PARECERES

EMPRESA ESTATAL — FUNÇÕES DE CONFIANÇA — CONSTITUIÇÃO FEDERAL — ART. 37, n. II

PARECER

I — INTRODUÇÃO

1. Consulta-nos *empresa estatal* sobre a aplicação do art. 37, II, da *Constituição Federal*, às *funções de confiança* criadas por ato de seu Conselho de Administração, consoante proposição da Diretoria Executiva, podendo estas *funções* serem exercidas por integrantes, ou não, no *Quadro de Pessoal* da Consulente.

2. Indaga-se, a propósito, sobre se, no caso de incidir, na hipótese, a mencionada norma constitucional, seria necessária disposição estatutária, expressa, para legitimar as contratações externas.

3. Esta, a matéria que nos cabe avaliar.

II — DA SITUAÇÃO JURÍDICA DA EMPRESA E DE SEUS AGENTES

A Consulente é entidade integrante da *Administração Indireta Federal*.

2. É sociedade anônima regida pela Lei de Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15.12.1976).

3. A *Administração Pública* é constituída de *peessoas jurídicas* — de direito público, as autarquias; e de direito privado, as fundações públicas e as empresas públicas e mistas —, que se expressam juridicamente e atuam concretamente, por meios de *peessoas físicas*.

4. A designação mais abrangente, que engloba todo o conjunto dessas *peessoas naturais*, é a de *agentes*, termo que os §§ 5º (“agente, servidor ou não”) e 6º (“agentes das pessoas jurídicas de direito público” e das “de

direito privado prestadoras de serviços públicos”) do art. 37 da *CF* empregam, com sentido bastante largo, como também o fazem o inciso XI e o § 1º do Art. 37, de modo a albergar, não apenas os *agentes da Administração Pública*, inclusive os *servidores públicos*, mas, *autoridades, membros de qualquer dos Poderes* das pessoas político-federativas, *detentores de mandato eletivo* e demais *agentes políticos*.

4.1. Dentre os *agentes* — e fiquemos, apenas, com os *civis* (cf., art. 37, VI, da *CF*) — das *peessoas jurídico-administrativas*, dois *subconjuntos* se apresentam: (a) o dos *agentes das pessoas públicas* (Administração Direta e autárquica) e das *fundações públicas*, que a *CF* chama de *servidores públicos* (art. 38; *Seção II* do *Capítulo VII* do *Título III*, arts. 39 a 41; cf. art. 37, § 5º, que distingue: “Qualquer agente, servidor ou não”); e (b) os *agentes das empresas estatais*.

4.2. Os *agentes das empresas estatais* (o seu *pessoal*: *CF*, art. 37, § 9º), como os da *Consulente*, dividem-se, por seu turno, em dois *grupos*:

a) *dirigentes Institucionais* — Titulares de mandatos, exercidos nos órgãos estruturais estatutários das empresas públicas e sociedades de economia mista (diretoria, conselho de administração, e, por extensão, conselho fiscal), escolhidos pela entidade controladora ou pela assembléia-geral da própria empresa ou sociedade, segundo a hipótese. O conteúdo das respectivas situações jurídicas está, conforme o caso, nas normas de direito civil ou direito comercial, e no direito administrativo

(lei criativa ou autorizativa da criação; decreto instituidor, estatutos; regimentos internos).

b) *Prepostos (Empregados)* — Titulares de empregos, de natureza trabalhista (contrato individual de trabalho), exercidos na organização empresarial da entidade.

4.3. O teor primitivo do art. 173, § 1º, da CF, era o seguinte:

“A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.”

4.4. Em razão das alterações da *Emenda Constitucional nº 19/98*, passou-se a ter a seguinte configuração:

“§ 1º — A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

II — a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias;

5. Na *Consulta*, temos, como *dirigentes institucionais*, os *Diretores e Conselheiros*; e os *prepostos*, seus *empregados*.

6. Aprofundemos, agora, a noção de *função pública*.

III — DA FUNÇÃO PÚBLICA, COMO GÊNERO, E SUAS ESPÉCIES

1. Para que uma *pessoa física* possa ser *agentes* de uma *pessoa jurídica*, é preciso que seja *investida* numa *situação jurídica* própria; assume uma *qualidade jurídica específica*; passe a ostentar um *'status' hábil*; receba a *capacidade* necessária para tal.

1.1. Nesta linha, o *diretor* de uma *sociedade anônima* tem de ser *investido* em um *mandato*; o *empregado* há de ser *contratado*.

1.2.. Em *sentido largo*, dá-se a essa *situação jurídica*, a essa *'status'*, a tal *qualidade jurí-*

dica, à mencionada *capacidade*, a denominação de *função*, que é *individualizada*, em razão da investidura de cada agente; e que comporta um *sentido estático* e um *sentido dinâmico*.

1.2.1. O primeiro é aquele em que foi, até agora, tomado, por nós, o *vocabulo*: o de *situação jurídica*, enquanto espécie de *capacidade*, de *'status' de direito*, de *qualidade jurídica*, englobando um *conjunto de poderes*, de *faculdades*, de *direitos*, de *deveres*, de *responsabilidades*, e correspondendo à *habilitação* de uma *pessoa física* a ocupar um *lugar* na *organização* de uma *pessoa jurídica*.

1.2.2. Em *sentido dinâmico*, *função* é *atividade*: é o *exercício* desse *conjunto de poderes e atribuições*, dessa *capacidade*, na *organização* citada.

2. Se estamos no campo do *Governo*, dos *Poderes Públicos*, temos a *função pública 'lato sensu'*, que pode ser:

a) *função política* (*agentes políticos*), exercida nos *órgãos dos Poderes Políticos* das *peçoas político-federativas* (CF, art. 37, XI);

b) *função militar* (CF, art. 142, § 3, I e VI);

c) *função pública de administração* (*agentes da AP*), exercitada nas *unidades competenciais* das *peçoas jurídico-administrativas da AP*, podendo ser:

I) referente às *peçoas administrativas públicas* (*federativas — administração direta — e autarquias*), e às *fundacionais públicas* (*fundações públicas*); e

II) relativas às *peçoas administrativas privadas empresariais* (*empresas públicas e mistas*).

2.1. Por meio dessa *realização competencial*, através do *exercício da função individualizada* de cada *agente*, é que essas *peçoas jurídicas* desenvolvem as *funções estatais*, já agora no significado de *funções institucionais*, no que nos interessa, especialmente, a *administrativa* (que se coloca ao lado da *jurisdicional*, da *legislativa*), e mediante cujo *desenvolvimento* os *Poderes Públicos* cumprem os *encargos* que lhes são atribuídos.

2.2. Fala-se de *função* em todos esses casos, porque as *atribuições*, os *encargos*, os *poderes* que formam o *conteúdo das funções individualizadas*; e o das *funções institucionais*,

exercitadas através das *unidades organizacionais*, têm de ser utilizados, estritamente, no *comprometimento finalístico* da *consecução dos fins governamentais*, em prol do *interesse público*.

3. A *locação função pública* — no sentido *individualizado* — é empregada, pela CF, em *senso largo*, *verbi gratia*, nos arts. 37, § 4º, e 128, § 5º, II, d.

4. Fixemos-nos na *função pública de administração*, sendo, o *agente da administração Pública*, o *titular dessa função*, que é exercida nas *unidades organizacionais* daquela.

4.1. Há três espécies de *função pública de administração*, enquanto *situação jurídica individual*: o *cargo*, o *emprego* e a *função em sentido estrito*, conforme referido no § 9º do art. 14; nos incisos I e XI do art. 37; nos nºs I, II e III do art. 38, no inciso IV do art. 51; no nº XIII do art. 52, e na letra b do nº I do art. 54 da CF; e no art. 19, § 2º, do ADCT.

5. O primeiro tipo de *função pública de administração* é o *cargo público*, de criação *constitucional* ou *legal* e de *índole objetiva*, pois que seu conteúdo de *poderes e deveres* está na *norma jurídica*. Daí, seu caráter *estatutário, normativo*.

5.1. Os *agentes*, titulares de *cargos públicos* (CF, arts. 37, I, II, IV, V, VIII, XI, XII, XV, XVI, XVII; 39, §§ 1º, 3º e 6º, 40, § 13; 54, I, b, e II, b; 84, XXV), são *servidores públicos* (*Seção II do Capítulo VII do Título III da CF*) e pertencem aos *quadros da Administração direta, autárquica e fundacional*.

5.2. Os *cargos públicos administrativos* compreendem duas *categorias*, conforme a *garantia de permanência* na respectiva *situação jurídica*, decorrente da espécie de *provisão*: (a) *cargos de provimento efetivo*, também chamados, abreviadamente, de *cargos efetivos* ou *permanentes*, de *desprovisão vinculado*, sendo que a *permanência* assume suas formas mais significativas, quando o *agente* se torna *estável* (CF, art. 41) ou é *vitalício* (CF, arts. 73, § 3º, 95, I; 129, § 5º, I, a); incluindo-se os de *carreira* (CF, arts. 37, IV, V; 40, e seus §§ 2º e 15; 41; 93, I a IV; 127, § 2º; 142, § 3º, II); e (b) os *cargos de investidura temporária*, dentre os quais os *cargos de desprovisão livre*, de *exonerabi-*

lidade 'ad nutum', como os *cargos em comissão* (CF, arts. 37, II e V; 40, §§ 11 e 13; 54, I, b, e II, b; 142, § 3º, III; e art. 19, § 2º, do ADCT).

6. Uma segunda espécie de *função pública de administração* é o *emprego público em sentido largo* (CF, arts. 37, I, II, IV, VIII, XI, XV, XVII; 54, I, b; e outros dispositivos já citados), que identifica a *situação jurídica* dos *celetistas*, dos *trabalhadores públicos* (CF, art. 114); *função* essa substancialmente *contratual* (*contrato individual de trabalho*), com incidência, portanto, do *Direito do Trabalho*, mas também, na medida em que são titularizadas por *agentes da AP*, do *Direito Administrativo*. Mantém com a *pessoa federativa, autárquica, fundacional* ou *empresarial administrativa*, sua *empregadora*, uma *relação de trabalho* (cf. art. 114. cit.).

6.1. Embora todos sejam *empregos públicos em senso lato*, por serem espécie do gênero *função pública de administração*, há, certamente, diferenças entre:

a) os *empregos públicos 'stricto sensu'*, que dizem respeito aos *agentes das pessoas administrativas públicas* (*federativas — administração direta — e autárquicas*) e *fundacionais públicas* (*fundações públicas*); e

b) os *empregos administrativos dos agentes das pessoas administrativas privadas empresariais* (*empresas públicas e mistas*).

6.1.1. Os *agentes da administração direta, autárquica e fundacional* são *servidores públicos* (*Título III, Capítulo VII, Seção II, da CF*), com mais forte incidência do *Direito Administrativo* (CF, arts. 37, XI; e 38, ADCT, art. 19) e de aspectos de regime especial, dentro do próprio *Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho* (cf. *Lei nº 6.185, de 11.12.74, alterada pela Lei nº 6.335, de 31.05.76; Decreto-lei nº 779, de 21.08.69; Lei nº 9.469, de 10.07.97; Súmulas TST nºs 4 e 235*).

6.1.1.1. Neste campo da *administração pública federal, direta, autárquica e fundacional*, dispõe sobre o *regime de emprego público* do respectivo *peçoal* a *Lei nº 9.962, de 22.02.00*. A *Lei nº 9.986, de 18.07.00*, cuida, especificamente, do *regime de emprego pú-*

blico dos agentes das autarquias que são agências reguladoras.

6.1.2. Os empregados das empresas estatais são celetistas puros (cf. *Lei nº 6.184, de 11.12.74*), com incidência restrita do *Direito Público* (CF, art. 37, XVII, e § 9º, e 173, § 1º, II) e de normas trabalhistas especiais (cf. *Lei nº 9.469/97*).

6.2. Em correspondência aos cargos, estatutários, os empregos administrativos podem ser, segundo a natureza de seu provimento, empregos permanentes ou temporários, inclusive de confiança, sendo, os primeiros, providos por concurso, e, os últimos, de livre provimento e desprovimento (CF, arts. 37, II; 54, I, b; 142, § 3º, II e III; e ADCT, art. 19, § 2º).

6.3. O contrato de trabalho onde, destarte, ser a prazo determinado ou indeterminado.

7. A terceira subespécie da função pública de administração, individual, é a função pública “*strictissimo sensu*”, e que se coloca, não como gênero, a abranger o cargo e o emprego, mas se põe ao lado deles (CF, arts. 14, § 9º, 37, I, XI e XVII; 48, X; 51, IV; 52, XIII; 54, I, b, e II, b; e 142, § 3º, III; e ADCT, art. 19, § 2º).

7.1. Categoria residual, a função pública em sentido estritíssimo alberga as mais diferentes qualidades jurídicas — e o exercício dos respectivos direitos e cumprimento dos correspondentes deveres — de agentes, da administração pública — *dieta, autárquica, fundacional e empresarial* — ou mesmo fora dela, e de natureza estatutária ou contratual, tais como as funções por agentes que vêm a integrar comissões de inquérito, de licitação, ou órgãos de deliberação coletiva.

7.2. O art. 37, IX, prevê que “a lei estabelecerá os casos de contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”, contração que pode ser sob o regime celetista (emprego público temporário) ou por outra modalidade, como a do contrato administrativo de trabalho ou a da locação de serviços (nestes dois últimos casos, caracterizando função pública ‘*strictissimo sensu*’).

7.2.1. A *Lei nº 8.745, de 09.12.93*, que dispõe sobre a matéria, no âmbito da adminis-

tração direta, autárquica e fundacional federal, prevê a formatação contratual administrativa, com recrutamento mediante ‘*processo simplificado*’; que pode ser dispensado em casos de calamidade pública ou de contratação de professor visitante (art. 3º, e §§).

7.3. Também exercem função pública ‘*strictissimo sensu*’, os dirigentes institucionais de pessoas administrativas das empresas estatais, como indicamos no subitem 5.2 deste Capítulo (*letra a* da citação feita naquele subitem).

8. Adjetivação importante, em sede de função pública ‘*lato sensu*’, individualizada, é a caracterizada pela locução ‘*de confiança*’.

8.1. É expressão que sempre designa funções públicas de administração de investidura temporária, em razão de serem de livre provimento e de desprovimento ‘*ad nutum*’, e que se destinam às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

8.2. A função pública de confiança engloba espécies das três categorias de função: o cargo em comissão; o emprego de confiança e a função ‘*s.s.*’ de confiança.

8.3. O cargo em comissão e o emprego de confiança já foram referidos.

8.3.1. Dos primeiros tratam, na CF, os arts. 37, II (‘cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração’); e § 11 (cargo em comissão declarada por lei de livre nomeação e exoneração); 54, I, a e b (cargo remunerado de que se seja ‘demissível, *ad nutum*’) e 142, § 3º, III (cargo civil temporário não eletivo); e ADCT, art. 19, § 2º (que fala em cargos de confiança).

8.3.2. Dos empregos de confiança cuidam os arts. 54, I, a (emprego remunerado de que se seja ‘demissível *ad nutum*’, e 142, § 3º, III (emprego civil temporário não eletivo) da CF; e o ADCT, no art. 19, § 2º (‘empregos de confiança’).

8.3.3. A denominação função de confiança, em sentido estreito, é empregada no art. 37, V, da CF, e no art. 19, § 2º, do ADCT, para rotular as funções gratificadas, isto é, capacidades também ligadas a direção, chefia e assessoramento, mas que, como não são cargos, não são remunerados por vencimentos, mas mediante gratificação de função. Por isso,

essas *funções de confiança 'stricto sensu'* só podem ser exercidas "por servidores ocupantes de cargo efetivo" (art. 37, V, cit.).

9. Em face do exposto, o conjunto dos *agentes das empresas estatais* compreende os seguintes subconjuntos:

a) os *dirigentes institucionais*, exercentes de *funções 'strictissimo sensu' de administração pública*;

b) os *prepostos, que ocupam empregos administrativos, os quais podem ser:*

A) *permanentes*;

B) *temporários*, inclusive os *empregos de confiança, de livre provimento e exoneração ad nutum*;

C) *funções 'strictissimo sensu'*.

10. No desenvolvimento dos trabalhos *constituintes*, variou, nas suas sucessivas etapas, a *sistemática* adotada quanto ao conjunto dos *destinatários dos dispositivos do Texto Magno*, constantes do art. 37 da CF, sobre *agentes públicos*, conforme expusemos em nossos *Comentários à Constituição* (Rio, Freitas Bastos, 1991, pp. 123-124).

10.1. Naquele trabalho (p. 124), concluímos, em face da versão original da CF:

"A *sistemática prevista pelo constituinte BERNARDO CABRAL* levaria a que, no art. 37, os vários incisos e parágrafos que tratam de servidores públicos contivessem regras comuns a todos, ou seja, civis e militares, e da administração direta, indireta e fundacional; enquanto a Seção II deste mesmo Capítulo trataria, apenas, dos servidores civis da administração direta, autárquica e fundacional; e a Seção III, dos militares.

Mas, em verdade, não só a Seção I é composta de certos dispositivos que só têm como destinatários alguns subconjuntos de servidores em geral, assim como a Seção II não é abrangente de todos os servidores civis da administração direta, das autarquias e fundações.

A grande dificuldade está, portanto, em identificar-se, em relação a cada regra, sua exata destinação. Toda essa evolução dos trabalhos constituintes exige, com efeito, que se precise, com referência a cada dispositivo, sua destinação específica.

Podemos, no entanto, desde logo, sintetizar

o sistema da seguinte forma: (a) o art. 37 encerra incisos e parágrafos que têm como destinatários sempre servidores, isto é, profissionais da função pública: algumas das disposições dirigem-se a todos, inclusive membros dos Poderes Políticos e Instituições de provedoria de justiça; outros, a todos os servidores administrativos; outros ainda, a determinadas categorias; (b) a Seção II destina-se, em alguns dispositivos (sua abrangência máxima) aos servidores da administração direta, autárquica e fundacional; em outros, atinge, apenas, determinadas categorias.

Quando o art. 173, § 1º, da CF (texto original), impõe às empresas administrativas e paradministrativas o mesmo regime jurídico das empresas privadas 'quanto às obrigações trabalhistas', abrange as que são a contrapartida dos direitos dos trabalhadores previstos, no art. 7º, como espécie do gênero direitos sociais. Igualmente estão submetidas às regras que lhe forem pertinentes, dos arts. 37 e 38, que se dirige a toda a administração pública, na medida em que elas lhe são impostas, por sua posição na mesma."

10.2. Em suma: no que interessa, especialmente, ao presente trabalho, cada dispositivo constitucional que trata de *agentes da administração pública* tem de ser adequadamente interpretado, de modo que se conclua quanto a que se aplique ele a toda a *Administração Pública*, incluindo as *empresas estatais*, ou apenas à *direta, autárquica e fundacional*, sendo de se dar a significação pertinente às designações *cargo, emprego e função*, cujo sentido varia no curso do texto constitucional.

11. Fixemo-nos, neste passo, nas *funções de confiança das empresas públicas e mistas*.

IV — OS EMPREGOS DE CONFIANÇA NAS EMPRESAS ESTATAIS: INEXIGIBILIDADE DE PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO

1. Interessam-nos, de modo especial, no presente estudo, os *empregos de confiança*, em termos de *provimento sem a exigência do concurso público*.

2. O art. 37, II, da CF, dispõe que:

"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."

2.1. Em nossos Comentários a Constituição (já citado, pp. 136-138), escrevemos sobre os órgãos e entidades, da AP, que são destinatários do dispositivo em tela:

"O Anteprojeto (junho/87) e o Projeto de Constituição (julho/87), art. 303, § 4º (ordem Econômica e Financeira), prescrevia que a admissão de pessoal nas empresas públicas e mistas e nas fundações públicas se fizesse mediante concurso público, disposição que desapareceu no Substitutivo do Relator (setembro de 1987), e no Projeto (A) (novembro de 1987).

Naqueles dois primeiros textos, na Seção 'Dos Servidores Públicos Civis' (arts. 85, II, e 86, II, respectivamente), havia disposição, prescrevendo que a 'admissão (o 'ingresso') no serviço público, sob qualquer regime' dependeria de concurso verifica-se, assim, que a disposição última genérica, em sua origem, não tinha, como seus destinatários, os empregados das empresas públicas, mistas e fundações públicas.

No Substitutivo e no Projeto A, o tópico genérico passou, respectivamente, para os arts. 44, § 1º, e 45, § 1º, da Seção sobre 'Servidores Públicos Civis', com referência a 'primeira investidura em cargo ou emprego público, sob qualquer regime'.

A Emenda Coletiva nº 2P02039-9 reiterou 'cargo ou emprego público, sob qualquer regime' (art. 44, § 1º), com parecer favorável do Relator (janeiro/88). Na Sessão de 10.03.88, foi aprovada a fusão dessa emenda com outras, uma das quais (2P001750-9) aludia a 'ingresso no serviço público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios'. O texto aprovado fazia referência a cargo ou emprego público, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios'.

O Projeto (B) agosto/88, no art. 38, II, promoveu a alteração que veio a prevalecer: o

dispositivo, falando, apenas, de 'cargo ou emprego público' (não alude a funções, referidas no inciso imediatamente anterior), passou para as Disposições Gerais, do Capítulo 'Da Administração Pública', dentre os 'preceitos que dizem respeito aos diversos segmentos de Administração Pública e aos servidores em geral, independentemente de seu regime jurídico (segundo manifestação do Relator, de 05 de julho de 1988).

Já salientamos que essa afirmativa do Relator tem de ser considerada 'cum grano salis', tendo de ser analisada disposição por disposição do art. 37, para que se saiba a que segmentos da administração pública se dirige, consoante o sistema constitucional vigente".

2.1.1. Sobre a exigência do concurso público, sustentamos:

"Entendemos que, pelo histórico mencionado, a regra somente se destina à administração direta e autárquica, ao que se soma o fato de que, sendo seus cargos, empregos e funções ou únicos criados por lei (art. 61, § 1º, II, 'a'), somente essa poderá distinguir entre funções 'lato sensu' efetivas e as de confiança, os cargos em comissão: com efeito, para afastar a exigência do concurso, bastará que a entidade paraestatal identifique a função como de confiança e não se pode, nos sistema da Constituição, exigir que isso se faça por lei.

É óbvio que a regra do art. 173, § 1º, que submete as empresas paraestatais e paradministrativas ao regime jurídico das obrigações trabalhistas (que não é aliás, exatamente o mesmo que fazia a Carta anterior, ao referir-se, para a hipótese, ao 'direito do trabalho'), não incide, pois que o aspecto de que estamos tratando é de direito constitucional e administrativo.

Mas é certo que, em parecer aprovado pelo Chefe do Executivo Federal, a Consultoria-Geral da República, assim concluiu (DOU, 28.08.89, pp. 14.763 e ss.):

'Concurso público, exigência para contratação de pessoal nas estatais. Constituição, artigos 37, incisos I a V, e 173, § 1º, em combinação com o artigo 71, item III. As entidades da Administração Indireta, em face

do preceituado no artigo 37, incisos I a V da Constituição, estão subordinadas à exigência da prévia habilitação em concurso público, como regra geral, para o preenchimento dos seus empregos, salvo os comissionados de confiança e os casos de eventual necessidade da sua dispensa ou inexigibilidade, a merecer exame de per si. *A preterição da competição seletiva, por parte ds estatais, na admissão de seus empregados, pode nulificar essa contratação (arts. 37 e 71, item III, da Constituição, e Lei nº 4.717/65, art. 4º, I). O artigo 37 da Constituição, ao exigir concurso, não entra em rota de colisão com o artigo 173, § 3º, da mesma Lei Maior, com o qual se harmoniza.*

Aduz-se:

‘Diante de todo o exposto, chega-se à conclusão de que as entidades estatais, como regra geral, estão subordinadas à exigência de prévia habilitação em concurso público, para as suas novas contratações de empregados, salvo os comissionados, de confiança, e os casos de eventual necessidade da dispensa ou inexigibilidade dessa competição seletiva, a merecer exame de per si.’

Quanto a esse último aspecto, discrimina:

‘Reitere-se que, em determinadas circunstâncias ou situações, inclusive ditadas pela premência do tempo ou especialização da atividade, é possível haver necessidade de eventual e esporádica contratação de servidor, com dispensa do concurso público ou de ocorrência até da sua inexigibilidade, mas tudo isto estará sujeito a detido exame, em cada caso de per si, por parte dos órgãos técnicos e jurídicos das respectivas entidades, para a decisão pela autoridade competente, nos limites do seu prudente descortino e conforme ditar a superior orientação da Administração Pública.’

Mais recentemente, a mesma Consultoria-Geral da República, já agora com novo titular, exarou o seguinte parecer:

‘Os cargos ou empregos públicos são acessíveis apenas mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo as exceções estritas previstas na Constituição. A Constituição, ao definir os servidores públicos civis, não visou aos empregados das so-

iedades de economia mista que desempenham atividade econômica com o fim de lucro. Quanto a estes, remeteu-os art. 173 e os equiparou ao regime jurídico das empresas privadas’ (DOU, de 1º.11.89, p. 19.783).’

2.1.2. Decidiu, porém, a Excelsa Corte Brasileira:

“O Supremo Tribunal julgou ser o concurso público pressuposto de validade da admissão de pessoal não apenas pela administração direta e pelos entes públicos da administração indireta ... mas também pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, não obstante, por força do art. 173, CF, a sua relação com os respectivos empregados se submeta ao Direito do Trabalho (MS 21.311, BROSSARD, RTJ 146/139)” (Ag.RG SS 837, STF/Pleno, RDA 210/238).

2.1.3. LUÍS ROBERTO BARROSO indica (Constituição da República Federativa do Brasil Anotada, São Paulo, 1998, p. 130):

“Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita ao princípio do concurso público, que não colide com o expresso no art. 173, § 1º, da CF (STF, RJ 146/139). Veja-se, na mesma linha, decisão administrativa do TCU afirmando entendimento de que o concurso público é exigido para a admissão de pessoal nas entidades integrantes da Administração indireta, nela compreendidas as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas. A regra vale para as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas” (RDA 181-182/351).

2.1.3.1. Reproduzamos, *ipsis verbis*, a parte da citada Decisão do TCU (Processo nº 6.658/99) que diz respeito mais de perto à hipótese ora em estudo:

“As entidades integrantes da Administração Indireta, nela compreendidas as Autarquias, as Empresas Públicas, as Sociedades de Economia Mista e as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, estão, em regra geral, sujeitas à ‘exigência de concurso público, prevista no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, para admissão de seu pessoal, ressalvadas as exceções que menciona’.”

3. É importante é gizar-se que, no art. 37, II, a CF refere-se — *para submeter ao mesmo regime jurídico*, em sede de imposição, à *investidura*, do *presuposto* de “*aprovação prévia em concurso público de provas e títulos*” — a ‘cargo’ e a ‘emprego público’; o primeiro, *estatutário*, e o segundo, *trabalhista*. Inquestionável que esses termos estão por *cargo efetivo* e por *emprego permanente*.

3.1. Aliás, é interessante observar o uso do adjetivo *público*, na designação *emprego público*, que, em princípio, alcançaria, tão-somente, os *empregos da administração direta, autárquica e fundacional*; mas que, segundo o entendimento *jurisprudencial* citado, abrange, no particular, também a *administração empresarial*.

3.2. Quanto à *ressalva*, formulada na última parte do dispositivo constitucional em foco, é certo que o texto constitucional alude, tão-somente, para fins de *exclusão do requisito concursal*, à *nomeação para cargos em comissão*, *denominação*, conforme indicado, aplicável às *funções públicas de administração* de índole *estatutária*; *cargos* estes que a *Carta Magna Nacional* rotula, no tópico, como de provimento sob o regime de “*livre nomeação e exoneração*”, expressões que igualmente integram o universo vocabular *estatutário*.

3.3. Cremos, porém, que podemos concluir, numa *interpretação sistemática*, de resultado *extensivo*, que, se, na disposição em tela, a CF exige, o *concurso*, para os *cargos efetivos* e os *empregos permanentes*; ao dispensá-lo, na última parte, para os *cargos em comissão*, a regra constitucional não poderá deixar de ser entendida, consoante a parêmia *ubi eadem ratio, ibi dispositio*, como fazendo-o, também, para as *funções empregatícias de confiança*, para os *empregos de confiança*.

3.4. Foi o que deliberou o TCU, na *Decisão antes reproduzida*.

4. Em verdade, a CF estabelece, expressamente, em várias de suas passagens, quanto ao gênero das *funções públicas temporárias*, ou melhor, de *provimento temporário*, a igualdade entre os *cargos em comissão* e os *empregos de confiança*.

4.1. Nesta linha, o art. 142, § 3º, III, da CF, lida com “*Cargo, emprego ou função pública*

civil temporária”, por oposição ao “*cargo ou emprego público civil permanente*”, de que cuida o inciso II daquele mesmo artigo.

4.2. Por seu turno, o art. 19, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é *definitivo*: trata, em *identidade de condições*, os

“*cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão*”

bem como, também aos demais, que a lei declare de *livre exoneração*.

4.3. Expressivas, igualmente, as disposições do art. 54, I, b, e II, b, que referem, expressamente;

“*cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis ‘ad nutum’*, nas entidades constantes da alínea anterior”;

isto é, no inciso I, a, do mesmo artigo:

“*pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público.*”

5. O *emprego* envolve a prestação de serviços de natureza *não eventual*, sob a dependência — *subordinação* — do empregador e mediante *salário*: art. 8º da CLT.

5.1. À *relação de emprego* corresponde o *contrato individual do trabalho*, ou seja, a *situação contratual* que se submete ao *Direito do Trabalho*.

5.2. A CF utiliza o termo *trabalhador* no sentido de *empregado*, quando, v.g., no seu art. 7º, I, assegura aos “*trabalhadores urbanos e rurais*”, a

“*relação de emprego, protegida contra despedida arbitrária ou em justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização correspondente, dentre outros direitos*”.

5.3. Por seu turno, o art. 114, ao caracterizar a *competência da Justiça do Trabalho*, fala de

“*dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União*”;

e ainda de

“outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho.”

6. No tocante ao chamado *vínculo empregatício*, existem *diferenciações* identificadas pelo *Direito constitucional* e do *Trabalho*.

6.1. Assim, os *trabalhadores domésticos* têm, pelo próprio teor da *Crtia Magna Nacional*, situação jurídica diversa dos *empregados urbanos*, e esses dos *trabalhadores rurais*, embora haja conjunto *interseção* (cf. art. 7º, XXXIV).

6.2. Faz-se, ademais, a distinção entre o *empregado com vínculo permanente* e o *trabalhador eventual* ou *adventício*, “admitido em caráter *provisório*, por breve tempo e por circunstâncias excepcionais ou transitórias” do empregador (DÉLIO MARANHÃO, *Instituições de Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr, 19ª ed., 1: 315).

6.2.1. Há, outrossim, uma nítida distinção entre: (a) o *trabalhador temporário*, cuja situação é regulada pela *Lei nº 6.019, de 03.01.74*, e em que se inter-relacionam a empresa tomadora dos serviços (empresa-cliente); a empresa de trabalho temporário (empresa-fornecedora) e o *trabalhador temporário* (que presta o serviço), mas cujo vínculo trabalhista — permanente — é com a segunda empresa, que delega à primeira o poder de comando; (b) o *trabalhador — empregado — permanente*, ainda que a *prazo determinado*; e (c) o *trabalhador eventual*, anteriormente abordado.

7. Interessa-nos, especialmente, o *emprego* que exerce *emprego* (também chamado, ordinariamente, de *cargo* ou *função*) de *confiança*.

8. É *empregado*, por atender à definição do art. 3º da *CLT*; mas a especificação está no *elemento fiduciário*, que assume relevância jurídica própria, distinguindo-se, neste ponto, da *confiança ordinária*, que tem de existir em todo *contrato de trabalho*.

8.1. Em decorrência, o titular de *emprego de confiança* “não se beneficia da proteção legal com a mesma amplitude atribuída aos demais empregados” (DÉLIO MARANHÃO, *op. e vol. cit.*, p. 316).

8.2. Mas o *empregado de confiança* não é agente a título *precário*, *interino*, *eventual*.

8.3. Com efeito, a *necessidade empresarial* a que atende e *permanente*; o *emprego* é *permanente*; a *prestação do serviço* é *contínua*; e, de ordinário, nem sequer o *vinculum iuris* é a *prazo determinado*.

9. A *imperiosidade* da *fidúcia* tem, porém, a *força jurídica* de opor o *empregado de confiança* ao *empregado efetivo*, ou seja, o *emprego de confiança* não é *provido a título efetivo*, o que tem seu reflexo básico na *extinção* do próprio *vínculo*.

9.1. Com efeito, a *causa de admissão* — a que título esta é feita — reflete-se na *causa de extinção* da *relação jurídica*.

9.2. É que, como preleciona PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, São Paulo, RT, 3ª ed., 1984, XLVIII: 122), às espécies comuns de *extinção do contrato* de soma

“a de *denunciabilidade vazia*”.

9.3. Mas não se trata da *denúncia vazia ordinária*, que desconstitui o *contrato de trabalho*, ou seja, a *despedida sem justa causa*: a *livre dispensa* é *justa causa*, não acarretando ônus para o empregador, salvo disposição legal expressa (cf. art. 499, § 2º, da *CLT*), conforme comentaremos adiante.

9.4. O *empregado permanente* é o *empregado efetivo*, aquele que só pode ser dispensado com *justa causa*, salvo mediante *indenização*.

9.4.1. O *empregado de confiança* tem, na sua *livre dispensabilidade*, uma *causa justa de extinção* do *vínculo empregatício*.

9.4.2. A *CF*, em seu art. 7º, I, ao aludir a “*despedida arbitrária* ou *sem justa causa*”, não as sinonimizou, pois que *arbitrário* é o *antijurídico* (como no *contrato a prazo determinado*); e aquela *sem justa causa* não o é (em sentido diverso, ARNALDO SUSSEKIND, *Direito Constitucional do Trabalho*, Rio, Renovar, 1999, p. 122).

9.4.3. Salienta PONTES DE MIRANDA (*op. cit.*, XLVII: 494):

“Se o contrato é a *prazo indeterminado*, entende-se que é regular a *denúncia vazia*. Se a *prazo determinado*, não: a *denúncia vazia* é irregular, e há a *indenizabilidade* e a *incidência de regras jurídicas protectivas*.”

9.4.4. Assinala-se que os arts. 62, II, e pa-

rágrafo único; 224, § 2º; e 499, e seus §§, da CLT contemplam a figura do cargo de confiança, dando-lhe tratamento jurídico próprio.

9.5. Os cargos de confiança de que estamos tratando são os cargos de confiança geral (chefia) e técnicos (assessoramento) e os cargos de direção (da empresa, e não da pessoa jurídica), não abrangendo os chamados cargos de confiança especial (de que é exemplo o caixa de banco): cf. NELIO REIS, *Contratos Especiais de Trabalho*, Rio, Freitas Bastos, 1955, p. 130 e s.

9.5.1. O saudoso Autor, com seu brilhantismo, expôs (pp. 135/136):

“A investidura no cargo de confiança pode se dar por duas formas distintas:

a) Por investidura imediata e direta no cargo;

b) Por designação posterior à admissão do empregado.

No primeiro caso o empregado ao ingressar na empresa vai assumir, imediatamente, a função de confiança para que é contratado. A Segunda hipótese se verifica sempre que o empregado, já pertencente ao corpo de auxiliares da empresa, é designado para as novas funções de confiança. Esta investidura pode, ainda, conforme o caso, ser efetiva ou temporária: no primeiro caso o empregado é indicado para o exercício permanente da função de confiança; no segundo a sua nomeação será transitória, temporária, sujeita à uma duração mais ou menos certa, como ocorre comumente nas substituições ou comissionamento.”

9.5.2. Comentando o disposto no art. 499, § 2º, da CLT, salienta (pp. 136/138):

“A esta altura uma dúvida se afigura inevitável: ao empregado que só tenha exercido cargo de confiança e que contar menos de dez anos de serviço será divida a indenização por dispensa injusta? Sempre entendemos que não. Como vimos acima, para garantir uma indenização ao empregado nestas condições a lei expressamente mencionou a condição de ter ele mais de ‘dez anos de serviço na mesma empresa’. Logo, ‘a contrário sensu’, se não tiver ele mais de dez anos sua dispensa poderá ser efetuada sem ônus para a empresa. A demissibilidade é da essência do próprio cargo de confiança e ao assumir a função o

empregado já sabe que, com as regalias, assume igualmente este risco. Só como exceção, como justo prêmio à sua longa permanência na empresa, foi que a lei fixou o critério especial de contando mais dez anos, receber, na demissão sem causa (isto é, sem motivo dado pelo empregador), a indenização simples, isto é, metade do que receberia se fosse um empregado comum.

Somos, assim, por entender que ao empregado que só tenha exercido na empresa cargo de confiança, e que não conte mais de dez anos de serviço, a sua dispensa não obriga a indenização alguma, uma vez que é da natureza de seu contrato a demissibilidade ‘ad nutum’.”

9.5.3. PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, São Paulo, RT, 1984, XLVIII: 118) assinala:

“O cargo de confiança pode ser objeto do contrato de trabalho, ou apenas resultante de temporária investidura. Quanto à extensão, o cargo de confiança pode ser de abrangência geral, ou dentro de setores da empresa, ou dentro de um só setor, ou para uma só função. A primeira espécie pode ser de cargo de direção, ou geral, sem ser de direção. Não se confundem os empregados com cargos de direção com os diretores eleitos, que são órgãos da empresa pessoa jurídica. O tesoureiro ou caixa, de regra, é empregado de uma só função.

Todos os cargos de direção de empresa supõem confiança. A direção pode ser administrativa ou técnica.

Com o progresso das indústrias e o desenvolvimento da produção, têm as empresas problemas sutis de divisão do trabalho e de coordenação dos elementos subjetivos. O dono da empresa, ou, em geral, os donos das empresas de hoje não as dirigem, salvo excepcionalmente. Daí a figura do dirigente, sem que seja esse o órgão da pessoa jurídica.”

10. Aduzamos que para cargos em comissão e para empregos de confiança dos entes da AP, inexiste a imposição de serem eles ocupados por servidores efetivos ou empregados permanentes, imperatividade essa que só existe para as funções “strictissimo sensu”,

de confiança, nos termos do inciso V do art. 37, e do exposto no subitem 8.5.3., do capítulo anterior, deste trabalho, sendo que o preenchimento por servidores de carreira em percentuais mínimos, em determinados casos e condições, depende de regra expressa, segundo o mesmo dispositivo.

11. Podemos concluir, afirmando que o emprego de confiança é próprio da organização empresarial e, pelo disposto no art. 37, II, da CF, em se tratando de empregos de confiança de administração pública, inócorre a necessidade de prévio concurso para a contratação de seus ocupantes.

11.1. Doutrina e jurisprudência respaldam a conclusão, e podemos acrescentar novas citações àquelas já feitas.

11.1.1. ALEXANDRE DE MORAES (*Direito Constitucional*, São Paulo, Atlas, 8ª ed., p. 2000, p. 316) sustenta, a respeito da disposição constitucional impositiva do concurso público:

“Dessa forma, as autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, § 1º. Exceções ao princípio, se existem, estão previstas na própria Constituição. Assim, 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, art. 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 instrumento de realização concreta dos princípios constitucionais da isonomia e da impessoabilidade.”

11.1.2. Por seu turno, MÁRCIO CAMMAROSANO (*Admissão de Pessoal nas Empresas Estatais em face da Constituição*, RDP 91/13), ressalva, explicitamente, da obrigatoriedade do concurso público, nas estatais, os “postos de confiança”.

11.1.3. Adilson ABREU DALLARI (*Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, São Paulo, RT, 1990, p. 38) é expressivo:

“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 investidura de Ministros dos Tribunais de Contas da União, nem para o ingresso de juízes nos Tribunais de segundo grau, nem para a nomeação de advogados e promotores pelo chamado 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 às 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 da CLT, quando for o caso.

Diferente é a situação dos empregados exercentes das funções mais simples, pois, quanto a estes, não há uma incompatibilidade lógica entre a função exercida e o concurso público. Sendo a dificuldade apenas de ordem material, a solução está em encontrar um sistema prático, expedito, rápido, de efetuar uma seleção pública, podendo-se, inclusive, cogitar da contratação direta, livre, em caso de seleção deserta, de inexistência de candidatos inscritos ou aprovados. Cabe repetir que o cerne da questão está na observância dos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade, que não comporta e não se coaduna com o favorecimento pessoal e o empreguismo.”

11.1.4. Quanto ao TCU, reportamo-nos ao subitem 2.1.3.1 desta parte do presente estudo.

11.1.5. Decidiu o Plenário do STF (MS nº 21.322-DF, Relator Ministro PAULO BROSARD, RTJ 146/139):

“Cargos e empregos públicos. Administração pública direta, indireta e fundacional. Acessibilidade. Concurso público.”

A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da Lei e mediante concurso público, é princípio constitucional explícito, desde 1934, art. 168.

Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a iludir a regra, não só foi reafirmado pela Constituição, como ampliado, para alcançar os empregos públicos, art. 37, I e II.

Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público.

As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, § 1º.

Exceções ao princípio, se existe, estão na própria Constituição."

11.1.6. Em opínamento (processo nº 400.000016/89-23, parecer nº S.A.-6, DOU, de 28.08.89, p. 14.765), de 24.08.89, o então Consultor-Geral da República, interino, SEBASTIÃO BAPTISTA AFFONSO concluiu:

"Diante de todo o exposto, chega-se à conclusão de que as entidades estatais, como regra geral, estão subordinadas à exigência de prévia habilitação em concurso público, para as suas novas contratações de empregados, salvo os comissionados, de confiança, e os casos de eventual necessidade da dispensa ou inexigibilidade dessa competição seletiva, a merecer exame de per si."

12. A única exigência é que aos encargos em comissão e aos empregos de confiança sejam conferidas 'atribuições de direção, chefia e assessoramento', para que não haja fraude à imperiosidade concursal:

"A exigência constitucional do concurso público não pode ser contornada pela criação arbitrária de cargos em comissão para o exercício de funções que não pressupõem o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza" (ADIn 1.143-3-GO, Medida Cautelar, DJU de 04.11.94, p. 29.829, in Rep. IOB, 1ª quin. dez./94, n. 1/8134). *Idem*, ADIn 1.141-GO, Medida Cautelar, in RTJ 156/793. ADIn 1.269-GO, Medida Cautelar, in RTJ 166/865).

V — DA CRIAÇÃO DE EMPREGO DE CONFIANÇA NAS EMPRESAS ESTATAIS

1. O art. 48, da CF, estabelece que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre

"criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas".

1.1. Este dispositivo tem de ser combinado com o disposto no art. 61, § 1º, II, a, que, ao tratar das leis de iniciativa do Presidente da República, alcança, apenas, as leis que dispõem sobre

"criação de cargos, funções ou empregos públicos",

e refere, expressamente, que se trata daqueles cargos, empregos e funções

"na administração direta e autárquica."

1.2. Nesta moldura, por lei são criados cargos, empregos e funções da Administração Direta e Autárquica, não estando incluídos, nem mesmo, os da Administração Fundacional (v. nossos Comentários à Constituição, 3: 120/121).

1.3. Não teria sentido que a exclusividade da iniciativa presidencial só dissesse respeito aos cargos e empregos da administração direta e autárquica, e não abrangesse os dos demais entes da AP, se essas outras funções públicas de administração também tivessem que ser criadas por lei.

1.4. Destarte, nem os empregos permanentes, nem os empregos de confiança dos agentes dos entes privados da administração pública são criados por lei.

2. O regime jurídico das entidades de direito privado da Administração Pública compõe-se de um complexo de normas jurídicas que se contém, sucessivamente a partir da Constituição, nos diplomas legais e regulamentares que têm por destinatários os entes administrativos em geral; aqueles de *ius privatum*; os de cada espécie (fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista); aqueles sobre o conjunto de instituições que formam grupos, como os integrados por sociedades coligadas, controladoras, controladas e subsidiárias; e, finalmente, pelo conjunto das regras jurídicas que se dirigem, espe-

cificamente, a uma certa entidade governamental considerada; conjunto, todo este, de que participam as regras de sua lei criadora e, quando é o caso, do decreto que prova seu estatuto.

3. Mas esses *entes de direito privado*, quer enquanto *pessoas jurídicas*, quer enquanto *empresas* — e esta distinção, fundamental, será aprofundada adiante —, têm sua *regulação própria*, constituída, pelo *estatuto*, pelo *regimento interno*, pelo *regulamento de empresa*, em que a matéria de *pessoal* aparece, sendo, aliás, alguns diplomas, específicos sobre essa matéria, tais como os *planos de empregos e salários*.

4. A Consultente, como anotado, *empresa estatal*, é *sociedade anônima*.

4.1. Seu vigente *Estatuto Social*, foi aprovado por *Decreto federal*.

4.1.1. Caracteriza-se, portanto, como *diplo-ma estatutário* com a *chancela*, externa, da *Chefia do Poder Executivo*.

5. O *estatuto* é parte integrante da *constituição das sociedades por ações*, como elemento indispensável à sua *personificação*.

5.1. Diz ele respeito à *pessoa jurídica* em si, “*senso o documento básico da sociedade, pelo qual se regerá durante toda a vida social*” (FRAN MARTINS, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Rio, Forense, 1977, 1: 495/496). Por isso, seu conteúdo necessário diz respeito à *entidade personalizada*, enquanto tal, em seus aspectos essenciais.

5.2. Disserta FRAN MARTINS (*op. e vol. cit.*, p. 496), comentando o art. 83 da *Lei n° 6.404, de 15.12.76*, e comparando-o com o art. 40 do antigo *Decreto-lei n° 2.627, de 26.08.40*:

“A lei atual apenas declara que ‘o projeto de estatuto deverá satisfazer a todos os requisitos exigidos para os contratos das sociedades mercantis em geral e aos peculiares às companhias’, sendo de entender-se que esses termos se referem aos requisitos peculiares às sociedades anônimas e não aos contratos dessas sociedades. Na lei anterior estava disposto que, ‘além dos elementos exigidos para as sociedades mercantis em geral, como a denominação, objeto, sede, duração, capital e o modo de sua realização, o projeto de

estatuto satisfará os requisitos peculiares às sociedades anônimas ou companhias’, devendo ser, nesse mesmo sentido, o que, de modo um pouco ambíguo, diz a lei atual.

Deve, portanto, o projeto de estatuto conter a *sede*, *objeto*, *duração*, *capital social* e *modo de sua realização*, *número de ações* em que se divide, seu *valor nominal* ou *declaração de que não têm valor nominal*, *espécie e classe de ações*, *preferências ou vantagens conferidas às ações preferenciais*, se houver (art. 19) e *restrições a que ficam expostas as ações preferenciais*, *forma das ações e conversibilidade de uma forma em outra* (art. 22), *autorização para ações escriturais*, se for o caso (art. 34), *autorização para a aplicação de lucros ou reservas no resgate e amortização de ações*, se for o caso (art. 44), *fixação do prazo de duração das partes beneficiárias*, quando as criar (art. 48), *autorização para aumento do capital sem reforma estatutária* (*sociedades de capital autorizado* — art. 168) e tudo o mais que, por lei, para surtir efeito, deva nele ser mencionado.

Além disso, deve o projeto de estatuto estabelecer, em linhas gerais, a *organização interna da sociedade*, dispondo normas que fixem a *estrutura da mesma*, *número de diretores*, *existência ou não de conselho de administração* e *órgãos técnicos ou consultivos que a sociedade vier a possuir*.

Por último, deverá o projeto de estatuto conter todas as normas, por que a sociedade se orientará, de modo a servir de *carta orientadora* para as atividades da companhia, já que o estiver escrito no estatuto deverá ser fielmente cumprido pela mesma, durante sua vida.”

6. Escrevemos em trabalho anterior (*Direito Administrativo Didático*, Rio, Forense, 1998, pp. 70-71):

“As pessoas jurídicas têm a sua estrutura. São constituídas de *órgãos*, que expressam o seu querer jurídico e atuam concretamente pela mesma. As *diretorias*, os *conselhos de administração*, as *assembléias gerais*, os *conselhos deliberativos*, são espécies de *órgãos* das pessoas jurídicas.

É claro que, não sendo as pessoas jurídicas realidades iguais aos homens, torna-se neces-

sário, para que elas queiram e ajam, que esses órgãos, que são apenas divisões de competência, esferas de atribuições, sejam exercidos por pessoas físicas, que são seus titulares.

As pessoas jurídicas que são estruturas personalizadas, expressam sua vontade jurídica e praticam atos concretos através dessas pessoas físicas, as quais, quando querem e agem na qualidade de titulares desses órgãos, não o fazem como pessoas físicas, mas como integrantes da estrutura das pessoas jurídicas; onde estão presentes nessa qualidade, é a pessoa jurídica que está presente.

Na linguagem comum e até mesmo na legal e na prática de atos oficiais, fala-se, em tais casos, em 'representação'. Numa linguagem expressiva, todavia, diz-se que as pessoas físicas não 'representam' as pessoas jurídicas, mas as 'presentam'.

Entre as pessoas físicas e as pessoas jurídicas de cujos órgãos essas pessoas são titulares não existe uma 'relação de representação', mas a chamada 'relação orgânica', que é uma relação interna, que se estabelece dentro da pessoa jurídica, e em decorrência da qual os atos dos órgãos das pessoas jurídicas são atos dessas."

6.1. Mas grifamos:

"Por mais bem estruturada que seja uma pessoa jurídica, por maior que seja o número de seus órgãos e respectivos membros, para que ela possa desenvolver a contento sua atividade, é preciso que disponha de uma organização técnica que variará de acordo com a natureza dessa atividade. Daí, as noções de organização administrativa, de organização econômica, que se traduz, esta última, na 'empresa'.

Nesta organização técnica, não há 'órgãos', mas sim, o que se chama de 'ofícios', *que são esferas de atribuições ocupadas, não mais, por membros ou dirigentes da pessoa jurídica, mas por seus prepostos ou administradores. No que tange, no entanto, às pessoas públicas, como detalharemos adiante, a lei equiparou ofícios a órgãos.*

6.2. Em outro momento, desenvolvemos (Comentários à Constituição, Rio, Freitas Bastos, 1991, pp. 109-110):

"Cumpre, nesta oportunidade, recordar distinção básica entre a estrutura e organização das pessoas jurídicas privadas e das públicas.

Quando se trata das primeiras, há a discriminação entre os 'órgãos' 'stricto sensu' e os 'ofícios', ambas espécies de competência, células de atribuições e encargos, de poderes e deveres. Mas os órgãos integram a estrutura mesma da pessoa jurídica (como a assembléia-geral de uma sociedade de economia mista), enquanto os ofícios compõem sua organização administrativa, empresarial, complementar (como a chefia do departamento de compras daquela mesma sociedade), sendo os últimos ocupados, exercidos por prepostos da pessoa jurídica, diferenciação que tem sua relevância, por exemplo, em matéria de responsabilidade civil.

Se se cuida de pessoas jurídicas públicas (político-federativas e autárquicas), o direito brasileiro considera todas as células de competência componentes de sua estrutura como órgãos, embora, é claro, se possa fazer a distinção entre órgãos políticos, como o Congresso Nacional e suas Casas, a Chefia do Executivo; e os órgãos administrativos, como a chefia do departamento de um Ministério. Em suma, na administração direta e autárquica, só temos 'órgãos', e não 'ofícios'.

Já nas fundações, empresas públicas e nas companhias mistas, estabelece-se a diferenciação entre 'órgãos' e 'ofícios', e, conseqüentemente, entre titulares dos primeiros e propostos.

Acentua PONTES DE MIRANDA, tratando das pessoas jurídicas privadas corporativas: *'São órgãos da pessoa jurídica: (a) a assembléia, que nenhuma atividade exterior tem; se dela precisa, de acordo com o ato constitutivo, há de ser através de outro órgão; mais alto órgão, porém interno; (b) a diretoria, que é o órgão executivo, ou um deles'* ('Tratado de Direito Privado', Rio, Borsoi, 3ª ed., 1970, I: 382).

Nas empresas públicas unipessoais societárias e nas pluripessoais (também societárias), nas companhias mistas e, certamente, nas sociedades paradministrativas, surge, ainda, a figura dos 'membros', que 'são os elementos mais relevantes do suporte fático

das sociedades e associações. Projetam-se no tempo, com eventuais substituições e entradas, mantendo a vida e a atividade delas. Com eles é que se compõem as assembleias gerais'.

O membro pode ser pessoa jurídica (e, nas empresas mistas, públicas e paradministrativas, pelo menos um o é) ou física.

Nas fundações, não há membros, mas, tão-somente, administradores, ou seja, apenas órgãos executivos.

Na medida, porém, em que exerçam serviço público, e no tocante à responsabilidade civil por ato ilícito, *haveria, segundo certa corrente, uma equiparação constitucional pelo art. 37, § 6º, entre órgãos e ofícios, desses àqueles, o que, aliás, pelo dispositivo constitucional, alcançaria, segundo os seguidores dessa orientação, até mesmo, as entidades não-administrativas, desde que prestadoras de serviços públicos.*"

7. A empresa, em sentido próprio, é a organização complementar que serve de instrumento, para que a pessoa que exerce atividade econômica, ou mesmo serviço público em caráter econômico, possa realizar o objeto dessa atividade.

7.1. A distinção entre a pessoa-empresária e a empresa fica clara, quando se trata de empresária, pessoa física, hipótese em que se tem a empresa individual.

7.2. Feitas as devidas ressalvas em sede tributária, a empresa individual particular, do setor privado da economia, não tem personalidade jurídica, no Direito Brasileiro: a personalidade é do empresário, cujo patrimônio responde por suas obrigações. Inexiste a possibilidade de formação de um patrimônio de afetação, destacado do patrimônio Individual do empresário, e que garantiria suas responsabilidades negociais.

7.3. Na área governamental, há, porém, a empresa pública unipessoal individual.

7.3.1. A empresa pública unipessoal individual (p. ex., a Caixa Econômica Federal) parte da personificação de uma empresa individual, da organização econômica, através da qual atua a pessoa política empresária (a União, no caso da CEF), que lhe afeta um patrimônio (patrimônio de afetação), o qual constitui o capital originário da empresa per-

sonificada, e responde pelas obrigações respectivas.

7.3.2. A empresa pública unipessoal individual não tem sócios, membros, assembleia-geral, mas um único titular do respectivo capital, titular esse que controla a empresa de fora (vontade externa ou transcendente), inclusive designando e exonerando seus administradores.

7.3.3. Em verdade, instituída a empresa pública da espécie, somente uma parte da organização é personalizada, implantando-se, em decorrência, a sempre necessária distinção entre órgãos da pessoa (ocupados pelo dirigentes institucionais) e ofícios da estrutura complementar (exercidos por prepostos).

7.3.4. Sabe-se, porém — é sempre importante ressaltar —, que, na linguagem, não apenas coloquial, mas também legislativa e, inclusive, constitucional (cp. art. 71, V, da CF), o termo empresa é usado, também, muitas vezes, para designar a própria pessoa jurídica: daí, falar-se de empresas estatais.

8. Nas empresas estatais, os dirigentes ocupam os órgãos da pessoa jurídica; e os prepostos, os ofícios da empresa 'stricto sensu'.

8.1. Por não ocupar órgão, mas ofício empresarial, é que um advogado-empregado, embora pertença ao quadro permanente de pessoal, tem procuração, outorgada pelo órgão competente da pessoa jurídica, para postular em juízo, em nome daquela.

9. Neste quadro, verifica-se que, embora o estatuto possa dispor sobre o pessoal da empresa, tal não é necessário, eis que é pertinente que essa matéria seja objeto do Regimento Interno, do Regulamento da Empresa, de um específico Plano de Cargos e Salários. O pessoal integra a empresa, e não a sociedade, e é sobre esta que o estatuto dispõe.

9.1. Aquilo que de há-de tratar o texto estatutário é a competência para dispor sobre pessoal.

10. Inexiste empresa, que é uma estrutura hierarquizada, traduzida, como é próprio, por inter-relacionamentos de coordenação e de subordinação, sem que haja, como em qualquer organização, os ofícios de direção, de chefia e de assessoramento, incluídos os de consultoria.

10.1. A ocupação, por algum agente, desses *ofícios*, está, como lhe é *ínsito*, inafastavelmente vinculada à *fidúcia*, à *confiança*: e, daí, ser livre o *provimento*; e a *desocupação* ser feita *ad nutum* (do latim *nutus*, aceno de cabeça; e, portanto, dispensa 'a um simples aceno'), *imotivadamente*, não havendo de se falar em *sem justa causa*: a *causa* é livre, a livre dispensa é *justa causa*, conforme já anotamos, correspondendo ao grau máximo de *discrecionariedade*, porque *ato jurídico inaférivel* quanto aos *motivos*, conforme anteriormente exposto.

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

11.1. O art. 169, § 1º, II, da CF contém disposição elucidativa, ao estatuir:

“Art. 169. (...)

§ 1º, A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

.....
II — se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.
.....

11.2. No TCU (Acórdão nº 249/2000, da Primeira Câmara), o Relator, Ministro MARCOS VILAÇA, sendo interessada a Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais — CPRM, assim votou:

“Finalmente, com relação ao eventual desrespeito do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, que exige sejam declarados em lei os cargos em comissão de livre nomeação, para que a inaplicabilidade do concurso público possa prosperar, compreendo assistir razão à Unidade Técnica quanto à inoccorrên-

cia de irregularidade. De fato, a Lei Maior, ao se referir à Administração Indireta, remete a definições contidas na legislação infraconstitucional, da qual o Decreto-lei nº 200/67 se sobressai. Estão ali, indubitavelmente, os traços que conferem autonomia administrativa às empresas públicas e às sociedades de economia mista resguardada a devida supervisão ministerial, nos termos do artigos 5º e 26, inciso V. Aliás, a própria Constituição Federal reconhece tal autonomia, nos termos do artigo 169, § 1º, inciso II, onde dispensa os mencionados entes da necessidade de autorização na lei de diretrizes orçamentárias para a criação de cargos, empregos ou funções ou alteração de estrutura de carreiras, desde que haja dotação orçamentária suficiente para que o aumento de despesas correspondente possa ser atendido.”

12. Existem, é certo, *empresas estatais* cujos estatutos aludem às *funções de confiança*, mas muitas outras não, embora todas as tenham; e também variam os diplomas estatutários, quando as prevêem, quanto a se nelas podem ser investidas pessoas não pertencentes ao quadro de empregados efetivos; o que é matéria inteiramente *discrecionária*.

12.1. Assim, a *Petróleo Brasileiro S.A. — PETROBRÁS* (art. 49, § 1º, de seu Estatuto) integra o primeiro conjunto, como também a *Companhia Municipal de Energia e iluminação — RIOLUZ*, empresa pública carioca, cujo Estatuto (aprovado pelo Decreto Rio nº 9.596, de 27.08.90) contempla, em seu art. 29, que trata do respectivo *Quadro de Pessoal*, seu preenchimento por *pessoas estranhas ao serviço público*, quando indicadas para exercer *cargos de confiança* (item 5), hipótese em que não é exigido o concurso (art. 70).

12.2. Já a *Companhia Municipal de Limpeza Urbana — COMLURB*, sociedade de economia mista da Cidade do Rio de Janeiro, compõe o segundo grupo, pois que, embora tenha *funções de confiança* de livre provimento, com pessoas estranhas a seus quadros, não figura, em seu Estatuto (publicado no D.O. Rio, de 22.06.01, pp. 09 e ss.) esta previsão, contemplando o texto estatutário, tão-somente, caber à Diretoria fixar o quadro de pessoal necessário e estabelecer os níveis salariais, de acordo com a política de pessoal definida pelo Conselho de Administração.

13. A normatividade reguladora da *supervisão ministerial* em relação às *empresas estatais federais* é explícita em admitir a figura dos *empregos de confiança*, e que os mesmos sejam objeto de *atos de gestão de recursos humanos*, e não de *atos estatutários*.

13.1. Nesta linha, o *Decreto nº 3.224, de 28.10.99*, que aprovou a *Estrutura Regimental do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão*, dispôs, expressamente, em seu art. 6º, V, f, sobre a competência do *Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais — DEST* para

“manifestar-se sobre (...) planos de cargos e salários, inclusive de tabelas de cargos comissionados ou de livre provimento (...)”

13.2. Por seu turno, o *Decreto nº 3.735, de 24.01.01*, que estabelece *diretrizes aplicáveis às empresas estatais federais*, prevê, em seu art. 1º, III, que ao *Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão* compete a aprovação, dentre outros, dos pleitos dessas empresas, encaminhados pelos respectivos Ministérios superiores, sobre

“planos de cargos e salários”,
inclusive quanto à

“remuneração de cargos comissionados ou de livre provimento.”

VI — CONCLUSÕES

1. Diante do exposto, é de concluir-se que a *dispensa* da formalidade do *concurso público*, contemplada no *inciso II* do art. 37 da *Constituição Federal*, abrange os *empregos de confiança das empresas estatais*.

2. Outrossim, a *previsão de existência* dessas *empregos* — inerentes a qualquer *empresa* — e sua *identificação*, não precisam constar do *Estatuto Social*, pois que não ínsitas a eles, podendo vir, portanto, a figurar nos diplomas internos próprios, nos termos do exposto nos itens 8 a 14.2 do Capítulo anterior.

3. Ademais, como é inerente às *funções de fidúcia*, seu *provimento* poderá dar-se com *pessoas físicas* que já sejam *agentes* titulares de *empregos permanentes* do *Quadro de Pessoal* da entidade; ou com *pessoas* que não integrem, até então, o mesmo (CF, arts. 37, V; e 40, § 13).

4. É de exigir-se, certamente, que esses *empregos*, por sua própria *natureza*, e no seu *perfil constitucional*, digam respeito às ‘atribuições de *direção, chefia e assessoramento*’.

Rio de Janeiro, 30 de agosto de 2001
SERGIO DE ANDREA FERREIRA