

03/12/92

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21322-1 DISTRITO FEDERAL

IMPETRANTES : TELMA LEITE MORAIS E OUTRO
IMPETRATO : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

EMENTA: CARGOS e EMPREGOS PÚBLICOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA e FUNDACIONAL. ACESSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO.

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

Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a iludir a regra, não só foi reafirmado pela Constituição, como ampliado, para alcançar os empregos públicos, art. 37, I e II.

Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público.

As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, § 1º.

Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição.

01700040
03760210
03221000
00000190

A C Ó R D ã O

Vistos relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, por unanimidade de votos e na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, conhecer do mandado de segurança e por maioria o indeferir, vencido o Ministro MARCO AURÉLIO, que o deferia, ficando, em consequência, insubsistente o pedido de medida cautelar.

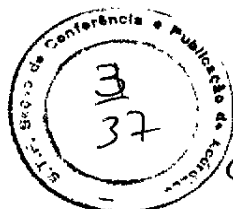
Brasília, 03 de dezembro de 1992.

OCTAVIO GALLOTTI

PRESIDENTE

PAULO BROSSARD

RELATOR



03/12/92

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21322-1 DISTRITO FEDERAL

IMPETRANTES : TELMA LEITE MORAIS E OUTRO
IMPETRATO : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD: Telma Leite Moraes e Antonio Ernani Oliveira, empregados da Companhia Docas do Ceará - CDC -, sociedade de economia mista vinculada ao atual Ministério da Infra-Estrutura, impetram mandado de segurança preventivo, com pedido de medida liminar, "contra ato emanado do Tribunal de Contas da União exarado nos autos do processo nº TC 299.037-2, relativo à prestação de contas, exercício de 1989", que, segundo dizem, teria determinado suas dispensas, por terem sido contratados sem concurso público, já na vigência da Constituição Federal de 1988.

Esclarecem, preliminarmente, os impetrantes: que foram admitidos em 03.07.89, com base na Resolução CISE nº 026/89, de 12 de maio de 1989, mediante contrato individual de trabalho por tempo indeterminado, ocupando hoje, o primeiro, as funções de Economista II, nível 105 e o segundo de Assistente Administrativo I, nível 206, e que a situação funcional em que se encontram não difere dos demais empregados da Companhia, todos sem nenhuma exceção admitidos sem concurso público.

Alegam que sujeitar as sociedades da economia mista e as empresas públicas à exigência do inciso II, do artigo 37, da



01700040
03760210
03222000
00000220

Constituição Federal, - que estabelece que a investidura em cargo ou em emprego público depende de aprovação prévia em concurso público -, como decidiu o Tribunal de Contas da União, acolhendo voto do Ministro LUCIANO BRANDÃO, viola o artigo 173 da mesma Constituição que dispõe:

"parágrafo 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."

Concluindo pedem os impetrantes, a fim de que sejam resguardados os seus direitos, a concessão de medida liminar para sustar os efeitos da decisão do Tribunal de Contas da União, e afinal, demonstrada a liquidez e a certeza do direito pleiteado, seja ela declarada nula por violação da norma constitucional acima transcrita.

Antes de examinar o pedido liminar, solicitei as informações ao Tribunal de Contas da União, que vieram para os autos às fls. 55/126. A Secretaria de Assuntos Técnicos, Legislativos e Jurídicos daquela Corte, ao submeter os elementos pertinentes à questão ao Presidente daquela Corte, assim se manifestou sobre a ordem impetrada:

" 3. O procedimento dos suplicantes exsurge da medida tomada pelo digno Titular da Inspeção-Regional de Controle Externo, no Estado do Ceará, que, ao cumprir a Decisão do Plenário, exarada no Processo TC nº 299.037/90-2, sobre a prestação de contas da mesma Companhia Docas do Ceará, referente



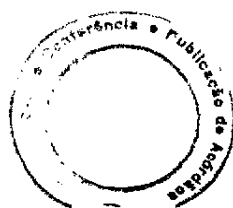
ao exercício de 1989, solicitou adoção das providências cabíveis, sobre a situação dos impetrantes, admitidos em 03 de julho de 1989, sem concurso público, contrariando, desta forma, o estabelecido no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

4. Insta observar, que o Tribunal Pleno desta Corte de Contas, por unanimidade, acolheu o entendimento firmado pelo Exmo. Sr. Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, ao relatar o Processo TC nº 006.658/89-0, publicado na Ata nº 30 de 1989, do qual pode-se extrair o seguinte excerto:

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

5. A propósito, impõe-se acrescentar que, no

3



A handwritten signature in black ink, appearing to be "Luciano Brandão", written over the number 3.

Ofício nº 457 de 14.12.89, a respeito de Controle e Acompanhamento de Processos, vislumbram-se os nomes dos dois suplicantes, ali figurando como admitidos, sem concurso público, em 03.07.89, já na vigência da Carta Política de 1988.

6. De efeito, há de notar-se que a matéria aqui promovida foi de modo exaustivo, em várias assentadas, tema de precisos e percucientes pareceres. a nível de Plenário, dos quais vale destacar as Decisões de 16.05.90 (TC nº 006.658/89-0), de 20.06.90 (TC nº 071/90-0), de 31.10.90 (TC nº 019.068/90-5), de 19.09.90 (TC nº 12.067/90-3), publicadas, respectivamente, nas Atas 21/90, 31/90, 56/90 e 48/90, anexas.

7. Entendimentos equânimes haurem-se dos Pareceres nºs SA/04 e SA/06/90 da Inclita Consultoria Geral da República, bem assim da lição do renomado jurista, Celso Antônio Bandeira de Melo, in Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta, p. 35, na qual ficou bem definido que

"Igualmente seria errôneo supor que o alcance do princípio do concurso público não atinge algumas dentre as empresas estatais: as exploradoras de atividade econômica, referidas no art. 173, dado o fato de que o parágrafo 1º deste preceptivo as declara sujeitas ao regime próprio das empresas privadas inclusive quanto



4

às obrigações trabalhistas e tributárias."

8. Digno de nota é, ainda, o juízo similar do emérito tratadista Adilson Abreu Dalari - Regime Constitucional dos Servidores Públicos, pp.37 e 27 - que, com a proficiência e a erudição de sempre observa:

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

9. De resto, ressalte-se que esta SEJUR também já fez minuciosa análise, no Processo TC nº 006.271/91-0, sob o aspecto jurídico, atinente a assunto semelhante, que está em fase de apreciação, por esta Colenda Corte, concluindo, na oportunidade, pela convicção da obrigatoriedade da exigência de concurso público, para ingresso nas Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, mesmo em se referindo



aqueles casos abrangidos pelo parágrafo 1º do artigo 173 da atual Carta Magna." (fls. 124/125).

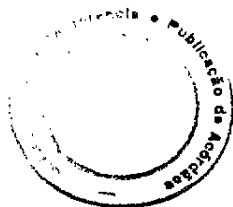
Em face das informações prestadas, deferi o pedido de liminar, nos termos seguintes:

" Os requerentes, embora falem na inicial que se insurgem contra ato do Tribunal de Contas da União, juntaram apenas o Ofício nº138/91 do Inspetor Regional dessa Corte que, à vista do noticiado ato decisório, pede ao Secretário Nacional de Transporte a adoção de providências cabíveis, em relação à situação dos impetrantes: "admitidos em 03.07.89, sem concurso público, contrariando o disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal."

Por esta razão, antes do exame da medida cautelar, solicitei as informações do Tribunal de Contas da União, que se encontram juntadas às fls. 55/126.

Caracterizado, em princípio, o ato impugnado como sendo da referida Corte de Contas, e tendo em vista que o fundamento do pedido justifica a concessão da cautelar, sob pena de se caracterizar a violação do direito, defiro-a, "ad cautelam", para suspender os efeitos da decisão impugnada até julgamento do mérito da presente ação." (fls. 134).

A Procuradoria Geral da República, por meio de parecer da Subprocuradora-Geral da República Odília Ferreira da Luz Oliveira, aprovado pelo Procurador-Geral da República,



manifestou-se sobre a ordem impetrada, nos termos seguintes:

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

Sendo somente esse o conteúdo **decisório** do ato, é certo que não causou nem poderá causar lesão a supostos direitos dos impetrantes e, por isso, não comporta ataque por via de mandado de segurança.

Nem mesmo o ofício copiado a fls. 13, do Inspetor Regional da Corte de Contas federal, contém determinação de dispensa dos impetrantes. E se contivesse, o órgão impetrado - Tribunal de Contas da União - seria parte ilegítima no feito e o mandado de segurança não poderia ser conhecido.

Na verdade, a única determinação de dispensa dos impetrantes partiu do Secretário Nacional dos Transportes, como noticia documento trazido aos autos por eles próprios (fls. 131). Note-se, porém, que



além de o subscritor do ofício não ter sido indicado para compor o pólo passivo da relação processual, é certo que não compete ao Supremo Tribunal Federal julgar mandados de segurança dirigidos contra atos de tal autoridade.

Uma vez que o ato do impetrado tem conteúdo diverso do afirmado na inicial e é inábil para lesar qualquer direito dos impetrantes, o mandado de segurança não deve ser conhecido.

III

Se for, não se poderá ignorar a intempestividade da ação.

A deliberação em causa foi tomada em sessão do dia 16 de maio de 1990 (fls. 14 e 57/58). Embora não se saiba em que data foi publicada no Diário Oficial da União, não é crível que tenha sido após o dia 6 de janeiro de 1991.

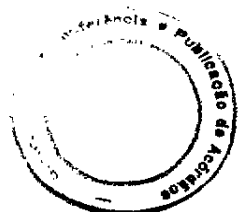
Observe-se que a prova da tempestividade do mandado incumbe ao impetrante, não sendo ônus do impetrado nem do Ministério a prova contrária.

Assim, por mais este fundamento o pedido não comporta conhecimento.

IV

Caso a segunda preliminar também seja rejeitada, a segurança deverá ser indeferida.

A regra do art. 37, inc. II, da Constituição

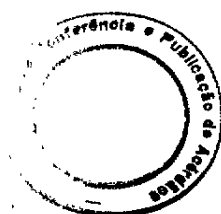


federal, que exige concurso público para a investidura em cargo ou emprego públicos, com a única exceção que prevê (cargos em comissão), está inserida nas disposições **gerais** relativas à Administração Pública direta, indireta e undacional de todos os Poderes da União, dos Estados federados, do Distrito Federal e dos Municípios, sem nenhuma exceção.

Sendo certo que as empresas públicas e sociedades de economia mista, qualquer que seja a atividade exercida, integram a Administração Pública indireta, é indubitoso que a exigência mencionada também as atinge. A submissão ao Direito do Trabalho nas relações com seus empregados não é incompatível com a imposição do concurso público. Na verdade, o art. 173, parágrafo 1º, do texto constitucional, apenas fixa o regime tributário de tais entidades e o regime jurídico de seu pessoal, não excepcionando a regra geral do art. 37, inc. II.

A esse propósito, são bastante esclarecedoras as considerações feitas por Celso Antônio Bandeira de Mello, das quais destaco as seguintes:

" Ante o teor do art. 37, "caput", evidencia-se, com luminosa clareza, que todas as empresas públicas, sociedades de economia mista e mesmo as fundações governamentais de direito privado estão assujeitadas à realização de concurso público para admissão de pessoal. (Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta, São Paulo,



Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 35. sobre a extensão do preceito às empresas estatais que exploram atividade econômica, v. p. 35/42)

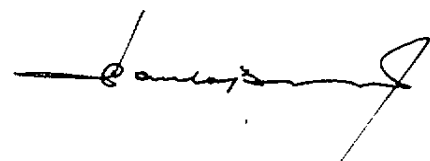
No mesmo sentido, pronunciou-se Adilson Abreu Dallari (Regime Constitucional dos Servidores Públicos, 2a. ed. rev. e atual., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990. p.27).

Saliente-se, ainda, que o princípio constitucional da isonomia não ampara os impetrantes, pois jamais justificará a extensão de um tratamento inconstitucional. Ou seja: ainda que os demais empregados da Companhia Docas do Ceará tenham sido admitidos irregularmente - disso não há prova - tal fato não poderá beneficiar os impetrantes. E nem a reiteração é meio de validar uma conduta ilegítima.

V

Diante do exposto, opino, sucessivamente, pelo não-conhecimento e pela denegação da segurança, cassando-se a liminar deferida." (fls. 142/145).

É o relatório.

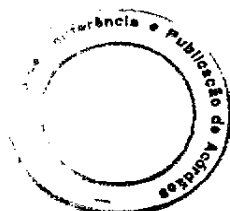


V O T O

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD (Relator): - A preliminar de conhecimento, suscitada pela Procuradoria-Geral da República, relacionada com a autoridade coatora, não procede. Não obstante a inicial não seja suficientemente clara ao caracterizar a autoridade coatora e por isso mesmo solicitei as informações para, somente após, examinar o pedido liminar, com a vinda dela para os autos, ficou perfeitamente caracterizado o ato do Presidente do Tribunal de Contas da União e, por isso, acabei por deferir o pedido liminar.

O presente mandado de segurança é preventivo e se insurge contra decisão emanada do Tribunal de Contas da União no procedimento TC 299.037-2 onde, ao solicitar à Companhia de Docas do Ceará as providências cabíveis em relação a situação irregular dos impetrantes, entendeu que as suas admissões na referida sociedade de economia mista deu-se em desconformidade com o disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, que determina que "a investidura em cargos ou empregos públicos depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos".

A própria Corte de Contas, ao prestar as informações, não se exime e assume a responsabilidade pelo ato impugnado, quando informa:

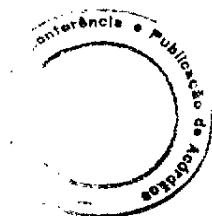


" O procedimento dos suplicantes exsurge da medida tomada pelo digno Titular da Inspeção-Regional de Contrôles Externos, no Estado do Ceará, que, ao cumprir a Decisão do Plenário, exarada no Processo TC nº 299.037/90-2, sobre a prestação de contas da mesma Companhia Docas do Ceará, referente ao exercício de 1989, solicitou adoção das providências cabíveis sobre a situação dos impetrantes... admitidos em 03 de julho de 1989, sem concurso público, contrariando, desta forma, o estabelecido no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal."

Diante disso, assumindo o Presidente do Tribunal a autoria do ato impugnado, parece-me desnecessário que haja a sua comprovação nos autos.

Acrescente-se, ainda, que os impetrantes, antes mesmo que as solicitadas providências fossem tomadas, insurgiram-se, preventivamente, contra a decisão do Tribunal de Contas da União porque, em face da solicitação, que na realidade contém uma determinação (art. 71, III, IX e X CF.), tinham justo receio de vir a sofrer violação aos seus direitos, com o seu cumprimento.

Embora a decisão do Plenário do Tribunal de Contas da União tenha solicitado providências, em relação a situação dos impetrantes, ao Secretário Nacional de Transportes, à quem estava subordinada a Companhia Docas do Ceará, tanto ele como o próprio Diretor-Presidente da entidade descentralizada nada



mais poderiam fazer senão executar a determinação contida na decisão (art. 71, VIII, CF.). O ato que considerou ilegal, ou melhor, inconstitucionais as admissões dos impetrantes foi a decisão do Tribunal de Contas da União.

Diz CELSO AGRICOLA BARBI:

"... geralmente o coator é quem determinou a prática do ato, pois quem o efetiva é mero executor de decisão..." (Do Mandado de Segurança, p. 127)

Tanto isto é verdade que o Diretor-Presidente da Companhia Docas do Ceará (fls. 20/22), bem como o Presidente da PORTOBRÁS à qual a Companhia estava vinculada (fls. 26/38), não só considerou as admissões dos impetrantes regulares, como também as justificou ao Inspetor Regional do Tribunal de Contas no Ceará.

A ameaça ao direito dos impetrantes decorre da decisão do Tribunal de Contas da União, não obstante a execução ou a concretização da violação ao seu direito esteja na dependência de ato subsequentes do Diretor-Presidente da Companhia Docas do Ceará, ou do Secretário de Transporte.

Se forem consideradas essas autoridades, como impetradas, as informações que, eventualmente, poderiam prestar se resumiriam em esclarecer que assim procediam para cumprir determinação do Tribunal de Contas da União. Deste modo, toda a fundamentação jurídica desenvolvida por essa Corte de Contas, para demonstrar a inconstitucionalidade das admissões dos



impetrantes, poderia ficar prejudicada.

Não se pode perder de vista, ainda, a competência constitucionalmente deferida ao Tribunal de Contas da União no exercício do controle externo da administração (art. 71, II, III, VIII, IX e X)

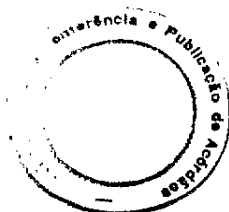
Estes elementos são suficientes para caracterizar o ato de Tribunal de Contas da União, como ameaça efetiva ao alegado direito líquido e certo do impetrantes, cujo amparo se pleiteia nesta ação mandamental.

Também não procede a preliminar de intempestividade suscitada pela Procuradoria Geral da República, porque se trata de mandado de segurança preventivo que se insurge não contra a decisão proferida no processo de prestação de contas da Companhia Docas do Ceará, do qual os impetrantes não eram partes, mas contra ameaça de lesão aos seus direitos, que estava por se concretizar com a execução dessa decisão, determinando providência em relação às suas admissões.

Tratando-se de mandado de segurança preventivo, não há que se falar em extempestividade.

No mérito a questão é delicada, pois se discute, ante o texto constitucional (art. 37, II), se há exigência de concurso público para a investidura em cargos, empregos e funções nas entidades da administração indireta.

O texto anterior (EC. nº 1/69) estabelecia:



art. 97 - Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º - A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.

Se a Carta anterior, ao inserir a exigência de concurso público na Seção VIII - Dos Funcionário Públicos, restringia essa exigência apenas a esses servidores, a Constituição foi mais abrangente quando, inserindo-a nas Disposições Gerais do capítulo - Da Administração Pública, dispôs:

Art. 37. 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



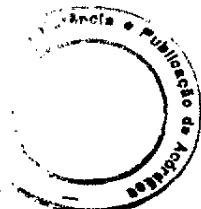
provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Enquanto o texto anterior exigia concurso público para os cargos de funcionário público, o atual exige não só para os cargos mas também para os empregos públicos, tanto da administração pública direta, como da indireta e fundacional. O artigo 37, no seu primeiro inciso, estabelece a acessibilidade de todos os brasileiro "a cargos e empregos públicos", para no seu inciso seguintes, condicionar a investidura nesses à prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

A Constituição é clara ao exigir o concurso público para os empregos públicos da administração pública indireta. Assim, parece-me que a questão se circunscreve ao alcance que se der a expressão "administração indireta". Este parece ser o ponto fundamental da questão em exame.

O conceito legal de administração indireta é dado pelo Decreto-lei 200, de 25.02.67, que, no seu artigo 4º, nele inclui as autarquias, empresas públicas e sociedade de economia mista. Não obstante as objeções que se façam a esse conceito, o certo é, como conclui MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, que o sentido dado pelo legislador, nesse dispositivo, à administração indireta:

" significa o conjunto de pessoas jurídicas, de direito público ou privado, criadas por lei, para o desempenho de atividades assumidas pelo Estado, como



serviços públicos ou a título de intervenção no domínio econômico." (Concurso Público na Administração Pública Indireta, RDP nº 93, p. 129/132)

Esse conceito, que dá sentido amplo a expressão "atividade econômica" constante do artigo 5º, abarca tanto as empresas estatais de natureza pública, voltada para o serviço público, comercial ou industrial, quanto a de natureza privada exercida a título de intervenção no domínio econômico.

Não tendo a Constituição definido o que se deve entender por "administração indireta", é de se concluir que este conceito, que já havia sido incorporado tanto pela doutrina como pela jurisprudência, serviu de base ao constituinte. Vou além, creio que o conceito legal do artigo 4º e 5º, está recepcionado pela nova ordem constitucional.

É verdade que a Constituição, nos artigos 173 e 175, parece conceber duas ordens diversas concernentes às empresas estatais. Esta observação é feita pela autora citada:

a) O art. 173 , depois de estabelecer, no caput que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei, determina, no § 1º que "a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que



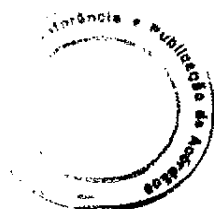
explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias; e acrescenta, no § 2º, que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado;

b) O art. 175 atribui ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos; o parágrafo único prevê lei que venha a dispor sobre o regime das concessionárias e permissionárias.

Diante desses dois dispositivos constitucionais, pode-se concluir que, quanto ao tipo de atividade e ao regime jurídico, existem duas modalidades de empresas estatais no direito brasileiro: as que desempenham atividades econômicas com base no art. 173 e que se submetem ao regime próprio das empresas privadas, com as derrogações da própria Constituição; e as que desempenham serviços públicos e que se submetem ao art. 175. (loc. cit, p.)

Mas, como adverte autora, a distinção que a Constituição faz entre esses dois tipos de empresa pára ai, não vai além.

Assim, parece-me que o conceito constitucional de "administração pública indireta" abrange as empresas públicas e sociedades de economia mista, sejam elas prestadoras de



serviços públicos ou de atividade econômica de natureza privada.

Note-se que o constituinte quando quis fazer restrição ao conceito de "administração pública indireta", inserido nas Disposições Gerais da Administração Pública, ele o fez expressamente: por exemplo, é o que se vê no artigo 39, da Seção específica - "Dos Servidores Públicos Civis" - quando trata da instituição do "regime jurídico único e plano de carreiras para os servidores da **administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.**", demonstrando sua intenção de restringi-lo a um universo menor (excluindo da sua incidência as empresas estatais e fundações de direito privado); ou quando no parágrafo 6º, do próprio artigo 37, estende a responsabilidade civil objetiva do Estado às pessoas jurídicas de direito privado **prestadora de serviços públicos**, excluindo as empresas estatais que exercem atividades econômicas; etc...

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

Em outras palavras, a sociedade de economia mista vinculada à exploração de natureza econômica não está desobrigada de observar o preceito constitucional que prescreve o concurso público para o provimento dos empregos públicos, mas



está a ele sujeita; este entendimento em nada conflita com o disposto no § 1º do artigo 173, da Constituição, que tem outro endereço e outro alcance, nada interferindo com a forma de provimento dos empregos da entidade.

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, 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.

Tanto podem as forças da inércia que, passado mais de meio século, ainda hoje se resiste à observância da lei constitucional em matéria formal e cristalinamente regulada desde 1934.

Com essas considerações, Senhor Presidente, entendo

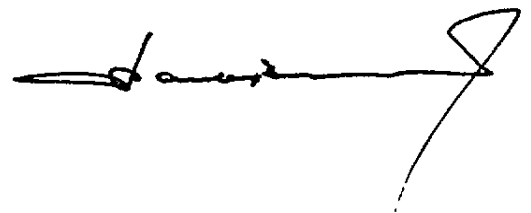


20

que a Companhia Docas do Ceará - sociedade de economia mista que é, está obrigada à exigência do inciso II, do artigo 37, - isto é, a admissão ou contratação para os cargos e empregos de seus quadros depende de aprovação prévia em concurso público.

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

Ante o exposto, conheço da presente ação, mas a julgo improcedente para negar a segurança pleiteada, por não reconhecer o direito líquido e certo invocado pelo impetrantes. Em decorrência, fica cassada a liminar, cautelarmente, concedida.



03/12/92

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.322-1 DISTRITO FEDERAL

V O T O

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, realmente o inciso III do artigo 71 da Constituição Federal preceitua que compete ao Tribunal de Contas:

"Art. 71

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal,..."

Temos, no inciso IX do mesmo artigo, que o Tribunal pode:

"assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade."

Esses dois dispositivos, como mencionado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, são conducentes a que se considere que a atividade desenvolvida, nesses casos, pelo Tribunal de Contas, tem características coercitivas.

Evoluo, Senhor Presidente, para admitir que há o interesse de agir dos Impetrantes.

No tocante à decadência, acompanho o



MS 21.322-1 DF

Ministro-Relator, tendo em vista o próprio pedido formulado e, também, o fato de se ter nos autos notícia da resistência do administrador, tanto que prestou novas informações ao Tribunal de Contas, tentando, portanto, demovê-lo quanto à ilegalidade do ato.

Surge o tema alusivo ao mérito.

Todos nós sabemos que aqueles que prestam serviços às sociedades de economia mista, às empresas públicas são empregados e não servidores públicos. Se procedermos à leitura dos diversos incisos do artigo 37, vamos verificar que alguns não guardam pertinência com a relação jurídica mantida entre empregados e sociedades de economia mista, entre empregados e empresas públicas.

O que ocorre relativamente ao concurso público? Realmente temos, no caput do artigo 37 da Carta, a alusão à Administração Pública direta, à indireta, e à fundacional. Sabemos que, no âmbito da administração pública indireta, estão não apenas as autarquias, mas também as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

Indaga-se: cabe a observância cogente do inciso II quando uma sociedade de economia mista pretende arregimentar pessoal, contratar prestadores de serviços? Respondo, Senhor Presidente, a essa pergunta perquirindo os objetivos da sociedade de economia mista, e o nobre Relator, no voto que proferiu, disse que se trata da Docas do Ceará, que se dedica, como todos nós sabemos, a uma atividade econômica, explora uma



MS 21.322-1 DF

atividade econômica, o que atrai, uma regência especial quanto ao pessoal.

Preceitua o § 1º do artigo 173:

"A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas,..."

Esse dispositivo tem uma finalidade: proporcionar uma maior flexibilidade a essas pessoas jurídicas de direito privado, no que ombreiam com as empresas em geral. E, no campo da arregimentação da mão-de-obra, essa flexibilidade é proporcionada pela escolha dos respectivos prestadores de serviços.

Não tenho, Senhor Presidente, com a devida vênia, como aplicável às empresas públicas, às sociedades de economia mista a regra insculpida no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, e não tenho por essa razão, porque a norma está temperada por outra também de estatura constitucional, qual seja, a constante do § 1º do artigo 173.

Por isso, peço vênia ao nobre Relator, e aprecio a matéria estritamente sob o ângulo constitucional, deixando em plano secundário o aspecto moral, para entender que os Impetrantes têm a socorrê-los o direito líquido e certo à manutenção dos vínculos; para concluir que as contratações se fizeram à luz do disposto no § 1º do artigo 173 da Carta, que exclui, por via de consequência, a incidência do inciso II do artigo 37, no que prevê a necessidade de realização de concurso



12

Supremo Tribunal Federal

MS 21.322-1 DF

618

público para a contratação de pessoal.

É como voto, no caso dos autos.



03/12/92

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.322-1 - DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - O princípio do concurso público constitui uma das mais expressivas **opções conscientes** do legislador constituinte. Trata-se de verdadeiro dogma constitucional que se projeta, **de modo impositivo**, à estrita observância das pessoas estatais e das entidades administrativas que compõem e integram o vasto universo da Administração Pública.

As pessoas jurídicas revestidas de estatalidade (União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias) ou aquelas que ostentam o perfil de entes paraestatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) estão **incondicionalmente** sujeitas - qualquer que seja a instância política em que se situem no plano de nossa organização federativa - ao postulado do concurso público.

A par da norma constante do art. 53, I, do ADCT, a **única** outra exceção derogatória do **dever estatal** de proceder à realização do concurso público - cuja validade deriva da circunstância de **também** fundamentar-se em expressa autorização constitucional - concerne às "*nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração*" (CF, art. 37, II, **in fine**).



01700040
03760210
03223020
01550500

Essa situação excepcional, contudo, não se presume, eis que "Para que o cargo seja considerado de provimento em comissão é necessário que a lei expressamente o declare, valendo a ausência dessa cláusula como indicativa da investidura efetiva" (RDA 17/68).

Impõe-se observar, ainda, que a regra inscrita no art. 173, § 1º, da Constituição Federal - precisamente porque destinada a **inibir**, no plano normativo, possíveis tratamentos preferenciais em benefício dos entes paraestatais - **não exonera** as empresas públicas e as sociedades de economia mista da obrigação jurídico-constitucional de, **elas também**, e ainda que exploradoras de atividade empresarial na área econômica, promoverem a contratação de seus empregados mediante prévia realização de prova seletiva de caráter público.

Essa norma constitucional assim dispõe:

"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."

Esse preceito veicula norma de equiparação, que visa a **deslegitimar** qualquer deliberação do Poder Público que,



ao conferir privilégio a entidades paraestatais que explorem atividade econômica, importe em tratamento discriminatório incompatível com os postulados constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência entre os diversos agentes econômicos.

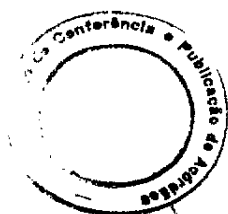
Daí porque CELSO BASTOS ("Comentários à Constituição do Brasil", vol. 7/83-84, 1990, Saraiva), ao expender magistério sobre o sentido finalístico da regra em questão, observa, *verbis*:

"Este preceito guarda grande similitude com o § 2º do art. 170 da Constituição de 1967, com a Emenda de 1969.

.....

Neste parágrafo agasalha-se a idéia de que é possível ao Estado, através de pessoas descentralizadas, desempenhar um papel assemelhado àquele cumprido pelas empresas privadas. Fixou-se no nosso direito crença de que esta convivência é possível. Assim, o que se procura é que a empresa pública, a sociedade de economia mista e outra entidade que explore atividade econômica submetam-se ao regime jurídico previsto para as empresas privadas. Com que finalidade?

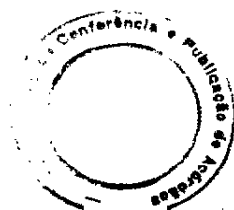
Na verdade, com o propósito de impedir que o



Estado, exercendo atividade econômica, se valha de um regime jurídico privilegiado, que torne a sua competição com a empresa privada desastrosa para esta. Em outras palavras: o Estado quer abstrair-se da sua condição de Poder Público para atuar no meio dos particulares, com eles competindo em condições isonômicas. Aliás, essa preocupação é reforçada pelo § 2º deste artigo, que impede a outorga de privilégios fiscais não extensivos às empresas do setor privado."
(grifei)

Igual orientação é perfilhada, no ponto, por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (RDA 144/191), para quem o objetivo da norma equiparadora é o de impedir tratamento seletivo que, privilegiando as entidades paraestatais, resulte em prejuízo para as empresas privadas, com inadmissível vulneração ao postulado da liberdade de iniciativa empresarial, que constitui, no quadro normativo delineado pela Carta da República, um dos princípios estruturadores da própria ordem econômica.

Sendo esse o **telos** da norma inscrita no art. 173, § 1º, da Carta Política, torna-se clara a impossibilidade de sua pertinente invocação para legitimar, **no que concerne às relações internas da entidade paraestatal com seus próprios empregados**, a dispensa de prova seletiva pública, **de realização sempre necessária**, para o efeito específico de composição do seu quadro de pessoal.



É preciso ter presente, enfim, que o legislador constituinte, ao prestigiar, em sua máxima extensão, o postulado do concurso público, quis, na realidade, consagrá-lo como instrumento concretizador dos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade administrativa.

A este Supremo Tribunal, no desempenho de suas altas funções de Corte Constitucional, cumpre manter estrita fidelidade a esses valores, cuja intangibilidade o legislador constituinte pretendeu preservar.

Assim sendo, Sr. Presidente, e com estas considerações, acompanho o douto voto do em. Relator.

É o meu voto.



/jdm.



03/12/92

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.322-1 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhor Presidente, de início me impressionara o problema da identificação do ato coator e, conseqüentemente, da autoridade legitimada ao processo.

Como antecipei na discussão da preliminar suscitada, e depois retirada pelo eminente Ministro Marco Aurélio, convenci-me, à luz do artigo 71, incisos III, IX e X, de que o ato do Tribunal de Contas, glosando as admissões, é um ato concreto e com nítido caráter imperativo: o que fica muito claro com a possibilidade, prevista no inciso X, de suspensão do ato, se a autoridade responsável não cumpre, por ela mesma, a determinação do Tribunal.

Trata-se, pois, de ato concreto e executório que faz cabível o mandado de segurança. Trata-se, no entanto, de ato que, embora concreto, tem efeitos mediatos, porque dependeriam, no caso, do ato final de despedida, a cargo da empresa estatal: donde, o caráter adequadamente preventivo da impetração, que afasta a intempestividade.

No mérito, Senhor Presidente, peço vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio para acompanhar o eminente Relator, indeferindo a segurança.



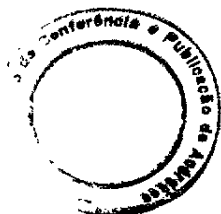
01700040
03760210
03223030
01540680

Também não me convenci de que o artigo 173 da Constituição tenha pertinência com o procedimento de admissão de empregados nas empresas estatais. Se me convencesse do contrário teria, talvez, de proceder a um estudo mais pormenorizado do assunto, precisamente para classificar exatamente esta empresa, que é salvo engano, de exploração de serviços portuários, à primeira vista, atividade econômica de prestação de serviços públicos de competência federal, como decorre do artigo 22, XII, "f", da Constituição.

Mas de qualquer sorte, creio que a distinção é irrelevante. Às empresas estatais, seja qual for a sua classificação na dicotomia que decorre do artigo 173 e de outros dispositivos, a exemplo do artigo 37, § 6º, entendo aplicável a regra ou o princípio do concurso público do artigo 37, inciso II.

Com essas breves considerações, acompanho o eminente Relator, conhecendo do pedido, mas o indeferindo.

mcpr/



Supremo Tribunal Federal

03/12/92

TRIBUNAL 626 PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA

Nº 00213221/160

V O T O

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - Sr. Presidente. A regra do art. 37, II, da Constituição, é abrangente de investidura em cargo ou emprego público, ao estipular que, em qualquer das hipóteses, há dependência de aprovação prévia em competitivo de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Pouco importa se a investidura há de se fazer segundo vínculo funcional estatutário, ou conforme o regime da CLT. Dessa maneira, não há conflito entre o que se estabelece no art. 37, II, e o que está no art. 173 da Constituição, de maneira a entender-se que a última regra é excludente da incidência do art. 37, II, da Lei Maior, quando se trate de investidura e emprego em empresas que realizem exploração direta de atividade econômica pelo Estado.

O regime que aí se prevê não é diferente, em outros termos, do que já existia no sistema anterior, onde também se fazia menção à sujeição de empresas que explorassem diretamente atividade econômica pelo Estado e pelo regime jurídico próprio de empresas privadas. Isso levaria, no que concerne aos servidores públicos e aos dessas empresas, ao estabelecimento do regime celetista, tal como sempre sucedeu. A Constituição, entretanto, tem em conta, não o objeto de atuação da empresa, mas, sim, a sua natureza, se se tratar de investidura em empresas que se situem no âmbito da administração indireta e, no caso, também, as empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações; todas elas ficarão sujeitas ao que prevê o art. 37, II, da Constituição, ou seja, os seus servidores devem ser admitidos por concurso público. Foi essa prática seguida amplamente, quando a Administração utilizou, em larga escala, o regime não estatutário, o regime celetista, para admitir servidores. O fato de o servidor ficar sujeito ao regime celetista não afasta a obrigação da empresa que o admite de realizar o concurso público para escolha dos novos servidores.

Assim acompanho o ilustre Ministro-Relator, conhecendo do mandado de segurança e o indeferindo.

/MCA



J. Néri

01700040
03760210
03223040
01350770

Supremo Tribunal Federal

MS 21.322-1 DF

628

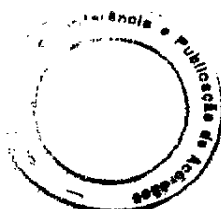
meio de prejudicar essa competição, mesmo porque as empresas privadas não estão impedidas de realizar os processos seletivos que entenderem necessários à admissão do seu pessoal.

O Tribunal de Contas, como assinalado pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, alcançou uma nova e importante competência, a de apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal, o que antes se englobava na sua competência geral de controle de legalidade das despesas públicas. Não se pode, assim, discutir o caráter imperioso da determinação expedida, pelo Tribunal de Contas, a uma sociedade de economia mista, sua jurisdicionada.

Penso que está, pois, correto e compreendido em sua competência, o entendimento daquela Corte, no sentido de que, para admissão de pessoal nas sociedades de economia mista e nas empresas públicas, impõe-se a exigência do concurso público.

Acompanho, então, o eminente Ministro-Relator, indeferindo o pedido. *Magalhães*

mscp/



03/12/92

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.322-1 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI (Presidente) -
O art. 37 da Constituição Federal abrange, nos postulados que enumera, não apenas a administração direta, fundacional e autárquica da União, mas também toda a administração indireta, da qual fazem parte - como bem salientou o eminente Relator - segundo a legislação ordinária e pela tradição de nosso Direito Administrativo, as sociedades de economia mista. É o caso da Companhia Docas do Ceará.

A dois, pelo menos, desses postulados do art. 37, - a impessoalidade e a moralidade da administração - estão ligados os incisos I e II desse dispositivo, que exigem o concurso público para o provimento dos cargos e não só dos cargos: referem-se, ainda, esses incisos, expressamente, a cargo e emprego, o que exclui, aqui, aquela dificuldade com que se defrontou o Tribunal no exame de liminar de certa ação direta do Distrito Federal, onde se cuidava do inciso IX, alusivo, apenas, a "servidores públicos"; e alguns dos eminentes Ministros, que formaram a minoria, não o consideravam aplicável a empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista, mas somente aos servidores sob regime estatutário.

Por outro lado, o art. 173 não ilide, a meu ver, a exigência do concurso. A motivação dessa norma é eliminar a concorrência ruínosa das empresas públicas, com a atividade privada. A realização de um concurso público jamais seria o

01700040
03760210
03223050
01410870

Senhor GalloTTi.



EXTRATO DE ATA

MANDADO DE SEGURANÇA N. 21.322-1

ORIGEM : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. PAULO BROSSARD

IMPTEs. : TELMA LEITE MORAIS E OUTRO

ADVS. : JOSE LINDIVAL DE FREITAS E OUTRO

IMPDO. : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIAO - TCU

Decisão: Por votação unânime, o Tribunal conheceu do mandado de segurança e por maioria o indeferiu, vencido o Ministro Marco Aurélio, que o deferia, ficando, em consequência, insubsistente o pedido de medida cautelar. Votou o Presidente. Plenário, 03.12.92.

01700040
03760210
03224000
00000900

Presidência do Senhor Ministro Octavio Gallotti, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Senhores Ministros Néri da Silveira, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Francisco Rezek. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Sydney Sanches, Presidente, Moreira Alves e Carlos Velloso.

Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.


LUIZ TOMIMATSU
Secretário

