

As Empresas Estatais, o Concurso Público e os Cargos em Comissão

*Carlos Ari Sundfeld¹ e
Rodrigo Pagani de Souza²*

I A Administração Pública e o concurso

A imposição de concurso público para a ocupação de postos de trabalho na Administração Pública é regra importante, estreitamente ligada à realização dos princípios da isonomia e da moralidade administrativas.

Ocupar um posto de trabalho na Administração Pública é usufruir de um benefício pessoal que não pode ser estendido a todos os interessados aptos. Daí a necessidade de um procedimento de competição entre os interessados, que lhes dê igual oportunidade de acesso ao benefício ofertado. Este procedimento é, justamente, o concurso público.

Sua filiação ao princípio da isonomia, assim, é clara: quer-se assegurar *igual oportunidade* a todos, de modo que resulte beneficiado apenas quem, mediante justa competição, demonstre melhor atender às qualificações e demais exigências inerentes ao posto.

Também não é difícil perceber a estreita relação da exigência do concurso com o princípio da moralidade administrativa: ela é o antídoto juridicamente consagrado contra o preenchimento de postos administrativos ao arbítrio de um homem só, ou de um grupo só, segundo preferências, critérios ou contingências em nada

¹ Professor da Escola de Direito da FGV-SP e da PUC/SP, pela qual é Doutor e Mestre. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público. Advogado.

² Professor Coordenador do Curso Anual de Direito Administrativo da Sociedade Brasileira de Direito Público. Mestre pela Faculdade de Direito da USP. Advogado.

relacionadas à aptidão para o desempenho das atribuições em jogo. Trata-se, em outros termos, do antídoto contra a reserva desses postos a protegidos, despreparados, credores ou partidários de quem quer que seja. Em uma palavra, é um instrumento de *moralidade* na Administração Pública.

De resto, além de ligar-se estreitamente aos dois princípios já mencionados, a exigência de concurso público também se presta à realização do princípio constitucional da eficiência (introduzido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, pela Emenda 19/98). Em que termos? Ao levar à *profissionalização* dos quadros da Administração Pública, ele serve à eficiência na atividade administrativa. Afinal, se através do concurso forem contratados não os despreparados, mas os profissionais mais aptos e qualificados para o posto – podendo-se falar, então, em *profissionalização* –, logicamente poderemos supor que as atribuições ligadas ao posto também serão executadas com mais eficiência.

Não por acaso – mas muito pela consciência da sua importância, pela repulsa aos desvios do passado e, sobretudo, por claríssima imposição constitucional –, os que lidamos com o Direito Administrativo temos travado no Brasil uma luta colossal para que esta regra se faça valer com plenitude, até onde se possa e se faça pertinente estendê-la, de modo a restarem, tão-somente, bem justificadas exceções.³

O próprio regime jurídico das empresas estatais é exemplo desta luta. Se – há algum tempo, é verdade – já se chegou a cogitar da imunidade dessas empresas à regra geral do concurso público, imunidade supostamente arrimada na circunstância de revestirem o figurino de direito privado, hoje é entendimento pacífico, na doutrina e nos tribunais, de que inexistente tal imunidade.⁴ Tal qual ocorre com a

³ Um rápido panorama sobre os desvios do passado em matéria de aplicação – ou melhor, de não-aplicação – da regra do concurso público pode ser colhido em Adilson Abreu DALLARI. A conclusão do autor é precisa e contundente: “Este quadro dantesco e vergonhoso é aqui desenhado porque a redação do texto atual da Constituição Federal, no tocante ao concurso público, representa uma reação a tudo isso e tem por objetivo evitar que esses mesmos comportamentos venham a ocorrer no futuro.” *Regime constitucional dos servidores públicos*, 2. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 36.

⁴ Como anota Dinorá Adelaide Musetti GROTTI, a obrigatoriedade de concurso para a admissão de pessoal nas empresas estatais (tanto as prestadoras de serviço público quanto as exploradoras de atividade econômica) foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação do Mandado de Segurança nº 21.322/1, Pleno, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 3-12-1992, acórdão esse que fixaria o posicionamento da Corte sobre o assunto. Cf. “O regime jurídico das empresas estatais”, in: Luiz Guilherme da Costa WAGNER JÚNIOR (Coord.), *Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2004, p. 174, nota de rodapé nº 119. O aludido *leading case* está publicado na *Revista Trimestral de Direito Público* nº 7, de 1994, p. 260-273. Merece realce a assertiva do relator do acórdão, Min. Paulo BROSSARD, que bem ilustra os percalços da luta pela ampla aplicação do princípio do concurso, de que falávamos linhas atrás: “A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da lei, e mediante concurso, é princípio constitucional explícito desde a Constituição de 1934, que o enunciou em seu art. 168. Embora tradicionalmente burlado, mercê de expedientes variados, como a efetivação mediante lei, dos que tivessem mais de tantos anos de serviço que colocavam os interessados em superioridade manifesta quanto aos não funcionários, ou a realização de provas reservadas aos interinos, o princípio vem sendo repetido e a Constituição de 88 ampliou o seu alcance, para dizer que tanto os cargos, como os empregos públicos, devem ser providos mediante concurso público, art. 37, II, uma vez que são acessíveis a todos os brasileiros, inciso I. Desse modo,

Administração direta e as entidades de direito público da Administração indireta, estas empresas estão sujeitas, sim, ao dever geral de contratar o seu pessoal por concurso público. De resto, a Constituição Federal, em seu art. 37, inciso II, é inequívoca ao proclamar esta sujeição:

Constituição Federal

Art. 37. [...]

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Vê-se que o dispositivo não faz ressalva alguma em função do órgão ou entidade em que esteja situado o posto de trabalho; basta ser um posto na Administração Pública (cargo ou emprego público, não importa) para que se torne acessível, em princípio, exclusivamente por concurso.

2 Cargos em comissão como exceção ao concurso

Ocorre que, em que pese toda a sua importância, a exigência não é absoluta. A Constituição, ao instituí-la, prevê exceções; uma delas encontra-se no próprio art. 37, II, que ressalva as “nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”. De que exceção, exatamente, a Constituição está falando? Que postos são estes, exatamente, que podem ser acessados sem prévia realização de concurso público?

Ora, cuida-se dos *cargos em comissão*, conforme a letra do preceito constitucional. Mas isto não diz o suficiente, pois não se consegue extrair daí qual a peculiaridade do posto de trabalho em questão que o faz acessível sem concurso público. O auxílio para a resposta à pergunta está no inciso V do mesmo art. 37. Dele se extrai que os cargos em comissão só podem ser postos ligados às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Veja-se:

Constituição Federal

Art. 37. [...]

V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos

também as autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. As exceções ao princípio, de resto, estão expressas na própria Constituição.” Cf. voto proferido no citado acórdão, in *RTDP* 7, p. 267.

por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às *atribuições de direção, chefia e assessoramento*;

Desses preceitos conjugados – incisos II e V do art. 37 da Constituição Federal – resulta que o acesso aos quadros da Administração Pública *sem concurso público* só pode vir a ocorrer em se tratando de postos ligados às atribuições de direção, chefia e assessoramento, situados, portanto, nos patamares mais altos da hierarquia administrativa.

Houve aí uma mudança relativamente à redação original da Constituição Federal, que teve mesmo o intento de restringir o uso de postos comissionados na Administração. No seu teor original, o inciso V do art. 37 dispunha que “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”. Hoje, com a redação que lhe foi atribuída pela Emenda 19/98, tem-se explicitado, constitucionalmente, o plexo de atribuições vinculado a um posto de trabalho que, por sua natureza, pode justificar previsão de que seja confiado a alguém sem concurso público.

Esta exceção à regra geral do concurso público não é infundada ou despropositada; ela expressa, justamente, o necessário reconhecimento de que, para o acesso a esses postos, a exigência de concurso pode se revelar impertinente. Duas razões essenciais militam neste sentido.

A primeira é a de que é justamente a partir destes postos mais altos, de comando da Administração Pública, que se imprime o norte, o rumo, a direção da atuação administrativa (observadas, evidentemente, as balizas legais); em razão disso, faz-se necessário, em muitos casos, que sejam ocupados por pessoas que estejam alinhadas com o plano de governo da chefia do Executivo democraticamente eleita. Não fosse assim, os ocupantes dos postos mais altos da máquina administrativa, todos concursados, poderiam colocar-se em desalinho com o plano a ser implementado, anulando os efeitos benéficos da saudável alternância do exercício do poder, própria do regime democrático.⁵

⁵ Embora tratando do tema sob a égide do Direito anterior (Constituição de 1969), Márcio CAMMAROSANO tecia considerações bastante oportunas, ainda hoje, sobre as razões que militam em favor da existência de determinados postos de livre provimento na Administração Pública (sejam cargos em sentido estrito ou empregos); dizia ele que a criação de cargos em comissão tem “[...] a finalidade de propiciar ao chefe do governo o seu real controle mediante o concurso, para o exercício de certas funções, de pessoas de sua absoluta confiança, afinadas com as diretrizes políticas que devem pautar a atividade governamental. Não é, portanto, qualquer plexo unitário de competências que reclama seja confiado o seu exercício a esta ou aquela pessoa, a dedo escolhida, merecedora da absoluta confiança da autoridade superior, mas apenas aqueles que, dada a natureza das atribuições a serem exercidas por seus titulares, justificam exigir-se deles não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, como também um comprometimento político, uma lealdade pessoal à autoridade superior”. *Provimento dos cargos públicos no direito brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1984. p. 95.

A segunda razão é a de que, se fosse necessário o concurso para acesso a estes postos mais altos, poderia ser comprometida a especial relação de confiança que deve existir entre os seus ocupantes. A direção, a chefia e o assessoramento superior só podem ser adequadamente exercidos se houver este especial vínculo de confiança. Aqui vale uma explicação mais detalhada.

Dissemos *especial* relação porque, é claro, a relação de confiança é útil a qualquer trabalho em equipe, ainda que não desempenhado pelos chamados escalões superiores. Confiança – seja permitido realçarmos o óbvio – é chama que, bem alimentada, move ao sucesso as equipes de trabalho seja qual for o patamar hierárquico que ocupem numa organização; mas também é fato que, embora útil em toda parte, a sua presença se faz absolutamente indispensável em meio *aos escalões superiores* das organizações; nestes, uma vez minada a confiança entre os seus ocupantes, toda a organização pode restar comprometida. Afinal, é natural que as decisões emanadas dos postos de comando tenham maiores e mais graves repercussões do que as outras. Manter a relação de confiança entre os seus ocupantes é, por isso, uma forma de proteger e preservar a própria instituição – e, no caso da Administração Pública, de assegurar, indiretamente, a continuidade do serviço por ela prestado à população.

Por essas razões básicas – que, de resto, são intuitivamente perceptíveis –, para determinados postos ligados a atribuições de direção, chefia e assessoramento, a Constituição Federal permite o acesso pela via direta (isto é, sem concurso público). São os *cargos em comissão*, de que tratam os incisos II e V do art. 37 da Lei Maior. Este é o espírito que informa a exceção constitucionalmente prevista.

3 Cargos em comissão em regime de emprego

Convém, considerado todo o exposto, não fazer uma leitura equivocada da exceção constitucional. Embora empregue, na sua literalidade, a palavra *cargo*, não faz o menor sentido supor que se reporte exclusivamente aos cargos submetidos ao regime estatutário.

Em primeiro lugar porque a expressão *cargo em comissão* pode ter significados diferentes a depender do contexto em que se apresenta. Pode perfeitamente designar, segundo o nosso Direito, um emprego público, regido pela CLT. É um erro supor que denote, necessariamente, um vínculo estatutário entre seu ocupante e o respectivo empregador.

Na literatura do direito administrativo brasileiro, a expressão *cargo* está sobremodo associada à idéia de posto de trabalho sujeito ao regime estatutário ou institucional; não a um posto submetido ao chamado regime celetista, assentado na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Daí a percepção – nalgumas situações incorretas, frise-se desde logo – de que falar em cargo é o mesmo que referir certo posto submetido ao regime estatutário.

Na realidade, *cargo* também tem um sentido mais abrangente na nossa legislação – e mesmo na linguagem do nosso dia-a-dia –, que nada predica quanto ao regime jurídico que disciplina o vínculo de trabalho do seu ocupante (se estatutário ou celetista). Trata-se do sentido genérico de *posto de trabalho*, pura e simplesmente. A própria legislação trabalhista vale-se do termo *cargo* de forma a desmentir aqueles que supõem que ele denote, necessariamente, um vínculo estatutário; nela, a alusão a uma relação de emprego transparece nítida, como é o caso, por exemplo, do art. 450 da CLT, que refere o exercício de *cargo* em empresa.⁶ Na legislação societária também se encontram exemplos de utilização do termo *cargo* sem qualquer significado de vínculo estatutário com o empregador.⁷ Aliás, a terminologia encontrada na Lei das Sociedades Anônimas (aplicável às empresas estatais que revistam este figurino) é um exemplo eloqüente de que a expressão *cargo* pode perfeitamente referir um posto cujo ocupante está sob regime de emprego.

Ademais, na CLT também se encontram remissões às expressões *cargo em comissão*, *cargo de confiança* e *cargo efetivo*, designando postos estranhos a qualquer vínculo estatutário (vide, por exemplo, os arts. 499 e 469, § 2º).⁸

Por essas razões, é um equívoco supor que a referência normativa a *cargos* queira sempre designar, necessariamente, postos sujeitos ao regime estatutário, e a remissão a *cargos em comissão* também sirva sempre para traduzir postos deste gênero (com a peculiaridade de serem de livre provimento ou nomeação); na realidade, nem *cargo* é, em toda parte, designação exclusiva de posto cujo ocupante sujeita-se ao regime estatutário, nem *cargo em comissão* o é.

Cargo pode ser sinônimo de *emprego*, e *cargo em comissão* de *emprego em comissão*. É perfeitamente viável, portanto, que as expressões *cargo* e *cargo em comissão* se refiram a postos de trabalho regidos pela CLT, tudo a depender do contexto.⁹

⁶ O art. 450 estabelece o seguinte: “Art. 450. Ao empregado chamado a ocupar em comissão, interinamente, ou em substituição eventual ou temporária, **cargo** diverso do que exercer na empresa, serão garantidas a contagem do tempo naquele serviço, bem como volta ao **cargo** anterior.”

⁷ É o que se verifica, por exemplo, nos arts. 143 e seguintes da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 15-12-1976, com alterações posteriores), que fazem constante alusão aos **cargos** do conselho de administração e da diretoria dessas companhias.

⁸ O art. 499, *caput*, tem o seguinte teor: “Art. 499. Não haverá estabilidade no exercício dos **cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança** imediata do empregador, ressalvado o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais.” E complementa o seu § 1º que, “ao empregado garantido pela estabilidade que deixar de exercer **cargo de confiança**, é assegurada, salvo no caso de falta grave, a reversão ao **cargo efetivo** que haja anteriormente ocupado”. Por seu turno, o art. 469, *caput*, proíbe o empregador de promover a transferência do empregado para outra localidade sem a anuência deste, ressalvando o seu § 1º, contudo, que não estão compreendidos nesta proibição “[...] os empregados que exerçam **cargos de confiança** e aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita ou explícita, a transferência, quando esta decorra de real necessidade de serviço”.

⁹ Afirmando a existência de empregos em comissão, tal qual fazemos aqui, assim se manifesta Sérgio de Andréa FERREIRA: “Em correspondência aos *cargos, estatutários*, os *empregos administrativos* podem ser, segundo a natureza de seu *provimento*, empregos permanentes ou temporários, inclusive de *confiança*, sendo, os primeiros, providos por *concurso*, e, os últimos, de *livre provimento e desprovimento* (CF,

Por isso, quando uma norma jurídica se vale dessas expressões, é preciso identificar o *contexto* em que se encontra, para, só assim, inferir-se o regime jurídico do posto de trabalho que está em jogo – se o estatutário, o celetista, ou, ainda, ambos indistintamente, para os fins da norma específica.¹⁰

Aliás, ainda que possam ser alcançados, implicitamente, por determinadas referências normativas a *cargos em comissão*, os *empregos em comissão* também têm referência explícita em nosso Direito constitucional, como se pode verificar no art. 19, § 2º, do ADCT.¹¹

Em segundo lugar, e ainda mais importante, é descabido tomar a referência a *cargos em comissão*, feita pelo art. 37, II e V, da Constituição, com o significado restrito de posto sob vínculo estatutário porque *não é a natureza do vínculo que justifica a exceção à regra geral do concurso público*; o que a justifica é a natureza das atribuições ligadas ao posto de trabalho. Em se tratando de atribuições de direção, chefia e assessoramento, aí sim estará o fator determinante para que se venha a permitir o acesso ao posto sem concurso público.

Seria desprovida de razoabilidade, evidentemente, uma regra que isentasse da exigência de concurso a investidura em cargos públicos pelo fato de estarem ligados a atribuições de direção, chefia e assessoramento, mas não a admissão em empregos que estivessem ligados a atribuições do mesmo gênero. A Constituição não se presta, nem quis se prestar, a tal despropósito. Ora, tanto cargos como empregos – não importa a natureza do vínculo, insistamos – podem trazer em si o predicado que justifica a exceção à regra geral de concurso público.

Por todas essas razões, é inafastável a conclusão de que o art. 37, II, da Constituição, ao instituir exceção à regra geral do concurso público e fazer uso da expressão *cargo em comissão*, está, na realidade, reportando-se tanto a cargos – em sentido estrito, atinente a vínculo estatutário – quanto a empregos em comissão.

arts. 37, II; 54, I, b; 142, § 3º, II e III; e ADCT, art. 19, § 2º.” “Empresa estatal – Funções de confiança – Constituição Federal – Art. 37, nº II” (parecer), in *Revista de Direito Administrativo*, v. 227, jan./mar. 2002, p. 400.

¹⁰ Neste mesmo sentido são os valiosos conselhos de Adilson Abreu DALLARI, que, identificando a “heterogeneidade dos dispositivos” constitucionais pertinentes do tema dos agentes públicos, propõe: “A heterogeneidade pode se referir tanto à extensão quanto à eficácia das normas. Quanto ao primeiro aspecto, é preciso examinar se elas se referem aos servidores públicos em geral, apenas aos funcionários públicos ou, ainda, aos servidores públicos não funcionários. Quanto ao segundo aspecto, cumpre verificar se se trata de normas de eficácia plena (que não dependem de outras normas), de eficácia contida (que podem ter sua extensão restringida por outras normas) ou de eficácia limitada (que dependem de outras normas), conforme a magistral classificação de José Afonso da Silva.” Ob. cit., p. 21. É o primeiro aspecto apontado por Adilson DALLARI, atinente à extensão das normas, que estamos a realçar aqui.

¹¹ O art. 19, § 2º, do ADCT, por exemplo, alude explicitamente aos “[...] ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão”.

4 Cargos em comissão nas estatais

Decorrência lógica do exposto é que as empresas estatais, que estão abrangidas pelo dever de realizar concurso público, dele estarão isentas, à semelhança da Administração direta e autárquica, quando o posto for de direção, chefia e assessoramento. Em outros termos, nas empresas estatais também pode haver cargo em comissão – obviamente sob o regime de emprego.

Esta, aliás, é a manifestação de Sérgio Andréa FERREIRA, em parecer atinente especificamente ao assunto:

“Quanto à *ressalva*, formulada na última parte do dispositivo constitucional em foco [art. 37, II, da CF], é certo que o texto constitucional alude, tão-somente, para fins de *exclusão do requisito concursal*, à nomeação para *cargos em comissão*, denominação, conforme indicado, aplicável às *funções públicas de administração* de índole *estatutária*; *cargos* estes que a *Carta Magna Nacional* rotula, no tópico, como de provimento sob o regime de ‘livre nomeação e exoneração’, expressões que igualmente integram o universo vocabular estatutário.

Creemos, porém, que podemos concluir, numa *interpretação sistemática*, de resultado *extensivo*, que, se, na disposição em tela, a CF exige, o *concurso*, para os *cargos efetivos* e os *empregos permanentes*; ao dispensá-lo, na última parte, para os *cargos em comissão*, a regra constitucional não poderá deixar de ser entendida, consoante a parêmia *ubi eadem ratio, ibi dispositio*, como fazendo-o, também, para as *funções empregatícias de confiança*, para os *empregos de confiança*.¹²

Mais adiante, a conclusão do jurista é categórica:

“Diante do exposto, é de concluir-se que a *dispensa* da formalidade do *concurso público*, contemplada no inciso II do art. 37 da *Constituição Federal*, abrange os *empregos de confiança das empresas estatais*.¹³

Adilson Abreu DALLARI também se manifesta de modo semelhante:

“Para evitar a repetição das burlas e dos subterfúgios o texto atual procurou ‘*cercar*’ o concurso dispondo, no inciso I, do art. 37, que ele é obrigatório para qualquer investidura, seja em cargo, seja em emprego público.

Essa afirmação genérica, aparentemente universal, sem ressalvas, traz alguns problemas. No caso de empregos fica indubitado que estão abrangidas as empresas estatais, nas quais haverá problemas no tocante aos car-

¹² Ob. cit., p. 404.

¹³ Ob. cit., p. 413.

gos de direção e às funções mais simples, onde há grande rotatividade de pessoal. [...]

No caso dos cargos de direção das empresas estatais, cabe lembrar que o art. 173 dispõe que elas se regerão pelas normas aplicáveis às empresas privadas no tocante às obrigações trabalhistas. Isto significa que, para as funções de confiança, de direção, incompatíveis com a escolha de seus ocupantes mediante concurso público, aplicar-se-ão as regras próprias da empresa privada, inclusive da CLT, quando for o caso.”¹⁴

Estas observações de Adilson DALLARI foram feitas antes do advento da Emenda nº 19/98, que modificaria a redação original¹⁵ do art. 173, § 1º, da Constituição Federal, para que nele, então, se passasse a prever a edição de lei disciplinadora do estatuto jurídico das empresas estatais exploradoras de atividade econômica – o que ainda não ocorreu. De qualquer sorte, aproveitam-se, integralmente, as suas colocações no tocante à existência de postos de confiança nas empresas estatais, ligados a atribuições de direção, que não se compatibilizam com a escolha de seus ocupantes mediante concurso público.

Estes são apenas alguns exemplos de manifestações doutrinárias em abono à inteligência do Texto Constitucional que vimos destacando até aqui.

Aspecto relevante da interpretação das disposições constitucionais que tratam da matéria é a questão da exigência de lei. Como visto, o art. 37, II, da CF, ao prever a regra do concurso público, faz ressalva expressa às nomeações para cargo em comissão “*declarado em lei de livre nomeação e exoneração*”. Teria o Texto Constitucional feito a ressalva apenas para os postos criados por lei (não para os instituídos por atos infralegais, subalternos à lei)?

Novamente, impõe-se a interpretação inteligente da norma constitucional.

Como visto, trata-se de norma instituidora de exceção que só faz sentido se reportada indistintamente a cargos e empregos públicos; supô-la adstrita exclusivamente a cargos em sentido estrito (isto é, postos vinculados ao regime estatutário) seria verdadeiro atentado aos princípios da isonomia e da razoabilidade. Afinal, as razões que justificam a hipótese excepcional de desnecessidade de concurso público em nada têm a ver com o tipo de vínculo entretido pelo agente e a Administração Pública – se celetista ou estatutário –; têm relação, sim, com o plexo de atribuições que caracteriza o seu posto de trabalho.

Restou devidamente assentado, portanto, que tanto cargos em sentido estrito (cujos ocupantes sujeitam-se ao regime estatutário) quanto empregos públicos podem vir a ser comissionados.

¹⁴ Ob. cit., p. 37-38.

¹⁵ Eis como dispunha o preceito originalmente: “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.”

Ocorre que nem todos os empregos públicos são criados pela via legislativa. Os da Administração direta e das entidades de direito público (autarquias e fundações em regime público), certamente, o são, em virtude de expressa exigência do art. 61, § 1º, II, *a*, da Constituição Federal,¹⁶ *contudo, os postos das empresas estatais não o são*. Estes, observadas as balizas da lei que autoriza a criação da empresa, podem ser criados por disposição dela própria, nos termos do seu Estatuto Social. Daí não fazer sentido supor que para estes postos das empresas estatais, que sequer são criados por lei, deva existir uma lei que discrimine quais serão de livre provimento e quais serão providos mediante concurso.

Deveras, em seu art. 61, § 1º, II, *a*, nossa Constituição Federal estabelece que são de iniciativa privativa do Chefe do Executivo as leis que disponham sobre “criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração”. Daí se depreende a necessidade de que, no âmbito da Administração direta e nessas entidades, todos os postos sejam criados pela lei. Identifica-se, aí, uma *reserva de lei*, mas com um alcance muito bem delineado: cuida-se dos postos situados na administração direta e nas entidades de direito público.

Para os postos nas empresas estatais, entretanto, não há exigência do gênero. Inexiste norma constitucional que imponha esta instituição de postos pela via legislativa nas empresas públicas, sociedades de economia mista e respectivas subsidiárias;¹⁷ tampouco norma infraconstitucional.

Aliás, há justamente o contrário: a Constituição da República, bem se vê, exige lei apenas para os postos da administração direta e das entidades de direito público, de tal sorte que o seu silêncio, quanto às demais situações, é *eloqüente*, isto é, tem o propósito *deliberado* de excluí-las da exigência ali consubstanciada. Quisesse exigir lei para a criação de postos nessas empresas, ela as teria referido no dispositivo em apreço; se não o fez foi porque teve o deliberado intento de não submetê-las a esta exigência (por impertinente que isto seria, como se verá logo adiante).

Lembre-se, ademais, de que estas empresas sequer são criadas pela lei, mas têm a sua criação, simplesmente, *autorizada* pela lei (conforme estabelece o art.

¹⁶ Ainda assim, como lembra Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, tal exigência de criação por lei aplica-se apenas a cargos, funções ou empregos nos Poderes Executivo e Judiciário, já que no Legislativo a matéria é disciplinada por resolução, nos termos dos arts. 51, IV, e 52, XIII, da Constituição. *Curso de direito administrativo*, 15. ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 255, nota de rodapé nº 19.

¹⁷ O que há, consoante apontamos linhas acima, é apenas a previsão constitucional – ainda não concretizada – de lei que estabelecerá o estatuto jurídico das empresas estatais exploradoras de atividade econômica (CF, art. 173, § 3º). Certo é, porém, que a lei que vier a fixar este estatuto jurídico não se prestará a criar o quadro de pessoal dessas empresas estatais, nem a exigir que tais quadros sejam fixados em lei. É que a própria Constituição já exige que tais empresas se submetam ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas (art. 173, § 1º, II). A prescrição de que estarão submetidas “ao regime próprio das empresas privadas”, em matéria trabalhista, reforça a incompatibilidade de seu regime com eventual regra que imponha a criação de seu quadro de pessoal pela via legislativa.

37, XIX e XX, da Constituição Federal).¹⁸ Havendo lei autorizativa, as empresas estatais são criadas por atos infralegais. Trata-se de mais um indício do quão insensata seria a suposição de que todo o seu quadro de pessoal teria que ser criado e perfeitamente discriminado pela lei.

Em âmbito infraconstitucional também se nota a ausência de suporte para a afirmação de que o pessoal das empresas estatais deveria ter seus postos fixados em lei. A Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 15-12-1976) assegura aos administradores destas companhias o poder de, observadas as balizas legais, definir a sua organização interna, inclusive o seu quadro de pessoal. Com amparo na Lei das S.A., o Estatuto Social das empresas estatais costuma prever como competência da diretoria ou do conselho de administração a aprovação do regulamento de pessoal e do plano de carreira, cargos e salários.

Todas estas previsões constitucionais e legais resultam numa só conclusão. Quando o art. 37, II, da Constituição da República exige que os postos acessíveis sem concurso sejam tidos pela lei como de livre nomeação e exoneração – aí vem a conseqüência que não pode ser ignorada, *esta referência só pode ser interpretada de uma maneira: a exigência de lei reporta-se aos postos da Administração direta e das entidades de direito público da Administração indireta; não se reporta, de maneira alguma, aos postos das empresas estatais ou de suas subsidiárias.*

Não é outro o entendimento – seja permitido citá-lo mais uma vez – de Sérgio de Andréa FERREIRA:

“Se para a *administração pública direta e autárquica*, há necessidade de lei, para a caracterização dos *cargos em comissão* ou *empregos de confiança*, o mesmo não ocorre com as *entidades administrativas de direito privado*, nas quais, isto se faz, ora por *decreto*, no caso de certas *fundações públicas*; ou por *atos internos* dos próprios entes.”¹⁹

Podemos até avançar em nosso raciocínio, dizendo que a exigência de lei para a criação de empregos em comissão nas empresas estatais é não só *inexistente*, como também *impertinente*.

É inexistente pelas razões já apontadas acima (frise-se, sobretudo: a Constituição só faz a exigência para os postos da Administração direta e das entidades de direito público, tendo se calado, propositadamente, sobre os postos nas empresas estatais; antes, ela preceitua que tais entidades são instituídas por atos infralegais, embora mediante lei autorizativa, e organizam-se como as empresas privadas).

¹⁸ Prescrevem esses dispositivos constitucionais: “Art. 37. [...] XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; XX – depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada.”

¹⁹ Ob. cit., p. 412.

Mas é também impertinente na medida em que não condiz com a própria finalidade da organização empresarial dessas entidades. A opção pela instituição de uma empresa estatal – em lugar de uma entidade de direito público, como uma autarquia ou uma fundação pública, por exemplo – tem também o propósito de assegurar maior flexibilidade na gestão administrativa, inclusive no que tange à gestão dos empregados. Fosse necessária lei para criação de postos de trabalho na empresa estatal, a flexibilidade almejada – justamente a razão de ser do figurino empresarial – ficaria comprometida num de seus aspectos mais sensíveis, que é a gestão de pessoal. Daí a impertinência da suposta necessidade de criação de seus postos pela lei: tal necessidade se chocaria de frente com a razão de ser do figurino de direito privado da entidade administrativa, mostrando-se com ela, portanto, quase inconciliável.

Bibliografia

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 15. ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento dos cargos públicos no direito brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1984.

DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*, 2. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Empresa estatal – Funções de confiança – Constituição Federal – Art. 37, n° II (parecer), in: *Revista de Direito Administrativo*, v. 227, jan./mar. 2002.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O regime jurídico das empresas estatais, in: Luiz Guilherme da Costa WAGNER JÚNIOR. (Coord.), *Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2004.