EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA — CONCURSO PÚBLICO — LEI Nº 7.733/92

A exigência constitucional de concurso público aplica-se a empresas públicas e sociedades de economia mista, inclusive às subsidiárias ou controladas.
Aplica-se ao pessoal dessas empresas a proibição de perceber remuneração por participar de órgão colegiado (Lei nº 7.733/92)

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

Parecer AD-01

PARECER

Nº AD-01, de 10 de junho de 1993. "Aprovo, face as informações. Em 03.01.94." (Processo nº 00002.001839/93-63 encaminhado ao Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Planejamento, Orçamento e Coordenação da Presidência da República).

Processo Nº 00002.001839/93-63. Origem: Aviso nº 318/SEPLAN-PR de 12.05.1993

Assunto: Solicitação oriunda da SEPLAN-PR no sentido de que seja interpretado: a) o regramento contido na Lei nº 7.733, de 14 de fevereiro de 1989, que veda a remuneração de servidores públicos pelo exercício de mandato como membro de órgão colegiado de empresas estatais; b) a obrigatoriedade ou não, de realização de concurso público para ingresso nas empresas estatais e sociedades de economia mista, bem como em suas subsidiárias e controladas, ou, ainda, aquelas sob o controle direto ou indireto da União.

Homologo e Subscrevo, para os fins e efeitos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer da lavra do eminente Consultor da União, Doutor *Luiz Augusto Paranhos Sampaio.*

Demonstrou o parecerista, no que alude à interpretação da Lei nº 7.733, de 14 de fevereiro de 1992, que os servidores (*lado sensu*) das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades referidas no art. 173, § 1º, da Constituição, são alcançados pela regra constante do art. 1º da referida lei, que veda o pagamento de remuneração pelo exercício de função de conselheiro em órgãos colegiados de empresas estatais.

Ademais, no que toca à obrigatoriedade ou não de realização de concurso público para ingresso nos quadros de pessoal das empresas públicas ou sociedades de economia mista, o parecerista ressalta a recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, segundo a qual, pela vigente ordem constitucional, as autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra de obrigatoriedade, envolvendo, desse modo, administração direta, indireta ou fundacional

de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (cf. *Decisão e Acórdão*, prolatados, respectivamente, em 3 de dezembro de 1992 e 23 de abril de 1993).

Conforme salientado no parecer adotado, as empresas públicas e sociedades de economia mista de segundo grau, subsidiárias ou controladas por matrizes que detenham o exercício do controle majoritário, e que disponham do poder permanente (e não eventual) de eleger a maioria dos administradores, sob vinculação ministerial, desde que autorizadas por lei especial e que dediquem a um mesmo ramo de atividade econômica são, em regra, abrangidas pelo preceito contido no art. 37, nº II, da Constituição Federal vigente, devendo-se proceder à análise caso a caso, em razão da natureza do vínculo que as prende às suas respectivas controladoras.

Do alcance das teses jurídicas, expostas no Parecer adotado, resultam superados os Pareceres nºs JCF-18/93 e CF-1/89, exarados por meus ilustres antecessores, de vez que, à luz dos novos argumentos esposados no Parecer adotado e face à decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, parece-me que ambos os pronunciamentos citados e aprovados, à sua época, pelos Presidentes da República, contêm matérias antinômicas ao presente enfoque, motivo pelo qual os considero revistos.

Brasília, 10 de junho de 1993. Alexandre de Paula Dupeyrat Martins — Advogado-Geral da União.

Parecer Nº 01-CGU/LS (Anexo ao Parecer nº AD-01). Processo Nº 00002.001839/93-63. Origem: Aviso nº 318/SEPLAN-PR, de 12.05.1993

Assunto: Solicitação oriunda da SEPLAN/PR no sentido de que seja interpretado: a) o regramento contido na Lei nº 7.733, de 14 de fevereiro de 1989, que veda a remuneração de servidores públicos pelo exercício de mandato como membro de órgão colegiado de empresas estatais; b) a obrigatoriedade ou não, de realização de concurso público para ingresso nas empresas estatais e sociedades de economia mista, bem como em suas subsidiárias e controladas, ou, ainda, aquelas sob o controle direto ou indireto da União.

EMENTA: 1 — Lei 7.733, de 14 de fevereiro de 1992. Os servidores (lanto sensu) das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades referidas no art. 173, § 1º, da Constituição Federal são alcançados pela regra constante do art. 1º da Lei nº 7.733, de 14 de fevereiro de 1989 que veda o pagamento de remuneração pelo exercício de função de conselheiro em órgãos colegiados de empresas estatais. 2 — *Constituição Federal, art. 37, I e II.* Conforme decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, datada de 3 de dezembro de 1992, prolatada na *Ação de Mandado de Segurança nº 21.322-1-DF*, Relator o Exmº Sr. Ministro Paulo Brossard, *"pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser 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 existem, estão na própria Constituição."* 3 — As empresas públicas e sociedades de economia mista de segundo grau, subsidiárias ou controladas por *matrizes* que detenham o exercício do controle majoritário, e que disponham do poder permanente (e não eventual) de eleger a maioria dos administradores, sob vinculação ministerial, desde que autorizadas por lei especial e que dediquem a um mesmo ramo de atividade econômica, são, *em regra*, abrangidas pelo preceito contido no art. 37, nº II, embora sujeitando-se ao regime jurídico próprio das entidades elencadas no § 1º do art. 173, da Constituição Federal vigente, devendo-se proceder à análise caso a caso, em razão da natureza do vínculo que as prende às suas respectivas controladoras.

I — A CONSULTA

1. O Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado do Planejamento solicita a audiência desta Consultoria Geral da União sobre ma-

téria tratada nos autos nº 00002.001839/93-63, o fazendo através da *Exposição de Motivos nº 035/SEPLAN/PR*, dirigida ao *Excelentíssimo Senhor Presidente da República*, datada de 12 de maio do corrente ano, vazada nos seguintes termos, *verbis*:

"Na forma disposta no inciso X, do art. 4º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, compete ao Advogado-Geral da União "fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal."

Com o advento do Parecer nº JCF 18/93, publicado no Diário Oficial da União de 29.01.1993, a respeito da conceituação de servidor público e de empregado de empresa pública, de sociedade e economia mista, respectivas controladas etc., ficou definido, de modo claro, que, somente quando a lei determinasse, expressamente, que aos empregados das estatais, dispositivos atinentes aos servidores públicos teriam direção, é que àqueles seriam tais normas aplicáveis. De contrário, ou seja, quando a lei se reportasse a servidores públicos, de modo geral, somente aos incluídos na abrangência da Lei nº 8.112/90 destinar-se-ia a regra.

Em data bastante recente, no entanto, teve oportunidade o Tribunal de Contas da União, por sua Primeira Câmara, de proferir decisão em grau de recurso, no proc. TC-019.553/90-0, publicada no D.O.U. de 29 de abril p.p., acerca da aplicabilidade da Lei nº 7.733, de 14.02.1989 (e que ensejou, justamente, fosse o acima citado Parecer JCF 18/93, emitido), em sentido totalmente oposto ao sustentado pela douta Advocacia Geral da União.

Enquanto a AGU entendeu remunerável o exercício de mandato de membro de Conselho Consultivo, de Administração, Fiscal, ou de outros órgãos colegiados, empregados por empresas públicas e sociedade de economia mista, impondo-se a vedação legal somente aos servidores públicos regidos pela Lei nº 8.112/90, a decisão do TCU considerou tanto os abrangidos pela Lei do Regime Jurídico Único, como os empregados de estatais, impedidos de perceberem qualquer remuneração pela participação em colegiados como os aqui aventados.

Diante da divergência suscitada e, considerando, ademais, o elevado número de consultas dirigidas ao Comitê da Coordenação das Empresas Estatais — CCE, ao qual compete, por força do disposto no Decreto nº 137, de 27.05.1991, aprovar propostas de despesas com pessoal, venho solicitar da Vossa Excelência, autoriza a submissão do assunto à elevada apreciação da Advocacia Geral da União, no fito de vir a ser estabelecida, de forma definitiva, e para o fim de que trata o já invocado art. 4º da Lei Complementar nº 73/93, a ideal interpretação sobre os destinatários da regra inserta da Lei nº 7.733/89.

Por oportuno, reporto-me à EM nº 10/93, datada de 18.02.93 que, justamente sob o enfoque oferecido pelo aludido Parecer JFC-18/93, ensejou dirigisse esta SEPLAN/PR a Vossa Excelência solicitação de que, a respeito da obrigatoriedade ou não, da realização de concurso público para ingresso nas empresas estatais, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, ou aquelas, ainda, sob o controle direto ou indireto da União, viesse a A.G.U., também de forma conclusiva, a se manifestar, considerando-se, a respeito, a orientação fixada no Parecer nº CF-1/89, publicado no D.O.U. de 1º.11.1989, agora também em testilha ao que se contém nas tantas vezes aqui lembrada Decisão do TCU, contida na Ata nº 11, de sua 1ª Câmara, datada de 13.04.93 e publicada no D.O.U. de 29.04.93, às p. 5.702/04.

Diante do exposto e discorridos, assim, os pontos de atrito entre as manifestações em foco, conclui-se que somente através de interpretação a ser fixada pela Advocacia Geral da União, é que se poderá obter a ideal orientação a ser imprimida à espécie, com ela espancando-se todas as dúvidas até então apresentadas a respeito."

2. Nesta Consultoria Geral, foi-me distribuída a matéria, aos 3 de junho corrente. Passo a examiná-la.

II — O PARECER Nº JCF-18/93

3. Antes que nada, necessário se torna transcrever (em seguida) alguns excertos do Pare-

cer nº JCF-18/93, emitido pelo eminente dr. José de Castro Ferreira em 27 de janeiro deste ano — à época titular da antiga Consultoria Geral da República — por ter merecido aprovação presidencial (cf. *D.O.U.*, edição de 29.01.93) fixando orientação para ser seguida por toda a Administração Federal, cuja *ementa* é a seguinte:

"Ementa: O enquadramento do prestador de serviços no conceito de servidor público determina a lei de regência que este se submete e, em conseqüência, os direitos e deveres que compõem o correspondente ordenamento. Exceto quando a lei, por expresso conceito estipulado e para determinado fim, equipara empregado a servidor público, impossível juridicamente comisturar, por pinçamentos interpretativos, fragmentos do regime jurídico único (art. 39 da CF) e da legislação trabalhista (art. 7º da CF) para assim formar um regime especioso, não previsto no sistema jurídico vigente. Inaplicabilidade da Lei nº 7.733/89 aos empregados das empresas públicas e das sociedades de economia mista, *por não serem servidores públicos*."

4. Embora seja referido parecer um pouco extenso, não posso me esquivar de sumariar, nesta análise, alguns de seus tópicos principais.

5. Torna-se, também, indispensável demarcar *ab initio* que sobredito pronunciamento foi emitido diante da divergência de entendimentos entre a douta Consultoria Jurídica do extinto Ministério da Infra-Estrutura e da ilustrada Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, o que motivou o titular daquela Pasta a solicitar, com supedâneo no estatuído no inciso IV do art. 4º do Decreto nº 93.237/86, o pronunciamento da, então, Consultoria Geral da República.

6. Acentue-se que a *quaestio juris* foi posta a exame pela companhia Vale do Rio Doce perante o respectivo Ministério supervisor com esteio no Parecer SUJUR-018/90, de 24.10.90, de sua Superintendência Jurídica. Note-se que o parecer de antedita sociedade de economia mista desenvolveu extensa perquirição sobre a razão de ser da norma (Lei nº 7.733/89), pondo em relevo em sua E.M. Questão conceitual de serem ou não servidores públicos os que lhe prestam serviços, escudando-se, inclusive, no Parecer FC-1/89, da ex-Consultoria Geral, e se ao serem eleitos administradores de sociedades coligadas ou controladas da CVRD, não se encontram, tais empregados, inseridos naquela regra proibitiva.

7. Torna-se oportuno, para não me tornar fastidioso, condensar as conclusões a que chegou o ilustre ex-Consultor-Geral, Dr. José de Castro Ferreira, *verbis*:

"....

48. De todo o exposto, temos, em síntese, que a expressão servidor público substituiu a antiga denominação de funcionários público e, a partir da Constituição de 88, passou a ser sua equivalente. Não é adequada para designar empregados de empresas públicas ou de sociedades de economia mista, regidos pela legislação do trabalho, nem deve a eles aplicar-se.

49. Excepcionalmente, os empregados das referidas empresas do setor público podem ser equiparados e são equiparados aos servidores públicos, mas só quando a lei o diz expressamente e apenas para os efeitos ali previstos, como, por exemplo, nas hipóteses de acumulação de cargos e responsabilidade penal.

50. É imperioso manter essa separação e especificidade de denominações, por duas razões:

a) uma de técnica jurídica, já que Direito é ciência, para evitar ambigüidade e confusões nas relações jurídicas entre essas empresas e seus empregados, assim como nos órgãos de controle a que estão submetidos, gerando custos financeiros e operacionais desnecessários, como está ocorrendo no caso desta consulta;

b) outra, de ordem prática, de ordem objetiva: se a União não zelar por estas distinções conceituais, não haverá como opor-se a pretensões e reivindicações decorrentes desta ambigüidade.

51. A Lei nº 7.733/89, não comporta interpretação ampla, para aplicá-la aos empregados ou administradores dessas empresas, embora não se negue que a União pode legitimamente interferir, sob determinadas condições, no regime jurídico das empresas de economia mista, quer através de lei, quer através de atos administrativos ordinatórios. Mas esse poder não é ilimitado, nem sem critérios. Deve exercer-se com respeito ao princípio da legali-

dade, principalmente da legalidade constitucional. E deve expressar-se sempre através de atos ou decisões das instâncias formalmente competentes para lei:

a) Se é matéria normativa, de caráter geral, que se tenha demonstrado conveniente e adequada a todas as empresas, e só puder ser implementada através de lei, deverá materializar-se por decisão do órgão legislativo, o Congresso Nacional. Serão casos pouco freqüentes;

b) Se é matéria administrativa ou de caráter gerencial, que esteja na competência legal da Assembléia Geral ou do Conselho de Administração, deverá implementar-se através desses órgãos, atuando o Governo aí como acionista controlador e não como Governo. Poderá, como Governo, expedir ato administrativo ordinatorio, ou prescrever recomendação aos representantes da União, para que, na Assembléia Geral, assumam tal ou qual posição ou proponham tal ou qual política em nome do acionista controlador. Mas deverá respeitar-se o foro próprio para a discussão e deliberação da matéria, evitando-se a deliberação baixada de cima para baixo, como ato de Governo, porque a ordem econômica mista, por disposição constitucional, deve ater-se, em tudo que for possível, aos processos usuais da iniciativa privada.

52. Esta preocupação de separar e respeitar as instâncias decisórias não é apenas uma questão teórica, tem grande utilidade prática: dá às minorias acionárias a garantia e a certeza de que não será usurpado o seu poder de participação nas deliberações, definirá melhor a responsabilidade dos administradores na implementação dessas medidas, de vez que terão participado de sua elaboração, com o poder que a lei lhes atribui e sob as penas também que a lei lhes comina para o caso de agirem contra os interesses da empresa ou do bem público, e torna possível que a decisão se dê caso a caso, ao nível de cada empresa, vale dizer, de acordo com a realidade operacional e gerencial de cada uma delas.

53. Saliente-se, uma vez mais, que a razão única pela qual o Estado descentraliza atividades e utiliza a administração indireta para executar certas atividades é a flexibilidade, é a necessidade de, no mundo da indústria e dos negócios atuar livre das amarras e empeços próprios da burocracia estatal. E seria um contra-senso despir-se o Estado de sua condição de Governo e transformar-se em acionista controlador de empresas, pela necessidade que tem de agir com flexibilidade, agilidade e buscar produtividade, e, a seguir, desvestir-se da condição de acionista e vestir de novo a pesada armadura burocrática, e engessar a estrutura gerencial de suas empresas, sob pretexto de exercer melhor o controle delas.

54. Nem se diga que isto diminuirá o poder de controle do Estado sobre as empresas do setor público. Creio que apenas tornará esse controle mais eficaz e exercido com mais conhecimento de causa e mais racionalidade. Ninguém ignora que, nas empresas privadas, os acionistas controladores sabem muito bem (certamente melhor que o Estado) como defender suas posições e interesses e exercer o poder de controle que se lhes faculta, e nenhum deles recorre a um poder externo, ou precisa de leis ou decretos para tanto. A experiência tem demonstrado que o melhor controle não é o que se exerce ao nível dos procedimentos e das rotinas, mas o que exige qualidade e resultados. O controle mais eficaz não se preocupa tanto em proibir coisas e pedir repetidos relatórios ao administrador mas em permitir que ele exercite a inteligência e assuma responsabilidade. Não é o *in put* que deve ser vigiado mas o *out put,* ou seja não é cobrar explicações e relatórios mas qualidade e resulrtados. As melhores decisões não são as de um poder centralizador e distante dos fatos, mas as que se tomam a partir de realidade das bases. Isto, aliás, está estabelecido como princípio de administração, obrigatório para o próprio serviço público da União, no Decreto-lei 200/67, ao determinar que "a execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada" (art. 10), preceito cuja aplicação demanda energia e urgência."

III — A decisão proferida pelo Tribunal de Contas União (Primeira Câmara) sobre o alcance do art. 1º da lei nº 7.733, de 14.02.89 sobre os empregados de sociedades de economia mista.

8. De vincado interesse é, neste passo,

transcrever aqui a parte terminativa constante da decisão, em grau de recurso, proferida pelo E. Tribunal de Contas da União, através de sua Primeira Câmara, no Processo nº TC-019.553/90-0, publicada no D.O.U. de 29.04.93, acerca da aplicabilidade da lei nº 7.733/89, em sentido antagônico à tese sustentada no Parecer JCF-18/93, antes citado.

9. Após fazer um breve excurso sobre a interpretação dos incisos constantes do art. 37, da constituição Federal, o Relatório apresentado pela Inspetoria de sobredita Corte de Contas e acatado pelo Ilustre Ministro-Relator Homero Santos, tornando-se na decisão nº 078/93, aduz, *in fine,* o seguinte:

.....

21. Com base nos conceitos emitidos nos ítens anteriores, pode-se alcançar um entendimento coerente dos arts. 37, 39 a 42 da Contituição Federal, interpretando-a sistemática e literalmente. Não resta dúvida que o constituinte, no art. 37, desejou englobar a totalidade de administração direta, indireta ou fundacional. Se assim não objetivando, a expressão administração direta, autarquica e fundacional teria sido usada, como de praxe o foi em outros artigos, evitando-se acolher as sociedades de economia mista.

22. Um elemento indicador de delimitação normativa no âmbito do art. 37 da Constituição Federal é a utilização do termo servidor público, conforme explicitado nos ítens 18 a 21, de forma a contemplar apenas a administração direta, autárquica e fundacional, bem como os dirigentes das entidades paraestatais. A coerência deste entendimento pode ser reforçada pela análise e critérios dos incisos em questão, abaixo elencados:

"VI — é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;

.....

X — a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data;

XI — a lei fixará limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito;

XIV — os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados, para fins de concessão de acréscimos ulteriores, sob o mesmo título ou idêntico fundamento;". (Destacamos).

23. Não há dúvida que estes incisos não estão direcionados aos empregados de sociedades de economia mista, que tem seus direitos sociais delimitados pelos arts. 7?m 8º e 9º por conseqüencia natural do dispositivo constitucional expresso no § 1º do art. 173. Os tribunais pátrios têm, sistematicamente, firmado jurisprudência no sentido de aplicar aos empregados de sociedade de economia mista, no que se refere ao direito de associação sindical, direito de greve, fixação de datas-base para fins de instauração de dissídio coletivo, as normas de direito privado reguladores da relação trabalhista. Os próprios suplicantes relacionam alguns Acórdãos do STF E TST em que esse entendimento se manifesta (fls. 299 e 300). Cabe observar, no entanto, serem situações específicas, que não permitem uma generalização açodada.

24. Os dirigentes e conselheiros de entidades paraestatais, conforme nosso entendimento, escudado em posições defendidas por grandes doutrinadores como Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello, são servidores públicos *lato sensu* e devem, no que couber, por via de conseqüencia, sujeitar-se às normas contidas nos incisos acima enumerados.

25. Em alguns incisos do art. 37 o legislador alarga, quando necessário, o horizonte de alcance da norma. Por exemplo, nos incisos I, II, e XVII, faz-se referências a empregos públicos, de forma a abranger aqueles que não exercem cargos ou funções públicas, mas que estão ligados ao Estado por vínculo empregatício — os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista. Se assim não fosse, a expressão emprego público perderia

substância pela total carência de significado no campo jurídico, uma vez que a instituição do regime jurídico único para os servidores da administração direta, autárquica e fundacional impõe para os mesmos a autilização de terminologia "cargos e funções públicos" e "empregos públicos".

26. Como exemplo do que foi colocado no ítem anterior, podemos nos deter na análise dos incisos XVI e XVII do art. 37 da Constituição Federal, abaixo transcritos:

"XVI — é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos privativos de médico;

XVII — a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público."

27. Observa-se nos dois incisos o intuito evidente do lesgilador de elastecer a restrição contida na norma. A proibição de acumular engloba os empregos públicos e, como se não bastasse, as sociedades de economia mista são citadas expressamente no corpo da norma.

28. A simples análise desses incisos não deixa margem a dúvida quanto à impossibilidade de acumulação remunerada de emprego em sociedade de economia mista e de cargo de conselheiro fiscal de sociedade de economia mista.

29. Não é outro o entendimento do Tribunal de Contas da União que, no que concerne ao fundo de direito da questão suscitada, tem firmado jurisprudência ao sentido de encampar os empregados de entidades paraestatais no campo de abrangência do inciso XVII do art. 37 da Constituição Federal.

30. Por todo o exposto, não pode prosperar a argumentação ensejada pelos suplicantes, excluindo os empregados de sociedades de economia mista da proibição de acumular de forma remunerada empregos, funções e cargos públicos.

31. Prosseguem os suplicantes pretendendo que o art. 1º da Lei nº 7.733, de 14 de fevereiro de 1989, abaixo transcrita, não alcance os empregados da sociedade de economia mista:

"Art. 1º — O exercício de mandato de membro de Conselho Consultivo, Conselho de Administração, Conselho Fiscal, ou outros órgãos colegiados, nas empresas públicas, sociedades de econimia mista, suas subsidiárias, controladas ou coligadas, por servidores da Administração Federal, direta ou indireta, não será remunerado."

32. A alegação fundamenta-se na descaracterização, a partir da análise sistemática da Constituição dos empregados das paraestatais como espécies do gênero servidor público.

33. Conforme demonstrado anteriormente, compreendemos que essa interpretação está divorciada do espírito da Lei Maior, que foi de, no caso específico de acumulação de empregos, cargos e funções, procurar atingir todo o universo de servidores públicos *lato sensu.*

34. A Lei nº 7.733/89, de 14.02.89, longe de querer alterar o espírito constitucional, quer enfatizar que o exercício de mandato de membro de Conselho Consultivo, Conselho de Administração, Conselho Fisal ou outros órgãos colegiados deve ser efetivamente qualificado como exercício de cargo público e, portanto, considerado na proibição remunerada de cargos, empregos a funções.

35. A Lei nº 7.733/89 está, portanto, em perfeita sintonia com a Lei Maior, explicitando uma situação particular, já perfeitamente agasalhada no corpo da Constituição Federal. Na mesma, o termo servidor tem um sentido amplo, incluindo os empregados de sociedades de economia mista, de sorte a se harmonizar com o espírito da Constituição Federal.

36. Assim, nos termos da avaliação supra, acreditamos que se deva conhecer do recurso de reconsideração ora interposto, negando-lhe provimento."

IV — A posição da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (Parecer PGFN/CRF/Nº 865/92) a respeito da questão, ora em análise.

10. Por meio do Aviso nº 1.089, de 28 de julho de 1992, o Exmº Sr. Ministro da Econo-

mia, Fazenda e Planejamento (este o *nomen juris* da Pasta àquela época) remeteu à extinta Consultoria Geral da República, o Parecer PGFN/CRF/Nº 865/92, aprovado pelo titular da douta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Dr. Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

11. Na verdade, este bem elaborado parecer, é, a meu ver, juridicamente suficiente para provar a *amplitude* que da Lei nº 7.733/89 dimana a norma proibitiva de alcance genérico, *id est* atingindo toda a administração pública.

12. Convém, no entanto, transcrever aqui alguns excertos do predito pronunciamento para ficar patenteada a posição da Fazenda Nacioal, principalmente pela circunstância de ser aquela Pasta, àquela época, a encarregada de *credenciar* representantes da União junto as Assembléias Gerais das empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como das demais entidades das quais a União participe como acionista majoritária.

13. O referido Parecer PGFN/CRF/Nº 868/92, assim sintetizou a questão, tratada nos autos sob exame, *verbis:*

.....

6. Releva salientar que esta Procuradoria-Geral já se pronunciou sobre a matéria em destaque, emitindo o Parecer/CRF Nº 341/90, cujos itens 3, 5 e 6, em virtude da consistência jurídica de seus fundamentos, serão reproduzidos a seguir:

"3 — alinho-me entre os que interpretam ampliativamente o citado diploma legal, de sorte a abrigar na vedação nele contemplada aqueles que mantenham vínculo jurídico com órgão e entidades da Administração Federal, direta ou indireta, neste compreendida tanto as autarquias como as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

4 — (*omissis*).

5 — Esta é, aliás, a acepção adotada pela Constituição, que distingue, de forma nítida entre:

a) servidor, simplesmente, aquele integrante da Administração direta ou indireta, em todos os níveis (ver, por exemplo, art. 37, IV);

b) servidor (funcionário) público civil, aquele integrante da administração direta, autárquica e fundacional (art. 39);

c) servidor público militar, aquele integrante das Forças Armadas e auxiliares (art. 42).

6 — Nessas condições, qualquer pessoa física que tenha vínculo jurídico com a Administração Federal, seja direta ou indireta, não pode perceber remuneração pelo desempenho das funções assinaladas na lei em exame."

14. Nota-se, ainda, que em data anterior ao parecer acima trancrito (no essencial), a mesma Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, analisando o Processo 10168.010005/91-20, sobre questão relativa à aplicação de limite remuneratório previsto no art. 1º do Decreto-lei nº 2.355, de 1987, *este* alterado pelo art. 17 da Lei nº 7.923, de 12.12.89, e no art. 37, XI, da Constituição Federal, emitiu o Parecer PGFN/CRF/Nº 093/92, publicado no D.O.U. de 6.02.92, no qual ficou sobejamente demonstrado que se aplicam as normas de Direito Administrativo às entidades estatais que exploram atividades econômicas, embora se sujeitando ao regime jurídico próprio das empresas privadas, concluindo da seguinte forma:

.....

d) As empresas públicas, as sociedades de economia mista, como também as outras entidades que explorem atividade econômica, embora sujeitando-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º da CF/88) não escapam à incidência das normas de direito administrativo. Por esta razão, estão sujeitas ao limite remuneratório fixado no art. 37, iciso XI, da Constituição Federal."

15. No antedito parecer (PGFN/CRF/Nº 093/92, a douta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, publiciza o entendimento da antiga Consultoria Geral da República e de eméritos doutrinadores, o fazendo com os seguintes argumentos:

".....

9. Os excertos de pareceres da douta Consultoria-Geral da República, que foram trazidos à colação, versam assuntos diferentes do aqui tratado e não servem, portanto, como paradigma, embora tratem de matérias relativas a servidores públicos.

10. O simples fato de serem relacionados a servidores públicos, não os reveste de aplicação geral e indiscriminada, merecendo referência o inquestionável axioma: "cada caso é um caso", que bem reflete a realidade em tela.

11. E o caso, *v.g.*, do Parecer CS-38, da la-

vra do eminente Consultor da República Dr. Luiz Augusto Paranhos Sampaio, publicando no D.O. de 19.11.91, onde, manifestando-se sobre a alienação de imóveis funcionais a ocupantes não empregados da CEF, esposou o seguinte entendimento:

"40 — Não é porque — dizemos nós — haja separação entre empresas públicas que exercem serviços públicos comercial ou industrial (que são as prestadoras de serviços públicos) e empresas que exploram atividades econômicas (estabelecimentos bancários oficiais etc.) que estas últimas, mesmo que dotadas de substrato jurídico de direito privado preponderante, não se ativam (ou exerçam seu mister) através das mesmas normas (regras) administrativas, aplicadas às demais.

41 — Se existe distinção entre essas duas formas de satisfação do interesse público (ou do interesse coletivo), é uma distinção apenas para que possam as empresas públicas se situarem nos seus regimes jurídicos, porém, todas se acham sujeitas à incidência de normas de direito administrativo, com maior ou menor intensidade, isto porque não se pode compreender uma estrutura de Governo divorciada (ou mesmo divergente) quanto à aplicação das normas legais (ou diretrizes) de caráter geral. O contrário, seria — por assim dizer — permitir-se a existência de um Estado dividido, desprovido de obediência, anárquico, com entidades inteiramente autônomas, sujeitas à discricionariedade de seus corpos diretivos."

12. Vê-se assim, que a autonomia constitucional dada às empresas públicas e sociedades de economia mista e demais entidades que explorem atividades econômicas (art. 173, § 1º, Constituição Federal), não é absoluta.

13. Demais disso, cumpre ressaltar que não há, dentre os doutrinadores administrativistas, opinião equânime quanto à abrangência da terminologia "servidor público".

14. Tanto há os que perfilham a posição de que a expressão abrange apenas os prestadores de serviço da Administração direta e autárquica, quanto aqueles que adotam um significado mais amplo, alcançando, inclusive, os empregados das entidades estatais.

15. Afirma o emérito Celso Antônio Bandeira de Mello, no seu livro "Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta", Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1990, p. 12, que:

"São, portanto, servidores públicos todos os que prestam serviços, nas condições assinaladas, às entidades estatais, sejam elas de administração direta ou indireta."

16. E logo a seguir, reafirma:

"Dentre os servidores públicos distinguem-se espécies, a saber:

.....

c) servidores de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais não caracterizáveis como fundações públicas, todos sob regime trabalhista."

17. Não é outro o pensamento do eminente constitucionalista José Afonso da Silva (*in* Curso de Direito Constitucional Positivo, Ed. Revista dos Tribunais, 7ª edição, 1990, p. 579), onde, além de admitir o emprego da expressão "servidor" no tratamento aos empregados das entidades referidas no art. 173, § 1º, da Constituição, reconhece como legítimo e necessário o provimento de cargos através de prévio concurso público, nos seguintes termos:

"Os empregos públicos, para cujo provimento também se impõe prévio concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, II), são adequados à organização dos *servidores das entidades de Administração indireta (sociedades de economia mista e empresas públicas)* contratados no regime de legislação trabalhista (art. 173, § 1º)." (Os grifos não são do original).

18. Afora o exposto, e, coerentemente com o entendimento adotado por esta Procuradoria-Geral, é a aplicação do disposto no art. 38 da Constituição, que trata do afastamento de servidor público (sentido genérico) para o exercício de mandato eletivo. Como se sabe, é pacífico o entendimento que se vem adotando administrativa e doutrinariamente, no sentido de que a disposição contitucional beneficia, também, os servidores das entidades da Administração indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades referidas no art. 173, § 1º, da Constituição).

19. Em face de todo o exposto, a ilação alcançada é no sentido de que:

a) permanece inalterado o entendimento desta Procuradoria-Geral, esposado no Parecer PGFN/CRF/Nº 341/90;

b) os empregados das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades a que se refer o art. 173, § 1º, da Constituição, são alcançados pela disposição contida no art. 1º da Lei nº 7.733, de 14.02.89, que veda o pagamento de remuneração pelo exercício de função de conselheiro em órgãos colegiados de empresas estatais."

V — A Lei nº 7.733, de 14.02.1989 — Sua interpretação e alcance.

16. Devo ressaltar, ao dar continuação à análise de temática proposta, a delicadeza da matéria a ser dirimida, pois que, como se percebe da leitura dos autos, há ponderáveis e lúcidos pronunciamentos como que desafiando a argúcia do intérprete na busca do desate da questão, propiciando a que se proceda a um exercício de raciocínio que deverá aproximar tanto quanto possível da *mens legislatoris,* aquela que presidiu a elaboração da Lei nº 7.733, de 1989.

17. "O intéprete da lei é o renovador inteligente, o sociólogo do direito" já afirmava o festejdo *Carlos Maximiliano* na sua "Hermenêutica e Aplicação do Direito". Daí que em toda interpretação de uma norma legal deve o exegeta socorrer-se não apenas da interpretação literal do texto; deve, sobretudo, na sua atividade interpretativa, valer-se de outros elementos tais como o lógico, o teleológico, o histórico, o sistemático etc, também, relevantes na aplicação do direito.

18. Desse modo, o intérprete não poderá ficar constrito apenas a um dos métodos da *operacionalidade exegética,* pois os elementos acima citados são fundamentais à sua atividade.

19. Inicialmente, na incumbência a que me propus levar a cabo devo dizer que me utilizarei de um raciocínio isento de subjetivismo, buscando a determinação do *pensamento do legislador* ínsito no *caput* do art. 1º, da lei em exame.

20. Dia o seguinte o citado dispositivo:

"Art. 1º — O exercício de mandato de membro de Conselho Consultivo, Conselho de Administração, Conselho Fiscal, ou outros órgãos colegiados, nas empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, controladas ou coligadas, por servidores da administração federal direta ou indiretamente, não será remunerado."

"Interpretar é extrair o significado de um texto", leciona *Celso Bastos*, o ínclito constitucionalista de São Paulo, e é neste direcionamento que buscarei, em nome da objetividade, determinar o pensamento do legislador.

21. Em data de 13 de janeiro de 1989, o Senhor Presidente da República, Dr. José Sarney, editou a *Medida Provisória* nº 31, cuja ementa trazia o seguinte enunciado "veda a remuneração de servidores públicos pelo exercício de mandato como membro de órgão colegiado de empresas estatais".

22, Sobredita Medida Provisória foi convertida na Lei nº 7.733, de 14 de fevereiro de 1989, conservando sua redação original.

23. Qual foi, então, a vontade do legislador ao aceitar a proposta do Presidente da República?

A Exposição de Motivos nº 15, de 13 de janeiro de 1989, cujo signatários foram os Ministros da Fazenda e da Secretaria de Planejamento e Coordenação da Presidência da República, manifestava a idéia que os seus elaboradores tinham em mira.

No *primeiro parágrafo* explicitaram que "as empresas estatais federais prestam contas a diversos órgãos de controle — auditoria interna, controle interno, exercido pelo Tribunal de Contas da União. Muitas delas se utilizam também de auditoria externa independente contratada. Além disso, são todas, por efeito do Decreto-lei 200/64, sujeitas à supervisão ministerial, que fixa as suas linhas básicas de ação".

No segundo parágrafo tornam claro o objetivo da proposta: *"Os membros dos Conselhos Consultivo, de administração e Fiscal dessas empresas são, na sua maioria, servidores públicos dos próprios Ministérios a que estão vinculadas estas empresas. Portanto, a vedação do pagamento de remuneração a esses servidores é uma medida de contenção de despesas na Administração Indireta que não inviabiliza o fun-*

cionamento dos mencionados Conselhos, mas que terá efeitos financeiros significativos, especialmente nas de menor porte".

24. Em consonância com o exposto pelos signatários da proposta, parecem ficar clarificadas não só a *mens legislatoris* como a *mens legis,* uma vez que o intuito do preceito é o de *vedar* que servidores públicos (lato sensu) da administração federal direta ou indireta recebam *remuneração* por sua participação nos órgãos colegiados elencados no dispositivo.

25. É necessário positivar que a disposição contida no art. 1º da lei em epígrafe refere-se *aos servidores da administração federal direta ou indireta,* não importando, desse modo, se estes integram os quadros da administração direta ou mesmo das autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

26. Como se observa, a simples *letra da lei* deve ser entendida numa interpretação conexa com o sentido que lhe quis dar o seu redator (ou elaborador). Aqui cabe muito bem a citação do brocardo latino segundo o qual *lex non est textus sed contextus,* uma vez que é no seu contexto, isto é, no encadeamento das idéias contidas na sua forma redacional, que se apresenta, indubitavelmente, a intenção do legislador.

27. No caso em tela, a disposição constante do art. 1º, da Lei nº 7.733/89, conduz à conclusão de que o legislador *veda*, terminantemente, que todos os servidores (*lato sensu*) ao serem nomeados como membros dos Conselhos de Administração e Fiscal das entidades integrantes da Administração Federal Direta e Indireta recebam remuneração, a qualquer título, pelo desempenho dessas funções.

28. Excederia os limites do presente estudo aprofundar as razões que levaram os autores da norma legal a estabelecer essa proibição. Há, entretanto, uma delas que não me furto de mencionar neste trabalho: desejam os elaboradores da lei e seus aplicadores conter os avultados gastos com os pagamentos remuneratórios a servidores da própria União, *a título de contenção,* uma vez que esses agentes já percebem vencimentos pelo exercício de suas funções, vinculadas que são de *forma permanente* ao Estado.

29. Visto que a Administração Pública, *sempre* submetida às prescrições constitucionais e legais, deve pautar seus atos pelos princípios insculpidos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, todos eles com sede e gênese no Direito Administrativo, de pronto explica-se o porquê da vedação estatuída no mencionado dispositivo, eis que dele deriva o *princípio da moralidade,* este arrimado na ética de governo, que visa, sobretudo, ao bem comum, ao bem público.

30. Essas considerações estão, aliás, de acordo com o pensamento que venho sustentando em notas e pareceres (exarados anteriormente quanto à condição de submissão hierárquica das empresas públicas e sociedades de economia mista ao *juris imperi* de que detém o Presidente da República (em se tratando da União) a quem compete "exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal" (art. 84, inciso II, da CF/88).

31. Esse atributo, conferido constitucionalmente ao Presidente da República, enseja a que, no exercício dessa *direção superior,* expeça decretos, exerça a iniciativa legislativa, edite normas ordinatórias etc., a fim de que a Administração Pública, de modo geral, possa desempenhar, a contento, suas funções.

32. Na proporção que se amplia a área do princípio da legalidade, apouca-se, obviamente, o *jus imperi* do Poder Executivo.

No caso, *sub examen,* o legislador não *minudeou* a letra da lei, pois, fê-lo de modo abrangente a incidir sobre toda a *massa* de servidores públicos. E, é a *própria* lei que contém *regra proibitiva,* tendo como destinatários os servidores (*lato sensu*) da Administração federal direta ou indireta.

33. Seria um contra-senso, atento à mensagem da referida lei, buscar-se excepcionar determinada espécie do universo constituído de servidores públicos dos seus ditames.

34. Não é possível, então, se congeminar ao contrário do espírito de lei, uma vez que se torna perigosa uma interpretação *contra-legem* com a intenção de benefeciar essas ou aquelas pessoas vinculadas ao serviço do Estado sob o pretexto de que não são a elas direcionada a regra proibitiva.

35. O direito reage, de pronto, a essa abu-

siva *interpretação* do texto legal em epígrafe, sob o pálio de que determinadas espécies de servidores públicos não constituem objeto da vedação.

36. Todos sabem, porém, necessário se torna repetir: os servidores públicos, genericamente, devem obedecer às normas legais e regulamentares; esta obediência acha-se implícita no próprio exercício do cargo, emprego ou função pública.

37. Na verdade, a Administração Pública mais não é do que um conjunto de atividades submetidas a uma determinada ordem jurídica, esta constante de leis e de regulamentos. Logicamente, a participação de seus agentes (públicos e políticos) não se faz senão por obra desse ordenamento jurídico, cujas regras são ditadas pelas autoridades que lhe são superiores, em razão dos graus de competência, formadores da hierarquia.

E bom ressaltar que esse dever de obediência não contradita a natureza contratual estabelecida na sua vinculação à Administração Pública (ao Estado).

38. Assim, o servidor público deve conformar sua atividade às ordens superiores e deve agir em consonância com os princípios estabelecidos no *caput* do art. 37, da Constituição Federal.

39. Daí que não se pode *levantar barreiras* da observância da regra contida na Lei nº 7.733, de 14.02.1989, seja através de processos proletórios, seja por meio de obstáculos visantes a forçar uma interpretação restritiva.

VI — Interpretação dos arts. 37 e 38, da Constituição Federal.

40. A Constituição Federal de 1988, teve, ao contrário das anteriores, uma preocupação mais acentuada com os servidores públicos.

41. Assim é que no capítulo VII, atinente à Administração Pública, (na Seção I, sob o título de *disposições gerais*) dá a expressão *servidores* um sentido genérico, compreendendo no vocábulo todos quantos exerçam cargos, empregos e funções públicas (vide *e.g.* os arts. 37 e 38).

42. Embora alguns tratadistas pensem que a palavra servidor público (em toda sua amplitude) não seja uma categoria com individualidade própria e sim uma mera referência abstrata para abrigar apenas duas classificações de servidores públicos (os civis e os militares) entendo que nas disposições gerais, dispostas na Seção I, não se encontram apenas regras destinadas a essas duas categorias.

43. Se assim fosse não precisaria a Carta de 1988 dedicar a Seção II aos *servidores públicos civis*, espécie do gênero *servidor público*, pois, já no art. 37, da Seção I, estariam albergados todos os preceitos pertinentes a essa categoria.

44. Aliás, não se poderia realmente discriminar — como pretendem alguns tratadistas — essa *"massa flutuante e variável de pessoas"* como a denominava o saudoso Themístocles B. Cavalcanti, mesmo porque *"servidor público* é pessoa física que presta serviços ao Estado, quer na administração direta, *quer na administração indireta*, mantendo com o poder público relação de trabalho de natureza não eventual e de índole profissional, quer sob o regime estatuário, quer sob o regime celetista." (cf. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, ed. comemorativa do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos do Brasil, 1981, vol. 68, p. 470).

45. Numa análise que se fizer na nova ordem constitucional inplantada no País desde 1988, percebe-se, com bastante nitidez, que os destinatários dos incisos que integram o art. 37 (da Seção I, do Capítulo VII) não são apenas os servidores públicos civis.

Senão vejamos:

a) a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso público para contratação de pessoal nas entidades da Administração Indireta (incluídas nessa abrangência as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista) é uma decorrência do preceito insculpido no inciso II, do predito artigo;

b) a vedação de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, inclusive nas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo poder público (incisos XII e XVII, do artigo em comento);

c) fixação de limite máximo e relação de va-

lores entre a maior e a menor remuneração dos servidores, observados, como parâmetro, no âmbito do Poder Executivo, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, pelo Ministro de estado (cf. inciso nº XI, do citado artigo).

46. E, ainda, como se não bastassem os ditames adnumerados no art. 37, o art. 169, inciso I, da CF/88, "exige que haja dotação orçamentária suficiente para concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a *admissão do pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta.*" (os grifos são meus).

47. Os aspectos acima destacados evidenciam que embora as empresas públicas e sociedades de economia mista não se acham abrangidas pela Lei nº 8.112, de 11.12.1990 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União) e no sistema de carreiras previsto na Carta Política de 88/art. 39, todas elas, sem exceção, sujeitam-se às disposições constitucionais alusivas aos servidores públicos (*lato sensu*), estampadas no Capítulo VII, Seção I, inclusive, à apreciação pelo Tribunal de Contas da União, da legalidade, para fins de registro, dos atos de admissão de pessoal a qualquer título, excetuando-se as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório (art. 71, III, da CF/88).

48. Com efeito, tanto as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores da administração direta como da indireta, inclusive das fundações e sociedades criadas (ou instituídas) e mantidas pelo poder público, devem ser obrigatoriamente, julgadas pela Corte de Contas (art. 71, nº II).

49. Com o conceito abrangente de servidor público, firmado pela atual Constituição, alinham-se eméritos constitucionais e administrativistas.

50. No magistério de José Afonso da Silva (*in* Curso de Direito Constitucional positivo, 7ª ed., Edit. Rev. dos tribunais, p. 579) "os servidores públicos, segundo a Constituição repartem-se em dois grandes grupos: a) os servidores públicos civis, que compreendem quatro categorias (art. 37, I e IX), servidores investidos em cargos (funcionários públicos), servidores públicos investidos em empregos (empregados públicos), servidores admitidos em funções públicas (servidores públicos em sentido restrito) e servidores contratados por tempo determinado (prestacionista de serviço público temporário); *b)* os servidores públicos militares (art. 42), que compreendem oficiais e graduados."

51. Celso Antonio Bandeira de Mello, depois de estudar a matéria, observa, a meu ver, com muito acerto:

"Ao lado dos agentes políticos, (no seu entendimento, os titulares de cargos estruturais na organização política do País, como, por exemplo, o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos, Senadores, Deputados etc) o segundo grande grupo de agentes estatais é o dos servidores públicos. Compreendem-se debaixo desta denominação todos aqueles que mantém com o Poder Público relação de trabalho, de natureza profissional e caráter não eventual, sob vínculo de dependência. E, pois, na condição de profissionais que comparecem para se relacionarem com o Poder Público. O que os caracteriza é a conjunção dos seguintes traços: a) profissionalidade; b) relação de dependência, típica dos que prestam serviços sem caráter de eventualidade.

São, portanto, servidores públicos todos os que prestam serviços, nas condições assinaladas, às entidades estatais, sejam elas da administração direta ou indireta."

52. Visualiza, então, o ilustre mestre de São Paulo, as seguintes espécies de servidores públicos: *"a) servidores públicos civis* (só existem na administração direta, nas autarquias e fundações públicas). Entre eles se compreendem os: a1) *funcionários públicos, isto é, titulares de cargo, sob regime estatutário; a2) empregados,* ou seja, contratados pela legislação trabalhista (pela administração direta, autarquias e fundações públicas); a3) *contratados,* a teor do art. 37, IX, da Constituição, para atender necessidade temporária de excepcional interesse público e por tempo determina-

do; b) *servidores de empress públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais* não caracterizáveis como fundações públicas." (*in* Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta, Ed. Rev. dos Tribunais, 1990: 10/11).

53. Ainda, Celso Antonio Bandeira de Mello, ao expender análise sobre os servidores públicos na Constituição, às folhas 32 *usque* 34, da citada obra, fez estas observações que reforçam as assertivas por mim feitas sobre a abrangência da matéria tratada no art. 37, da Constituição:

.....

A expressão *servidor público*, na Constituição, é designativo genérico abrangente de todos os que, sob regime de *cargo* ou *emprego*, estão vinculados por relação de caráter profissional à Administração direta, indireta ou fundacional em quaisquer Poderes, ou órbitas de Governo. Não é, pois, denominação restrita aos agentes titulares de cargos ou apenas dos que estejam ligados a entidades de direito público.

A expressão "servidor público civil" não tem este qualificativo ("civil") *meramente* em oposição a servidor público "militar". Não. Com tal terminologia a Constituição indica os *servidores públicos da administração direta, das autarquias e das fundações públicas*, sujeitos — como adiante se aclarará — ao "regime jurídico único" de que fala o art. 39, denomina-se "Dos Servidores Publicos Civis". Assim, toda vez que se encontrar o *nomen juris* servidor público *civil* saber-se-á que o dispositivo a eles reportado, embora incluso na Seção I, nas "Disposições Gerais" — atinentes, em princípio, a quaisquer "servidores públicos" — diz respeito tão-só à espécie referida, havendo, pois, "in casu", atenuação do rigor com que se deveria colher a toponímia sistematizadora de seção.

E ao lume deste conjunto de averbações introdutórias que se fará o exame do tema.

28. A Constituição de 1988 contém disposições que se reportam *indiscriminadamente* aos servidores tanto de Administração direta, quanto da Administração indireta, ao lado de outras que se referem *unicamente* aos servidores da Administração direta, autarquias e fundações públicas.

Com efeito, no Capítulo VII (Da Administração Pública) do Título III, há duas seções. Na Seção I, encimada pela rubrica "Disposições Gerais", encontram-se os preceptivos respeitantes, *generalizadamente*, aos servidores da Administração direta ou de *quaisquer* das entidades da Administração indireta dos *três Poderes* (arts. 37 e 38). Já na Seção II, denominada "Dos Servidores Públicos Civis" (arts. 39 a 41). Encarta-se as prescrições atinentes tão-só aos servidores de Administração direta e de duas das modalidades de Administração indireta: autarquias e fundações públicas.

29. Deveras, nas "Disposições Gerais", seu artigo de abertura, o 37, deixa explicitamente enunciado que o que ali se dispõe contempla o universo administrativo em sua mais completa abrangência."

E conclui, arrematando:

"Com efeito, o preceptivo em causa estatui *"A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também ao seguinte..."*

Não só o teor da rubrica nominadora da Seção, não só a linguagem deliberadamente extensiva do art. 37, mas também o fato de mencionar administração "fundacional" (em paralelismo com a expressão administração indireta) demonstram o cuidado da Constituição em não permitir que escape daquela regência qualquer variante modal personalizada dentre as conhecidas entre nós.

Como as fundações vinham sendo o mais recente subterfúgio evasivo ao rigor dos controles públicos, a Constituição, sobrepairando qualquer controvérsia doutrinária sobre elas, tratou, pragmaticamente, de referir administração "fundacional", para colhê-las inelutavelmente, fossem ou não e viessem ou não a ser por lei enquadradas como pessoas da administração indireta. Transparece também nisto, portanto, o evidente propósito constitucional de enunciar que o império das "Disposições Gerais" abarca quaisquer das configurações jurídicas do aparelho administrativo dos *três Poderes* e, pois, que as regras interfe-

rentes com o regime de servidores, ali contidas — *salvo restrição individosa como a diante se verá* — estão reportadas ao mesmo universo." (Ob. cit., p. 32, *usque* 34).

54. O que se vem de observar, após a leitura dos conceitos acima emitidos por ilustres juristas sobre a extensibilidade do regramento alusivo aos servidores públicos, não autoriza o intérprete a restringir essa conceituação lata contida nas referidas disposições gerais ínsitas no Capítulo III, da Administração Pública.

55. Convém explicar, então, que sobredito *capítulo* não se destina aos servidores públicos civis e militares. Tem por objeto alcançar *indiscriminadamente* tantos os servidores de Administração direta, quanto da indireta, pois, que os arts. 37 e 38 contém preceitos dirigidos, de modo genérico, aos servidores da Administração direta ou de *quaisquer* das entidades integrantes da Administração indireta dos três Poderes.

56. Por seu turno, a Seção II, do mencionado Capítulo, refere-se apenas aos servidores públicos civis da Administração direta e das duas modalidades da Administração indireta, quais sejam as autarquias e fundações públicas.

57. Sem embargo da perfeita estrutura jurídica lançado no *Parecer JCF 18/93* no que atine, especificadamente, à ordem econômica, livre iniciativa, regime jurídico das sociedades de eonomia mista etc., bem como as incumbências que são impostas ao Estado como interventor no domínio econômico, não posso aceitar, no entanto, a interpretação restritiva conferida ao art. 37 da Constituição, segundo a qual os servidores das empresas públicas e sociedades de economia mista constituem conjunto à parte, isto é, não podem ser considerados servidores públicos, estes tomados na sua generalidade.

VII — O Supremo Tribunal Federal e o objeto da consulta ínsita nas EMs. nº 10/93, de 18.02.93 e 035, de 12.05.93, ambas da SEPLAN/PR, sobre a obrigatoriedade ou não, de realização de concurso público para ingresso nas empresas estatais e sociedades de economia mista, bem como em suas subsidiárias e controladas, ou, ainda, aquelas sob o controle direto ou indireto da União.

58. Seguindo a esteira de sua argumentação, o Exmº Senhor Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Planejamento, Orçamento e Coordenação da Presidência da República, aproveitando-se do assunto abordado na Exposição de Motivos 035 (peça exordial dos presentes autos), faz outra consulta nos seguintes dizeres:

"Por oportuno, reporto-me à EM nº 10/93, datada de 18.02.93 que juntamento com o enfoque oferecido pelo aludido *Parecer JCF-18/93, ensejou dirigesse esta SEPLAN/PR a Vossa Excelência solicitação de que, a respeito da obrigatoriedade ou não, de realização de concurso público para ingresso nas empresas estatais, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e coantroladas, ou aquelas, ainda, sob o controle direto ou indireto da União, viesse a A.G.U., também de forma conclusiva, a se manifestar, considerando-se, a respeito, a orientação fixada no Parecer CF-1/89,*publicado no D.O.U. de 1º11.1989, agora também testilha ao que se contém nas tantas vezes aqui lembrada *decisão do TCU,* contida na *ATA Nº 11,* de sua 1ª Câmara, datada de 13.04.93 e publicada no D.O.U. de 29.04.93 às pp. 5.702/04." (grifei).

59. A consulta versada na referida Exposição de Motivos (acima transcrita) já mereceu, em sede jurisdicional, a elevada apreciação do Egrégio Supremo Tribunal Federal que, em dois julgados, ofereceu desate à problemática atinente a obrigatoriedade ou não de se exigir o concurso público para o ingresso no serviço público.

60. No que se relaciona à *administração pública direta,* o Supremo Tribunal Federal, pondo termo à polêmica travada entre os defensores de uma e de outra corrente sobre a interpretação do art. 37, II, da Constituição Federal, ao declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 185 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro (ADIN Nº 245, Relator o Senhor Ministro *MOREIRA ALVES* — D.J. de 13.08.1992, p. 12.157) fulminou o *instituto da ascensão funcional,* inclusive, erroneamente in-

serido na Lei nº 8.112, de 11.12.1990 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União), precisamente no art. 8º, como forma de *provimento derivado de cargo público*, com o entendimento de que o art. 37, II, da Constituição Federal vigente, impõe a aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, ressalvadas as nomeações para a investidura em cargo ou emprego público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

61. Em decorrência desse julgado, na conformidade do voto do ilustre Ministro *Moreira Alves*, "acham-se banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição a *ascensão* e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para o qual o servidor público ingressou por concurso, e que não são por isso mesmo, ínsitas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados".

E, aduz, mais:

"Nem se pretende mascarar a ascenção como forma de provimento que se enquadraria no gênero promoção, pois não há promoção de uma carreira inferior para outra carreira posterior, correlata, afim ou principal. Promoção — e é esse o seu conceito jurídico que foi acatado pela Constituição toda vez que a ele se refere, explicitando-o — é provimento derivado dentro da mesma carreira. Passagem de uma carreira para outra é saída daquele para ingresso nesta. Só pode decorrer de concurso público de provas ou de provas e títulos, aberto à concorrência de qualquer brasileiro que atenda aos requisitos estabelecidos em lei para esse ingresso (art. 37, I), sem a possibilidade de se privilegiar alguns com "concursos internos", de concorrência restrita e de aferição de mérito num universo limitado, deixando aos demais brasileiros uma parte das vagas para uma concorrência sem esta restrição, e que, aí, sim, permite a aferição do mérito como, moralizadoramente, o quer a Constituição."

E conclui o brilhante Relator:

"O que não se me afigura possível é que, tendo a Constituição inequivocamente alterado o princípio anterior, se venha a dizer que a alteração nada modificou com relação às conseqüências do princípio alterado, senão sua economia vá do desperdício de uma palavra — o adjetivo "primeira" — cuja literalidade é que dava margem à interpretação que agora não tem, sequer para persistir, esse único suporte."

62. Posteriormente, em data de 14 de setembro de 1992, a antiga Consultoria Geral da República, examinando o Processo nº 00400.00007/91, exarou o Parecer nº CS-56, publicado no D.O.U. de 24.09.92, e aprovado pelo Exmº Senhor Presidente da República, no qual adota o pronunciamento expedido pelo eminente Consultor da República (à época) o Dr. *José Márcio Monsão Mollo*, atualmente, Consultor da União, trazendo no frontispício a seguinte ementa: *"Servidor Público. Provimento Derivado. Ascensão Funcional. (Acesso). Constituição, Art. 37, inciso II — Com a promulgação da Constituição de 1988, foi banida do ordenamento jurídico brasileiro, como forma de investidura sem cargo público, a ascensão funcional (ou acesso)."*

63. De notar, aqui, a conclusão a que chegou referido parecerista:

.....

31. Em conclusão, entendo que não se coaduna com a Constituição em vigor o intituto de ascensão funcional, pelos argumentos antes expendidos, sendo, portanto, possíveis de serem submetidos ao controle concentrado de constitucionalidade os dispositivos da Lei nº 8.112, de 1990, que a ele se referiam.

32. Entendo, ainda, que, se acolhido o aqui exposto, deve a Administração Direta, Autárquica e Fundacional abster-se de realizar processos seletivos com vistas ao referido instituto."

64. A vista de todo o exposto, parece-me o bastante afirmar, *com convicção*, que não pairam dúvidas quanto à obrigatoriedade da realização de concurso público, nos moldes do preconizado pelo art. 37, inciso II, da Constituição Federal para o ingresso no serviço público da Administração Pública, direta, autárquica e fundacional.

65. Outra decisão do Egrégio Supremo tri-

bunal Federal, mais recente, datada de 3 de dezembro de 1992, prolatada na *Ação de Mandado de Segurança nº 21.322-1-DF*, Relator, o Exmº Senhor Ministro *Paulo Brossard*, traz a seguinte ementa:

"Cargos e empregos públicos. Administração Públicas Direta, Indireta e Fundacional. Acessibilidade. Concurso Público."

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

Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a elidir 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 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 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.

Excessões ao princípio, se existem, estão na própria Constituição."

66. De conseqüência foi publicado o seguinte Acórdão, no D.J., de 23.04.1993:

"Por votação unânime, o Tribunal conheceu do mandado de segurança e por maioria o indeferiu, vencido o Ministro Marco Aurélio, que o deferia, ficando, em conseqüência, insubsistente o pedido de medida cautelar."

67. Não há (e nem pode haver), por essa razão, qualquer dúvida no que se refere à matéria decidida, em sessão plenária do E. Supremo Tribunal Federal.

68. Se não bastassem os julgados do Excelso Pretório, que, por si mesmo, já espancam todo e qualquer sofisma que se pretenda utilizar como argumento coantrário à tese ali debatida e escoada, ainda, dignas de nota são as assertivas esposadas por eméritos tratadistas como, por exemplo, Adilson Abreu Dallari (*in* Regime Constitucional dos Servidores Públicos, p. 37/27) para quem:

"Em resumo, o concurso público é um instrumento de realização concreta dos princípios constitucionais da isonomia e de impessoalidade. Fique perfeitamente claro que os dispositivos do art. 37 da Constituição Federal se aplicam ao gênero servidores, abrangendo funcionários estatutários e empregados celetistas, inclusive das empresas estatais que exercem atividades econômicas (art. 173, da C.F.). Conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a possibilidade de contratar serviços pelo regime celetista não torna ninguém imune à Constituição."

69. Por seu turno, a douta Procuradoria Geral da República, através de parecer da lavra da eminente Sub-procuradoria-Geral da República, Odília Ferreira da Luz Oliveira, devidamente aprovado pelo Senhor Procurador-Geral, manifestando-se no MS nº 21.322-1-DF, de 3 de dezembro de 1992, aduziu o seguinte:

"Embora o ato do Tribunal de Contas da União tenha sido supostamente (porque não há prova) expedido um procedimento de tomada de contas da mencionada sociedade de economia mista *(refere-se Companhia Docas do Ceará — CDC)*, é certo que não mantém nenhuma determinação de dispensa dos impetrantes. Como se lê às fls. 14 e 57/58, considerando imprescindível o concurso público também para a contratação de pessoal das sociedades de economia mista e empresas públicas que exerçam atividade econômica em concorrência com os particulares, o plenário do órgão decidiu, apenas, dar conhecimento de seu ponto de vista ao Congresso Nacional e aos sistemas de controle interno dos três poderes da União, bem como, a título de colaboração, aos demais Tribunais de Contas do País.

.....

70. Cabe, ainda, registrar neste trabalho, como adminículo ao que foi dito, que *Celso Antonio Bandeira de Mello*, com bastante lucidez, tece as seguintes considerações sobre a exegese que se deve aplicar à disposição constante do art. 37, *caput* da CF/88:

"Ante o teor do art. 37, *caput* evidencia-se, com luminosa clareza, que todas as empresas públicas, sociedades de economia mista e mesmo as fundações governamentais de direito

privado estão sujeitadas à realização de concurso público para admissão de pessoal" *(in Regime Constitucional dos Servidores de Administração Direta e Indireta*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 35, *sobre a extensão do preceito às empresas estatais que exploram atividade econômica, pp. 35/42).*

71. Como palavra final, covém destacar a posição do Colendo Tribunal de Contas da União que, através do seu Tribunal Pleno, por unanimidade, acolheu o entendimento expendido pelo Exmº Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, ao Relatar o Processo TC nº 006.658/89-0, publicado na ATA nº 30, de 1989, enfatizando o seguinte:

"As empresas públicas e sociedades de economia mista, mesmo aquelas que visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada, não poderão realizar contratações de pessoal, inclusive daquele vinculado do setor operacional da atividade fim, *sem o prévio certame público*, a menos que a Emenda à Constituição venha estabelecer expressamente essa exceção, ou autorizar a adoção, por essas empresas, de métodos simplificados de seleção de pessoal, de modo a se evitar que a delonga no provimento de determinados cargos ou empregos implique em sérios prejuízos para as entidades, com reflexos negativos na atuação do próprio Estado."

72. Como é de fácil percepção, o tema suscitado na E.M. nº 035, da SEPLAN/PR, no que alude à acessibilidade aos empregos públicos das empresas públicas ou sociedades de economia mista somente se opera mediante *concurso público*, mesmo que a entidade explore atividade econômica, uma vez que este princípio, estabelecido no art. 37, nº II, não conflita com a disposição contida no art. 173, § 1º, da Constituição Federal.

73. Diante do exposto, vê-se que a tese jurídica consubstanciada no *Parecer nº FC-1*, datado de 31 de outubro de 1989, aprovado pelo Senhor Presidente da República em 31 de novembro do citado ano, foi superada pelo E. Supremo Tribunal Federal, por meio da decisão prolatada no MS nº 2133221-DF, conforme já mencionado neste estudo.

74. Trocando em miúdos: sociedades de economia mista vinculada à exploração de natureza econômica não se acha desobrigada de observar o preceito constitucional que determina a abertura de concurso público para o provimento dos empregos públicos, mas está a ele sujeita.

75. Consoante o ilustre Ministro Relator Paula Brossard no seu brilhante voto, este entendimento em nada conflita com a disposição ínsita no § 1º do art. 173, da CF, que tem — a seu ver — outro endereço e outro alcance, nada interferindo com a forma de provimento dos empregos desse tipo de entidade.

76. À toda evidência não pode prevalecer o entendimento esposado no Parecer nº FC-1, uma vez que, face à prolação do referido *decisum* da mais alta Corte do país, falta-lhe o suporte constituicional necessário à sua manutenção no universo jurídico como regra aplicável à Administração Pública Federal.

77. A tese nele desenvolvida, se mantida, poderá ocasionar graves transtornos à ordem jurídica, daí a imprescindibilidade de sua *revisão*, o que poderá ser feita por despacho do Exmo. Sr. Dr. Advogado-Geral da União, caso assim o entenda.

78. Em assim fazendo, estará esta instituição dando cumprimento à decisão emanada do Excelso Pretório, colaborando de forma exemplar para a unidade da ordem jurídica nacional.

VIII — A natureza jurídica das empresas subsidiárias e controladas. Exigência ou não da realização de concurso público para ingresso nos seus quadros de pessoal.

79. Destaca, por derradeiro, o signatário do Aviso nº 318/SEPLAN-PR, em face da indefinição quanto à obrigatoriedade ou não da realização de concurso público para ingresso nos quadros de pessoal das subsidiárias e controladas das empresas estatais e sociedades de economia mista, bem como daquelas sob o controle direto ou indireto da União, a problemática existente sobre a matéria, uma vez que há elevado número de consultas dirigidas ao Comitê da Coordenação das Empresas Estatais — CCE, ao qual compete, por força do disposto no Decreto nº 137, de 27.05.1991, aprovar propostas de despesas com o pessoal dessas entidades.

80. Embora o *Acórdão*, de 23 de abril de 1993, do Egrégio Supremo Tribunal Federal tenha sido silente quanto às empresas *subsidiárias* e *controladas* por empresas estatais e sociedades de economia mista, ou, então, no que se refere àquelas sob o controle direto ou indireto da União, não posso deixar, neste trabalho, de tecer considerações sobre essas entidades paraestatais.

81. Primeiramente, necessário se torna enfatizar que a *lei* é a fonte da criação da empresa pública e de sociedade de economia mista.

Assim, como criação do Estado, na sua intervenção no domínio econômico, mediante *texto legal*, é dada a essas entidades, cujo patrimônio è afetado para um objetivo, um fim. Tem, por conseguinte todas elas seus patrimônios dirigidos a uma finalidade; e esta finalidade é a *exploração de atividades econômicas.*

82. Vê-se, na conceituação legal, a expressão *criada por lei* (cf. Decreto-lei nº 200, de 25.02.67) que corresponde justamente à legitimidade de criação dessas entidades, em consonância com o que tem sido aceito, sem discrepâncias, pela doutrina e jurisprudência.

83. A autorização legal para constituir empresas públicas e sociedades de economia mista (ou para atribuir tal natureza jurídica a outros entes que antes não a possuiam) demonstra que não poderão ser *criadas* sem o reconhecimento de sua motivação pelo Legislativo.

84. Não vou aqui dissertar, de longada, sobre essas entidades componentes da chamada administração indireta. O objetivo deste tópico é discorrer sobre suas *criaturas*: as *subsidiárias* e as *controladas.*

85. Importa saber que, conquanto autônomos, acham-se sobreditos entes Vinculados (por tutela) ao Estado (*lato sensu*).

86. Em resposta à consulta referente à subsidiária doutrinária da PETROBRÁS, após o advento da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, o ex-Ministro do Supremo, *Luiz Rafael Mayer,* então Consultor-Geral da República, aduziu no Parecer nº L-154, o seguinte:

.....

"A definição legal corresponde a uma concepção doutrinária aceite e constitui a tônica do sistema. Para que a empresa se qualifique, legalmente, de economia mista, não baste que atenda aos requisitos substanciais que a coloquem no plano da intervenção do Estado na ordem econômica ou que assegure o controle majoritário da entidade estatal. E preciso, notadamente, a observância de um requisito formal, *conditio sine qua,* ou seja a criação autorizada em lei especial, inclusive para excepcionar, na hipótese, a regência comum da legislação das sociedades por ações.

.....

De acordo com essa conceituação, sociedade de economia mista será não somente aquela criada pela União, em virtude de lei especial, com a detenção do controle acionário; sê-lo-á, igualmente, a que vier a ser instituída, por entidade da Administração Indireta (autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista), em face de autorização legislativa pertinente, que poderá constar da própria lei institucional e não, necessariamente, de lei casuística — assegurado sempre o controle acionário por parte da entidade instituidora. Logo, as sociedades filiais, satélites ou subsidiárias, criadas, em tais pressupostos, pelas sociedades de economia mista matrizes, são, iniludivelmente, sociedades de economia mista, ditas de segundo grau, material e formalmente integrantes de Administração Indireta.

.....

Finalmente, ainda que ocorrente por quaisquer circustâncias, que não por lei prévia e especificamente autgorizativa ou por lei posterior atributiva da condição formal, a participação majoritária, em determinada sociedade, de capital da União, de autarquia, de empresa pública ou de economia mista, não se dará a configuração legal de sociedade de economia mista.

Tais entes, em que não se verifique a qualificação jurídica adequada e formal, são simplesmente sociedades anônimas, com participação acionária de entidades administrativas, mas em que estas participam, qualquer que seja a categoria, como simples acionistas segundo os preceitos da lei geral de sociedades anônimas."

E concluiu:

"Nos termos o art. 39, da Lei nº 2.004, de

3 de outubro de 1953, a PETROBRÁS poderá criar subsidiárias, ancilares da sua operação econômica, em que terá necessariamente, a maioria das ações com direito a voto.

A ocorrência dessa autorização legal específica, o asseguramento do controle acionário de modo permanente e indeclinável, além do aspecto substancial de compor a constelação do monopólio estatal, atribuem a essas entidades, indiscutivelmente, *o caráter de sociedade de economia mista de segundo grau, integrantes da Administração Indireta, nos termos do decreto-lei nº 200/67.*

(Os grifos são meus.)

.....

87. Infere-se da leitura do parecer acima transcrito, na sua essencialidade, que essas entidades (subsidiárias ou controladas) tem o caráter de sociedade de economia mista de segundo grau, e, como tal, integram a Administração Pública Indireta, nos precisos termos do Decreto-lei nº 200/67.

88. Adotando o mesmo raciocínio, pode-se afirmar que as subsidiárias ou controladas não são senão partes ou aspectos (moderado) no domínio econômico.

89. Não resta a menor dúvida de que as subsidiárias ou controladas exercem atividades desempenhadas pelo próprio Estado, de vez que, quando atuam, vem a ser o próprio estado que está atuando, não implicando, com isto, que tenham personalidade distinta da dos entes de que fazem parte.

90. Difícil se torna — no meu entendimento — diferenciar, por exemplo, os objetivos da Telecomunicações Brasileiras S.A. — TELEBRÁS, vinculado ao *Ministério das Comunicações* de suas subsidiárias (sociedades de economia mistas estaduais ou municipais) cujo controle acionário pertence à União, a exemplo da TELEPAR, TELEBRASÍLIA, TELEGOIÁS etc.

91. Todas elas, tanto a "matriz" como suas subsidiárias possuem como objetivos precípuos: a unificação dos serviços relacionados com o setor de telecomunicações e o cumprimento do planejamento global, de todo serviço de telecomunicações no País.

92. Evidentemente, no caso em tela, todas elas, indistintamente, seguem as diretrizes do Ministério das Comunicações, no seu papel de supervisor.

93. Desse entendimento, que me parece tranquilo, passo a examinar a questão para a qual se requisita a manifestação desta Advocacia-Geral da União.

94. A mim me parece — *salvo melhor* juízo — que sobre as subsidiárias ou controladas incide, também, a obrigatoriedade de relização do concurso público para ingresso nos seus quadros de pessoal. O que importa para legitimar esse *cunho de obrigatoriedade* antes referido, é o fato de estarem submetidas ao controle majoritário da pessoa jurídica da qual são criadas. Vejam bem: *controle majoritário* e não apenas *controle acionário*, pois que as duas modalidades não se confundem, isto porque, o comando dos negócios societários, dada a composição atomística do acionariato, pode — conforme o tipo da entidade — cair nas mãos de quem não detenha a maioria das ações.

95. Daí, (entendo eu) que naquelas subsidiárias ou controladas, cujo controle majoritário seja do Estado, que se supõem empresas ou sociedades de economia mista de *segundo grau*, para estas, então aplica-se a regra contida no art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

96. Desse modo, excluindo-se as *coligadas* nas quais há o *controle* e sim participação do capital de outra, com 10% ou mais, as demais, isto é, aquelas em que a *"controladora disponha de modo permanente (e não eventual) do poder de eleger a maioria dos administradores e da preponderância nas deliberações sociais da sociedade controlada"* na feliz conceituação do saudoso Prof. Hely Lopes Meirelles (*in Parecer* sobre consulta feita pela ALUNORTE e ALUBRÁS, datado de 16.10.1981), incide a obrigatoriedade da realização de concurso público para admissão de pessoal.

97. Não são somente os argumentos acima produzidos que induzem prática dessa obrigatoriedade. Entendo que podem coexistir duas interpretações: a primeira de *lege data*, isto é, tomada a lei em seu sentido amplo, conforme o explicitado neste parecer; a segunda, por determinação das entidades controladoras aos

administradores das subsidiárias ou controladas para que, nas deliberações da Assembléia Geral, incluam a obrigatoriedade da realização do concurso público para ingresso nos seus quadros de pessoal.

98. Em conclusão, portanto, "São subsidiárias ou contoladas *sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica*", ainda lembrando Hely Lopes Meirelles (no citado Parecer) para quem "essas subsidiárias dependem inteiramente da empresa *"holding"*, de modo que, embora travestidas como entidades privadas, estas últimas (as subsidiárias) são, *principalmente*, pessoas administrativas, órgãos instrumentais de Administração Pública e estarão submetidas a tratamento jurídico predominantemente público (criação por lei, vinculação ministerial, supervisão governamental, controle financeiro de natureza estatal etc) cita, a propósito, autores como Cotrim Neto, com respaldo em Miranda Valverde e Lopes Pontes.

99. Ainda, è Hely Lopes Meirelles quem leciona: "Na esteira desses ensinamentos, subsidiárias seriam as empresas *"constituídas na ilharga"* da PETROBRÁS e da ELETROBRÁS, na feliz expressão de *Cotrim Neto*, posto que esses desdobramentos das sociedades matrizes foram expressamente autorizados pelas respectivas leis de criação e exercem atividades correlatas, quando não as mesmas atividades da empresa geratriz."

100. Sobre estas, indubitavelmente, digo eu, incide o princípio da investidura através de concurso público.

101. Logicamente, dá-se a *não incidência* sobre aquelas outras não controladas pela União, quais sejam aquelas sobre as quais, mesmo que indiretamente, não tem sobredita pessoa de capacidade política o poder de influir nas deliberações de suas Assembléias Gerais, tampouco de traçar diretrizes para seus administradores, ou mesmo orientar o funcionamento de seus órgãos de forma permanente.

102. No meu entendimento, *salvo outra interpretação*, quando se fala em *poder de mando* (para alguns tratadistas da matéria, *poder de controle*) é necessário ficar evidenciado que a controladora exerça domínio, direção e influência diretiva sobre a subsidiária ou controlada.

103. Repisando, e isto é preciso que se diga, o exercício do controle acionário traduz uma situação de *hegemonia* do acionista majoritário (controlador) que, de modo permanente e preponderante, traça as diretrizes, impõe decisões, enfim, dirige as atividades empresariais da controlada ou subsidiária.

104. Nessa ordem de raciocínio, não posso entender de modo contrário. Ora, se a empresa ou sociedade de economia *geratriz* dispõe de lei que a faculte criar controladas ou subsidiárias, explorando o mesmo tipo de atividades econômicas (de negócios), se detém o controle efetivo e permanente sobre a *criatura*, o entendimento antagônico conduziria a uma interpretação errônea, de vez que, apenas para a *geratriz* se imporia a obrigatoriedade da investidura no seu quadro de pessoal através do concurso público, deixando as controladas ou subsidiárias à margem dessa obrigatoriedade, condição esdrúxula que as colocaria numa situação disforme em relação às suas criadoras.

IX — CONCLUSÕES

Como conclusões, portanto, tenho que:

a) — da *Lei nº 7.733/89* dinama regra proibitiva de alcance genérico (art. 1º), de sorte a abrigar na vedação nela estampada todas aquelas pessoas físicas que mantenham vínculo jurídico com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, nesta compreendida as autarquias, empresas públicas e as sociedades de economia mista; desse modo, qualquer pessoa física que tenha vínculo jurídico com a Administração Pública Federal, direta ou indireta, não pode perceber remuneração pelo desempenho das funções enumeradas no sobredito diploma legal;

b) — o Egrégio Supremo Tribunal Federal proferiu decisão (cf. *Acórdão* publicado no D.J. de 23 de abril de 1993) conhecendo do *Mandado de Segurança nº 21.322-1-DF*, em que foi relator o ínclito Ministro *Paulo Brossard*, cujo voto, *in fine*, responde à consulta, ora formulada, da seguinte forma:

.....

Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso 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 existem, estão na própria contituição";

c) — não há, por conseguinte, em razão da matéria decidida pela mais alta Corte do País, qualquer dúvida no que se refere à obrigatoriedade da realização de concurso público para a admissão de pessoal nas empresas públicas, sociedades de economia mista e mesmo nas fundações governamentais de direito privado;

d) — sobre as empresas públicas e sociedades de economia mista de segundo grau, subsidiárias ou controladas por *matrizes* que detenham o exercício do controle (majoritário) societário, de forma permanente e preponderante, desde que autorizadas por lei especial e que se dediquem a um mesmo ramo de atividade econômica, *incide* o preceito contido no *art. 37, nº II, da Costituição Federal, embora sujeitando-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º da CF/88).*

É o parecer, *sub censura.*

Brasília, 8 de junho de 1993. L. A. Paranhos Sampaio, Consultor da União