

DO EMPREGO PÚBLICO COMISSIONADO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

*THE PUBLIC EMPLOYMENT IN INDIRECT PUBLIC ADMINISTRATION***Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson^A** <http://orcid.org/0000-0002-4169-1827>**Kamilla Rafaely Rocha de Sena^B** <http://orcid.org/0000-0001-5416-8907>**Mariana Lustosa Fonsêca^C** <http://orcid.org/0009-0009-5178-2990>

^A Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Ex-professor do curso de direito e de outros cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário FACEX. Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus João Câmara. Autor do livro Curso de Direito Penal - Teoria Geral do Crime – Vol. I (1^o ed., Curitiba: Juruá, 2016); Curso de Direito Penal - Teoria Geral da Pena – Vol. II (1^o ed., Curitiba: Juruá, 2017)

^B Advogada graduada em Direito pelo centro universitário Unifacex. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 21^o Região – ESMAT 21.

^C Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNI-RN. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 21^a Região - ESMAT 21

Correspondência: roconelson@hotmail.com, kamillarsena@hotmail.com, mariana_justosa@hotmail.com.

DOI: 10.12957/rfd.2023.47855

Artigo submetido em 18/01/2020 e aceito para publicação em 22/05/2023.

Resumo: A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, adotando-se técnica de pesquisa bibliográfica, tem por desiderato investigar o instituto do emprego público em comissão no âmbito da Administração Pública Indireta, considerando a existência de teses antagônicas quanto à constitucionalidade daquele tipo de função. Analisa-se, para tanto, o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, além do hodierno posicionamento jurisprudencial e doutrinário correlatos ao assunto. Acolhido o argumento da corrente que positiva, constata-se ainda a existência de outros dois raciocínios, ambos também concernentes ao amparo jurídico para a gênese de tal modalidade de emprego na esfera pública.

Palavras-chave: Administração Indireta. Emprego público em comissão. Constitucionalidade.

Abstract: On-screen research, using a qualitative analysis methodology, using the hypothetical-deductive approaches of a descriptive and analytical character, adopting a bibliographic research technique, has as a reason to investigate the institute of public employment in commission in the scope of the Indirect Public Administration, considering the existence of opposing theses regarding the constitutionality of that type of function. Therefore, article 37, item II, of the Federal Constitution is analyzed, in addition to the current judicial and doctrinal position related to the subject. Having accepted the argument of the current that positive, it is still verified the existence of two other reasonings, both also concerning the legal support for the genesis of such modality of employment in the public sphere.

Keywords: Indirect Administration. Public employment in commission. Constitutionality.

1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo objetiva analisar a possibilidade de se materializar no ordenamento jurídico pátrio a prestação do serviço público individual, de vínculo celetista, ou mesmo estatutário, em funções de direção, de chefia ou de assessoramento em comissão na Administração Pública Indireta.

Ante a relevância e a atualidade da discussão ora escolhida, vários trabalhos científicos acerca dessa temática têm sido desenvolvidos nos últimos. Dentre eles, um intitulado *“Emprego em comissão nas empresas públicas e sociedades de economia mista: constitucionalidade”* (EVANGELISTA, 2011) contribuiu em especial para a construção desse artigo.

De forma sucinta, entende-se como agente público toda pessoa física que exerça função estatal e/ou aja em nome do Estado e das pessoas jurídicas da Administração indireta, cujo vínculo seja permanente ou não, remunerado ou não, institucional ou contratual. O referido conceito pode ser visto no art. 2º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992¹.

¹ BRASIL. Lei Federal nº 8.429/92 Art. 2º “Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”.

Dentre as espécies de agentes públicos, há os agentes políticos, os particulares em colaboração com o Estado, bem como os servidores administrativos do Estado. Essa última categoria compreende os servidores públicos, os empregados públicos, os servidores temporários e ainda os militares.

Realizada breve introdução considerando a matéria administrativa, importante se faz a compreensão do instituto ora em exame. Os empregados públicos em comissão, portanto, assumem atividades de direção, de chefia e de assessoramento nas empresas estatais. Ocorre, porém, que tal espécie de agentes públicos não compõe o quadro de servidores nos órgãos aos quais se vinculam.

Cercado por dúvidas, o meio jurídico produziu, dessa forma, duas teses sólidas quanto à constitucionalidade do provimento de empregados pela Administração Indireta sem a prévia realização de concurso público.

De acordo com o arrazoado de um determinado grupo de juristas, entende-se pela inconstitucionalidade dos cargos em comissão em empregos públicos, uma vez que se observa o hiato constitucional do dispositivo do art. 37, II, da Carta Magna. Uma segunda tese, cujo fundamento está na interpretação sistemática do aludido artigo, garante legitimidade ao mencionado instituto.

Demarcam-se, portanto, dois julgamentos quanto ao instituto do emprego público em comissão, sendo o primeiro advogado pelos que clamam pela irremediável necessidade de edição de norma expressa que legalize a figura em exame. Há ainda um segundo posicionamento caracterizado pela arraigada interpretação constitucional sistemática, que possibilita dessa forma, a criação de tais empregos por meio de atos internos dos entes da Administração Pública Indireta.

No âmbito da primeira análise, argumenta-se ainda que como não há previsão expressa relativa ao emprego em comissão no texto da Constituição Federal (BRASIL, 1988), alimentar-se-ia a possibilidade de o Poder Executivo degenerar a Administração Pública, ao deter livre competência para criar cargos sem prévia autorização legal.

Nessa ótica, aqueles que exercem função comissionada em empresa pública ou sociedade de economia mista seriam igualados aos empregados de empresas privadas de ordem comum, sendo o único diferencial a forma de ingresso na relação de trabalho-emprego. Restaria possível, então, a existência de empregos comissionados a serem providos

em empresas públicas e sociedades de economia mista, sem a necessidade de prévia aprovação em concurso público.

2. DA ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA PRIVADA

Na busca pelo exercício profícuo das atividades e funções que lhe são pertinentes, o Estado pode estruturar-se em diversas configurações, desde que obedeça a três imprescindíveis condições, sendo elas: que haja de modo centralizado no desempenho das atividades que exigem ação direta, relativas àqueles agentes e órgãos que constituem a estrutura operacional estatal; que observe a descentralização, quando exercer funções de forma indireta, incumbindo afazeres a outras organizações (Cf. CARVALHO FILHO, 2010, p. 413) e, por fim, que proceda à desconcentração, quando o núcleo de suas obrigações instar a atribuição de tarefas a vários órgãos.

Importa assinalar uma distinção entre os dois últimos conceitos supracitados, quais sejam o de descentralização e o de desconcentração, uma vez que do primeiro infere-se a coexistência de pessoas jurídicas diversas, titulando sobre a mesma atividade, não havendo vínculo hierárquico entre a entidade centralizada e a pessoa estatal descentralizada (Cf. MELLO, 2008, p. 151).

Assegura-se, destarte, que a Administração Direta reflita a ministração centralizada do Estado, permitindo-lhe ainda o exercício das atividades de modo desconcentrado ou concentrado, restando à Administração Indireta a prática da descentralização.

Conforme o Decreto-Lei nº 200/67, ademais, a Administração Indireta do Estado apresenta-se como o conjunto de pessoas jurídicas que detêm o objetivo de executar função administrativa de forma descentralizada, enleado à respectiva Administração Direta (Cf. CARVALHO FILHO, 2009, p. 435).

No prisma do dispositivo do art. 4º, II, da norma alhures, bem como das devidas reformas nela realizadas, são apontadas como integrantes da Administração Indireta as empresas públicas, sociedades de economia mista e as fundações públicas, todas com personalidade jurídica.

Faz-se meritório evidenciar, conforme protocola CARVALHO FILHO (2009), o seguinte:

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. (p.437)

Em tempo, o advento das empresas e sociedades de economia mista está intrinsecamente coadunado com a inevitabilidade da descentralização das atividades administrativas pela qual tem passado o Estado ao longo de sua evolução; utilizando-se tais órgãos estatais de métodos de gestão privada, na forma empresarial. Diante de maior flexibilidade e adaptação ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado, surgiram pessoas jurídicas de direito privado com fins de socialização, visando à natureza industrial e comercial, como visto na Alemanha e, especialmente em países subdesenvolvidos (Cf. DI PIETRO, 2013, p. 475).

Desta disposição afere-se que as empresas e sociedades de economia mista classificam-se como exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviço público (Cf. GOMES MOREIRA, 1995), que almejam interesses transcendentais aos meramente privados, tudo isso sem afastar o aspecto coadjuvante da supremacia acionária votante do Poder Público (Cf. MELLO, 2008, ps. 193-194).

A esfera de atuação em sentido estrito das entidades exploradoras de atividade econômica atrai para si, dessa forma, regime de natureza de direito privado, o qual se submete ao imperativo econômico, estabelecido nas hipóteses do art. 173, §1º, II, da Constituição de 1988, como se segue:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Majoritária doutrina defende, não obstante, um regime diferenciado para as empresas públicas exploradoras de atividade econômica, já que lhe parece inerente a percepção de maior influência do direito público no âmbito jurídico que regula tais empresas. É possível deduzir, desse modo, a hibridez do regime jurídico a ser aplicado, uma vez que ele depende dos objetivos a que se destinam. Verifica-se, portanto, que o ofício das empresas estatais compreende almejar e fomentar incessantemente o bem-estar coletivo.

Como conceituado anteriormente, agentes públicos são todos aqueles que exerçam função estatal e servidor público é tão somente espécie de tal gênero. De acordo com MELLO (2008), tem-se:

Servidor público, como se pode depreender da Lei Maior, é a designação genérica ali atualizada para englobar, de modo abrangente, todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho profissional com as entidades governamentais, integrados em cargos ou empregos da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público. Em suma: são os que entretêm com o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência.

Há, conquanto, outra conceituação defendida por doutrinadores no que diz respeito aos servidores da Administração indireta.

Segundo CARVALHO FILHO (2008, ps. 486-487), somente são considerados empregados públicos aqueles regidos pelo regime da Consolidação das Leis Trabalhistas que integrem o quadro funcional das pessoas federativas, autarquias e fundações públicas, não considerando os simplesmente denominados empregados por contrato de trabalho

Vale notar, então, a composição do quadro de agentes dessas entidades. Trata-se de estafe constituído por dirigentes institucionais e prepostos. Os primeiros são titulares de mandatos, exercidos nos órgãos estruturais estatutários das empresas públicas e sociedades de economia mista, sendo escolhidos pela assembleia geral da instituição ou pelo órgão gerente. Quanto aos prepostos, eles são titulares de vínculo trabalhista regido por contrato individual de trabalho.

É relevante, todavia, que se observe a não equiparação plena de tais servidores aos empregados da iniciativa privada, pois estes são submetidos à influência e ao tratamento comum ao Direito Público.

Doutrinadores como JUSTEN FILHO (2009, ps. 834-835) advogam a tese de que o regime do emprego público é híbrido, resultando em significativa óbice à materialização de proposição unificada. Tal empecilho é oriundo de conflagração de valores basilares entre o direito administrativo e o trabalhista. Aponta ainda como argumento a abundante tutela ao obreiro no direito especializado contra a tutela do cidadão, cingida pelo direito administrativo, de modo a atingir o bem-estar coletivo, determinando caráter formal em face de informalidade pertinente à Consolidação das Leis Trabalhistas.

Depreende-se desse artigo que o regime disciplinante das incumbências dos empregados públicos vem sendo edificado por meio peculiarmente jurisprudencial e por doutrina vanguardista, como consequência de inúmeras celeumas decorrentes do caráter híbrido do emprego em comissão, já aqui apontado.

3. DA EXIGÊNCIA DO CONCURSO PÚBLICO

O texto constitucional criou critérios e estabeleceu ordens específicas no âmbito da admissão dos servidores de todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sejam os agentes pertencentes à Administração Pública direta ou indireta.

Segundo a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando a Constituição Federal de 1988 trata sobre concursos públicos, se dá a exigência de procedimento de acesso universal, restringindo,² por sua vez, hipóteses previstas na legislação ordinária precedente, como a readmissão e ascensão de servidores.

O concurso público configura, desse modo, procedimento administrativo instaurado pelo Poder Público para selecionar candidatos mais habilitados à atuação em cargos e empregos públicos. Por estar alicerçada nos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e da isonomia administrativas, dentre outros, é imperativa a prática da realização de concursos, que visa minorar as contratações baseadas em preferências pessoais ou interesses ilegítimos.

² O Supremo Tribunal Federal aprovou duas súmulas que impedem vedações imotivadas ao acesso de candidatos a concurso público, são elas: Súmula nº 684, onde se declara “inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público; e pela Súmula nº 686, em que se lê “só por ser lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilidade de candidato a cargo público.

Ainda deve ser observada a consonância com o princípio da eficiência, sobrelevando-se a qualificação dos agentes aprovados nas sobreditas avaliações, no que se refere à capacidade de atribuir celeridade e qualidade aos serviços que vierem a ser prestados pelos que lograrem êxito.

Admite-se, então, que o dispositivo do art. 37, II, da Constituição Federal considera obrigatória a realização de certame como condição anterior ao provimento de cargos e empregos públicos. A Constituição possibilita, todavia, a edição de norma que defina cargos em comissão, cuja nomeação independa de concurso público, tornado inexigível a aplicação prévia de exame aos detentores de contratos temporários e cargos em comissão (Cf. MAZZA, 2013, ps. 492-493).

Tal regra de afastamento do concurso público não parece contestável, dado que o próprio texto constitucional prevê a exceção. Primordial se faz considerar brevemente, dessa maneira, acerca do que se entende pela organização funcional da Administração Pública.

A essa organização funcional é conferido um quadro composto por cargos, empregos e funções. Assim, conforme define o art. 3º da Lei nº 8.112, 11 de dezembro de 1990, conceitua-se cargo como o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional, que devem ser cometidas a um servidor. Esse conceito, no entanto, é criticado pela doutrina devido à nebulosidade que produz, adotando-se então a ideia de lugar instituído dentro da organização funcional da Administração Direta e (suas) autarquias e fundações, espaço que uma vez ocupado por servidor público possui funções específicas e remuneração fixada em lei ou diploma a ela equivalente (Cf. CARVALHO FILHO, 2009, p. 581).

Sob a ótica da doutrinadora abaixo mencionada, os cargos públicos classificam-se, quanto às garantias e características conferidas àqueles que os detêm (que os detentores de cargos públicos), como vitalícios, efetivos e comissionados. Aos últimos, conhecidos vulgarmente como “cargos de confiança” com base no inciso V do art. 37 da Constituição Federal, estão reservadas as atribuições de direção, de chefia e de assessoramento. Quanto aos empregados públicos, DI PIETRO (2013) pugna a seguinte enunciação:

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). (p.593)

Nesta perspectiva, o regime jurídico adotado disciplina a diferença entre cargo e emprego. Aqueles que celebrarem contrato individual de trabalho regido pela CLT submetem-se, dessa forma, ao regime jurídico obreiro. Já os agentes dispostos em cargos serão regidos à luz de estatutos com previsão legal.

Diante da semelhança entre tais formas de ingresso no serviço público e por ser tantas vezes repetida, a expressão “cargo” (“cargos em comissão” e “cargos efetivos”) acaba sendo atribuída a emprego. Cargo, todavia, responde adequadamente ao regime estatutário, relacionando-se com propriedade às nomenclaturas de “empregos em comissão”, todos eles regidos pela CLT- Consolidação das Leis do Trabalho. Conclui MELLO (2008) o seguinte:

Logo, o que se há de concluir é que, embora o regime de cargo tenha que ser o normal, o dominante, na Administração direta, autarquias e fundações de Direito Público, há casos em que o regime trabalhista (nunca puro, mas afetado, tal como se averbou inicialmente, pela interferência de determinados preceitos de Direito Público) é admissível para o desempenho de algumas atividades; aquelas cujo desempenho sob regime laboral não compromete os objetivos que impõem a adoção do regime estatutário como o normal, o dominante. (p. 261)

No que tange aos empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista, eles são genuinamente celetistas, com incidência mais restrita do Direito Público e de normas trabalhista especiais.

Em mesmo passo, as funções públicas podem de modo genérico ser conceituadas como associação de atividades a serem atribuídas por qualquer agente investido de caráter público.

Com o advento da Carta Constitucional de 1988, passou-se a exigir também a realização prévia de certame público aos interessados no provimento de empregos vinculados à Administração Indireta.

Ocorre que como consequência dessa alteração, três teses emergiram.

A preambular acolhia a assertiva de que todos os que almejavam ingressar na Administração Pública deveriam se submeter ao concurso público.

Na contramão, a corrente seguinte pleiteava a impraticável aplicação da norma junto às empresas públicas e sociedades de economia mista ante a ideia da igualdade às empresas privadas.

Finalmente, a última corrente defendia o concurso público para um único grupo, o das empresas prestadoras de serviço.

Não obstante, em 07 de dezembro de 1992, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão nos autos do Mandado de Segurança nº 21.322/92 que pacificou o entendimento, fazendo prevalecer a primeira tese, salvo exceções previstas na Carta Magna, tornando nulo qualquer ato com base na Súmula nº 363 do Tribunal Superior do Trabalho.

Excedem noutra via a essa norma posicionamentos doutrinários como o de MELLO (Cf. 2010, p. 221), que intercede pelo abrandamento à execução do concurso público no âmbito das entidades exploradoras de atividade econômica. O doutrinador compreende ainda pela legitimidade de as empresas estatais apartarem-se de prévia avaliação por tratar de contratação de profissionais altamente qualificados.

Infere o exaustivamente citado art. 37, II e IV da Constituição Federal, afinado ao sobredito, que tal regra não se faz absoluta, visto o estabelecimento de exceções, *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;

Por se tratar de cargos de ocupação transitória, os titulares deles implicam-se em relação de confiança com a autoridade nomeante. Tanto o provimento, quanto a exoneração são, desse modo, de livre e exclusivo critério dessa autoridade.

De livre contratação, os cargos comissionados compreendem tão somente as atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Pressupõem, assim, que o ocupante possua a qualificação imprescindível para o exercício do cargo e que seja dotado de aptidão gerencial diante dos demais servidores, restringindo o poder de comente somente a assessores (Cf. MADEIRA, 2010, p. 54-55).

Registra CAMMAROSANO (2006) a desmistificação entre cargos de assessoramento, direção e chefia, como se segue:

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. (ps. 25-31)

Em apanhado, o cargo em comissão configura exceção à regra do concurso público, não havendo contestação à existência dele no regime estatutário, porém na esfera em que se encontram as sociedades de economia mista e as empresas públicas, vem o cargo comissionado convivendo com energéticas contendas quanto à constitucionalidade desse instituto. Tal figura é, portanto, o objeto do presente artigo científico, tendo como base ações civis públicas propostas pelo Ministério Público do Trabalho e Emprego.

4. DO EMPREGO PÚBLICO EM COMISSÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Assim como o apregoado quanto à legalidade da figura do emprego público em comissão no estrear dessa análise, concorrem duas correntes no âmbito da discussão sobre a constitucionalidade do instituto: aquela que considera o hiato constitucional e, portanto, defende a inconstitucionalidade do emprego em comissão. Em outra frente, resguarda-se a constitucionalidade, considerando a interpretação sistemática do art. 37, II da Constituição Federal aqui já citado, ponderando ser tal figura uma exceção ao atual ordenamento jurídico.

A tese primeira interpreta de forma literal o dispositivo constitucional, retificando, portanto, que o inciso salvaguarda apenas os cargos comissionados estatutários, excluindo os entes disciplinados pelo regime celetista por se tratar de grave violação ao texto constitucional. Em pesquisa de cunho doutrinário, Lucas Rocha Furtado baseia-se em tal tese, como se afere:

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 público³. (grifos nossos)

No mesmo intento, NEIVA (2012) preceitua que os “empregos em comissão” foram instituídos com a finalidade manifesta de promover a burla ao princípio geral e abrangente do concurso público, no seguinte trecho:

Considerando tais premissas e admitindo-se o emprego em comissão, estariam abertas as portas à promiscuidade administrativa, pois, caso o chefe do Poder Executivo tenha a intenção de distribuir empregos entre militantes-partidários, sem submissão ao crivo do Poder legislativo, bastaria criar empregos em comissão no âmbito das empresas estatais. Segundo a presente tese jurídica, o emprego em comissão consiste em mecanismo que

³ FURTADO, 2007, ps. 215/216 e 880.

permite a prática indiscriminada de apadrinhamentos e guarda afinidade com características inerentes ao Estado Patrimonialista. (ps.47-48)

Esta discussão não dispõe de remédio definitivo em jurisprudência da Justiça do Trabalho, todavia, existem posicionamentos emanados por Tribunais Regionais do Trabalho que se coadunam com a tese da inconstitucionalidade da matéria em observação. Dessa maneira, é válida a transcrição de decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região:

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. (TRT 10ª Região, RO nº 00771-2004-012-10-00-4, DJ de 17/06/2005. Relator Juiz Paulo Henrique Blair). (grifos nossos)

A dispensa de certame público prevista no texto constitucional abrange tão somente os cargos em comissão, portanto, excluindo aqueles que são regidos pelo regime celetista, os empregos de confiança das empresas públicas e sociedade de economia mista.

Em acréscimo, no julgamento do Tribunal Superior do Trabalho⁴ quanto às nulidades dos efeitos da relação de emprego resultante do vínculo correspondente ao emprego em comissão, não se fez jus ao recebimento de verbas protetivas pertinentes ao cessar do contrato celebrado, tais como aviso prévio, FGTS e multa de 40% sobre o valor desse Fundo. Nesse

⁴ AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. CARGO DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. ART. 37, II, DA CF. INCOMPATIBILIDADE COM O REGIME DO FGTS E VERBAS RESCISÓRIAS. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. (Proc. AIRR - 322-11.2010.5.15.0007, 7ª T. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT 05.04.2013).

conforme, o emprego recebe caráter de livre provimento e destituição, tornando desarmônico atribuir à Administração o adimplemento de verbas rescisórias.⁵

Assentado na majoritária doutrina, o segundo senso abrange interpretação sistêmica da Lei Maior, fixando a intitulada filiação hermenêutica⁶. Com efeito, não é possível o olhar isolado a trechos constitucionais, devendo-se observar a totalidade do texto.⁷

Partindo então dessa premissa, é possível vislumbrar a constitucionalidade da figura do emprego público comissionado procedendo à integral leitura do texto constitucional, situando o dispositivo a ser interpretado dentro de um contexto normativo geral e particular e extinguindo qualquer consideração isolada de dispositivos.⁸

Nesse desiderato, a interpretação sistêmica no art. 37, II da Constituição Federal, permite concluir que ocorre de forma livre a escolha de empregados de confiança em empresas públicas e sociedades de economia mista submetidos ao regime celetista por detentores de cargos diretivos na Administração Pública, bem como a exoneração destes⁹.

A doutrina manifesta ainda a abrangência da exceção ao certame público aos empregados em comissão utilizando-se da palavra “cargos” como sinônimo daquela expressão. Ela reconhece, dessa forma, que embora o regime a ser aplicado seja o mesmo vinculado aos empregados da iniciativa privada, perdura a obrigação do concurso público, salvo, evidentemente, para aqueles que são instrumentos de realização concreta dos cargos de confiança, orientados, entretanto, pelos princípios da impessoalidade e da isonomia¹⁰.

Em tese congruente a de Hely Lopes Meirelles,¹¹ entende o Tribunal de Contas da União pela exceção constitucional que abotoa os empregos públicos em comissão.

É o observado no Acórdão nº 8.626/2013, nos autos do processo nº 007.941/2009-8, de Relatoria da Ministra Ana Arraes, *in verbis*:

⁵Outros precedentes em igual teor da ausência do direito a multa de 40% dos depósitos do FGTS e aviso prévio indenizado em função da extinção do contrato de trabalho envolvendo emprego em comissão: AIRR 3849-04-2005.5.03.014, 1ª T., Rel. Min. Waldir Oliveira da Costa, DEJT 21.05.2010; RR - 95600-42.2008.5.10.0009, julgado em 27/06/2012, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/07/2012).

⁶ MORAES, 2009. p. 14-15

⁷ GRAU, 2006, p. 166.

⁸ BARROSO, 2006. p. 136-137.

⁹ CARDOZO, 1997.

¹⁰ MORAES, 2006, p. 133.

¹¹ MEIRELLES, 2010. p. 461.

Pessoal. Pedido de Reexame. Empresas Públicas. No caso de empresas públicas, não é exigível lei, no sentido formal, para previsão de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração, bem como para criação de funções de confiança e de cargos em comissão de direção, chefia e assessoramento, que podem ser previstos por decreto, observadas as normas constitucionais aplicáveis à matéria. (TCU. Acórdão 8626/2013 Primeira Câmara. DJ 03.12.2013).

(...)

47. De fato, ao analisar os dispositivos constitucionais atinentes à criação dos chamados "empregos em comissão" não se verifica a necessidade estrita de Lei em sentido formal e material. Prevê o art. 61, §1º, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, são de iniciativa privativa do Presidente da República leis que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração.

48. Nota-se que, para os cargos, funções e empregos públicos vinculados com maior proximidade ao Poder Executivo, cabe ao Presidente da República a iniciativa das Leis, nada sendo dito em relação à Administração Indireta, com exceção das autarquias. Como apontou corretamente o Serpro, com trecho de parecer do Ministério Público do Tribunal de Contas de Minas Gerais (peça 68, p. 14-15), não seria razoável atribuir ao Poder Legislativo essa prerrogativa, especialmente no que concerne às estatais não dependentes de recursos do orçamento para pagar pessoal.

49. Assim, a Constituição Federal não exigiu Lei para criação de empregos na Administração indireta, com exceção das autarquias, possivelmente, por entender o Constituinte originário que as estatais, especialmente as não dependentes, deveriam ter maior flexibilidade na gestão de pessoal, sem se olvidar dos demais princípios constitucionais, especialmente economicidade e impessoalidade. (grifos acrescentados)

A inexigibilidade de concurso público se fundamenta na promoção na taxatividade de seu rol. Os cargos de confiança, sendo assim, somente ocorrem para as atividades que exerçam comando, direção ou chefia. Com efeito, impera a necessidade de existência de confiança entre tais agentes e seus superiores, uma vez que ausente tal vínculo compromete-se toda uma organização (Cf. SUNDFELD & SOUZA, 2006, p. 29-40).

Em tal sorte, dispositivos constitucionais e celetistas reconhecem a possibilidade do emprego público em comissão, tais como o art. 37, II e V da Constituição Federal e a passagem do art. 19, §2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.¹² Essa última é explícita quanto a "cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão".

¹² ADCT. 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.
[...]

Quanto à esfera trabalhista, cinco artigos da Consolidação das Leis Trabalhistas acertam quanto ao exercício dos “cargos de confiança”, sendo eles: art. 62, II; art. 224, §2º; art. 450; art. 469, §1º e art. 499.

Constata-se, portanto, a partir 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.

No âmbito do Judiciário trabalhista, todavia, esse entendimento não é pacífico. Verifica-se a existência de posicionamentos divergentes, que podem ser resumidos em três teses: a primeira advoga a inconstitucionalidade do emprego público em comissão, ante a inexistência de previsão constitucional no art. 37, II da Constituição Federal; a tese seguinte embasada na constitucionalidade de tais cargos para as atribuições de direção, de chefia e de assessoramento, considera desnecessária qualquer lei em sentido estrito para a criação dos empregos comissionados; e, por último, emerge o argumento da proposição da constitucionalidade do emprego em comissão, desde que provido para as atribuições de direção, de chefia e de assessoramento e criado por lei específica, aprovada por órgão legislativo competente.

Como já mencionado, outra hipótese coexiste na discussão da constitucionalidade. Com efeito, as instituições pertencentes à Administração Pública indireta deverão providenciar a edição de lei ordinária, caso desejem possuir cargos de livre provimento e exoneração (Cf. CAMINHA, 2005).

Nesse prisma, como defende a primeira das asserções, deverá ser respeitado o Princípio do Controle Legislativo na criação de Cargos Públicos ou o Princípio da Acessibilidade Exclusiva aos cargos e empregos públicos mediante prévio certame. É o visto nos Acórdãos do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª e 15ª Regiões:

PROVIMENTO DE CARGO PÚBLICO SEM CONCURSO.
IMPOSSIBILIDADE. O que caracteriza o cargo em comissão é a sua situação

§ 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.

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. (TRT 15ª REGIÃO RO n° 02117-2006-150-15-00-4, Origem: Vara do Trabalho de Cravinhos, Órgão Julgador 3 Câmara – segunda Turma, Relator: Juiz Fábio Allegretti Cooper, publicado em 25.set.2009) (grifou-se).

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.* (TRT 10º Região, RO n° 00771-2004-012-10-00-4, 3º Turma, Relator: Juiz Paulo Henrique Blair, DJ de 17.jun.2005) (grifo nosso).

Com relação ao segundo acórdão, 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.

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.

(...)

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) (TRT 10ª Região, RO nº 00158-2010-020-10-00-0, 3ª Turma. Relator: Desembargador Braz Henriques de Oliveira. Brasília, DJ de 21.jan.2011).

Quanto à terceira tese, é observada a permanência do questionamento relativo à constitucionalidade dos empregos em comissão no âmbito das estatais:

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)

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 -, resalto 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 -, resalto 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) (grifos nossos). (TRT 10ª Região, RO nº 00950-2008-008-10-00-6, 3ª Turma. Relatora: Desembargadora Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro. Brasília, DEJT de 30.abr.2010.)

Não obstante, incorpora o Tributal Regional do Trabalho da 21ª Região, em decisão atual, o mesmo entendimento supracitado. É o que se constata no seguinte Acórdão:

ENTE PÚBLICO QUE NÃO É PARTE EM PROCESSO - DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE INTERESSE JURÍDICO PARA RECORRER. O parágrafo único do art. 5º, da Lei 9.469/97, enseja a que o Estado, sócio majoritário da empresa reclamada, assim como outras pessoas jurídicas de direito público, recorra como terceiro interessado independentemente da demonstração de interesse jurídico, mas apenas econômico, tendo em vista os reflexos que possam arcar com as decisões proferidas. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA – CARGO EM COMISSÃO PARA FUNÇÕES DIRETIVAS E GERENCIAIS – POSSIBILIDADE. *De acordo com o Tribunal de Contas da União, é válida a criação de cargos em comissão pela Administração Pública Indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista), por meio de ato administrativo interno, mas apenas e tão somente para as funções diretivas e gerenciais, pois a sua natureza justifica a posição do ocupante a ser escolhido (função de confiança), excepcionando a regra do concurso público.* CARGO EM COMISSÃO EM SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – VERBAS RESCISÓRIAS E RECOLHIMENTO DE FGTS. Embora a relação jurídica não demande a aplicação integral da CLT (em razão da precariedade do vínculo do cargo em comissão), esta se aplica para conferir ao ocupante do cargo os direitos às férias vencidas e proporcionais acrescidas de 1/3 e 13º salário. Todavia, o recolhimento do FGTS, consoante dispõe o art. 16 da Lei nº 8.036/90, é faculdade do empregador. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TRT 21ª Região, RO nº 17400-79.2012.5.21.0007. Relator: Desembargador Carlos Newton Pinto. Natal, DJ de 12.set.2013)

Averigua-se, portanto, entendimento impreciso da justiça especializada quanto à constitucionalidade dos empregos públicos em comissão. Por não possuírem apreciação pelo Tribunal Superior do Trabalho, até a data de conclusão deste artigo, os recursos aqui

apontados permaneciam com decisões conflitantes, uma vez que segue o art. 37, II do texto constitucional sujeito a interpretação de cada Órgão ou magistrado.

5. DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado brasileiro organiza-se em harmonia com o formato de Estado Moderno, ou seja, divide as atribuições e competências que lhe são pertinentes em funções estatais concernentes ao Poder Executivo, ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário. Ainda que certas atividades sejam intrínsecas a cada um desses poderes, todos detêm um lio de atribuições em comum, unificadas pela forma de administração pública acolhida.

Tal atividade administrativa em comum é regida, nesse sentido, por um conjunto de normas que dão alicerce à Administração Pública e sustentam este sistema infraconstitucional, extensivo à esfera de qualquer um dos três poderes. O estabelecimento de novo norte constitucional permitiu, assim, não só a identificação de normas constitucionais da Administração Pública como também consagrou princípios de grande relevo no âmbito federal, estadual e municipal.

A evolução estatal rogou, contudo, pela imprescindível descentralização de algumas dessas atividades da Administração, fato esse que fez florescer a forma indireta de organização. Como entes, as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações compõem tal quadro da Administração indireta.

A personalidade jurídica de direito privado das empresas estatais conferiu, desse modo, maior flexibilidade ao exercício de tais atividades. Em distinto prisma, essa característica não resguardou iguais obrigações e direitos concedidos àquelas pessoas jurídicas que respondem exclusivamente pela iniciativa privada, uma vez que elas não se sujeitam às normas e princípios jurídicos constitucionais da Administração pública.

Volta a análise o exercício de cargo público em *stricto sensu* que recai sobre servidores da Administração Direta submetidos ao regime estatutário, circunstância não observada na totalidade dos empregados das sociedades de economia mista e empresas públicas, cabendo-se, para tanto, ministrar o regime celetista em razão do que arranja o art. 173, §1º, da Carta Magna.

Diante do ponderado, importa frisar a obediência à universalidade do concurso público como forma pertinente ao provimento na Administração Pública, seja ela Direta ou

Indireta. Não se pode, dessa forma, atribuir plenamente a esses agentes celetistas o colado aos empregados da iniciativa privada, visto a influência axiológica da vertente pública do direito.

A despeito das discordâncias acerca da constitucionalidade da aplicação de certame público, atualmente a jurisprudência do Pretório Excelso confabula com o ditado pela majoritária doutrina, permitindo exceções à regra vinculante do concurso público aos cargos de direção, de chefia e de assessoramento.

Interpretando-se, assim, o ar. 37, II, da Constituição Federal em conjunto com outros normativos inculpidos 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 expressão “cargo em comissão” foi utilizada pelo legislador constituinte em sentido lato e não em sentido estrito, abarcando, portanto, os chamados empregos em comissão. Ademais, a existência desses empregos tem previsão na Consolidação das Leis do Trabalho nos art. 62, II, parágrafo único; 224, § 2º; 450; 469, § 1º e 499.

A tese de que os empregos públicos em comissão, assim como aqueles de provimento efetivo, não necessitam de lei formal que lhes permita a criação e a extinção, tem 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, a qual deixa claro nos dispositivos mencionados que os empregos públicos das empresas estatais, sejam de provimento efetivo ou comissionado, não necessitam de lei formal que lhes regulamente a criação. Já os defensores da necessidade de tal lei fazem uma interpretação literal da parte final do art. 37, II da Carta Magna por ele conter a expressão: “declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Ante o exposto, conclui-se que é constitucional a figura do emprego em comissão no âmbito da Administração Pública indireta privada, desde que para as atribuições de direção, de chefia e de assessoramento, não sendo necessária qualquer lei em sentido formal para lhe regular a criação. Esses postos de trabalho, entretanto, não podem ser criados de forma indiscriminada, devendo haver razões devidamente justificadas para a instituição deles. O emprego em comissão deve, portanto, sempre ser instituído em atenção aos princípios da moralidade, da eficiência, da impessoalidade e da razoabilidade, bem como deve sujeitar-se aos controles gerais a que se submete toda a Administração Pública, quer Direta ou Indireta.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: atualizada até a Emenda Constitucional nº 99. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 09 de agosto de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

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. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

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

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, n. 187, p. 27-31, jan. 2005.

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: 23 abr. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26º ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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 2019.

EVANGELISTA, Lucimar de Oliveira Gonçalves. Emprego em comissão nas empresas públicas e sociedades de economia mista: constitucionalidade. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho). Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2011.

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

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 11º ed. 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.

GRAU, Eros Roberto. A ordem Econômica na Constituição de 1988. 11º ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEM FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

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. 36º ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27º ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

NEIVA, Rogerio. Direito e Processo do Trabalho aplicados à Administração Pública e Fazenda Públicas. São Paulo: Método, 2012.