendimento da segunda corrente, posicionando-se pela constitucionalidade dos empregos em comissão nas estatais, conforme se pode observar nos excertos advindo do Acórdão nº 1.557/2005, nos autos do processo nº 010.987/2004-8, de Relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, *in verbis*:

O concurso público, portanto, via de regra, é a forma de acesso aos cargos e empregos públicos. Há, entretanto, exceções. O próprio inciso II do art. 37 da Constituição, em sua parte final, ressalva as nomeações 'para cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração'.

[...]

O raciocínio desenvolvido pelo Analista da Serur, citando trecho da manifestação do Analista da Secex/RJ que atuou inicialmente no processo, é de que os tais assessores externos não podem constituir funções de confiança porque estas são exclusivas dos servidores ocupantes de cargo efetivo. Também não são cargos em comissão, porque estes dependem de lei para serem criados. Assim, conclui que não há previsão normativa para a contratação desses assessores sem concurso público.

Entendo que tal interpretação não é a mais adequada. Inicialmente, cabe observar que a redação dos citados dispositivos constitucionais emprega uma terminologia que usualmente se utiliza para a administração direta.

**Fala-se em cargos e servidores (com relação à administração indireta, os termos utilizados seriam empregos e empregados ou funcionários).**

A aplicação literal e isolada desses dispositivos com relação às entidades da administração indireta não se mostra pertinente. Ela conduziria a uma das duas hipóteses: a primeira seria que tais entidades não poderiam ter 'cargos' em comissão de livre exoneração; a segunda, que tais 'cargos' precisariam ser criados por lei. Nenhuma dessas hipóteses é razoável, nem guarda consonância com outros dispositivos constitucionais.

No caso da primeira, **é pouco razoável concluir pela inviabilidade de que empresas, sujeitas ao regime privado, e assim, submetidas a menos amarras que os órgãos da administração direta, não possam ter esses 'cargos' de livre nomeação e exoneração, ao passo que os órgãos mencionados tenham tal prerrogativa. Também há alguns dispositivos da própria Constituição que afastam essa interpretação:**

- **o art. 19, §2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias** estabelece que o disposto no caput do artigo não se aplica aos ocupantes de 'cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, ...'. Vê-se que aqui se fala de emprego de confiança ou emprego em comissão, terminologia mais apropriada em relação à administração indireta, mas que não é utilizada no art. 37. O uso dessa expressão, todavia, denota que a Constituição reconhece a existência de 'emprego em comissão' (em contraposição a cargo em comissão).

- **o art. 54, inciso I, alínea 'a' da Carta Magna** estabelece que os deputados e senadores, desde a expedição do diploma, não podem "aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os que sejam demissíveis ad nutum, nas entidades constantes da alínea anterior". Entre as entidades referidas na alínea anterior, constam as empresas públicas e as sociedades de economia mista, denotando, mais uma vez, que o constituinte admitiu a existência de empregos, demissíveis ad nutum, nas entidades da administração indireta.

A segunda hipótese, de que a criação de 'cargos' em comissão nas entidades da administração indireta teria que ser feita por lei também não encontra respaldo. O art. 61, §1º, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal estabelece que são de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração. Portanto, a Constituição não prevê a elaboração de lei para a criação de empregos na administração indireta, exceto quanto às autarquias. Se não há necessidade de lei para a criação dos empregos que são providos mediante concurso público, não seria razoável entender que seria exigida lei para a criação de 'empregos em comissão', em muito menor número. Dessa forma entendeu o Tribunal quando da prolação da Decisão nº 158/2002 - Plenário. (grifou-se)

Nessa mesma linha, em estudo acerca da possibilidade da criação de empregos em comissão na Administração Indireta, sem a exigência do concurso público, assim deliberou o Tribunal de Contas do Distrito Federal, em decisão nº 56/2006 de Relatoria do Conselheiro Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, nos autos do processo nº 6273/2005:

O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto do Relator, tendo em conta o parecer do Ministério Público, decidiu: I - adotar o seguinte entendimento: a) **a criação de empregos em comissão, na Administração Indireta, não fere a Constituição Federal, porquanto prevista sua existência no próprio texto constitucional, "ex-vi" dos artigos 37, II; 54, I, "b" e 19, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;** b) independe de lei, estrito senso, a criação de empregos em comissão, sendo válida tal prática desde que previstos no Plano de Carreira Cargos e Salários da Entidade, autorizado pelo Conselho de Política de Recursos Humanos – CPRH, da Secretaria de Gestão Administrativa do GDF e devidamente homologado pelo Governador do Distrito Federal, após aprovação da Diretoria Colegiada e "referendum" do Conselho de Administração; c) **é pressuposto de existência do emprego**

**em comissão a necessária especialização em funções de assessoria, direção ou chefia, consagradas no texto constitucional no artigo 37, V;** II - determinar o arquivamento dos autos. Decidiu, mais, mandar publicar, em anexo à ata, o Relatório/Voto do Relator (Anexo II). (grifou-se)

Verifica-se das decisões transcritas acima que nas Cortes de Contas o entendimento assente é pela constitucionalidade do emprego em comissão no âmbito das estatais, desde que o seu provimento seja para o exercício das atribuições de direção, chefia e assessoramento, nos termos do art. 37, V da Constituição Federal. No que tange à criação desses empregos concluem que não há necessidade de lei em sentido estrito.

Todavia, no âmbito do Judiciário trabalhista esse entendimento não é pacífico. Observa-se a existência de posicionamentos divergentes, que podem ser resumidos em três teses:

1ª) inconstitucionalidade do emprego em comissão, ante a inexistência de previsão constitucional no art. 37, II da CF;

2ª) constitucionalidade desses empregos para as atribuições de direção, chefia e assessoramento, sendo desnecessária lei em sentido estrito para sua criação; e

3ª) constitucionalidade do emprego em comissão desde que providos para as atribuições de direção, chefia e assessoramento e criados por lei específica, aprovada por órgão legislativo competente.

No tocante a primeira tese, destaca-se trechos de Acórdãos do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª e 10ª Região:

PROVIMENTO DE CARGO PÚBLICO SEM CONCURSO. IMPOSSIBILIDADE. O que caracteriza o cargo em comissão é a sua situação de ser um cargo de especial confiança do empregador, razão pela qual o art. 37, II, da Constituição Federal excluiu a exigibilidade de concurso público para o seu exercício. Observe-se que a nomeação ocorreu na vigência da atual Constituição Federal, que, no inciso II do art. 37, estabelece que a investidura em cargo ou emprego público deve ser precedida de aprovação e classificação do candidato em concurso, ressalvando somente as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. **Frise-se que não há previsão constitucional quanto à criação de emprego em comissão, de nomeação e exoneração *ad nutum*.** Embora formalmente regular a nomeação, ou seja, amparada em lei - ato administrativo vinculado - a observância aos princípios constitucionais que informam a Administração

Pública e o poder de controle do Judiciário sobre os atos administrativos, quanto à legalidade e à moralidade (arts. 5º, LXXIII e 37, “caput” da CF), não autorizam o reconhecimento de vínculo empregatício com o obreiro, sob a égide da CLT. (Processo TRT – 15ª REGIÃO n.º 02117-2006-150-15-00-4 RO, Origem: Vara do Trabalho de Cravinhos, Órgão Julgador 3 Câmara – segunda Turma, Relator: Juiz Fábio Allegretti Cooper, publicado em 25.set.2009) (grifou-se).

**EMENTA: EMPREGO PÚBLICO. IMPERIOSIDADE DE QUE O SEU OCUPANTE SEJA PREVIAMENTE SELECIONADO EM CONCURSO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE, NO SISTEMA CONSTITUCIONAL, DA EXISTÊNCIA DA FIGURA DO "EMPREGO PÚBLICO EM COMISSÃO".** O Texto Constitucional, na esteira de uma tradição doutrinária, estabelece em seu art. 37, II, distinção entre cargo (em sentido estrito) e emprego públicos. Tanto que a Carta Federal de 1988 veio, em contraste com o art. 95, § 1º, da CF de 1967, a estender a exigência de prévia aprovação em concurso público também para os empregos públicos, obstando que o regime da CLT servisse à livre contratação de obreiros pela administração pública. **Nesta quadra, não se pode cogitar da existência de "empregos em comissão", precisamente porque tal representaria a burla à exigência constitucional. Por tal motivo, o referido art. 37, II, da CF, estabelece exceção em sua parte final apenas aos cargos em comissão em sentido estrito, isto é, aqueles regidos pelo chamado "regime estatutário". Portanto, a figura do "emprego em comissão" não acha amparo no sistema constitucional brasileiro**, o que somado à ausência de concurso público para prévia seleção do obreiro, resulta na nulidade do contrato de trabalho de que cuida a Súm. 363/TST. Recurso ordinário do reclamante conhecido e desprovido. (Processo TRT 10ª Região n.º 00771-2004-012-10-00-4 - RO, 3ª Turma, Relator: Juiz Paulo Henrique Blair, DJ de 17.jun.2005) (grifou-se).

Com relação a segunda corrente, seguem fragmentos de Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, proferido nos autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho da 10ª Região, questionando a constitucionalidade dos empregos em comissão no âmbito de empresa estatal.

**EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROCEDÊNCIA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL. EMPREGO EM COMISSÃO CRIAÇÃO AUTORIZADA POR LEI ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE.** O art. 37, XIX, da Constituição Federal prevê a necessidade de lei específica para a criação de Autarquias, mas o mesmo requisito não é exigido para a criação das Sociedades de Economia Mista. Portanto, se as Sociedades de Economia Mista não precisam ser criadas por lei específica, não é lógico que, para a criação de seus quadros de empregos, seja necessário tal requisito. No caso em tela, demonstrado nos autos que a criação dos referidos empregos em comissão observaram os requisitos exigidos, ou seja, foram estabelecidos no Plano de Cargos e Salários da CBTU, aprovado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, após anuência do Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais - DEST, não há falar em nulidade de contratação.

[...]

VOTO

[...]

**MÉRITO EMPREGO EM COMISSÃO VIABILIDADE JURÍDICA.** O Autor argúi a inviabilidade jurídica da figura do emprego em comissão alegando inexistir, tanto na Constituição Federal como na CLT, fundamento jurídico válido para a criação de cargos em comissão pelos órgãos integrantes da

Administração Pública Indireta. **Não assiste razão ao Autor. A possibilidade da criação de empregos em comissão no âmbito das Sociedades de Economia Mista, se extrai do disposto nos artigos 37, V; 54; 61, II, a; e 142, III, todos da CF, art. 19, § 2º do ADCT, e artigos 450 e 499 da CLT.** A Ré, como sociedade de economia mista, submete-se ao regime jurídico próprio da iniciativa privada, inclusive no que tange às obrigações e direitos civis, comerciais, trabalhistas e tributários, consoante prescrito no art. 173, § 1º e inciso II, da CF. Ou seja, seus empregados são contratados sob a égide da CLT. Ainda que o art. 443 da CLT não disponha expressamente sobre os empregos em comissão os artigos 450 e 499 da mesma Consolidação prevêm a possibilidade dessa forma de contratação. Por evidente, o fato de não serem aplicadas à Ré as normas legais sobre pessoal relativas à Administração Pública, não a exime, como integrante da Administração Pública Indireta, de submeter-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37, incisos II e III, da Carta Magna). Assim, a Acionada equipara-se ao Poder Público no que concerne a diversas restrições e também quanto a muitas de suas prerrogativas.

[...]

**A meu sentir, não resta dúvidas de que, no artigo ora transcrito, a Constituição autorizou as Sociedades de Economia Mista, assim como a Administração Pública Direta, a manter em seus quadros pessoal de confiança para atuar nas áreas de direção, chefia e assessoramento, mediante livre nomeação e exoneração ad nutum. Outro não poderia ser o entendimento, até porque as necessidades não são distintas, sendo exigido também da Administração Pública Indireta a eficiência preconizada no caput do mesmo artigo 37 da Carta Magna. A simples menção a cargo em comissão e ausência do termo emprego em comissão no inciso II da norma constitucional transcrita não tem o condão de conduzir à interpretação de que essa modalidade de função de confiança não se encontra albergada pela Constituição da República.** Portanto, deve ser mantida a decisão recorrida, que entendeu pela autorização constitucional para a existência de empregos em comissão **EMPREGO EM COMISSÃO CRIAÇÃO AUTORIZADA POR LEI ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE** Mesmo havendo autorização constitucional para a existência de empregos em comissão devem evidentemente ser observados alguns parâmetros para a criação dessas funções de confiança. **Todavia é despiciendo que tais empregos sejam autorizados por lei stricto sensu.** O art. 37, XIX, da CF, trasladado alhures, prevê a necessidade de lei específica para a criação de Autarquias, mas o mesmo requisito não é exigido para a criação das Sociedades de Economia Mista. Ou seja, as Sociedades de Economia Mista não precisam ser criadas por lei específica. Em assim sendo, não é lógico que, para a criação de seus quadros de empregos, seja necessário tal requisito. Ainda que jungidas a preceito de ordem pública (art. 37, II, da CF), e com objetivo de manutenção dos princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade, eficiência e publicidade dos atos (art. 173 da Constituição Federal), a instituição de seu quadro de pessoal não necessita de lei específica, podendo ser criado mediante simples ato administrativo. (grifou-se) (Processo TRT 10ª Região nº 00158-2010-020-10-00-0 RO, 3ª Turma. Relator: Desembargador Braz Henriques de Oliveira. Brasília, DJ de 21.jan.2011).

Por fim, no que concerne a terceira tese, de igual modo, seguem transcritos trechos de Acórdãos do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, proferidos nos autos de ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho da 10ª

Região, questionando a constitucionalidade dos empregos em comissão no âmbito das estatais.

**EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EMPREGO EM COMISSÃO. EXIGÊNCIA DE CRIAÇÃO POR LEI. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.** Se por um lado a Constituição Federal não exige expressamente que a criação de empregos públicos se faça por Lei Ordinária, é certo que exige a investidura através de concurso público (art. 37, II, da Constituição Federal). A única ressalva feita é aos cargos (e empregos por construção jurisprudencial) em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração. Não se pode interpretar o dispositivo constitucional pela metade. A declaração de que o cargo ou emprego é de livre nomeação há de ser feita via legislação ordinária, não se admitindo sua substituição por Regulamento Interno das empresas públicas ou autarquias. (Processo TRT 10ª Região nº 00613-2010-012-10-00-2 RO, 1ª Turma. Relatora: Desembargadora Flávia Simões Falcão, Redator: Desembargador André R. P. V. Damasceno, DEJT de 08.abr.2011) (grifou-se)

**EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMPREGO EM COMISSÃO. ENTIDADES INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. NECESSIDADE DE PREVISÃO LEGAL ESPECÍFICA.** Em que pese a adoção do regime trabalhista para o pessoal contratado pelas entidades integrantes da Administração Indireta - por força do art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal -, ressalto que os princípios constitucionais insculpidos no art. 37 devem ser observados, mormente a exigência de concurso público para a investidura nos empregos públicos. Para o preenchimento de empregos em comissão há parâmetros a serem observados, tal como ocorre na Administração Direta, quais sejam: criação por lei de empregos em comissão e previsão de atribuições de chefia, direção e assessoramento para os seus ocupantes, por inteligência sistemática e teleológica do art. 37, II, da Constituição Federal. Recursos ordinários conhecidos e desprovidos.

[...]

VOTO

[...]

Pois bem. Para o deslinde da questão, torna-se necessário perquirir sobre a possibilidade de existência de empregos em comissão no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, integrantes da Administração Indireta, e quais as regras que devem incidir em caso positivo. O art. 37, inciso II, da Constituição Federal, disciplina: "A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração." (Original sem grifo). **Em que pese a adoção do regime trabalhista quanto ao pessoal contratado pelas entidades integrantes da Administração Indireta - por força do art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal -, ressalto que os princípios constitucionais insculpidos no art. 37 devem ser observados, mormente a exigência de concurso público para ingresso nos quadros de pessoal. Por outro lado, é certo que as pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública Indireta - empresas públicas e sociedades de economia mista - também necessitam de pessoal de confiança para atuar nas áreas de direção, chefia e assessoramento, com possibilidade de livre nomeação e exoneração, para melhor atender às suas finalidades. Entretanto, há parâmetros a ser observados, tal como ocorre na Administração Direta, quais sejam: criação por lei de empregos em comissão e previsão de atribuições de chefia, direção e**

**assessoramento para os seus ocupantes, por inteligência sistemática e teleológica do dispositivo constitucional acima transcrito.**

[...]

A criação de emprego em comissão deve ser autorizada por lei específica, aprovada por órgão legislativo competente, em atendimento aos princípios que regem a Administração Pública, e não administrativamente como realizado pela ré, ainda que o ato administrativo tenha sido complexo (fruto da vontade de órgãos distintos) (grifou-se) (Processo TRT 10ª Região nº 00950-2008-008-10-00-6 RO, 3ª Turma. Relatora: Desembargadora Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro. Brasília, DEJT de 30.abr.2010.)

Constata-se das decisões transcritas acima, no que tange a necessidade ou não de lei para a criação dos empregos em comissão, que há divergências de posicionamento dentro das próprias Turmas do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região.

As ações civis públicas ajuizadas no âmbito do Distrito Federal, questionando a constitucionalidade e legalidade dos empregos em comissão nas empresas estatais, objeto de estudo do presente trabalho, ainda não tiveram os seus recursos apreciados pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST. Desse modo, não há um posicionamento sedimentado da jurisprudência acerca da questão, permanecendo as decisões divergentes, a depender da interpretação dada ao art. 37, II da Constituição Federal, por cada magistrado ou Órgão colegiado.

## CONCLUSÃO

O Estado, ao longo da sua evolução, no intuito de prestar os seus serviços e realizar as suas atividades da melhor forma possível, percebeu a necessidade de descentralizar algumas de suas atividades administrativas, surgindo assim a Administração Indireta, composta, dentre outras entidades, pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

As empresas estatais surgiram para possibilitar ao Estado a execução das atividades de seu interesse com maior flexibilidade, tendo em vista a personalidade jurídica de direito privado conferida a essas entidades. No entanto, apesar de terem personalidade jurídica de direito privado não se posicionam no nível de exata igualdade com as pessoas da iniciativa privada. Estão sob o comando do Estado, portanto, sujeitas aos princípios básicos da Administração Pública e a normas de controle administrativo previstas na Constituição Federal e que se aplicam aos demais entes da Administração Pública.

Os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista não exercem cargo público *stricto sensu* como os servidores da Administração Direta, autárquica e fundacional, submetidos ao regime estatutário. Aplicam-se a esses empregados, por força do que dispõe o art. 173, § 1º da Constituição Federal, o regime celetista. Dessa forma, os seus contratos de trabalho são submetidos aos ditames da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Ressalte-se que o fato de ser aplicado a esses agentes o regime celetista não os equipara, em absoluto, aos empregados da iniciativa privada, pois, conforme dito, sofrem a influência de princípios e regras de Direito Público, sendo a de maior relevância para o trabalho em questão a forma de ingresso desses empregados. De maneira geral, deve obedecer ao mandamento constitucional disposto no art. 37, II da Constituição Federal que consagrou o concurso público como forma de ingresso na Administração Pública Direta e Indireta.

Apesar das divergências de entendimento quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, acerca da aplicação do instituto do concurso público para o provimento dos postos de trabalho das empresas públicas e sociedades de economia mista, atualmente, o entendimento majoritário da doutrina e sedimentado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é de que essas entidades estão abrangidas pela regra do concurso público, ressalvadas as exceções previstas na própria Carta Magna.

O cargo em comissão é uma dessas exceções, conforme se infere do art. 37, incisos II e V da Constituição Federal. São cargos de livre provimento e exoneração, específico para as atribuições de direção, chefia e assessoramento. Não há nenhuma discussão acerca da constitucionalidade da sua existência no regime estatutário. A existência, no entanto, dos empregos com as mesmas características no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista tem provocado calorosas discussões que antepõe teses antagônicas, que podem ser resumidas em duas correntes:

A primeira corrente, mais conservadora, constituída na sua maioria por magistrados trabalhistas e membros do Ministério Público do Trabalho da 10ª Região, faz uma interpretação literal do dispositivo constitucional, entendendo, por conseqüência, que a ressalva ali contida refere-se apenas a cargos em comissão, restritos ao regime estatutário não havendo previsão expressa no art. 37, II da Carta Magna a 'empregos em comissão'. Desse modo, as entidades enquadradas no regime celetista não podem contratar com base nessa excepcionalidade permitida pela Constituição Federal.

No entanto, para a segunda corrente, a qual se filia a maioria da doutrina, o Tribunal de Contas da União e do Distrito Federal e grande parte dos desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, a abrangência da exceção constitucional ao princípio do concurso público é extensiva aos empregos em comissão no âmbito das estatais. O que se infere de uma interpretação sistemática da Constituição Federal.

Assim, interpretando-se o ar. 37, II, da Constituição Federal com outros normativos insculpidos no próprio texto constitucional que reconhecem a existência

desses empregos, tais como o art. 54, I, alíneas 'a' e 'b'; art. 19, § 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e art. 142, § 3º, III, chega-se à conclusão de que a utilização da expressão 'cargo em comissão', foi utilizada pelo legislador constituinte em sentido lato e não em sentido estrito, abarcando os empregos em comissão. Ademais, a existência desses empregos tem previsão na Consolidação das Leis do Trabalho nos arts. 62, II, parágrafo único; 224, § 2º; 450; 469, § 1º e 499.

Essa segunda corrente, entretanto, não é pacífica no que tange a necessidade ou não de lei para a criação desses postos de trabalho no âmbito das estatais. As divergências de entendimento têm ocorrido precipuamente no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Na Corte de Contas da União e do Distrito Federal o entendimento assente é pela desnecessidade de lei para a criação desses empregos.

A tese de que os empregos públicos em comissão assim como os empregos de provimento efetivo não necessitam de lei formal para sua criação e extinção, tem seu sustentáculo, em síntese, nos seguintes dispositivos constitucionais: art. 37, XIX; art. 61, § 1º, II, 'a' e art. 169, § 1º, II. Parte-se de uma interpretação sistemática da Constituição Federal que deixa claro nos dispositivos mencionados que os empregos públicos das empresas estatais, sejam de provimento efetivo ou comissionado, não necessitam de lei formal para sua criação. Já os defensores da necessidade de lei para sua criação fazem uma interpretação literal da parte final do art. 37, II da Carta Magna por conter a expressão: 'declarado em lei de livre nomeação e exoneração'.

Não há como compartilhar desse segundo entendimento. Seria um contrasenso fazer uma interpretação sistemática da Constituição Federal para entender pela constitucionalidade do emprego em comissão no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista e, ao mesmo tempo, fazer uma interpretação literal da parte final do art. 37, II da Constituição Federal no que tange a necessidade de lei para a criação desses empregos, sem se atentar para as diversas outras normas constitucionais que dispõem desses postos de trabalho de forma diversa aos empregos dos demais entes de direito público, tendo em vista as peculiaridades das empresas estatais, principalmente no que tange a gestão de pessoal.

Ante o exposto, conclui-se, que é constitucional a figura do emprego em comissão no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, desde que para as atribuições de direção, chefia e assessoramento, não sendo necessária lei em sentido formal para sua criação. Entretanto, esses postos de trabalho não podem ser criados de forma indiscriminada, devendo haver razões devidamente justificadas para a sua instituição em atenção aos princípios da moralidade, impessoalidade e razoabilidade, bem como sujeitarem-se aos controles gerais a que se submete toda a Administração Pública, Direta e Indireta.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. rev e atual. até a Emenda Constitucional 64 de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/Constituição.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm)>. Acesso em: 14 maio 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967. *Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm)>. Acesso em: 04 maio 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 23 maio 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 010987/2004-8, Acórdão nº 1557/2005, Grupo II / Classe I / Plenário. Pedido de Reexame. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Brasília,DF, Sessão 05.OUT.2005, Aprovação 11.out.2005, DOU 14.out.2005. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 24 maio 2011.

BRASÍLIA. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Ação civil pública. Improcedência. Sociedade de economia mista. Contratação de pessoal. Emprego em comissão criação autorizada por lei específica. Desnecessidade. Processo TRT 10ª Região nº 00158-2010-020-10-00-0 RO Recorrente: Ministério Público do Trabalho da 10ª Região e Recorrida: Companhia Brasileira de Trens Urbanos-CBTU, Órgão Julgador 3ª Turma. Relator: Desembargador Braz Henriques de Oliveira. Brasília, DF, 17.dez.2010. DJ de 21.jan.2011). Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br>>. Acesso em: 01 jun. 2011.

BRASÍLIA. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Ação civil pública. Emprego em comissão. Entidades integrantes da Administração Indireta. Necessidade de previsão legal específica. Processo TRT 10ª Região nº 00950-2008-008-10-00-6 RO; Recorrente: Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil – NOVACAP e Distrito Federal e Recorrido: Ministério Público do Trabalho da 10ª Região, Órgão Julgador 3ª Turma. Relatora: Desembargadora Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro. Brasília, DF, 14.abr.2009. DEJT de 30.abr.2010. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br>>. Acesso em: 01. jun. 2011.

BRASÍLIA. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Administração Pública emprego em comissão. Exigência de criação por lei. Hermenêutica constitucional. Processo TRT 10ª Região nº 00613-2010-012-10-00-2 RO; Recorrente: Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária - Embrapa e Recorrido: Ministério Público do Trabalho da 10ª Região, Órgão Julgador 1ª Turma. Relatora: Desembargadora Flávia Simões Falcão, Redator: Desembargador André R. P. V. Damasceno. Brasília, DF, 23.mar.2011. DEJT de 08.abr.2011). Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br>>. Acesso em: 01 jun. 2011.

BRASÍLIA. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Emprego Público. Processo nº 00771-2004-012-10-00-4 - RO, Recorrente: Nilo Sergio Louly Campos e Recorrida: Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil - NOVACAP, Órgão Julgador 3ª Turma. Relator: Juiz Paulo Henrique Blair. Brasília, DF, 08.jun.2005. DJ de 17.jun.2005). Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br>>. Acesso em: 25 mai. 2011.

CAMINHA, Marco Aurélio Lustosa. O Cargo de confiança do regime da CLT e a exigência constitucional do concurso público nas empresas públicas e sociedades de economia mista, In *Síntese Trabalhista*, Ano XVI, nº 187, p. 27-31, jan. 2005.

CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em comissão - Breves Considerações Quanto aos Limites à sua Criação. *Interesse Público* - Revista Bimestral de Direito Público. Porto Alegre: Notadez, v.8, n. 38, p. 25-31, jul./ago. 2006.

CARDOZO, José Eduardo Martins. *As empresas públicas e as sociedades de economia mista e o dever de realizar concursos públicos no direito brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 17, ago. 1997. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/386>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. revista, ampliada e atualizada até 31.12.2010. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O empregado público*. São Paulo: Ltr., 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito do Trabalho*, Tomo II, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2005.

DALLARI, Adilson Abreu. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. 2 ed. rev. e atual de acordo com a Constituição Federal de 1988, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DISTRITO FEDERAL. Procuradoria Geral do Distrito Federal. Administrativo e Trabalhista. CAESB. Minuta de Termo de Ajustamento de Conduta elaborado pelo MPT. Extinção de empregos em comissão. Parecer nº 0487/2008-PROPES/PGDF. PA. nº 092.003.975/2008. Procuradora Maria Júlia Ferreira César. Brasília/DF, 02 jul. 2008.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Estudo quanto à possibilidade jurídica de serem criados cargos e empregos na administração indireta sem o requisito do concurso público. Processo nº 6273/2005, Decisão nº 56/2006. Relator: Conselheiro Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, Sessão Ordinária nº 3974 de 02. fev.2006, DODF de 15/fev/2006, p. 22. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br>> Acesso em: 24 maio 2011.

FARIA, Edmur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo positivo*. 6 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Empresa Estatal – Funções de Confiança – Constituição Federal – Art. 37, n.II. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 227, p. 397-413, jan./mar. 2002.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES MOREIRA, João Batista. As empresas públicas frente a Constituição de 1988. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 55-62, abr.-jun. 1995.

GRAEF, Aldino. *Cargos em Comissão e Funções de Confiança: Diferenças conceituais e práticas*. Disponível em: <<http://www.estatuto.ufu.br/sites/estatuto.ufu.br/files/cargo-funcao-vs-funcoes-confianca.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2011.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*, 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEM FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4 ed rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 195. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36 ed. atualizada até a Emenda Constitucional 64 de 4.2.2010. São Paulo Malheiros, 2010.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor Público na atualidade*. 8 ed. Rio de Janeiro:Elsevier, 2010, p.79.

MAGALHÃES FILHO, Inácio. Empregos em Comissão na Administração Indireta à Luz da Constituição de 1988. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, v. 32, p. 81-91, jan./dez. 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36 ed. atualizada até a Emenda Constitucional 64 de 4.2.2010. São Paulo Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2006.

MORAES, Anderson Júnio Leal. *A Atividade da empresa estatal como baliza de delimitação de seu regime jurídico*. Prêmio Dest Monografias: Empresas Estatais: monografias premiadas 2005–2008 / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria Executiva, Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais. – Brasília, DF: Embrapa Informação Tecnológica, 2009, p. 361-412.

PRADO, Evandro J. S. As Sociedades de Economia Mista e o Emprego em Comissão. *Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina*, Florianópolis: Tribunal de Contas de Santa Catarina, ano 4, n. 5, p. 49/73, ago. 2007.

RAMOS, François Silva. *O emprego público e suas peculiaridades no direito do trabalho brasileiro*. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/43488>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Provimento de cargo público sem concurso. Impossibilidade. Processo nº 02117-75.2006.5.15.0150- RO, Origem: Vara do Trabalho de Cravinhos, Recorrente: Município de São Simão e Recorrido: José Marcio Minatti, Órgão julgador 3ª câmara (segunda turma). Relator: juiz Fábio Allegretti Cooper, publicado em 25.set. 2009. Disponível em: <<http://www.trt15.jus.br>>. Acesso em: 25 maio 2011.

SILVA, Sandoval Alves da. *Estudo acerca da possibilidade de existência de emprego em comissão nas sociedades de economia mista e empresas públicas*. In: 12ª Reunião Nacional da Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública – CONAP, 07.out.2009.Brasília/DF:Auditório da Procuradoria-Geral do Trabalho.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. As empresas Estatais, o Concurso Público e os Cargos em Comissão. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, v. 243, p. 29-40, set./dez. 2006.