

PREENCHIMENTO DE FUNÇÃO DE CONFIANÇA SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO

Nelson Sá Gomes Ramalho
Gerente Jurídico do Corporativo da Petrobras

A matéria que vamos abordar transita pelo Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito do Trabalho, Direito Comercial (Lei das S/A) e Direito Previdenciário.

Conforme é sabido, a admissão de empregados na administração indireta ou a imissão na posse dos funcionários públicos encontra-se condicionada à prévia submissão do candidato a processo seletivo público ou concurso público, respectivamente.¹

Recentemente a matéria tem provocado diversos questionamentos, precipuamente quanto à questão das funções de confiança. É alegado que não seria lógico exigir-se que alguém que ocupe cargo de relevância tivesse que obrigatoriamente selecionar assessor próximo dentre aqueles que prestaram processo ou concurso público quando, muitas vezes, a confiança reside em outro que, porventura, não tenha participado de tal certame.

Na administração pública direta a questão encontra-se solucionada, definida

¹ Art. 37, inciso II, Constituição Federal.

na Emenda Constitucional nº 19/98,² tendo aplicabilidade, entretanto, adstrita à administração direta.

Ante o exposto, nos debruçaremos na análise da questão dentro do universo da administração indireta, inexoravelmente não abrangida pela citada legislação constitucional.

Porém, como viabilizar o preenchimento de tal função se o elemento fundamental para tanto é a fidúcia? Como fazê-lo sem que se firam os princípios da transparência, moralidade e impessoalidade, insculpidos em nossa Carta Magna?

I. Histórico

A criação de empresas, com a participação acionária do Estado para o desenvolvimento de funções estatais, se intensificou no século XX após a Primeira Grande Guerra Mundial.

O denominado Estado liberal encontrava-se ideologicamente em declínio, sobrevivendo o Estado social. Conseqüentemente ocorria o incremento das atividades estatais, não mais se restringindo o Estado àquelas atividades típicas do Poder Público. Com isso, alargou-se a noção originária de serviço público e o Estado passou a desenvolver, outrossim, atividade industrial e comercial.

Essa modificação alterou ainda a postura do Poder Público no que diz respeito ao processo econômico, passando o Estado a não apenas fixar e resguardar as normas (*lato sensu*) do livre mercado, evoluindo para a figura do Estado empresário, mas também a atuar efetivamente como verdadeiro agente econômico. Muitas vezes essa atuação deu-se para criar atividades imprescindíveis para o desenvolvimento do país em áreas nas quais a atividade privada não demonstrava interesse, em razão dos altos investimentos necessários e a pouca ou longínqua perspectiva de lucro; em outras, para regular o mercado, entregue à sanha daqueles que tinham como meta apenas a obtenção de lucros inescrupulosos.

Para lograr êxito nestas então novas atividades, incompatíveis com o modelo de organização tipicamente burocrática da administração pública direta, foi utilizada a empresa estatal³ em larga escala.

Daí surgiu a necessidade de se criar legislação específica para as empresas

² Art. 37

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

³ Aqui utilizada *stricto sensu*, no sentido de economia mista.

com esta natureza (de sociedades de economia mista), tendo sido verificada igualmente a imprescindibilidade de, apesar da maior liberdade de atuação, se observarem regras claras que preservassem os princípios basilares do Estado (i.e. transparência, moralidade e impessoalidade) em razão da participação direta do Poder Público.

Acerca desse tema, Tadeu Rabelo Pereira discorre com maestria em sua obra intitulada “Regime Jurídico das Empresas Estatais que Exploram Atividade Econômica”, ed. Síntese, 1ª edição – 2001:

“Com efeito, a existência de pessoas jurídicas de direito privado, muitas das quais criadas para desempenharem atividades tipicamente privadas, mas que constituem instrumentos de ação do Estado e, por isso, sujeita em boa parte a uma disciplina publicística, não se acomoda facilmente no pensamento jurídico, estruturado sobre a dicotomia estabelecida entre direito público e privado.”

No direito brasileiro duas regras limitadoras da ação das sociedades de economia mista foram inseridas na Constituição: a do concurso público e a da licitação. Tendo em vista a temática deste trabalho, discorreremos sobre a primeira.

Ressalte-se que, apesar da exigibilidade de prestação de concurso para a acessibilidade aos cargos públicos através de dispositivo constitucional inserido em todas as Cartas Magnas, desde a promulgação da Constituição de 1934 (Art. 168) que sobreviveu à edição de cinco Constituições da República (1934,⁴ 1937,⁵ 1946,⁶ 1967⁷ e 1988), a interpretação de que este dispositivo se aplica às sociedades de economia mista somente ocorreu no ano de 1992. Ou seja, somente quatro anos após a edição da Constituição da República ora em vigor.

Prova desta assertiva encontra-se na manifestação da Procuradoria Geral do Trabalho, em Inquérito Civil Público,⁸ tendo sido elaborado o relatório

⁴ CF 1934 “Art.170. (omissis)

2º, a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, effectuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos.”

⁵ CF 1937 “Art. 156 (omissis)

b) a primeira investidura nos cargos de carreira far-se-á mediante concurso de provas ou de títulos;”

⁶ CF 1946 “Art.186.. A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde.”

⁷ CF 1967 “Art. 95 (omissis) §1º A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

§2º Prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração.”

⁸ Inquérito Civil Público nº 025/97 – Ofício CODIN-PGTn 148/97, de 18/04/97 – Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Geral.

final pelo então Subprocurador-Geral do Trabalho, hoje Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST), Ives Gandra Martins Filho, nos termos seguintes:

“Assim, inexistente ofensa ao art. 37, II, da Carta Política nos processos seletivos adotados atualmente pela empresa, de vez que respeitados os princípios da publicidade e da moralidade, pois se dá ampla divulgação dos processos seletivos e seu conteúdo em nada difere do exigido para um concurso público, pois consta de provas escritas objetivas, provas práticas e provas orais. O próprio cadastro de reserva de habilitados mas não contratados tem período fixo de vigência.”

Com efeito, somente no julgamento de Mandado de Segurança⁹ pelo STF foi adotado o entendimento de que o processo seletivo público era aplicável igualmente às sociedades de economia mista que desenvolvem atividade econômica.

Deve-se atentar, aliás, ao fato de que este já era o posicionamento do Tribunal de Contas da União¹⁰, no sentido de que o dispositivo constitucional 37, inciso II, aplicava-se extensivamente às empresas públicas e sociedades de economia mista.

De forma sucinta, assim embasou o ilustre relator Paulo Brossard seu entendimento:

“Se a Constituição na exigência de concurso público para provimento de cargos e empregos públicos, não fez qualquer restrição às entidades da administração pública indireta, é de se concluir que a exigência se aplica a toda empresa estatal, seja ela prestadora de serviço público, seja ela prestadora de atividade econômica de natureza privada”.

“Se a carta anterior, ao inserir a exigência de concurso público na Seção VIII – dos funcionários públicos, restringia essa exigência apenas a esses servidores, a constituição foi mais abrangente quando, inserindo-a nas disposições Gerais do capítulo – da administração pública dispôs: ...”

Antes desta decisão, porém, o entendimento quanto à obrigatoriedade de aprovação prévia em processo seletivo público para admissão em sociedades de economia mista não restava pacificado. Inclusive a norma

⁹ Mandado de Segurança nº 21322, de 03 de dezembro de 1992, Relator : Ministro Paulo Brossard, Supremo Tribunal Federal, na sua composição plena.

¹⁰ Processo TC nº 006.658/89-0, publicado na Ata de nº 30 de 1989, Relator : Ministro Luciano Brandão Alves de Souza.

constitucional¹¹, prescrita no Art. 37,¹² foi interpretada, após a edição da Constituição Federal de 1988, como não aplicável àquelas sociedades pelo então Consultor Geral da República, Dr. José de Castro Ferreira,¹³ no Parecer nº JCF – 18/93, de 27 de janeiro de 1993, *verbis*:

“É que, se o regime jurídico das sociedades de economia mista, por exemplo, é o das sociedades anônimas, o Poder Público não poderá adotar formas de interferência na administração dessas empresas que venham a ser incompatíveis com os procedimentos de uma sociedade anônima. Da mesma forma, não será lícito nem conveniente adotar normas referentes a seus empregados, que se conflitem com as disposições da legislação trabalhista, societária, tributária, civil, entre outras, pois significaria esvaziar de sentido o excerto constitucional que subordina estas empresas ao regime jurídico aplicável às empresas privadas. Demais disso o poder do Estado, nessas empresas, é o poder do acionista controlador e não o poder de governo ... (*omissis*) ... As sociedades de economia mista e as empresas públicas, assim como as demais entidades que explorem atividade econômica, são regidas por lei, mas não geridas por lei (o negrito consta do original)”.

“Obviamente, isso não significa obstar o Estado de baixar legislação aplicável às empresas do setor público. A Lei das Sociedades Anônimas já encerra tal previsão ao dizer que as sociedades de economia mista se regerão pela lei das sociedades anônimas privadas, sem prejuízo das disposições de leis federais (Lei nº 6404/76, art. 235). O que queremos é dizer que se mostra incabível além de inadequada a intervenção do Estado na organização e funcionamento das sociedades de economia mista mediante a promulgação de leis que não tenham a característica de norma geral endereçadas a todas as empresas, mas se destinem a área de deliberação própria do acionista e até a atacar o varejo

¹¹ Art. 37, inciso II, da Constituição Federal: “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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”.

¹²A título de ilustração verifica-se a impropriedade técnico/jurídico da utilização do termo “provimento” para a administração Pública Indireta, no artigo 37, II, mencionado, em considerando-se que o legislador constituinte efetivamente pretendeu abranger, na norma constitucional, a Administração Indireta.

¹³ Parecer nº JCF – 18/93, da Consultoria Geral da República, de 27 de janeiro de 1993

das atribuições gerenciais dos conselhos de administração (o realce é reprodução do original)”.

“No regime capitalista, quando o Estado atua no domínio econômico não produz, como consequência, a estatização da economia, mas sim a sua assimilação como ente privado, desvestido do *ius imperii* e em igualdade de condições com os demais agentes econômicos, privados. A transmutação ocorre nesse sentido e não no oposto.

“Isto é o que explica a vetusta regra isonômica, repetida na atual Carta em seu artigo 173, 1º.”

Nesse sentido, igualmente após a edição da Constituição de 1988, também já havia se manifestado o Tribunal Superior do Trabalho (TST), em mais de uma oportunidade:

“Essas empresas, que competem no plano econômico, têm que ter tratamento diferenciado dentro do serviço público, uma vez que não é possível que venham a ser atreladas aos rígidos preceitos da administração direta ou das entidades fundacionais especificamente mencionadas.”¹⁴

“O Banco do Brasil é notoriamente sociedade de economia mista. ...(*omissis*)...Com efeito, tratando-se de sociedade de economia mista, ainda que possa ser visto como integrante da Administração Pública Indireta, o Banco, porque explora evidente, manifesta, incontroversa e iniludível atividade econômica, sujeitando-se à concorrência de contratos de natureza financeira, não pode deixar de se submeter ao regime jurídico próprio das empresas privadas, ‘inclusive quanto às obrigações trabalhistas’, como ressalta, com zelo pleonástico o texto constitucional.”¹⁵

Porém, frise-se, após julgamento do Mandado de Segurança nº 21322-1 no ano de 1992, no qual decidiu-se acerca da aplicabilidade do art. 37, inciso II, da CF/88 às sociedades de economia mista, já não restam dúvidas sobre o tema: a admissão em empresa de economia mista e demais entes que compõem a administração indireta deve ser precedida de processo seletivo público.

Encontra-se também pacificado na jurisprudência a aplicação do inciso II do artigo 37 da Lei Maior à Administração Indireta, como se pode ver:

“O procedimento do concurso ou da seleção pública dos

¹⁴ TST, Pleno, Proc. DC 07/89, julgado em 04/05/94; Rel. Min. Orlando Teixeira da Costa).

¹⁵ TST, Pleno, Proc. DC 16/89; Rel. Min. Almir Pazzianotto.

candidatos da administração pública indireta pode ser diverso da administração pública direta, mas não pode dele prescindir e nem deixar de ser pública. Isto não é novidade entre nós, já que exemplos diversos se podem encontrar na própria administração pública federal: é o caso do Banco do Brasil S/A (sociedade de economia mista), da Caixa Econômica Federal (empresa pública de direito privado), que adotam procedimento do concurso público para prover os cargos e empregos de seus quadros.”¹⁶

Também o Tribunal de Contas da União já se manifestou acerca da imprescindibilidade da realização de concurso público para admissão de empregados, mesmo encontrando-se em vigor, à época, contrato de gestão:¹⁷

“8.1.1 – SELEÇÃO E ADMISSÃO DE PESSOAL: é obrigatória a realização de concurso público, ante o disposto no art. 37, II da Constituição Federal.”

Assim, a realização de concurso público, que consiste na adoção de um procedimento que assegura a igualdade de oportunidade de acesso a cargos e empregos públicos a todos os interessados que atendam aos requisitos legais (princípio da isonomia), e que serão selecionados por critérios objetivos (impessoalidade e transparência), abrange tanto a administração direta como a indireta.

2. Da admissão sem prévio processo seletivo público nas sociedades de economia mista

Apesar de todo o exposto, no sentido de que a exigibilidade do processo seletivo público abrange as sociedades de economia mista (mesmo aquelas que atuam em área onde há competição com a iniciativa privada, não obstante o previsto no Art. 173, da Constituição Federal),¹⁸ não seria exato afirmar que qualquer investidura em cargo público ou contratação em emprego público seria ofensiva aos princípios da isonomia, da impessoalidade e até mesmo da moralidade (quando, de forma excepcional e restrita, efetuadas sem concurso público pela administração direta ou indireta).

Aliás, o sentido jurídico do artigo 173, §1º da Constituição, é de flexibilizar as relações destas empresas para que possam atuar em melhores condições de concorrência com a iniciativa privada.

¹⁶ STF MS 21322-1 –DF-Ac.TP; 03.12.92, publicado na Revista LTR 57-09/1092, página 1096.

¹⁷ TC-006.658/89-0 e, posteriormente, na decisão nº020/94 – TCU – Plenário.

¹⁸ Art. 173. (*omissis*) 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).

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹ leciona que essa “igualdade” nos tratamentos jurídicos só poderia consistir no “ensejar às empresas estatais exploradoras de atividade econômica as condições operacionais que seriam irrecusáveis para a normal realização de seus fins e impedir que desfrutem de prerrogativas ou vantagens inexistentes no setor privado”.

Logo, a intenção do legislador constitucional é impedir que na atuação das sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, as mesmas se deparem com obstáculos capazes de impedir a consecução de seus fins, ou que lancem mão de vantagens ou prerrogativas próprias das pessoas de direito público e que não se apliquem à ordem privada. Buscou-se assim, a equivalência de atuação no mercado.

Dessa forma, o artigo 173, §1º da Constituição da República não afasta, em regra, a aplicação do disposto no art. 37, II da mesma Carta; pelo contrário, pois o alcance de seus objetivos poderá ser atingido sem que isso se torne um obstáculo intransponível.

O renomado professor Alexandre de Moraes²⁰ abaliza o entendimento até agora exposto:

“Dessa forma, as autarquias, as 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 está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no artigo 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. artigo 114), permanece a obrigatoriedade do postulador 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 impessoalidade.”

Porém, pode ocorrer que certas hipóteses concretas tornem a realização do processo seletivo público excepcionalmente dispensável para que os objetivos da sociedade de economia mista, exploradora de atividade econômica, sejam

¹⁹ “Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta”, Editora Malheiros, 3ª ed., 1995.

²⁰ “Direito Constitucional”, São Paulo, Atlas, 8ª. Ed., p.2000, p.316.

alcançados. Então o processo seletivo público poderá ser legitimamente dispensado para tal ente. Trata-se de exceção que acaba por confirmar a regra.

A Consultoria Geral da República, em parecer²¹ elaborado após o advento da CF/88, aprovado pelo Presidente da República, concluiu no mesmo sentido, ratificando assim o estudo desenvolvido no presente artigo:

“Concurso Público, exigência para contratação de pessoal nas estatais. Constituição artigos 37, incisos I a V, e 173, §1º, em combinação com 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 das estatais na admissão de seus empregados, pode nulificar essa contratação (arts. 37 e 71, item III, da Constituição, e Lei nº 4717/65, artigo 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 a qual se harmoniza. (grifo nosso)

“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*. (grifo nosso)

“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. (grifo nosso)

Logo após, o Consultor da República Dr. Clovis Ferro Costa emitiu o Parecer

²¹ Parecer publicado no DOU, 28/08/89.

CGR: FC-1, publicado no DOU de 03/11/1989, no mesmo sentido²² que seu colega anterior.

3. Das funções de confiança e os cargos em comissão

A hipótese de admissão sem processo seletivo nas sociedades de economia mista, que nos interessa no presente estudo se relaciona às funções de confiança vinculadas aos membros da diretoria executiva²³.

Tais funções de confiança ou cargos em comissão existem tanto na administração indireta como na direta e podem ser preenchidas (administração indireta) ou providas (administração direta) livremente. O preenchimento de tais funções se direciona a pessoas que mantenham uma relação de confiança e capacitação técnica com um integrante da direção da companhia.

Porém, o âmbito de abrangência desta exceção deve ser bem definido e somente admitido para o desempenho de trabalho estritamente relacionado ao diretor ou presidente que o tenha designado.

Caso contrário, dando ampliação demasiada à esta exceção, se perderá a razão jurídica, justificativa que legitima a escolha e dá base para a adoção da exceção da regra na administração indireta. Conforme vimos, esta não tem respaldo em norma constitucional ou infra-constitucional, tal como sucede na administração direta²⁴, resultando de exercício de hermenêutica, com apoio de parte significativa da doutrina.

Quanto mais se distanciar a função de confiança dos diretores e presidente, mais frágil se tornará a tese aqui esposada. Tal cautela deve ser tomada para que não haja suspeita de fraude ao princípio constitucional do concurso público. Essa afirmação encontra eco na decisão do Supremo Tribunal Federal (STF),²⁵ que abaixo reproduzimos:

“A exigência constitucional do concurso público não pode ser contornada pela criação arbitrária de cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de

²² Processo nº 00400.000016/89-23.

²³ Ressalte-se que os integrantes da diretoria das sociedades anônimas, nos termos da Lei nº 6404/76 – Art. 143, com a redação dada pela Lei 10303/01, são eleitos pelo Conselho de Administração ou no caso da inexistência deste, pela Assembléia, independentemente de serem empregados de carreira. Em sendo empregados de carreira, têm seu contrato de trabalho suspenso, passando a ser regidos pela lei retomencionada e não pela CLT, enquanto perdurar o mandato.

²⁴ Art. 37 (*omissis*) 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (os grifos são de nossa autoria).

²⁵ ADIn 1.143-3-GO, Medida Cautelar, DJU de 04.11.94, p.29.829, in Rep. IOB, 1ª. Quinzena 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.

confiança que explica o regime da livre nomeação e exoneração que os caracteriza.”

Com efeito, o que se está procurando construir é uma tese que possibilite que os integrantes da diretoria e presidente possam preencher função de confiança com profissionais de sua estrita confiança, com significativa condição de êxito, caso questionados pelo Tribunal de Contas da União (TCU), Procuradoria da República e demais órgãos fiscalizadores das sociedades de economia mista.

Portanto, os dirigentes deverão preencher as funções de confiança na modalidade de contratação especial no nível que seja mais próximo possível do diretor ou presidente a que se vincule o contrato especial. Há que estar presente a parcimônia.

A função de confiança, a ser preenchida por não-empregado, terá de ter um conjunto de características que demonstre a necessidade de proximidade daquele ao qual se vincula o contrato especial, sendo imprescindível o elemento confiança e havendo subordinação hierárquica direta.

Caso se amplie demais a definição de função de confiança, a ser preenchida sem processo seletivo público, indiscutivelmente estará se ferindo a Constituição e conseqüentemente tornando o ato nulo e punível pelas autoridades legalmente designadas.

Seria inconcebível excluir as entidades de administração pública indireta dessa possibilidade de contratação especial, já que são instrumentos da ação governamental. Portanto, reiteramos o entendimento de que analogicamente o permissivo legal para que a administração pública direta preencha cargos em comissão com profissionais não pertencentes ao seu quadro, se estende, por óbvio, às economias mistas.

Apesar de não estar claramente disposto na CF/88 que os cargos demissíveis *ad nutum* (de confiança) em sociedades de economia mista estão incluídos na exceção constitucional, pode-se inferir que a analogia é totalmente possível com base na natureza jurídica da sociedade de economia mista.

Entendemos, por conseqüência, que as sociedades de economia mista devem atribuir o regime jurídico da CLT aos contratos especiais.

4. Do contrato especial

Conforme já amplamente esclarecido, o preenchimento de cargo em comissão na administração pública direta encontra respaldo na Constituição Federal.

Por outro lado, o entendimento de que o dispositivo constitucional, que permite à administração pública direta preencher cargos em comissão sem prévio concurso público, se aplica outrossim à administração indireta, principalmente às economias mistas que desenvolvem atividade econômica,

muitas vezes em regime de competição com a iniciativa privada, baseada na hermenêutica, na analogia.

Ora, se a criação desta espécie de sociedade deu-se em virtude de O Estado necessitar de maior agilidade para atuar; tanto assim que, por exemplo, a Lei nº 9478/97²⁶ prevê a utilização de legislação mais ágil para licitação de bens e serviços, diferente da Lei nº 8666/93 (Decreto nº 2745/98²⁷); por outro lado, os tribunais já pacificaram o entendimento de que é admissível o processo seletivo público, em vez do concurso público para a administração indireta. A própria Constituição Federal flexibiliza os rigores do Art. 37 com a aplicabilidade do Art. 173 às sociedades de economia mista. Não haveria, portanto, sentido em que o preenchimento de funções de confiança não pudesse dar-se como o previsto para a administração direta.

Entretanto, no âmbito da Consolidação das Leis do Trabalho faz-se necessária a criação de figura jurídica, a qual não consegue se enquadrar nem como contrato de trabalho por tempo indeterminado,²⁸ tampouco como contrato de trabalho por tempo determinado.²⁹ Basta, exemplificando, o mandato do diretor, a que se encontra vinculado o contrato de trabalho especial, ser superior a dois anos.

Com efeito, o “contrato especial” tipo jurídico que tem como alicerce a fidedignidade do diretor ou presidente da economia mista em determinada pessoa terá seu prazo de vigência idêntico ao do mandato daquela ao qual o contrato encontra-se vinculado.

Com base no todo exposto, concluímos que seja o contrato especial rescindido antes do término do mandato do dirigente ou, mesmo com o termo do mandato, deverá proceder-se ao pagamento das verbas (à semelhança do que ocorre quando se dá a dispensa por conveniência). Exceção feita quando se der motivo à justa causa³⁰, a nosso ver também aplicável à espécie.

²⁶ Lei nº 9478/97 – Art. 67. Os contratos celebrados pela Petrobras, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República.

²⁷ Decreto nº 2745/98 - 1.1 - Este Regulamento, editado nos termos da Lei nº 9478, de 6 de agosto de 1997, e do art. 173, § 1º, da Constituição, com a redação dada pela Emenda nº 19, de 4 de junho de 1998, disciplina o procedimento licitatório a ser realizado pela Petrobras, para contratação de obras, serviços, compras e alienações.

²⁸ CLT Art. 452. Considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato de prazo determinado, salvo se a expiração deste dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos.

²⁹ CLT Art. 445. O contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, observada a regra do art. 451.

CLT Art. 451. O contrato de trabalho por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado mais de uma vez, passará a vigorar sem determinação de prazo.

³⁰ CLT Art.482.

Trata-se de contrato, repita-se, regido pela CLT (Art. 173, da CF), tendo o Tribunal Superior do Trabalho já decidido, no ano de 2005, a respeito do tema no recurso RR 1007/2001-313-02-00.8.

“Os direitos devidos ao trabalhador comum se estendem ao empregado público contratado para o exercício de função de confiança, sob o regime da Consolidação das Leis Trabalho CLT.”

Dessa decisão pode-se também chegar à natural ilação que, por via transversa, o Tribunal Superior do Trabalho abraça a tese por nós esposada.

Surge então questão controvertida na seara do Direito Previdenciário: como enquadrar esse empregado perante a Previdência Social?

Partindo-se do pressuposto, conforme toda a lógica aqui construída, conclui-se que o ocupante de função de confiança, ainda que dentro da excepcionalidade aqui examinada, detém vínculo empregatício com sociedade de economia mista, tendo o mesmo caráter transitório.

Assim, somos do entendimento que aqueles admitidos via contrato especial deverão ser segurados obrigatórios do Regime Geral da Previdência Social (RGPS) na qualidade de contribuinte empregado.

5. As empresas controladas e o princípio do concurso público

Antes de iniciarmos a análise deste tópico cumpre conceituar “sociedades controladas”.³¹

No caso específico, tratam-se de empresas que estão submetidas ao controle de sociedades de economia mista, não sendo juridicamente sociedades controladas diretamente pelo Poder Público e, muitas das vezes, tampouco sociedades de economia mista.

Essas empresas (companhias ou não), apesar de não serem diretamente controladas pelo Poder Público, têm a capacidade jurídica de intervir indiretamente nestas controladas, por meio de voto em Assembléia Geral via suas sociedades de economia mista controladas.

Esse controle mediato do poder público, oriundo do controle imediato nas sociedades anônimas, nas quais ele detém a maioria acionária, nos conduz à conclusão de que encontram-se, estas controladas (*lato sensu*), abarcadas pela obrigatoriedade do processo seletivo público para preenchimento de suas vagas.³²

³⁰ CLT Art.482

³¹ Estamos a nos referir a sociedades controladas de forma lato, sem necessariamente nos prendermos a definição contida na Lei nº 6404.

³² Destaca-se que, os comandos constitucionais determinam que seus dispositivos se apliquem às entidades que integram a Administração Indireta, tratando tal conceito como “empresas sob seu controle”, ou ainda, “empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto” (artigos 22,XXVII, 71,II e 165,§5º., II).

Do exposto pode-se afirmar, contrariamente, que as empresas que tenham participação acionária de companhia minoritária, não estão sujeitas ao processo seletivo público e às normas licitatórias.

Entende-se então que as controladas das sociedades de economia mista, sejam elas sociedades de economia mista ou não, terão como regra o preenchimento das funções de confiança com empregados concursados. Entretanto, é cabível a exceção de preenchimento por pessoa não admitida por processo seletivo público, desde que vinculada diretamente e subordinada hierarquicamente a um integrante da diretoria. O exemplo típico é de assistente de diretor.

6. Conclusão

O princípio do processo seletivo público é obrigatório para as sociedades de economia mista e suas controladas, independente destas serem constituídas na forma de sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica.³³

Exceção se faz aos empregados ocupantes de função de confiança que desenvolvam assessoramento direto aos diretores e presidente de sociedades de economia mista e suas controladas que, em razão do necessário elo de confiança, excepcionalmente, não precisam se submeter ao processo seletivo público. Entretanto, seus contratos (especiais) podem ser rescindidos com o termo do mandato do membro da diretoria executiva ao qual encontrem-se vinculados.

Por outro lado, devem existir plenas condições de se comprovar que a função é altamente estratégica. O contrato especial terá sua duração intrinsecamente ligada à vigência do mandato do integrante da diretoria.

No que tange à rescisão, entendemos que tendo em vista que o mandato do diretor/presidente é superior a dois anos e que o término da relação contratual do ocupante da função de confiança encontra-se subordinado à vigência de seu mandato, as verbas rescisórias deverão ser pagas à similaridade do que ocorre na dispensa por conveniência do empregado. Reforçando esse entendimento citamos decisão do TST já mencionada neste parecer, no processo RR 1007/2001-313-02-00.8.

Por fim, o empregado de confiança deverá ser regido pela CLT e terá os mesmos direitos devidos ao trabalhador comum, devendo ser considerado segurado do Regime Geral da Previdência Social como contribuinte empregado.

³³ Artigo 37, inciso II da CF/88.