2ª. TURMA

RECURSO ORDINÁRIO Nº. 0016100-62.2009.5.05.0030RecOrd

RECORRENTE: Companhia de Desenvolvimento e Ação Regional – Car

RECORRIDOS: Ministério Público do Trabalho e Outros (1)

RELATOR: Desembargador RENATO MÁRIO BORGES SIMÕES

REDATORA: Desembargadora DÉBORA MACHADO

CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR POR EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA EM FUNÇÃO DE CONFIANÇA SEM A OBSERVÂNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A Contratação de servidor por empresa pública ou sociedade de economia mista, ainda que para o exercício de cargo de confiança, a teor do quanto disposto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal de 1988, imprescinde de prévio processo de seleção pública, exceto nas situações em que subsiste no âmbito da Administração descentralizada Plano de Cargos ou Quadro Organizado em carreira que se identifique dentro da estrutura organizacional quais as funções de confiança permissíveis de contratação sem concurso público.

A COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO E AÇÃO REGIONAL-CAR, nos autos do processo nº. 0016100-62.2009.5.05.0030RecOrd em que, na qualidade de Requerida, litiga com o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO**, Requerente, inconformado com a sentença de fls. 289/296, complementada às fls. 320/321, interpôs Recurso Ordinário pelas razões expendidas às fls. 323/346.

Contra-razões tempestivamente oferecidas às fls. 359/369.

Em face do voto prevalecente apresentado durante a sessão de julgamento, fui designada Redatora, nos termos do art. 141, caput, do Regimento Interno deste eg. Regional.

É O RELATÓRIO.

VOTO

1. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO - DA IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS - FALTA DE DIALETICIDADE.

Obtempera o recorrente que, de acordo com o artigo 3º da Lei 7.347/85 "a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer" não sendo possível a cumulação dos pedidos. Pugna pela extinção do processo por inépcia da inicial.

Não há um único ataque aos fundamentos da sentença que, sobre o referido tópico, decidiu nos seguintes termos:

"o art. 11 da própria Lei 7.347/85, consigna que 'na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor' Logo, até mesmo de ofício o juiz poderá cominar pena em dinheiro pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Finalmente, para a cumulação de pedidos em uma mesma ação é necessário tão-somente o preenchimento dos requisitos previstos no art. 292, § 1º, I, II e III, do CPC, não restando dúvidas que este Juízo é competente para apreciar todos os pedidos, o procedimento é adequado para todos eles e há compatibilidade entre os pleitos"

Sendo assim, em decorrência do princípio da dialeticidade, inerente a todos os recursos, exige-se que o recorrentes, além do pedido de revisão, manifeste os fundamentos de fato e de direito que deram causa ao inconformismo com a decisão prolatada.

Portanto, o recurso ordinário se apresenta genérico e em descompasso com o art. 514,

II, do CPC, bem como carece de interesse recursal, conforme previsto no art. 499, do mesmo diploma. Os vícios apontados configuram hipótese de não conhecimento do apelo.

Não conheço parcialmente do recurso quanto ao tópico em apreço, conhecendo das demais matérias nele enfocadas.

2. MÉRITO

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Suscitada pela recorrente sob o argumento de que a sentença manteve-se omissa, mesmo após oposição de embargos declaratórios, quanto à alegação de inexistência de prova de que os cargos em comissão da recorrente foram criados por lei, bem como quanto às alegações da defesa de impossibilidade de pagamento de indenização, dada a natureza jurídica da recorrente.

Sem qualquer razão.

Houve manifestação expressa na sentença de embargos declaratórios sobre os pontos ventilados na preliminar de nulidade e, se houve erro no julgamento, a matéria deve ser ventilada no mérito com pedido de reforma do quanto restou decidido.

Rejeito.

DO LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO

Alega a recorrente que, diante da possibilidade de reconhecimento da nulidade dos “vínculos empregatícios questionados na inicial”, os empregados apontados como exercentes de vínculo nulo na demanda deveriam compor, necessariamente, o pólo passivo da ação. Pugna pela extinção do processo sem julgamento do mérito.

Sem razão.

Ao apreciar a preliminar em epígrafe, o juízo monocrático assim decidiu:

“A Constituição Federal em seu art. 129, inciso III, estabelece como função institucional do Ministério Público promover a Ação Civil Pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Por outro lado, o art. 6º, inciso VI, alíneas “a” e “d” fixa a competência do Ministério Público para promover a Ação Civil Pública para a proteção dos direitos constitucionais bem como outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

A partir do pedido e causa de pedir contidos na petição inicial, verifica-se que o Ministério Público do Trabalho busca tutela com a finalidade de observância de disposições constitucionais bem assim de preservação de interesses difusos, uma vez que pretende assegurar o preenchimento de cargos de maneira impessoal, por meio de concurso público, o que seria interesse de toda a coletividade indeterminadamente.

Por oportuno, o conceito de interesse difuso encontra-se descrito no art. 81, I, parágrafo único, I, da Lei 8.078/90, a que perfeitamente se enquadra o interesse defendido pelo Ministério Público do Trabalho.

Desse modo, perfeitamente cabível a presente ação, não havendo falar, ainda, em participação dos ocupantes dos cargos em comissão no presente feito, uma vez que o pólo passivo encontra-se devidamente fixado na petição inicial, em face da natureza dos interesses discutidos na demanda.

Ressalte-se que é o Ministério Público legitimado para a defesa de interesses difusos, na forma dos dispositivos legais anteriormente citados. Por outro lado, a impossibilidade jurídica do pedido somente se configura quando o ordenamento jurídico veda a pretensão posta em Juízo, o que não é a situação do caso em tela.”

A contratação de empregado ou servidor público, sem a realização de prévio concurso público ou sem existência de lei prevendo a criação do cargo ou emprego, é matéria de ordem pública de interesse de toda a coletividade, com previsão na Constituição Federal, não havendo disposição em lei que fixe como obrigatória a atuação dos litisconsortes apontados na defesa e, a natureza da relação jurídica, na forma indicada na inicial, também não comporta tal obrigatoriedade, diante inclusive da supremacia do interesse público em detrimento do particular e do caráter difuso do objeto, que envolve contratações futuras com sujeitos indeterminados.

Ademais, o art. 37, II da CF/88 é impositivo com relação á Administração Pública e não aos eventuais empregados, que não possuem qualquer dever de cumprir e fiscalizar tal preceito legal.

Mantida a sentença.

DOS CARGOS COMISSIONADOS

Não se conforma a recorrente com os termos da sentença no tocante à necessidade de provimento de cargos em comissão via concurso público, pois a empresas públicas e as sociedade de economia mista estariam sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive no que toca aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, ressalvando determinadas exigências diferenciadas “por força da natureza do interesse público a que visam atender, como entidades da Administração Indireta”.

Sustenta que a exigência de prévia aprovação em concurso público não ”se aplica tanto às atividades ou situações anômalas e eventuais, art. 37, inciso IX, da CF, mas também não impede o provimento de empregos considerados como exercício de cargos em comissão ou cargos de confiança, por serem de gestão, não submissos ao regime de trabalho normal da empresa, a exemplos de diretores, chefes de departamento, gerentes etc.”.

Obtempera que a parte final do inciso II do art. 37 da CF ao dispor sobre “cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” não alcança somente as situações jurídicas estatutárias, sendo aplicável, também, aos empregados das empresas estatais a elas correspondentes, dada a relação de confiança ínsita à contratação do agente.

Argumenta que a instituição de tais cargos comissionados em empresas públicas não necessita, necessariamente, ter como fonte a lei, tendo em vista a natureza jurídica de direito privado das empresas públicas que necessitam de agilidade para cumprimento da função institucional a que se destina, sendo necessária, apenas, a previsão em ato normativo próprio, como estatutos, regimentos, regulamentos de pessoal, resoluções, decretos do controlador, etc..

Dispõe que a indicação de pessoas afinadas com os programas de governo, definidos pelos gestores democraticamente eleitos, é indispensável à satisfação do interesse comum programado de acordo com a vontade do povo, sendo indispensável o

preenchimento dos postos da Administração por diretores, conselheiros, gerentes ou chefias escolhidos e nomeados de forma livre, de acordo com seus atos constitutivos e das leis criadoras.

Aponta que, em tais hipóteses, a decisão é discricionária e deve alcançar inclusive determinados cargos, a exemplo do de secretário, visto que, atuando diretamente junto aos mais altos escalões da empresa, prestam assessoramento direto à alta direção da empresa.

Faz considerações no sentido de que não há qualquer dispositivo na Constituição Federal que fixe tal limitação na forma reconhecida na sentença e que os cargos em comissão existentes em seus quadros não têm atribuição permanente e qualquer novo gestor que assuma a direção da empresa pode, de acordo com as diretrizes governamentais, destituí-los, como ocorre desde a criação da recorrente em 1983.

Insiste em suas razões recursais no sentido de que “a prova contida nos autos demonstra exatamente o contrário do que foi decidido: foi criada lei que previu a instituição dos referidos cargos em comissão” conforme documento de fls.47/51, Lei Delegada nº 30, de março de 1983 e Decreto 7.753/200 que homologa a resolução nº 1/2000 que tem por objetivo aprovar a estrutura organizacional e alterar o estatuto da recorrente.

Discorre que nos anexos do referido Decreto percebe-se que há menção expressa à criação dos cargos comissionados, que são exatamente os hoje existentes e que são objeto de anulação pela sentença monocrática, que ocupam apenas 22% do quadro de trabalhadores, não sendo possível a pretendida aplicação de forma analógica do artigo 61, §1º da CF/88, que estabelece as condições para criação de cargos, funções ou empregos públicos a iniciativa legislativa, pois o artigo 173 da Constituição Federal já dispõe, expressamente, sobre a possibilidade de as empresas públicas seguirem o mesmo regime das empresas privadas.

Rebate as alegações da inicial de que os cargos de assistente administrativo I, assistente técnico e assistente administrativo II não se enquadrariam como de assessoramento, chefia ou direção, pois referidos cargos têm como atividades

específicas “prestar assistência e assessoramento direto aos executivos” ou “participar da elaboração de relatórios físico-financeiros” caracterizando o enquadramento.

Ressalta que a decisão foi além do pedido ao não fazer ressalvas no sentido de que a abstenção das contratações, sem concurso público, não deveria envolver os cargos em comissão regularmente criados por lei, diante inclusive da fundamentação do decisum para acolher o pedido.

Pugna pela reforma da sentença para julgar improcedente a ação, pois “descabe o pleito de decretação de nulidade das contratações dos ocupantes de todos os cargos comissionados da ré, bem como improcedem os pleitos de determinação a esta para que se abstenha de admitir empregados nesta condição e para que afaste os atualmente existentes, seja no prazo indicado na inicial, seja em qualquer outro, em caráter liminar ou definitivo”.

Sem razão.

Destarte, penso não ser possível a validação da contratação de empregados pela Recorrente, pessoa jurídica integrante da Administração Pública, ainda que para o preenchimento de funções e/ou cargos de confiança, sem submissão a prévio processo de seleção pública.

Isso porque, a meu ver, sem a fixação de qualquer parâmetro objetivo para aferição desses “cargos”, a regra prevista no inciso II, parte inicial, do art. 37 da Lei Maior seria “letra morta” em relação às contratações efetuadas pela Administração Publica descentralizada, pois bastaria adotar-se o rótulo referente à função para que, com inteira subjetividade e nenhum controle público, diversos empregos pudessem ser objeto de contratação sem a prévia submissão ao certame público.

Nesse mesmo sentido já me manifestei quando, na qualidade de membro integrante do quorum de julgamento desta mesma Eg. Turma, divergi do entendimento esposado pela Exma. Desembargadora Relatora nos autos do processo nº. 00770-2002-551-05-00-9-RO, sendo que a fundamentação que apresentei naquela oportunidade foi utilizada, na íntegra, pela Exma. Desembargadora Dalila Andrade, à época designada Redatora,

conforme se infere do Acórdão nº. 11.534/2003, publicado no Diário Oficial do dia 12/08/2003, que segue transcrito:

“Pedindo vênia à e. juíza Relatora, adoto, integralmente, os fundamentos da divergência apresentada pela e. juíza Débora Machado, após, inclusive, haver eu concordado com o voto emitido por S. Exa., a Relatora, uma vez que, melhor examinando a questão posta sub judice, concluí - assim como fez o n. Representante do Ministério Público - que a solução adotada por aquela primeira magistrada parece-me estar mais consentânea com a norma constitucional que condiciona a legalidade da contratação do servidor público à submissão de concurso público:

“Data vênia do brilhantismo do voto da Exma. Sra. Juíza Relatora, entendo que deve ser acolhida a prejudicial de nulidade do contrato de trabalho que existiu entre as partes suscitada de ofício pelo Ilustre Representante do Ministério Público do Trabalho no seu circunstanciado parecer de fls. 727/728, isto porque entendo que, na situação dos autos, efetivamente a contratação do reclamante imprescindiria de prévio concurso público, nos termos do inciso II, parte inicial, do art. 37 da Constituição Federal, o que inocorreu.

Com efeito, não obstante se possa argumentar que o recorrido, como Fiscal de Caixa na demandada, era ocupante de cargo de confiança passível de inclui-lo na exceção a que se refere a parte final do referido dispositivo da Lei Maior, penso que, sem qualquer parâmetro de objetividade para aferição destes “cargos”, praticamente a regra constitucional de cunho legalizador e moralizador que exige o concurso público viraria “letra morta” quando das contratações pela administração descentralizada, pois bastaria o rótulo referente à função para que, com inteira subjetividade e sem nenhum controle público, diversos empregos pudessem ser objeto de contratação sem a submissão prévia ao concurso público.

Algumas considerações sobre o tema em discussão ainda se tornam imprescindíveis.

De início, delimite-se que a atual Constituição Federal exige o concurso público tanto para a investidura em cargo quanto emprego público, excepcionando apenas nomeação para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Vê-se, pois, que, quanto ao cargo público em sentido estrito, mesmo aqueles em comissão, que independem de concurso público, a aferição da moralidade administrativa estaria resguardada ante a circunstância de que o cargo público, seja de provimento efetivo ou em comissão, é sempre criado por lei, o que faz com que se possa aferir se, no caso concreto, efetivamente se cogita de nomeação para cargo que, ante expressa exceção constitucional, prescinde, para efeito de nomeação, de prévia aprovação em concurso público.

Mas o que se fazer a nível de controle quando quem contrata sem concurso é a administração pública indireta, se no plano técnico-jurídico não teríamos cargos públicos, mas sempre empregos, ainda que no

objetivo de preencher vagas intrínsecas a funções de confiança?. Como se perquirir sobre a veracidade dos rótulos dados a estes ‘cargos’ e o quantitativo a eles correspondentes dentro da estrutura administrativa organizacional da empresa se não há qualquer parâmetro objetivo que viabilize o controle e resguarde a moralidade e legalidade que revestem a exigência do concurso público?.

Penso que é preciso a existência de Plano de Cargos ou Quadro Organizado em carreira em que se identifique, dentro da estrutura organizacional de uma empresa pública ou sociedade de economia mista (situação da reclamada) quais seriam as funções de confiança permissíveis de contratação sem concurso.

A Procuradoria Geral do Estado, examinando matéria similar no Processo Administrativo n. PGE 2600990037757 em parecer da lavra do ilustre procurador Fernando Santana posicionou-se no seguinte sentido:

‘Tem-se por consabido que a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias devem sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, como seu verdadeiro estatuto, ressalvada a observância de algumas exigências diferenciadas, a partir da lei, por força da natureza dos interesses coletivos a que visam atender, como entidades de administração pública indireta (cfr. Art.173 e parágrafos da Constituição Federal, com a redação da Emenda n.19, de 04.06.98).

É do regime constitucional brasileiro, porém, desde a redação do Texto de 1988, nessa parte não alterado pela redação da Emenda 19, de 04.06.98, a imposição de processo seletivo para a admissão de pessoal nos quadros da administração pública em geral, direta e indireta, de qualquer dos poderes da União, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos seguintes:

Art.37.....

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.’

Infere-se do texto, de pronto, que, se há flexibilidade para a adoção de tipos diferenciados de seleção, conforme as exigências da atividade, não há, todavia, transigência quanto à indeclinabilidade de a Administração realizá-la somente, isto é, quando pretender o provimento de empregos públicos, assim considerados aqueles que componham a estrutura de cargos e salários da entidade, como atividade permanente, de modo a assegurar a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (caput do art. 37 da CF), incompatíveis, no caso, com a contratação direta, por violar a universalidade do acesso aos aludidos empregos públicos, que poderiam restar

providos por opção caprichosa do contratante. Isso, porém, convém insistir, em relação às contratações para atividades não eventuais, atinentes ao curso normal das finalidades da empresa.

O mesmo não sucede, com tal abrangência em relação ao provimento de empregos considerados como exercício de cargos em comissão ou cargos de confiança, por serem de gestão, não submissos ao regime de trabalho normal da empresa, a exemplo de diretores, chefes de departamentos ou gerentes, desde que, com tais características, estes misteres estejam formalmente instituídos, por via de seus atos constitutivos, compondo o regulamento da empresa'.

E não se diga que haveria a presunção de legitimidade da contratação válida e regular pela administração descentralizada, isto porque sem parâmetro de objetividade o particular fica totalmente tolhido de insurgir-se contra determinada contratação sem concurso, o que na verdade fere o próprio princípio da isonomia, já que faz com que, sem respeito à igualdade que deve existir entre todos aqueles aptos para determinado emprego, alguns sejam aproveitados sem concurso em detrimento de outros, que iludidos aguardam uma chance de concorrerem em condições de igualdade para determinado emprego em relação ao qual a lei exige a aprovação prévia em concurso público.

Se se cogita de cargo em comissão em sentido restrito, basta aferir-se se o mesmo está previsto em lei para que se possa resguardar a legalidade da nomeação.

Quando se cogita de emprego público, contudo, entendo que é imprescindível a delimitação prévia daquelas funções que ensejam contratação sem concurso, indicando-se inclusive o número de vagas a elas correspondentes, sob pena de fazer-se letra morta a regra constitucional que exige a prévia aprovação em concurso público para contratação de emprego público, quando apenas bastaria rotular-se determinada função como de confiança, de forma ilimitada, para que se contrate sem concurso.

Assim, somente se inserem na regra as funções de confiança formalmente introduzidas na estrutura organizacional da empresa, além de ater-se o respectivo conteúdo ocupacional a atividades de direção, chefia e assessoramento. As funções reputadas de direção, chefia e assessoramento intermediários mostram-se privativas dos ocupantes de empregos efetivos na entidade descentralizada, cuja ocupação não prescinde de aprovação prévia em concurso público, sendo maior a amplitude de escolha apenas em relação às funções de chefia, direção e assessoramento superiores, assim caracterizadas por similaridade à estrutura de cargos da Administração Direta" (os destaques são do original).

São por esses fundamentos, pois, que voto no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para declarar a nulidade do contrato de trabalho, e reconhecer que as horas extras efetivamente laboradas devem ser pagas a título de indenização, ficando prejudicado o exame das demais matérias ventiladas no recurso."

Registre-se, por oportuno, que a Lei Delegada nº. 30 de marco de 1983, regulamentada

pelo Decreto nº. 7.753/2000, apenas previu a criação dos cargos da Diretoria e dos Conselhos de Administração e Fiscal (cf.fls. 47/48), que foram expressamente excluídos da ação civil pública, conforme se infere dos termos do pedido formulado no item “1.1.” da inicial, não mencionando, em momento algum, por exemplo, os cargos de Superintendente, Assessor Jurídico, Assessor I, Gerente, Coordenador, Sub-coordenador, Chefe de Divisão, Assessor II, Gerente Regional, Chefe de Escritório, Chefe de Seção, Assistente Administrativo I, Assistente Técnico, Coordenador de GT e Coordenador de Processo e Assistente Administrativo II, razão pela qual a r. sentença deve ser mantida, em sua inteireza, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Nada a reparar.

Acordam os Desembargadores da 2ª. TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, UNANIMEMENTE, **REJEITAR AS PRELIMINARES** DE INCOMPETÊNCIA MATERIAL E DE NULIDADE DA SENTENÇA POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, NÃO CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO QUANTO AO TÓPICO "DA IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS" POR FALTA DE DIALETICIDADE E, **NO MÉRITO**, POR MAIORIA, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**. Vencido o Exmº. Des. Relator que o provia PARA JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

Salvador, 12 de Agosto de 2010

DÉBORA MARIA LIMA MACHADO
Desembargadora Redatora