NOTAS E COMENTÁRIOS

O SERVIDOR PÚBLICO E A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

JOÃO DE LIMA TEIXEIRA FILHO*

1 — *Considerações iniciais*

Dentre os vários temas constitucionais que estão a instigar o jurista à perquirição científica encontra-se o da exigibilidade ou não do concurso público para o ingresso de pessoal nas sociedades de economia mista.

Antes, porém, de adentrarmos na análise desse palpitante tema, algumas considerações iniciais se impõem.

A convocação da Assembléia Nacional Constituinte despertou a atenção da sociedade para a importância do momento histórico por que passava o País e para a magnitude da norma que cumpria aos Srs. Constituintes confeccionar.

Os propósitos dos Srs. Parlamentares, independentemente de correntes partidárias, pareciam convergir para a elaboração de um Texto Constitucional sintético, enunciador de *princípios básicos e regras essenciais* de conduta em sociedade, o que o faria longevo. Nesse contexto, abundavam as invocações da Magna Carta Inglesa e da Constituição Norte-americana.

Ocorre que esses bons propósitos depararam-se com entraves de diferentes ordens, variando desde a estrutura peculiar do Direito Anglo-saxônico, em contraposição ao sistema intervencionista do Direito Romano, que adotamos, até o desejo de inserir no corpo do Diploma Maior da Nação interesses concretos ao influxo da realidade nacional do momento ou a elevação ao patamar constitucional de normas preexistentes e detalhistas, de distinta hierarquia legal.

Não vai nessa colocação qualquer espécie de crítica ao Legislador Constituinte, que vocalizou os anseios desuniformes da sociedade. Trata-se, apenas, do registro de um cenário dentro do qual foi concebida "uma Carta Política para

* Advogado no Rio de Janeiro. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e do Instituto dos Advogados Brasileiros.

produzir efeitos jurídicos e não uma Carta Jurídica para produzir efeitos políticos", como bem registrou o Mestre Amauri Mascaro Nascimento.[1]

A esse fato não pode o operador do direito ficar insensível, sobretudo porque terá de harmonizar contradições intraconstitucionais e imprecisões terminológicas com o instrumental apropriado que a Ciência Jurídica põe ao seu alcance.

Neste passo, cumpre recordar a colocação que fizemos em conferência no 2º Seminário sobre Direito Constitucional do Trabalho (25.11.88 — São Paulo):

"É cediço que a Constituição Federal é um todo orgânico. A interpretação de seu texto não pode se dar pela análise apartada de um de seus artigos ou incisos, seccionando-o do conjunto no qual se integra e se interliga para enunciar o sentido da disposição. Por isso, a Lei Maior está imune aos influxos e eflúvios das normas infraconstitucionais para aclarar o alcance do comando superior. O endereçamento da norma constitucional só pode ser apreendido através da *interpretação sistemática* dos textos pertinentes ao assunto, eliminando-se as antinomias porventura entre eles existentes até que se chegue ao núcleo inspirador do preceito.

A propósito desse processo de cedência recíproca de textos, vale reproduzir a lição de Celso Ribeiro Bastos, para quem:

"... as Constituições são autênticos códigos encerrando muitos preceitos. A significação destes não é obtenível pela compreensão isolada de cada um. É necessário também levar-se em conta em que medida eles se interpenetram. É dizer, até que ponto um preceito extravasa o seu campo próprio para imiscuir-se com o preceituado em outra norma.

Disto resulta uma interferência recíproca entre normas e princípios, que faz com que a vontade constitucional só seja extraível a partir de sua interpretação sistemática, o que por si só já exclui qualquer possibilidade de que a mera leitura de um artigo isolado esteja em condições de propiciar o desejado desvendar daquela vontade."

Todavia, para que essa tarefa interpretativa seja levada a bom termo é indispensável encarar a Constituição com *simpatia,* como asseverou o Mestre Pontes de Miranda. Preconceitos distorcem o raciocínio e conduzem inexoravelmente a conclusões equívocas.

Assim, balizados pela *interpretação sistemática,* que é a mais apropriada para um texto extenso, e pela *simpatia,* que se deve devotar à nova *Lex Fundamentalis,* evitando a noção sociológica de *resistência à mudança,* tentaremos equacionar a questão acima formulada."[2] — Grifos originais.

[1] Conferência proferida no Congresso Regional de Direito do Trabalho à luz da nova Constituição, em Vitória (ES), 1.6.89.
[2] *In Revista LTr,* São Paulo, jan./89, p. 66.

Nessa linha de raciocínio não vemos como se possa aferir o alcance do inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal, apartado dos itens I, III, IV e V, que formam, em globo, o perfil do concurso público.

Ocorre que este conjunto de disposições afins não forma um todo, eis que em seu interior anida-se a figura do "servidor", como o destinatário deste concurso.

Logo, incabível escandir o concurso público do contexto maior em que se insere, qual seja, o conceito de "servidor", abarcado, por sua vez, no capítulo da Administração Pública.

2 — *O servidor público na Constituição Federal*

Examinemos, pois, os diversos textos que se imbricam no caderno da Administração Pública, objetivando concluir se a Sociedade de Economia Mista, entidade integrante da Administração Pública Indireta, possui ou não servidores para, em decorrência, estar ou não obrigada a realizar concurso público com vistas à admissão daqueles que lhes prestarão serviços subordinados.

O primeiro passo em busca de tal desiderato é dado ao se constatar que os artigos 37 e 38, encapsulados na Seção "Disposições Gerais" do Capítulo da "Administração Pública", referem-se indistintamente a *"servidor"* (art. 37, incisos V e XVIII, § 5º), a *"servidor público"* (art. 37, incisos XI, XIV, e art. 38, *caput*), a *"servidor público civil"* (art. 37, inciso VI) e a *"servidor público civil e militar"* (art. 37, incisos X e XV).

Esta diversidade de expressões estaria a indicar a existência de uma pluralidade de figuras?

Entendemos que não. A carência de técnica na confecção do texto não pode conduzir o intérprete a extrair o seu sentido pelo emprego da interpretação literal, sabidamente o método exegético mais falível.

A interpretação sistemática, que é a aconselhável para o caso, leva-nos a visualizar que as Seções seguintes do mesmo Capítulo tratam dos "Servidores Públicos Civis" (arts. 39 a 41) e "Servidores Públicos Militares" (art. 42), indicando claramente que estas são as *espécies do gênero* "servidor".

Assim, o "servidor" não é uma categoria com individualidade própria e sim uma referência abstrata para albergar aqueles dois tipos de servidores públicos, os civis e os militares. Tanto isso é fato que dispositivos há, dentro das respectivas Seções, fazendo referência apenas a "servidor" (arts. 39, *caput*, e § 1º, 40, *caput*, §§ 4º e 5º, 41 e §§, e 42, §§ 10 e 11). Daí não se extrai a conclusão de que, em bom direito, tais dispositivos estariam a referir-se a um *tertium genus*...

Portanto, o emprego da expressão servidor no Capítulo da Administração Pública é designativo de um *gênero* que se exterioriza em duas espécies, o *servidor público civil* e o *servidor público militar.*

E estas duas figuras encontram-se definidas na própria Constituição. Os "Servidores Públicos Civis" (Seção II) são, nos termos do art. 39, os

"... servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas",

enquanto que, nos termos do art. 42,

"São servidores militares federais os integrantes das Forças Armadas e servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares."

Nestas condições, o conjunto dos dispositivos constitucionais analisados sistematicamente deixa-nos com a convicção imune de dúvidas para afirmar, em conclusão, que os prestadores de serviços a sociedades de economia mista e a empresas públicas não podem ser tipificados de *servidores.* São eles *empregados,* à luz do próprio Ordenamento Constitucional, que, no particular, reza:

"Art. 173. (...)

§ 1º A empresa pública, *a sociedade de economia mista* e outras entidades que explorem atividade econômica *sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias."* (Grifamos.)

A sociedade de economia mista, como corolário indispensável à intervenção do Estado do domínio econômico, coloca-se em pé de igualdade ao empregador privado, sob cuja imagem foram concebidas. Não se deve esquecer que na raiz da motivação determinante do surgimento das sociedades de economia mista está latente a idéia de retirada dos grilhões que emperram o funcionamento do aparato estatal. Com isso, se lhes garantiria a agilidade de gestão para operarem com a eficiência e a eficácia empresarial, tanto ao explorar uma atividade econômica quanto ao executar um serviço público. Não vemos como se possa distinguir, para fins de aplicação da Legislação Trabalhista, a sociedade de economia mista que atue em qualquer destes campos.

Assim, a sociedade constituída com essa feição é ontologicamente uma empresa privada, submetendo-se ao mesmo regime jurídico desta e, por conseqüência, subsumindo-se aos ditames da Consolidação das Leis do Trabalho, dentre os quais o de que:

"Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário" (art. 3º — grifamos).

Em nada altera os termos da equação jurídica o fato de coabitar na administração direta, autárquica ou fundacional prestadores de serviço tanto estatutários quanto celetistas. *Não é o regime jurídico de trabalho* que determina a conceituação do laborista como servidor ou empregado. O que importa, para tanto, é a *natureza jurídica* da entidade a quem os serviços são prestados, como declara com incomodativa clareza o art. 39 da Constituição Federal.

Portanto, servidor é, em síntese, todo aquele que presta serviços para pessoas jurídicas de direito público e empregado aquele que trabalha para pessoa jurídica de direito privado.

3 — *A Doutrina, a Jurisprudência e a Lei*

É fato que existem extensões do conceito de servidor para abranger também os empregados de sociedades de economia mista. Todavia, não menos exato é que isto ocorre de *forma explícita* e para um *dado e específico efeito,* não desnaturando a regra. Muito ao contrário, reafirmando-a, porquanto, como se sabe em Direito, *exceptiones sunt strictissimae interpretationis.*

Como exemplo desta exceção ou, segundo outros, *ficção jurídica* invocamos o Decreto-lei nº 2.355/86, em cujo art. 1º dispõe:

"Art. 1º A nenhum servidor civil ou militar da União, do Distrito Federal e dos Territórios, será paga no país, retribuição mensal superior à importância equivalente ao valor de 80 (oitenta) salários mínimos de referência.

§ 1º *Para os efeitos deste Decreto-lei, considera-se*:

I — *Servidor,* qualquer que seja o regime jurídico ou forma de investidura:

a) os funcionários e servidores de qualquer categoria, da Administração Direta, membros do Ministério Público e integrantes da carreira de Diplomata, bem assim os dirigentes, servidores e empregados de autarquias comuns ou em regime especial;

b) os dirigentes, conselheiros e *empregados* de empresas públicas, *sociedades de economia mista,* subsidiárias, controladas, coligadas ou quaisquer empresas de cujo capital o Poder Público tenha o controle direto ou indireto, inclusive em virtude de incorporação ao patrimônio público" (grifamos).

Ora, como o mencionado Decreto-lei abre uma exceção à regra geral, permanece, *para os demais fins,* o conceito de servidor, com o conteúdo que o próprio sistema jurídico lhe dá, menos para o efeito do citado Decreto-lei. Afinal,

"As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente."[3]

Portanto, entendemos que o texto do Decreto-lei nº 2.355/87 não pode fundamentar, *data venia,* conclusão no sentido amplo de que o conceito de servidor incluiria os empregados das empresas de economia mista, salvo para os efeitos restritos de aplicação do citado Decreto-lei.

Nesse mesmo contexto se insere o exemplo clássico do Código Penal, quando a Constituição anterior contemplava a figura do *funcionário público,* substituído na atual Carta pelo *servidor.* Dispõe o art. 327 do Código Penal:

"Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º *Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal."* (Grifamos.)

Eros Roberto Grau denomina tais extensões ou ficções jurídicas de "conceito estipulado". Quando o legislador deseja a aplicação da norma editada, tanto ao servidor público propriamente dito, como aos empregados de empresa pública e sociedade de economia mista, ele esclarece, explicitamente, que, para os efeitos da lei, a expressão "servidor público" compreende os aludidos empregados. Esclarece, porque, se não o fizer, a norma não se aplicará a tais empregados. Isso corresponde — diz o precitado autor — a um

"conceito estipulado", diverso e mais amplo do que o conceito doutrinário de servidor público, de modo a abranger em si os empregados das sociedades de economia mista e das empresas públicas."[4] — Grifos originais.

Todavia, quando a norma em comento não produz explicitamente o elastério conceitual da terminologia empregada sua interpretação há de se dar em consonância com o conteúdo próprio que a Ciência Jurídica lhe atribui.

Se o Direito é ciência, cumpre atribuir às expressões da lei os correspondentes significados jurídicos, principalmente em se tratando de comando legal restritivo, que não comporta, por isso mesmo, interpretação extensiva.

Assim, com razão assinala Eros Roberto Grau que:

"Servidor público" é expressão (termo) de um conceito que a doutrina tem apontado como indicativo de todos quantos prestam serviços de natureza profissional e caráter não eventual, sob vínculo de dependência, a entidades públicas, da *Administração centralizada e autárquica ou direta.*

[3] Carlos Maximiliano, *in Hermenêutica e Aplicação do Direito,* Editora Forense, 1984, p. 277.
[4] *In Direito, conceitos e normas jurídicas,* São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1988, p. 86.

No conceito de "servidor público" mais reiteradamente tomado pela doutrina não são incluíveis, pois, os empregados de entidades da Administração Indireta."[5] — Grifos originais.

Passemos da doutrina à jurisprudência, cuja forma criadora, afinal, é que dá efetividade ao texto de qualquer norma jurídica.

Cumpre, de início, referir que o órgão de cúpula do Judiciário Trabalhista, o TST, vem de julgar, no mês de maio, em instância originária, os dissídios coletivos do Banco Central, do IBGE, da Caixa Econômica Federal e do Banco do Brasil, em virtude de paralisação por greves. Durante o julgamento destes dissídios deu-se a discussão acerca da conceituação dos prestadores de serviços daquelas pessoas jurídicas: se servidores ou empregados? Isto, para decidir se a regência constitucional da greve seria a do art. 9º ou a do art. 37 inciso VII. Ficou assentado que o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal têm *empregados*, à luz do artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, sendo a greve regulada pelo art. 9º. Já o BACEN e o IBGE possuem *servidores públicos*, cujo tratamento jurídico da greve depende da lei complementar a que alude o inciso VII, do artigo 37, da Constituição Federal.

Destes julgados, destacamos o concernente ao processo do IBGE. Do voto nele proferido, extraímos o excerto pertinente à matéria aqui versada, *verbis*:

"V — Considerações preliminares a respeito do mérito — O presente dissídio coletivo foi ajuizado por um Sindicato que congrega servidores públicos da administração pública fundacional, pois o foi contra a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE, que integra a administração indireta da União.

Conseqüentemente, não poderemos conceder quaisquer condições pleiteadas neste processo de dissídio coletivo, sem atentar para o que dispõe o Capítulo VII, da Constituição da República, que trata da Administração Pública. A leitura desse capítulo pode resultar em uma certa perplexidade, porque o *caput* do artigo 37 consigna que "a administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte". Passa, então, a enunciar, item por item, os vários postulados e as várias normas que deverão regular a administração pública direta, indireta ou fundacional do Estado Brasileiro, dentre as quais as que dizem respeito aos vencimentos. Estes e a remuneração devem observar, nos termos do que dispuser a lei, "o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos" (artigo 37, inciso XI), sua equiparação entre os ocupantes de cargos em Poderes di-

[5] *In op. cit.*, p. 85.

versos (artigo 37, inciso XII) e, finalmente, que a sua revisão será "geral, sem distinção de índices entre os servidores públicos civis e militares" e "sempre na mesma data" (artigo 37, inciso X). Com isso, estabeleceram-se normas rígidas, no texto da Carta Magna, a respeito da remuneração a ser paga no âmbito da administração pública. Como o *caput* do artigo 37 preceitua sobre a administração pública e como o direito administrativo pátrio consigna que a administração indireta é integrada, além das autarquias, pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, *poderíamos chegar à conclusão de que as restrições contidas neste capítulo abrangem, também, as sociedades de economia mista* e as empresas públicas. *Com relação às fundações não há dúvida alguma,* porque neste caso a Constituição é expressa: fala em administração pública direta, indireta ou *fundacional.* Aliás, já é do conhecimento desta Egrégia Corte que o Colendo Supremo Tribunal Federal, no final do ano passado, quiçá por influência da nova Constituição, havia firmado convicção a respeito e vinha considerando as Fundações como órgãos de natureza autárquica. Desta forma, creio que, em relação ao Suscitado, não existe dúvida a respeito, *mas há que se decidir, de forma apropriada, se as empresas públicas e as sociedades de economia mista continuam dentro daquela classificação que foi originariamente oferecida pelo Decreto-lei 200/69,* quando surgiu a reforma administrativa, que procurou definir e conceituar, juridicamente, certas instituições, a exemplo daquelas que integram a administração pública direta e a administração indireta do Estado. *A postura constitucional de 1988, para as atividades desenvolvidas pelo Estado no campo econômico é a mesma do texto de 1969, porque as empresas públicas e as sociedades de economia mista, ou quaisquer outras entidades que desenvolvem atividades econômicas, sujeitam-se ao mesmo regime das empresas privadas. É que o § 1º, do artigo 173, da nova Lei Maior, apenas reproduz o conteúdo do § 2º, do artigo 170, da Carta de 1969. Essas empresas, que competem ao plano econômico, têm que ter um 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. Dessa forma, entendo não haver dúvida alguma de que as entidades fundacionais, dentre elas o IBGE, não podem receber os benefícios usufruídos pelas sociedades de economia mista.* Assim, os *servidores do IBGE* não podem fugir às regras gerais, que sujeitam todo e qualquer prestador de serviços à administração pública direta, indireta ou fundacional. Conseqüentemente, quaisquer cláusulas pleiteadas que importem em perturbar a fixação, a revisão ou a periodização rigidamente previstas na Constituição em relação à remuneração dos servidores públicos, não podem ser concedidas aos servidores do IBGE. Estão, neste caso, as cláusulas de reajuste (primeira), de produtividade (segunda), piso salarial (terceira) de reposição salarial (quinta), já que perturbariam todo o rígido sistema constitucional a

respeito de vencimentos e remuneração no âmbito da administração pública" (TST-Pleno, Proc. DC-07/89, julgado em 04.05.89; Rel. Min. Orlando Teixeira da Costa). Grifamos.

Também no julgamento do dissídio coletivo do Banco do Brasil ficou assentado o conceito de *servidor público* em função da natureza jurídica desta Empresa. Diz o v. acórdão:

"O Banco do Brasil *é notoriamente sociedade de economia mista.*

Tem ações negociadas diariamente na Bolsa de Valores, onde a sua cotação e volume de vendas se constituem num dos seguros indicadores dos rumos de nossa economia.

. . . . . .

Trata-se, como se percebe, de um Banco que, desde o seu nascimento, há mais de 130 anos (se contarmos da data do seu ressurgimento) recebe a participação de particulares na composição do seu capital.

Está, portanto, quanto à sua natureza jurídica, emoldurado pelo artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, sucessor do artigo 170, § 2º, da Emenda I à Constituição Federal de 1967.

Os seus funcionários *não são servidores públicos civis,* mas bancários, e assim organizados e representados pelos Sindicatos dos Empregados em Estabelecimentos Bancários e pela CONTEC, no plano nacional.

A eles se aplicam as garantias e obrigações constantes dos artigos 7º, 8º e 9º da Lei Maior, além de outros dispositivos que regem as relações de trabalho nas empresas privadas, por equiparação nas empresas estatais e sociedades de economia mista. Em conseqüência, *fica afastada a incidência do artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal,* do Capítulo VII — Da Administração Pública — do Título III, que cuida da Organização do Estado. 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 ineludível atividade econômica, sujeitando-se à concorrência e ao mercado na captação de dinheiro e na realização 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"* (TST-Pleno, Proc. DC-16/89; Rel. Min. Almir Pazzianotto Pinto, *DJ* de 4.8.89, p. 12.686). Grifamos.

Portanto, o Egr. TST, a quem compete dirimir os litígios trabalhistas em que figuram como parte as sociedades de economia mista, já decidiu que os empregados destas, em função de sua natureza jurídica de direito privado, *não são servidores.* E isto ocorreu tanto em dissídios coletivos quanto nos seguintes dissídios individuais:

"Sociedade de Economia Mista — Qualificação Jurídica dos prestadores de serviços — As sociedades de economia mista, embora integrando a Admi-

nistração Pública Indireta, *são pessoas jurídicas de direito privado.* Os respectivos prestadores de serviços *não são servidores públicos, nem, com maior razão, funcionários públicos. São empregados* e a relação jurídica que os aproxima da tomadora dos serviços, tornando-os titulares de direitos e detentores de obrigações é regida pela Consolidação das Leis do Trabalho" (TST-Pleno, Proc. ERR-5.564/82; Rel. Min. Marco Aurélio; *in DJ* de 22.8.86) — Grifamos.

"Sociedade de Economia Mista. *Status* dos prestadores de serviço. Os prestadores de serviços à sociedade de economia mista não são enquadráveis como servidores públicos — RE 93.970-9, SP, Rel. Min. Décio Miranda, *in Diário da Justiça* de 10 de abril de 1981" (TST-Pleno, Proc. AG-E-RR-6.185/84; Rel. Min. Marco Aurélio, *in Repertório de Jurisprudência Trabalhista,* vol. 6, Ed. Freitas Bastos, verbete nº 1.680).

"A expressão 'servidor público' compreende a pessoa que presta serviço, de natureza não eventual, à administração direta e autarquias. Os empregados das sociedades de economia mista não estão protegidos pela estabilidade temporária da Lei nº 7.332, de 1º de julho de 1985" (TRT — 11ª Reg., Proc. RO-522/85; Rel. Juiz Lauro da Gama e Souza, *in Repertório de Jurisprudência Trabalhista,* vol. 5, verbete nº 1.354) — Grifamos.

"Empregado contratado por sociedade de economia mista não é conceituado como 'servidor público'. Logo, a ele é inaplicável o disposto no art. 16 da Lei 7.332/85, quando veda a exoneração de servidor público no período de 15.7.85 a 1.1.86" (TRT — 3ª Reg., 3ª T., Proc. RO-3.344/85; Rel. Juiz Ney Proença Doyle, *in Rep. de Jurisprudência Trabalhista,* vol. 5, verbete 1.355). — Grifamos.

Portanto, no campo do Judiciário Trabalhista, que é o competente para julgar litígios entre as sociedades de economia mista e seus empregados (artigo 114 da Constituição Federal), a jurisprudência é remansosa a respeito da exata dimensão do conceito de "servidor público".

À medida em que passa o tempo mais se reafirma essa conclusão também no campo legiferante. Exemplo disso é a Mensagem nº 272, em que o Exmo. Sr. Presidente da República (*DOU* de 21.6.89, p. 9.982) comunica ao Exmo. Sr. Presidente do Senado Federal as razões do veto ao Projeto de lei salarial oriundo do Congresso Nacional.

Ao fazer considerações gerais sobre o projeto e antes de ingressar nas razões do veto, posteriormente derrubado no Congresso Nacional por razões outras, consignou o Chefe da Nação que.

"Trata-se, ademais, de regra a vigorar somente para o setor privado e empresas estatais. A administração pública direta, autárquica e fundacional possui regras próprias, estabelecidas na Medida Provisória nº 56, de 19 de maio de 1989."

Tal excerto acentua o vetusto princípio da isonomia, desigualando as sociedades de economia mista e empresas públicas ("empresas estatais") da administração direta, autárquica e fundacional.

Nestas últimas residem os *servidores*, como deixa claríssimo o artigo 1º da Medida Provisória referida na Mensagem supracitada, *verbis*:

"Art. 1º Os vencimentos, salários, soldos e demais remunerações *dos servidores civis e militares da União, dos extintos Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, serão reajustados...*" (grifamos).

Não bastasse a ementa da Medida Provisória nº 56/89, o artigo 1º explicita o seu destinatário: o *servidor público*. E em momento algum esta norma referiu-se a sociedade de economia mista. Se o fizesse, inconstitucional seria, porquanto às testilhas com o artigo 173, § 1º, da Constituição Federal.

Mais recentemente ainda foi expedida a Medida Provisória nº 73, de 21.6.89, em cujo artigo 1º reafirma o já assentado conceito:

"Art. 1º São reajustados em trinta por cento os vencimentos, salários, soldos e demais remunerações dos *servidores civis e militares da União, dos extintos Territórios, das Autarquias, e inclusive as em regime especial, e das Fundações Públicas.*" (Grifamos.)

Na mesma esteira, as Medidas Provisórias n.ºs 74 e 82, de 27.7.89 e 25.8.89, respectivamente, dispõem, com igual redação, em seu artigo 1º:

"Mantida a data-base estabelecida no artigo 1º da Lei nº 7.706, de 21 de dezembro de 1988, os salários, vencimentos, soldos e proventos dos *servidores civis e militares da Administração Federal direta, das autarquias, das fundações públicas* e dos extintos Territórios Federais serão reajustados, trimestralmente, em percentual igual à variação acumulada do Índice de Preços ao Consumidor (IPC), verificada nos três meses anteriores, deduzidas as antecipações a que se refere o artigo 2º desta Medida Provisória." (Grifamos.)

Por fim, o Decreto nº 98.021, de 3.8.89, que "dispõe sobre a requisição ou cessão dos servidores públicos e a prestação de serviços extraordinários", repisa:

"Art. 1º Salvo nos casos de irrecusabilidade legal ou regulamentar, os pedidos de requisição ou cessão de *servidores da Administração Federal direta, autárquica e fundacional* serão encaminhados à Presidência da República, por intermédio da Secretaria de Planejamento e Coordenação — SEPLAN, com justificativa circunstanciada e anuência do Ministro de Estado *a que o servidor estiver vinculado.*" (Grifamos.)

Vale consignar que o *Diário Oficial da União* de 16.8.89 publicou o anteprojeto de regime único do servidor público civil. Embora utilizando a ultrapassada terminologia de "funcionário público", tal iniciativa conteve, como não poderia deixar de ser (art. 39 da Constituição Federal), os servidores na administração direta, autárquica e fundacional.

Deste sucinto apanhado, onde ainda é escassa e rasteira a doutrina maturada sob o pálio da Nova Constituição, em contraposição à jurisprudência e

às iniciativas legislativas apontadas, temos que não se pode conceituar o empregado de sociedade de economia mista como servidor público.

4 — *As conseqüências da caracterização do servidor público*

Insistimos em que a questão concernente à definição do servidor público é de suma importância não apenas para determinar quais as entidades obrigadas a realizar o concurso público, *mas para o efeito de colocar o servidor frente a todos os direitos que a Constituição Federal lhe assegura,* tal como a Carta Magna procede em relação aos empregados quando elenca os "Direitos Sociais" destes (artigos 7º a 11). Trata-se de uma relação de causa (quem é servidor público) e efeito (direitos atribuídos ao servidor).

Por outras palavras, as razões embasadoras da conclusão sobre quem é servidor público para fins de concurso público, apreciando um único fragmento de um grande mosaico constitucional, *servirão também para investi-lo inapelavelmente na titularidade das demais garantias constitucionais* asseguradas a essa mesma categoria de prestador de serviços.

Diante do texto constitucional não cabe falar-se no "conceito estipulado" de servidor público pelos motivos já aduzidos. A conceituação perseguida terá que determinar quem é servidor e quem é empregado, *cada qual com os respectivos direitos constitucionalizados.*

E que direitos, afinal, a Constituição assegura ao servidor, além do concurso público?

Esses direitos são, em síntese, os seguintes:

a) estabilidade absoluta;

b) aposentadoria com proventos integrais;

c) garantias para desempenho de mandato eletivo;

d) organização sindical;

e) direito de greve;

f) política de vencimentos.

Examinemos, isoladamente, cada um desses direitos, confrontando-os com aqueles correspondentes a que têm jus os empregados.

a) *Estabilidade*

O primeiro deles é o direito à estabilidade, corolário lógico do concurso público, como explicita, com incomodativa clareza, o art. 41 da Constituição Federal:

"São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, *os servidores nomeados em virtude de concurso público."* (Grifamos.)

Assim, o servidor a quem se destina o concurso *será o mesmo* que usufruirá da *estabilidade absoluta,* uma vez vencido o biênio experimental, com direito a reintegração se inadequadamente dispensado (§§ 1º e 2º do artigo 41 da Constituição Federal).

Já o *empregado* de empresa privada goza de uma *garantia relativa do emprego,* posto que possível a ruptura do vínculo mediante o pagamento da "indenização compensatória" (artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal), ou, enquanto esta não for estabelecida, da multa rescisória de 40% do FGTS (artigo 10, inciso I, do ADCT).

Como se vê, os sistemas de efetividade do vínculo jurídico no tempo são bastante distintos. Tanto assim o é que este último é inextensível ao servidor por força do que dispõe também o artigo 39, § 2º, da Constituição Federal.

Mas não é só.

b) *Regime de inativação*

O servidor concursado e estável tem, em conseqüência desse sistema, um regime de *inativação* específico, com *"proventos integrais"* e mecanismos de revisão e de manutenção do nível de estipêndios todo particular (artigo 40 e incisos e § 4º), inclusive para o cônjuge sobrevivente (§ 5º).

Outro é o contexto da aposentadoria para os trabalhadores comuns (artigos 7º, inciso XXIV, e 202, da Constituição Federal). Tais sistemas que não podem ser homogeneizados, especialmente quanto ao desligamento compulsório pelo implemento de idade do servidor (artigo 40, inciso II, da Constituição Federal), sem qualquer ressarcimento, ato que constitui uma faculdade do empregador mediante indenização reduzida para o empregado (artigo 32, § 3º, da CLPS).

c) *Mandato eletivo*

Além disso, ao servidor público eleito para desempenhar mandato federal, estadual ou municipal são assegurados direitos exercitáveis em relação ao ente público tomador dos serviços (artigo 38 e incisos da Constituição Federal).

Esses direitos não são oponíveis pelo empregado ao seu empregador, valendo, a propósito, transcrever elucidativos julgados do Egr. Supremo Tribunal Federal e da Justiça do Trabalho à luz de *igual dispositivo da Carta anterior.* Eis os julgados:

"Trabalhista. Mandato eletivo. Empregado de sociedade de economia mista, eleito vereador, com remuneração no cargo eletivo. Se pode ser licenciado com-

pulsoriamente pela empresa, sem remuneração. Questão que, em relação a *empregado da Petrobrás,* não se resolve pelo artigo 104 da Constituição.

Este, ao referir-se a servidor público da administração indireta, somente abrange o das autarquias. Conhecido e provido o recurso extraordinário para que, afastado de consideração o referido artigo 104, prossiga o julgamento como for de direito" (STF, 2ª T., Proc. RE-93.970-SP; Rel. Min. Décio Miranda; *DJ* de 10.4.81, p. 3.176). Grifamos.

"*Os empregados das empresas de economia mista não são enquadráveis como servidores públicos.* Daí porque o disposto no artigo 104, § 4º, da Constituição Federal não os beneficiam. O período de afastamento para exercício de mandato eletivo é considerado como *licença não remunerada,* a menos que haja ajuste em contrário" (TST-Pleno, Proc. E-RR-6.185/84; Rel. Min. Marco Aurélio; *in Repertório de Jurisprudência Trabalhista,* vol. 5, verbete nº 1.333). Grifamos.

"Contrato de Trabalho — Suspensão — Empregado eleito Deputado Estadual. Se o empregado da Petrobrás se afasta do emprego para exercer mandato eletivo de Deputado Estadual, o período de afastamento não pode ser considerado como tempo de serviço para todos os efeitos legais — Constituição Federal, artigo 104, § 4º — *por não ser ele servidor público. O contrato de trabalho resulta suspenso, ex-vi* do artigo 471 da CLT, neste período" (TRT, 4ª Reg., 1ª T., Proc. RO-251; Rel. Juiz Erton Ferzola dos Santos; *in ADCOAS* 1987, nº 112.383). Grifamos.

A recém-promulgada Constituição Federal, no pré-falado artigo 38, não altera o conteúdo do artigo 104 da Carta anterior.

Inexistindo modificação no regramento aplicável à hipótese em tela, não há porque alterar-se a interpretação então reinante, que ficou evidenciada, à exaustão, nos expressivos e recentes julgados acima colacionados, inclusive um oriundo do Egr. Supremo Tribunal Federal, o intérprete final da Carta Magna.

E a proposição lançada pela augusta Corte Suprema é de lógica irretorquível: a referência da Constituição anterior a "servidor público" da administração indireta só pode atingir a entidade da administração indireta que possui servidor, isto é, a Autarquia. A sociedade de economia mista e a empresa pública não estavam e continuam sem estar inseridas no campo de incidência da norma em comento.

Trata-se, pois, de mais um traço distintivo de proteção constitucional endereçada ao servidor e não ao empregado.

d) *Organização sindical e direito de greve*

Outra dessemelhança entre estas figuras reside no campo *sindical.* Assegurou-se ao servidor público uma organização sindical livre (artigo 37, inciso VI), sem os condicionamentos lançados no artigo 8º, especialmente a unici-

dade sindical (artigo 8º, inciso II), além de um direito de greve que pode ser limitado pela lei complementar que vier a regulá-lo (artigo 37, inciso VII), em oposição ao direito amplo, porém não irrestrito, de greve estabelecido no artigo 9º para os trabalhadores em geral.

Esta distinção entre o direito de greve lançado nos artigos 9º e 37, inciso VII, da Constituição Federal ficou estampada em recentíssimos julgados do TST nos dissídios coletivos do Banco do Brasil e do IBGE. No processo desta *entidade fundacional* com seus *servidores* chegou o Tribunal à seguinte conclusão:

"A douta maioria entendeu que, sendo o IBGE fundação de direito público, inserida, por força de mandamento constitucional, dentro do universo da administração pública, a norma que lhe asseguraria o direito de greve é de eficácia contida ou restrita, porque inteiramente dependente de regulamentação, através de lei complementar que vai estabelecer os limites e a forma de seu exercício. *Desse modo, a regência da matéria dar-se-ia, não pelo artigo 9º, mas sim pelo artigo 37, inciso VII, da Carta de 1988.* Por esses fundamentos, foi acolhida, por essa douta maioria, a preliminar de ilegalidade da greve, suscitada pela ilustrada Procuradoria Geral" (TST-Pleno, Proc. DC-7/89; Rel. Min. Orlando Teixeira da Costa). Grifamos.

Já em relação ao dissídio coletivo da citada *sociedade de economia mista* e seus *empregados*, a greve foi julgada não à luz do artigo 37, VII, da Constituição Federal, tido por inaplicável ao caso, e sim do seu artigo 9º. Diz o julgado na ementa:

"Direito de Greve. Banco do Brasil S.A. — Sociedade de economia mista — Aplicação do artigo 173, § 1º, c/c artigo 9º da Constituição Federal."

E na fundamentação do voto fica explicitada a dicotomia traçada pelo TST. Vale repetir o trecho:

"O Banco do Brasil é notoriamente sociedade de economia mista

(...)

Está, portanto, quanto à sua natureza jurídica, emoldurado pelo artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, sucessor do artigo 170, § 2º, da Emenda I à Constituição Federal de 1987.

Os seus funcionários *não são servidores públicos civis*, mas bancários, e assim organizados e representados pelos Sindicatos dos Empregados em Estabelecimentos Bancários e pela CONTEC, no plano nacional.

A eles se aplicam as garantias e obrigações constantes dos artigos 7º, 8º e 9º da Lei Maior, além de outros dispositivos que regem as relações de trabalho nas empresas privadas, por equiparação, nas empresas estatais e sociedades de economia mista. *Em conseqüência, fica afastada a incidência do artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal*, do Capítulo VII — da Administração Pública — do Título III, que cuida da Organização do Estado" (TST-

Pleno, Proc. DC-16/89; Rel. Min. Almir Pazzianotto; *DJ* de 4.8.89, p. 12.686). Grifamos.

Claro, pois, o tratamento diferenciado quanto ao direito de greve dos *servidores* e dos *empregados* ante as dessemelhanças que ambos encerram.

e) *Remuneração*

Também no campo da *retribuição pecuniária* pela contraprestação de serviços o regramento constitucional, contido nos incisos X a XV do artigo 37, parece suficientemente claro para não permitir que os empregados de sociedades de economia mista sejam ali inseridos.

A propósito, as Medidas Provisórias anteriormente reproduzidas não desbordam dessa bitola constitucional, inatingindo os empregados cuja política salarial está subordinada à Lei nº 7.788, de 3.7.89.

Ademais, no multicitado dissídio coletivo do IBGE o TST deslocou a data-base desta fundação para *unificá-la com a data-base de reajuste dos servidores públicos*. Diz o julgado:

"Cláusula 71 — Alteração da data-base — Fica alterada a data-base de março para setembro, para fins de instauração de dissídio e/ou homologação de acordo coletivo."

A categoria profissional e o Suscitado firmaram um acordo coletivo de trabalho em 1988, cuja cláusula 83 apresentava-se assim redigida:

"Vigência do acordo — O presente acordo terá vigência de 12 meses, a partir de 1º de março de 1988."

Entretanto, a Lei nº 7.706, de 21 de dezembro de 1988, determinou que "a partir de 1989, o mês de janeiro será considerado data-base nas revisões dos vencimentos, salários, soldos e proventos dos servidores civis e militares da administração federal direta, das autarquias, dos extintos territórios federais e das *fundações públicas*" (artigo 1º da citada lei, grifos nossos), *em observância ao que preceitua o artigo 37, inciso X, da Constituição da República. Assim, a data-base da categoria deve ser alterada, sim, não para passar de março para setembro, mas de março para janeiro. Instituo, pois, a cláusula, com a seguinte redação:*

"Fica alterada a data-base de março para janeiro, para fins de instauração de dissídio coletivo e/ou homologação de acordo coletivo" (TST-Pleno, Proc. DC-7/89; Rel. Min. Orlando Teixeira da Costa). Grifamos.

Em se tratando de empresas privadas, as sucessivas leis salariais, a partir da Lei nº 6.708/79, têm, invariavelmente, preservado as datas-bases das diversas categorias ou empresas, que estão distribuídas ao longo do calendário.[6]

[6] Lei nº 6.708/79, arts. 4º e 10; Decreto-lei nº 2.065/83, arts. 30 e 31, § 2º; Lei nº 7.238/84, arts. 4º e 10; Decreto-lei nº 2.284/86, art. 20; e Decreto-lei nº 2.335/87, art. 9º.

Desse comportamento não resvala a lei salarial vigente (Lei nº 7.788/89, artigos 4º e 5º).

Logo, sendo a fixação da data-base decorrência do marco de vigência do primeiro instrumento normativo aplicável às partes, não pode a Justiça do Trabalho alterá-la sem assenso dos interessados, conforme é de sua jurisprudência:

"Antecipação da data-base — A pretensão somente pode ser alcançada *mediante negociação coletiva,* dependendo, portanto, da vontade do sindicato patronal, porquanto implica na criação de ônus" (TST-Pleno, Proc. RO-DC-651/81; Rel. Min. Idélio Martins; *in Repertório de Jurisprudência Trabalhista,* vol. 2, Ed. Freitas Bastos, verbete nº 1.855). Grifamos.

Aí está uma mesma situação (mudança de data-base) em que o poder normativo da Justiça do Trabalho foi exercido diferentemente em razão da diversidade de natureza da pessoa jurídica que figurava na angularidade processual.

Na lide coletiva do IBGE o deslocamento da data-base resultou do enquadramento jurídico da situação concreta à norma constitucional (artigo 37, X), que não poderia ser descumprida por aquele a quem cumpre aplicá-la.

Não se tratando, todavia, de pessoa jurídica de direito público e assegurando a lei a manutenção das datas-base, o poder normativo do Judiciário Trabalhista queda inerte, ficando ao livre alvedrio dos interessados efetuarem a mudança desse marco das negociações coletivas quando melhor lhes aprouver.

Examinado o *conjunto de direitos* que a Constituição confere ao *servidor,* cumpre ressaltar que em uma única passagem do artigo 37 da Constituição Federal é feita expressa menção ao laborista da sociedade de economia mista, *por extensão e para um só efeito,* a saber:

"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." (Grifamos.)

Tratando-se de norma que encerra exceção, sua interpretação há de ser restrita, fazendo prevalecer a regra para todos os demais fins a que se destina. Não há transfundir o excepcional em ordinário.

Desta análise comparativa dos dois sistemas constitucionais de proteção, resta a certeza de que no centro de endereçamento de cada um deles, considerados de forma isolada, estão o servidor num e o empregado noutro.

O que se nos afigura juridicamente insustentável é *pinçar direitos* de cada um desses sistemas para, fracionando-os do todo a que se jungem, atribuí-los ora ao servidor, ora ao empregado, qualquer que seja a fundamentação inspiradora dessa distribuição. Isso implica em *perquirir o acessório olvidando do principal* e em *criar um novo conjunto de direitos* pela mixagem daqueles dois sistemas constitucionais, desfigurando-os de per si.

O que prepondera, em nosso entendimento, é a definição de quem seja servidor e de quem seja empregado. Feito isto, ou seja, *enfrentada a causa*, os direitos respectivos resultarão como *mera decorrência*, verdadeiro *acessório* de enquadramento automático.

5 — *O concurso público como um dos atributos do servidor público*

Feita a análise do conjunto dos direitos que a Constituição atribui ao servidor público, por sua vez já definido, encontramo-nos, agora sim, aptos a delimitar o campo de abrangência de um dos elementos daquele todo, o concurso público.

O ponto de partida de tal empreitada reside nos incisos I a V do artigo 37 constitucional, onde estão insculpidas as regras pertinentes ao *mesmo tema* e que não podem ser interpretadas isoladamente no micro-universo que compõem, integrando-se e interpenetrando-se, *verbis*:

"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:

I — os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei;

II — a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

III — o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

IV — durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

V — os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei."

Conquanto o *caput* do artigo fale em administração direta ou indireta, não quer isso dizer que seus incisos sejam aplicáveis tanto à administração centralizada quanto à descentralizada.

O eg. TST, nos julgados transcritos, já evidenciou acertadamente que isto não pode ocorrer quando conceituou o servidor, o direito de greve e a data-base para reajustes.

Portanto, o vetusto princípio de que o parágrafo deve ser interpretado em sintonia com o *caput*, ao qual se subordina, deve ser aplicado com temperamentos à Constituição de 1988, pena de chegarmos a aberrações jurídicas a que um texto despido de técnica legislativa pode conduzir.

É oportuno lembrar a lição do inexcedível Carlos Maximiliano, quando adverte:

"*Deve o Direito ser interpretado inteligentemente*: não de modo que a ordem legal envolva um *absurdo*, prescreva inconveniências, vá ter as conclusões inconsistentes ou impossíveis."[7] — Grifos originais.

Nessas condições, se os incisos do art. 37 que, isoladamente ou reunidos por conjuntos afins, fazem expressa referência a "servidor" estivessem a indicar que esse é o *status* do prestador de serviços à administração direta ou indireta, indistintivamente, cumpriria então indagar:

Que sentido teria o art. 173, § 1º, da CF ao submeter as sociedades de economia mista e empresas públicas ao cumprimento dos direitos sociais elencados no pórtico da Constituição?

Diante da contradição inabluível a que conduziria aquela hipótese figurada, outra alternativa não resta senão a de afastá-la, fazendo prevalecer o princípio básico que rege a intervenção do Estado no domínio econômico.

Por outro lado, a Constituição é clara ao prever a instituição de um

"... regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração direta, das autarquias e das fundações públicas" (art. 39),

do qual farão parte, além dos direitos constitucionalmente atribuídos ao servidor, alguns direitos sociais (art. 39, § 2º). Nesta diretriz estão definidos três elementos essenciais, a saber:

a) haverá o regime jurídico único;

b) esse regime jurídico está circunscrito ao servidor público; e

c) a administração direta, autárquica e fundacional, onde se entroncam os servidores, deve obediência apenas ao citado regime.

Disso resulta a conclusão inarredável de que as sociedades de economia mista:

a) não são destinatárias daquele regime jurídico único;

b) não têm servidores públicos em seus quadros de pessoal;

c) estão, por via de conseqüência, subordinadas ao "*regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas*" (art. 173, § 1º, da Constituição Federal — grifamos).

[7] *In Hermenêutica*, cit., p. 166.

Ora, se para ser servidor público é preciso que o candidato submeta-se a concurso público, como regra, e não havendo servidor na sociedade de economia mista, que está subordinada às regras aplicáveis às sociedades mercantis privadas, conclusão lógica é a de que a admissão de empregados na empresa mista não está condicionada à realização de concurso público.

E aqui cumpre, uma vez mais, invocar precedente específico do Eg. Tribunal Superior do Trabalho, no mesmo dissídio coletivo do Banco do Brasil (sociedade de economia mista), em cujo julgamento foi *indeferida* a cláusula de concurso público, *verbis*:

"*Cláusula Terceira* — "Realização de concurso público".

Também quanto a este pedido, foi suscitada preliminar de extinção do processo pelo Exmº Sr. Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, face a sua impossibilidade jurídica. Rejeitada a preliminar, por maioria.

A matéria, entretanto, desborda a competência da Justiça do Trabalho em tema de dissídio coletivo. *Não tem este TST a mais remota condição de avaliar as necessidades de pessoal do Banco do Brasil para lhe ditar uma ordem pela via da sentença normativa no sentido de organizar e arcar com o ônus de um concurso de recrutamento e seleção. INDEFIRO"* (TST-Pleno, Proc. DC-16/89; Rel. Min. Almir Pazzianotto; *DJ*, de 4.8.89, p. 12.686). Grifamos.

Estivesse a sociedade de economia mista obrigada à realização de tal concurso, o eg. TST procederia como procedeu no citado dissídio coletivo do IBGE: *tanto o deslocamento da data-base, neste, quanto o concurso público, no dissídio do BB, significam mero exercício de enquadramento do caso concreto à norma específica estampada na Constituição Federal* (incisos X e I a V, respectivamente, do art. 37).

Pelo fato de haver indeferido a cláusula de realização de concurso público não faltou o eg. TST com a coerência. Ao contrário, realçou-a. Isto porque, como pressuposto do julgado, já transcrito, ficou gizado que:

"O Banco do Brasil é notoriamente uma sociedade de economia mista", e que seus laboristas

"... não são servidores públicos civis...".

Em conseqüência,

"A eles se aplicam as garantias e obrigações constantes dos arts. 7º, 8º e 9º da Lei Maior, além de outros dispositivos que regem as relações de trabalho nas empresas privadas." (Acórdão cit.).

Logo, *não poderia mesmo o eg. TST deferir a cláusula do concurso público*, estendendo a quem não se destina uma obrigação constitucional. A amplitude do novo poder normativo do Judiciário Trabalhista não sustém elastérios dessa ordem.

Aliás, comentando o dispositivo constitucional sobre concurso público, conclui Toshio Mukai:

"A grande novidade deste dispositivo é a exigência de concurso público também para a contratação pela CLT, que até então não era prevista, o que era foco da escandalosa onda de empreguismo e clientelismo eleitoral a que assistimos nos últimos anos em toda a Administração Pública brasileira. *Essa imposição, no entanto, pela sua redação, não alcança o pessoal da administração indireta*" (*in Administração Pública na Constituição de 1988*, Ed. Saraiva, 1989, p. 52). Grifamos.

No caso da sociedade de economia mista inexiste, como corolário do seu timbre de empresa privada, "cargo ou emprego público" (art. 37, II) nem "funções públicas" (art. 37, I), ou mesmo "cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração" (inciso II) para serem exercidos por "servidores ocupantes de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei" (inc. V).

Tais referências estão a indicar, com meridiana clareza, a repetição do art. 97 da Carta anterior e a constitucionalização de institutos consagrados ao funcionalismo público a partir da Lei nº 1.711/52 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União), corporificando, assim, o processo de elaboração de uma Carta regulamentarista levado a efeito pela Assembléia Nacional Constituinte, como aludimos no início.

A empresa de capital misto não possui *empregos públicos*, que são característicos da administração direta e autárquica, como remarca o art. 61, II, *a*, da Constituição Federal; pode ter cargos de confiança ao seu livre alvedrio — não determinados "por lei" — e quadro organizado de pessoal, ao feitio da CLT (art. 461, §§ 3º e 4º), se assim o desejar. O ingresso de seus empregados não se dá por "investidura" ou "nomeação" (art. 37, II), mas por *mero exercício* das atividades devido ao elementar princípio da "primazia da realidade" ou do contrato-realidade, desenvolvido brilhantemente pelo Mestre uruguaio Américo Plá Rodriguez (*Princípios de Direito do Trabalho*, Ed. LTr), princípio este amplamente acolhido pela legislação (art. 442 da CLT), doutrina e jurisprudência brasileiras.

Revela-se, aqui, em toda a sua extensão, o traço distintivo da estrutura do direito público e do direito privado. Enquanto a inobservância à forma prevista em lei acarreta a nulidade do vínculo com o serviço público, tratamento diametralmente oposto nas sociedades de economia mista é dispensado pelo Direito do Trabalho, que pretere as formas para tutelar a essência da relação jurídica:

"*Primazia da realidade.* Em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos" (Plá Rodriguez). É a "primazia da situação de fatos sobre a ficção jurídica, que se manifesta em

todas as fases da relação de trabalho" (Deveali) (TST, 1ª T., Proc. RR-6.729/83; Rel. Min. Coqueijo Costa; *in Repertório de Jurisprudência Trabalhista*, vol. 4, verbete nº 1.366).

"Na pactuação do trabalho, mais que a cláusula escrita, vale a factualidade evidente da prestação laboral para definir a sua natureza e os seus lindes jurídicos. A preeminência da prestação de trabalho decorre de consubstanciar o pacto que o justifica um contrato-realidade" (INARRITU) (TST, 1ª T., Proc. RR-7.270/83; Rel. Min. Ildélio Martins; *in* rep. cit., vol. 5, verbete nº 1.406).

"É inócua a declaração consignada no contrato de que o trabalho será prestado sem vínculo empregatício, se a realidade revela ser de emprego a relação jurídica existente entre as partes. A primazia da realidade, que constitui um dos princípios do Direito do Trabalho, consiste exatamente em não permitir que as disposições contratuais escritas se sobreponham à realidade fática" (TRT-12ª Reg., Proc. RO-1.002/84, julg. 14.5.85; Rel. Juiz Umberto Grillo; *in* Rep. cit., vol. 5, verbete nº 1.420).

Portanto, os incisos I a V do art. 37 da CF, porque pertinentes ao *mesmo tema*, não podem ser interpretados de forma escandida. Sua leitura em globo conduz à convicção no sentido de se estar tratando de administração *direta, autárquica e fundacional* pelo emprego da sistemática, institutos e expressões consagrados no sistema jurídico vigente antes da nova Constituição e pertinentes ao funcionário público, atual servidor público.

A interpretação sistemática reforça mais ainda esta conclusão quando se verifica que o art. 19 das Disposições Transitórias faz expressa remissão ao art. 37 para aclarar seu alcance aos "*servidores públicos civis da administração direta, autárquica e das fundações públicas*", não pertinindo, assim, às sociedades de economia mista, que possuem empregados. Àqueles, mesmo admitidos sem concurso, se estendeu a estabilidade, que é própria do *servidor público* (arts. 41 c/c 39) e inaplicável ao *empregado* (arts. 7º, I, c/c 173, § 1º).

A referência do art. 18 das Disposições Transitórias a "servidor admitido sem concurso público, da administração direta ou indireta", a partir da instalação da ANC, para extinguir-lhes a estabilidade acaso outorgada, não abarca a sociedade de economia mista por um único e insofismável motivo: o artigo está endereçado a quem possua a obrigação de realizar "concurso público" e a isso não estava obrigada a sociedade de economia mista...

Recapitule-se, no particular, o entendimento do eg. STF, já transcrito, de que o texto legal,

"... ao referir-se a servidor público da administração indireta, somente abrange o das autarquias" (Rel. Min. Décio Miranda).

Resta, por fim, estabelecer as margens dentro das quais se exerce a competência atribuída ao eg. TCU, especificamente no art. 71, inciso III, da Constituição Federal, *verbis*:

"apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas 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 leal do ato concessório."

Em face de tudo o que foi aqui exposto, sempre direcionado para a interpretação sistemática — e não fragmentada — do Diploma Constitucional, temos que não se extrai do dispositivo supratranscrito a exigência de concurso público na sociedade de economia mista. O inciso regula a competência da eg. Corte de Contas. Logo, *não é norma de direito substantivo.* Vale dizer, não é ela a instituidora do concurso público.

Ela confere competência ao TCU para aferir "a legalidade dos atos de admissão de pessoal *a qualquer título,* na administração direta e indireta". Se se trata de admissão "*a qualquer título*", é evidente que o concurso público não é a *única* forma de admissão, especialmente na administração indireta, onde estão incluídos:

a — órgãos sujeitos ao regime administrativo (autarquias e fundações públicas), sendo o seu pessoal *servidor público* (celetista ou estatutário); e

b — empresas estatais submetidas ao regime privado (sociedades de economia mista e empresas públicas — art. 173, § 1º), sendo os seus trabalhadores *empregados* em igualdade de condições com os empregados das empresas privadas.

Destarte, o Eg. TCU aferirá a regularidade do concurso público onde este procedimento é exigível, isto é, na administração centralizada, autárquica e fundacional. Não quer isto dizer que as empresas públicas e sociedades de economia mista estejam imunes àquela ação fiscalizadora. A aferição da regularidade das admissões ocorrerá sempre. Só que nestas empresas o *parâmetro* para a fiscalização não será o concurso público e sim os *procedimentos internos eleitos pela própria empresa* (regulamento de pessoal, plano de cargos e salários, etc.) ou a proibição de admissão de pessoal estabelecida por lei ou decreto, quando aplicável a essas empresas.

Recorde-se, quanto a este derradeiro aspecto, as recentes Inspeções Especiais realizadas pela eg. Corte de Contas, inclusive em sociedades de economia mista, para constatar o cumprimento de Decretos proibitivos de contratação de pessoal (Decretos nºs 95.682, de 28.1.88, 96.621, de 31.8.88 entre outros).[8]

[8] Decisões publicadas no *Diário Oficial da União*, de 20.6.89, p. 9.925, 9.926, e de 18.5.89, p. 7.781-7.783.

Dessa forma o eg. Tribunal exerceu sua competência de "apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta".

O mesmo ocorrerá na medida em que seja aferido o cumprimento da norma interna a que se auto-obrigou a sociedade de economia mista como procedimento necessário à admissão de seus empregados.

Aliás, o processo seletivo para admissão de laboristas é extremamente salutar, tanto que comumente praticado pelas empresas como instrumento ágil e eficaz de recrutamento de pessoal com elevado potencial técnico disponível no mercado de trabalho.

Logo, não opomos óbice ao processo de competição para o ingresso de empregados nas sociedades de economia mista. Opomo-nos a que tal se dê por regras aplicáveis ao *servidor público* e concebidas para um contexto no qual aquelas empresas estatais, regidas pelo direito privado, não se inserem, efetivamente.

As sociedades de economia mista devem possuir suas próprias regras de seleção de pessoal, consubstanciadas em regulamento interno. O administrador terá, assim, uma norma de conduta a seguir, que como toda norma é geral e impessoal, além de, no caso específico, ser não discriminatória, em atenção ao art. 5º, incisos XXX e XXXI, da Constituição Federal.

Com isso, estará assegurado o referencial que deve nortear o TCU na aferição da regularidade dos atos de contratação de empregados naquelas empresas.

Nessas condições, nosso entendimento sobre a matéria pode, em síntese apertada, ser assim enunciado:

a — a definição de servidor público e a de empregado no âmbito da Administração Pública Federal é de suma importância, porque daí resultarão os direitos correspondentes a cada qual, elencados em sistemas próprios e incomisturáveis;

b — o concurso público não pode ser destacado do sistema jurídico que como fragmento integra para analisá-lo isoladamente;

c — o concurso público é exigência a que deve se submeter o servidor público, para ingresso na administração direta, autárquica e fundacional, com isso adquirindo, por inafastável conseqüência, os demais direitos inseridos no sistema jurídico regulador do vínculo do prestador investido do *status* de "servidor";

d — a sociedade de economia mista, diferenciada da administração pública direta, autárquica e fundacional pelo art. 173, § 1º, da Constituição Federal,

submete-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas quanto às obrigações trabalhistas, tendo por isso empregados dotados de um sistema jurídico próprio, do qual não faz parte o concurso público.

e — as sociedades de economia mista devem editar regulamentos internos, com critérios próprios e afinados com a sua realidade operacional, objetivando recrutar a mão-de-obra mais qualificada do mercado de trabalho através de um processo seletivo específico.