

Parecer elaborado por Carlos Ari Sundfeld. Publicado em “Pareceres Edição Completa”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

9.4.

O CONCURSO PÚBLICO NAS EMPRESAS ESTATAIS E A ORGANIZAÇÃO DAS CARREIRAS

RESUMO

Aplicam-se a todas as empresas estatais o dever de realizar concurso público para admissão de seus empregados e a proibição da ascensão funcional, de modo que não é permitida a mudança de carreira sem concurso público. Não podem ser incluídos na mesma carreira, para fins de progressão interna, cargos sem identidade de funções e de nível de escolaridade.

PALAVRAS-CHAVE

Empregado público; Concurso público; Promoção funcional; Ascensão funcional; Transferência; Carreira; Cargo; Emprego público; Regime celetista; Regime estatutário; Empresa estatal; Atividade econômica; Imunidade; Impessoalidade; Isonomia; Mérito; Escolaridade Equivalente; Identidade de funções; Pontuação diferenciada; Pertinência lógica; Experiência anterior; Primeira investidura.

LEGISLAÇÃO REFERIDA

- Constituição Federal de 1969 (EC 1/69), art. 97, § 1º;
- Constituição Federal de 1988, arts. 1º; 21, XII, “b”; 37, II; 173, §§ 1º e 2º;
- Súmula nº 685 do STF;
- Consolidação das Leis do Trabalho (decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), arts. 450, 469 e 499;
- Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990);
- Lei das Sociedades Anônimas (nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976), arts. 143 e ss.

1. CONSULTA

A consulente é sociedade de economia mista integrante da administração indireta de estado da Federação e está elaborando estudos a respeito da reorganização de seu quadro funcional.

A Companhia tem interesse em aproveitar seu pessoal próprio, entendendo que o processo de seleção interna seria um instrumento

motivador e propiciador do crescimento profissional de seus empregados, porquanto permite a retenção de talentos, bem como a preservação do seu capital humano.

Depreende-se do inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal de 1988, que “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”.

De outro lado, o inciso II, do § 1º, do artigo 173, da Constituição Federal, relativamente à situação das sociedades de economia mista e suas subsidiárias em exploração de atividade econômica, estabelece “a sujeição a regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias”.

Grande controvérsia se verificou na doutrina e na jurisprudência quanto à interpretação dos artigos 37 e 173 da Constituição Federal no que se refere à necessidade de concurso público para ingresso e ascensão aos cargos ou empregos das empresas de economia mista.

Contudo, a questão restou pacificada em julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 231-7 - RJ), quando se firmou o entendimento sobre a necessidade de concurso público para ingresso nos empregos nas denominadas entidades paraestatais.

Em relação ao sistema de promoções e seleções internas com mudança de carreira para aqueles empregados que se encontram em efetiva atividade na Empresa, a súmula 685 do STF elucidou a questão, dispondo que: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”. Relevante salientar que a citada Súmula faz alusão ao servidor público, integrante da administração direta, cuja relação de emprego é regida pelo regime estatutário e, no caso da Administração Federal, sujeito à lei 8.112, de 11.12.90, em relação à qual se originou a controvérsia que levou à decisão sumulada.

A consulente, integrando a administração indireta, sujeita-se, sem dúvida, às normas de direito público pertinentes, inclusive quanto à exigência de concurso público para a admissão de pessoal, cujas relações de trabalho, entretanto, são regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, diferentemente dos servidores públicos.

Lado outro, a Companhia explora atividade econômica com fins lucrativos, regendo-se, no particular, pelo disposto no artigo 173 da Constituição Federal. Para a consecução dos seus objetivos sociais, enquanto concessionária de serviço público de energia elétrica, atua em ambiente concorrencial, disputando mercado com inúmeras outras concessionárias estatais e privadas, sendo-lhe, pois, imprescindível contar com um quadro de pessoal próprio constituído por profissionais de nível superior, técnico e administrativo, com as qualificações exigidas pelo mercado, sob pena de perder competitividade.

Não há como negar que a sujeição dos critérios de progressão profissional dos empregados da Companhia, principalmente os seus quadros técnicos, à exigência de concurso público, apresenta obstáculos e desvantagens que não podem ser ignorados, na medida em que as experiências adquiridas no exercício de atividades que lhe são próprias, as qualificações específicas do seu ramo de negócios, e os longos anos de investimentos despendidos em treinamento focado nos negócios e interesses do setor elétrico, não podem ser considerados e pontuados, por limitações legais, nos certames públicos.

Por isso que a sujeição do seu quadro de pessoal próprio exclusivamente ao sistema de concurso público para o preenchimento de cargos em progressão, nos diversos planos de carreira da Companhia, à vista das limitações legais mencionadas, certamente resultará, em muitos casos, na desmotivação de seus empregados altamente qualificados e com a experiência necessária para o desempenho satisfatório das funções, na medida em que inviabilizaria o preenchimento das vagas pelo pessoal interno, o que poderia, inclusive, afetar a qualidade técnica dos serviços prestados à população.

Considerando que o artigo 173 da nossa Lei Maior confere à consulente a adoção do regime jurídico próprio das empresa privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas, e que a Súmula 685

do STF restringe a sua aplicação aos servidores públicos e, ainda, que o quadro de empregados da consulente é regido pelas normas da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, formulamos consulta, com uma série de quesitos, sobre as condicionantes jurídicas a serem observadas na organização de nosso quadro funcional.

2. INTRODUÇÃO

A presente consulta tem por escopo a análise acerca da validade do sistema de promoções funcionais concebido pela consulente. O questionamento toma por base, especificamente, a sujeição da empresa às regras que restringem a chamada ascensão funcional dentro da Administração Pública.

Para enfrentar referido questionamento desenvolvo uma linha de exposição e de argumentação que partirá dos aspectos mais gerais, pertinentes ao tema, para a análise mais pontual, que diga respeito às peculiaridades do caso posto.

Nesta linha, traçarei panorama das regras atuais sobre a acessibilidade a cargos e empregos públicos na atual Constituição Federal. Farei breve apanhado das principais normas aplicáveis à Administração Pública, inclusive no que diz respeito às restrições existentes à prática da chamada ascensão funcional.

Partindo para as especificidades do problema posto, discutirei, em tópico próprio, a verdadeira abrangência de tais regras em relação à consulente. Ou seja, buscarei resposta para a questão envolvendo a submissão da consulente às regras gerais aplicáveis para a Administração Pública de modo geral.

Em seguida, farei a análise do modelo adotado pela consulente, conforme informado na consulta, aferindo sua validade, em face das normas aplicáveis.

A questão pontual, referente à possibilidade de pontuação diferenciada aos funcionários da consulente, na eventualidade de se fazer necessária a realização de concurso público, será vista ao final.

3. O CONCURSO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A regra do concurso público está definida pela Constituição Federal, em seu art. 37, II. Por ela, se prescreve a necessidade de aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público. Ressalvam-se apenas as nomeações para cargo em comissão, as quais pressupõem a livre nomeação e exoneração, em razão da natureza dessa função. A existência de exceção claramente definida reforça a regra instituída: se não for para ocupar cargos em comissão, o provimento só poderá ocorrer mediante concurso público.¹

Tal regra está intimamente ligada ao preceito da ampla acessibilidade dos cidadãos aos cargos, empregos e funções públicas, definido no inciso I do art. 37. A condição para o acesso é a de que sejam preenchidos os requisitos estabelecidos em lei. E a avaliação da suficiência dos candidatos é feita pelos concursos, os quais selecionam aqueles que terão melhores condições de exercer as atribuições públicas. É justamente a ampla acessibilidade do exercício das atribuições públicas que torna necessária a existência do concurso, que é, assim, o meio de escolha entre os diversos candidatos que se apresentam para aqueles postos².

Nesse sentido, o concurso público é decorrência do modelo republicano de Estado, definido pela Constituição Federal em seu art. 1º. Estando claro que qualquer cidadão pode exercer atribuições de natureza pública, é necessário meio idôneo de seleção, que privilegie os princípios da

¹ Este entendimento foi referendado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto das ADIs 116 e 979, de cuja ementa se extrai o seguinte excerto: “A regra geral, estabelecida pela Constituição Federal, para a investidura em cargos ou empregos públicos é a aprovação prévia em concurso público, art. 37, II. As exceções estão expressamente previstas”.

² Neste sentido, v. o conceito de concurso público dado por Adilson Abreu Dallari, em seu *Regime constitucional dos servidores públicos* (São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1990, págs. 36 e 37): “Concurso público é um procedimento administrativo, aberto a todo e qualquer interessado que preencha os requisitos estabelecidos em lei, destinado à seleção de pessoal, mediante a aferição do conhecimento, da aptidão e da experiência dos candidatos, por critérios objetivos, previamente estabelecidos no edital de abertura, de maneira a possibilitar uma classificação de todos os aprovados. É incompatível com a idéia de concurso público a utilização de critérios subjetivos, secretos, meramente opinativos, de foro íntimo, que de qualquer forma possam afetar a publicidade do certame e rigorosa igualdade de tratamento entre os candidatos”.

impessoalidade e da isonomia³. Tal meio é o concurso público, cujo critério primordial é a avaliação do mérito dos candidatos, a qual irá determinar aqueles que serão investidos nos cargos e nos empregos existentes na estrutura estatal.

A avaliação do mérito é feita tanto pela aplicação só de provas quanto pela combinação das provas com a análise de títulos, conforme se depreende do inciso II do art. 37. É por esses instrumentos que deverá ser julgado o mérito dos candidatos, como prescreve a Constituição Federal. A presunção da norma é a de que eles são aptos à formação do juízo acerca do mérito dos candidatos, e podem concretizar o uso desse critério, operacionalizando-o.

É certo que a escolha da forma do concurso público deve guardar relação com a natureza e a complexidade do cargo ou do emprego, para que seja adequado. Assim, a opção entre aplicar somente provas ou combiná-las com a análise de títulos deve ser pautada pelas características inerentes ao cargo ou emprego a ser preenchido.

Se da redação original do inciso II do art. 37⁴ já se poderia extrair esta interpretação, pela menção das duas formas de composição do concurso público, não restaram dúvidas após a sua reformulação. A Emenda Constitucional n.º 19/98 introduziu, logo após a referida menção, a locução “de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei”, tornando tal interpretação ainda mais clara.

A regra do concurso público é obrigatória para “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, na dicção do *caput* do art. 37 da Constituição. Estão aí abrangidas as empresas estatais — sociedades de economia mista e empresas públicas —, pois incluídas na administração indireta.

³ É ainda Adilson Abreu Dallari (*Ob. cit.*, pg. 37) quem afirma: “Em resumo, o concurso público é um instrumento de realização concreta dos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade. Por isso, qualquer dúvida a respeito da realização de um concurso público deve ser resolvida à luz desses princípios, desprezando-se preciosismos inúteis, literalidades exacerbadas, e questiúnculas de somenos, bem como proscrevendo-se as meras encenações levadas a efeito para mascarar escolhas subjetivas. Esta última observação ganha importância diante da constatação de que a exigência de concurso, agora, na Constituição de 1988, é muito mais ampla do que aquilo que constava literalmente no texto decaído de 1969”.

⁴ “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;”.

Pode-se afirmar, nesse sentido, que a regra do concurso abarca o Estado globalmente, sendo obrigatória não só para a chamada administração pública tradicional, mas também para a denominada administração pública empresarial. Aquela envolve os entes estatais destinados a cumprir as funções típicas do Poder Público, componentes da administração direta e autárquica. Já esta é composta pelos entes estatais criados para a atuação no domínio privado, que são as sociedades de economia mista e as empresas públicas, exercendo funções por assim dizer atípicas.

Como dito, a regra do concurso abrange, indiferentemente, a todas essas figuras estatais. Ainda, na administração pública empresarial, muitos entendem haver distinção em relação à atividade que exercem, diferenciando-se entre aquelas que prestam serviço público e as que exercem atividade econômica em sentido estrito. No entanto, para efeitos de obrigatoriedade da regra do concurso, tal distinção é inócua, já que ambas as categorias de empresas estatais estão igualmente sujeitas ao dever de realizar concurso público para o preenchimento de seus postos.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema, antes mesmo da Reforma do Estado de 1998, e decidiu que a norma do inciso II do art. 37 alcança a todos os entes estatais descritos no *caput* deste artigo, inclusive aos que se encontram regulados pelo art. 173 da Constituição Federal.

O debate foi levado ao STF em função de interpretação que surgiu logo após a promulgação da Constituição de 1988. Houve certa interpretação, relativa às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, que sustentava sua não sujeição aos deveres típicos da administração, inclusive o de realizar concurso público. Tal adviria da norma do então § 1º do art. 173, que submetia “a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica (...) ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”.

Em acórdão que decidiu a polêmica, o STF julgou que a finalidade do preceito é impedir a concorrência desleal entre as empresas estatais e as do setor privado, a qual poderia advir do fato de pertencerem ao Estado, e de terem privilégios que não se estenderiam às empresas concorrentes do setor

privado. O referido preceito constitucional, portanto, não teria o condão de flexibilizar os mecanismos de controle do Estado, instituídos pelo art. 37 da mesma Constituição. Ficou afastada, assim, a ideia contrária, qual seja, a de que a finalidade da norma seria a de excluir as empresas estatais da incidência das regras típicas da administração pública, vistas como engessadoras de sua ação.⁵

Decidiu-se, portanto, que as empresas estatais não podem usufruir privilégios em função de sua origem pública, mas isso não implica o afastamento de sujeições decorrentes do regime jurídico de direito público. Desse modo, o dever de realizar concurso público se mantém, não sendo a submissão das empresas estatais ao direito privado elemento bastante para afastá-lo. Em outros termos, o disposto no art. 173 não afasta a incidência do prescrito no art. 37, II.⁶

A Emenda Constitucional 19/98 reafirmou esse entendimento, explicitando os termos do posicionamento do STF. O § 1º do art. 173 foi alterado para prescrever que “a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos

⁵ Trata-se do MS nº 21.322-1-DF, intitulado caso Telma Leite Morais, que foi julgado pelo Tribunal Pleno do STF em 3 de dezembro de 1992, sendo Relator o Ministro Paulo Brossard. Tive a oportunidade de comentar esse e outro caso (da Companhia Docas do RJ) no artigo acadêmico “A submissão das empresas estatais ao direito privado: uma definição histórica do STF”, publicado no Boletim de Direito Administrativo, em maio de 95, págs. 286 a 290.

⁶ Assim está ementado o referido acórdão do STF, que pôs fim à discussão em torno da sujeição das empresas estatais ao dever de realizar concurso público (MS 21.322-1-DF): “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 este princípio, que não colide com o expresso no art. 173, § 1º. Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição”.

de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores”.

Vê-se do dispositivo que a Constituição delineou traços caracterizadores do regime jurídico das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, no qual é vedado o usufruto de prerrogativas públicas (pelo inciso II e dito de modo claro também no § 2º do art. 173) e são impostas sujeições administrativas (pelos incisos I e III, principalmente), deixando-se à lei a tarefa de definir concretamente os seus termos, especificando-os. Entre tais sujeições se encontra, sem dúvida, o dever de realizar concurso público.

Essa não foi a única manifestação do Supremo Tribunal Federal em casos envolvendo a interpretação do inciso II do art. 37 da Constituição Federal. Houve muitas outras ocasiões em que ele foi chamado para dizer o sentido e a extensão de tal norma. Vários desses casos envolviam formas de burla à regra do concurso público. Nesse sentido, podem ser citados julgados em que se decidiu pela vedação à transferência e à ascensão funcional.

Por intermédio da transferência ou da ascensão funcional, o servidor ou empregado público de determinada carreira de origem migrava a outro posto de trabalho, de nível superior, sem passar, para tanto, por concurso público. Tal prática era, por assim dizer, tolerada até a Constituição de 1988. A tolerância se via arrimada no tratamento dado à matéria pela Emenda Constitucional 1/69 (Constituição de 69)⁷. A Constituição então vigente

⁷ A propósito da redação desse dispositivo da Constituição de 1969, colhe-se a dura crítica de Adilson Abreu Dallari, em seu *Regime constitucional dos servidores públicos* (São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1990, págs. 35 e 36): “A redação (dolosamente) defeituosa do texto de 1969, art. 97, § 1º, dizendo que apenas a ‘primeira investidura’, somente em ‘cargos públicos’ é que dependia de aprovação em concurso público, ‘salvo os casos indicados em lei’, permitiu toda sorte de burlas e abusos, gerando um empreguismo desenfreado, um super inchamento dos quadros de pessoal, um descontrole completo do funcionalismo e a desmoralização do serviço público. Como a Constituição se referia a ‘primeira’ investidura, entendeu-se que qualquer outra independia do concurso público. Assim é que, ao longo do tempo, conforme relata Márcio Cammarosano, procederam-se a inúmeras ‘transformações de cargos’, meio pelo qual os apaniguados exercentes de cargos modestos eram contemplados com os cargos mais importantes, chegando até mesmo (por vias transversas) a receber estabilidade em cargo de provimento em comissão. Da mesma forma, sob a mesma desculpa, foi inventada a figura da ‘transposição’, destinada a prover mediante concurso interno, reservado a quem já fosse funcionário público, os cargos que, a rigor, deveriam ser disputados em concurso público. Não obstante tão escandalosa inconstitucionalidade, tais procedimentos foram agasalhados até mesmo pelo STF. Como a Constituição se referia apenas a ‘cargos’, entendeu-se que funções e empregos não eram abrangidos pela obrigatoriedade de concurso. Daí uma verdadeira enxurrada de admissões sem concurso para funções criadas por decretos. Pior que isso foi o uso indiscriminado e generalizado de contratações no regime da CLT, sem qualquer formalidade, tanto para

estabelecia em seu art. 97, § 1º, que “*a primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei*”. A utilização da expressão “primeira investidura” levou ao entendimento de que seriam legítimas as investiduras em cargos ou empregos públicos ocorridas por intermédio de transferência ou ascensão funcional, desde que, na origem, o beneficiário ostentasse uma aprovação em concurso público (mesmo que para cargo ou emprego de natureza diversa). No entanto, é possível afirmar que já em tal redação essas formas derivadas de investidura se mostravam contrárias à Constituição. A “primeira investidura”, mencionada na Constituição de 69, deveria ser vista como a inicial no cargo de certa carreira, e não como a primeira de qualquer cargo, que possibilitasse a mudança de cargo e carreira sem concurso público.

Apesar de já haver respaldo para a restrição desses meios derivados de provimento de cargos na Constituição anterior, só com a promulgação da Carta de 1988 a prática foi definitiva e reconhecidamente prosrita. A Constituição de 1988 foi incisiva, ao retirar a locução “primeira”, estancando de vez a divergência que poderia haver em função da redação do dispositivo constitucional anterior.

O STF adotou claramente a interpretação de que a transferência e a ascensão funcional violam o inciso II do art. 37 da Carta Magna vigente. Daí a afirmar na ADI 248 que, “a partir da Constituição de 1988, a imprescindibilidade do certame público não mais se limita à hipótese singular da primeira investidura em cargos, funções ou empregos públicos, impondo-se às pessoas estatais como regra geral de observância compulsória”. Assim também o fez no RE 209.174/ES: “Concurso público (CF, art. 37, II): não mais restrita a exigência constitucional à primeira investidura em cargo público, tornou-se inviável toda forma de provimento derivado do servidor público em cargo diverso do que detém, com a única ressalva da promoção, que pressupõe cargo da mesma carreira: inadmissibilidade de enquadramento do servidor em cargo diverso daquele de que é titular, ainda quando fundado em desvio de função iniciado antes da Constituição”.

admissão quanto para demissão, gerando um espantoso quadro de fisiologismo, protecionismo, apadrinhamento e perseguições. (...) 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”.

Dessa jurisprudência do STF, elaborada após a Constituição de 1988, colhe-se que estão “(...) banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso, e que não são, por isso mesmo, ínsitas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados”⁸.

A ascensão funcional e a transferência inibiam, indevidamente, a realização de concurso público, reservando determinados cargos aos servidores que já haviam ingressado no serviço público, mas para o exercício em outras carreiras. Restringia-se, assim, a concorrência ampla para o preenchimento de tais cargos, o que viola a regra do concurso público. Importante observar a distinção em relação à promoção, que é mecanismo válido de progressão do servidor dentro da mesma carreira.

Foram sendo paulatinamente criados, desse modo, mecanismos de proteção à regra do concurso público, de modo a salvaguardá-la das mais variadas formas de burla. Toda essa jurisprudência foi consolidada pela edição da Súmula 685, aprovada na Sessão Plenária de 24/09/2003, cujo teor é o seguinte: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

Em suma, é possível afirmar que, de acordo com a atual Constituição Federal, a regra para ingresso em carreiras públicas (cargo ou emprego) é a realização de concurso público. Com consequência dessa premissa, foram proscritos os chamados acessos derivados, por ascensão funcional ou transferência, sistemas que possibilitavam o provimento de cargo ou emprego sem concurso público, por funcionários de outras carreiras.

Resta saber, porém, qual o impacto dessas regras gerais em relação ao sistema de progressão funcional previsto pela consulente. É o que será feito nos tópicos a seguir.

⁸ Trecho da ementa da ADI 231/RJ, Rel. Min. Moreira Alves. Ver também, a respeito do tema: ADI 368/ES; ADI 785/DF; ADI 837/DF; ADI 186/PR; ADI 3051/PR; ADI 308/RJ; ADI 245-7/RJ; ADI 2939/MG; ADI 1854/PI; ADIMC 2145/MS; MS 21.420/DF; RE 157.538; RE 129.943, entre outros.

4. A CONSULENTE E A SÚMULA N.º 685 DO STF

Verificados a exigência constitucional de concurso público e o seu amplo alcance na administração pública brasileira, importa aferir como essa regra repercute sobre o regime de pessoal da consulente. Em especial, cumpre verificar como o entendimento jurisprudencial cristalizado na aludida Súmula n.º 685 do STF reflete sobre a empresa.

Para tanto, faz-se necessário considerar as características peculiares da empresa em questão. A consulta destaca algumas delas, sugerindo, de certa maneira, que seriam decisivas para produzir alguma sorte de imunidade da empresa perante o entendimento consolidado na Súmula em questão. Uma característica decisiva seria o fato de se tratar de entidade organizada sob a forma empresarial. Outra seria o fato de se tratar de empresa exploradora de atividade econômica, em certo regime de concorrência (ainda de acordo com a consulta). Finalmente, a terceira característica determinante seria a de estar em pauta quadro de pessoal totalmente sujeito ao regime celetista, isto é, ao regime fixado pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Será que tais características implicarão mesmo algum tipo de imunidade para a consulente?

A primeira constatação a ser feita, com base em todas as premissas assentadas no tópico anterior, é a de que nenhuma dessas circunstâncias isenta a consulente do dever geral de realizar concurso público para a contratação de seu pessoal. Como visto, é pacífico o entendimento, na doutrina e nos tribunais, de que as empresas estatais não estão imunes à regra geral do concurso público pela mera circunstância de revestirem o figurino de direito privado. Tal qual ocorre com a administração direta e as entidades de direito público da administração indireta, essas empresas estão sujeitas, sim, àquela regra geral. Pouco importa, inclusive, o fato de serem prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica. Irrelevante também o fato de integrarem a Administração federal, estadual ou municipal. Daí a necessária submissão da consulente à exigência constitucional em comento.

De resto, necessário assinalar que os serviços de energia elétrica a

cargo da consulente constituem *serviços de titularidade pública*, assim considerados por expressa determinação constitucional (CF, art. 21, XII, *b*)⁹. E, ainda que realmente exista alguma sorte de concorrência na exploração desses serviços, tal circunstância não mitiga a sujeição da empresa à exigência constitucional do concurso público.

O fato incontroverso — e é isso que se faz necessário deixar bem assinalado de início — é que a consulente não desfruta de qualquer imunidade perante o dever constitucional em tela. É amplíssimo o alcance da exigência constitucional de concurso público. Não existe razão para reputar a consulente ou qualquer outra sociedade de economia mista estadual prestadora de serviço público imune a tal exigência constitucional.

Mas se coloca, então, o segundo ponto a ser enfrentado. Ainda que se afigure indiscutível a sujeição da consulente ao dever geral previsto na Constituição, poderia haver alguma dúvida com relação à sua submissão, especificamente, ao entendimento jurisprudencial cristalizado pela Súmula n.º 685 do STF. Convém lembrá-lo, aferindo-se o seu significado e examinando-se a sua repercussão sobre entidades como ela. Veja-se, mais uma vez, o teor da súmula:

Súmula n.º 685, do STF:

É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

Observe-se que a Súmula trata do provimento ou investidura em cargos públicos.¹⁰ Em outros termos, ela cuida do acesso a determinados postos de trabalho na administração pública. E o que ela diz acerca desse acesso? Qual o entendimento sumulado?

⁹ Eis o exato teor do preceito constitucional: “Art. 21. Compete à União: XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos.”

¹⁰ Como lembra Márcio Cammarosano, “provimento” e “investidura” são faces da mesma moeda, significando ambos, segundo entendimento consagrado na nossa literatura jurídica, o “preenchimento” de um cargo. São expressões usadas com o mesmo significado, que são utilizadas alternadamente em função apenas do ângulo de observação. Neste sentido, destaca o Professor de Direito Administrativo da PUC-SP que “...provimento diz respeito ao cargo, enquanto a investidura é concernente à pessoa. O cargo é provido, alguém é investido. A distinção decorre, portanto, do ângulo de observação: se tenho em vista o cargo, refiro-me a provimento; se a pessoa que o titulariza, refiro-me a investidura.” *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1984, pp. 25-26.

Claramente, ela fixa o entendimento de que o concurso público é requisito imprescindível não apenas para o acesso a determinado posto de trabalho, mas também para a *carreira* que lhe corresponde no seio da administração. Inviável, portanto, que determinado sujeito, tendo sido aprovado em concurso público para acesso a certo posto vinculado a determinada carreira, venha a ser transmutado, ulteriormente, para posto integrante de carreira diversa.

Qual a razão de ser desse entendimento? Partindo da premissa de que carreiras específicas demandam habilidades específicas de seus integrantes, busca-se proibir que o agente público que se mostrou apto, em concurso público, a integrar dada carreira, venha, por via oblíqua, a integrar outra. Permiti-lo poderia gerar o acesso de alguém a uma carreira pública sem aferição de sua aptidão para tanto; pior, isso impediria a disputa do cargo por todos os interessados aptos.

Verifica-se, portanto, que o espírito que anima esse entendimento sumulado pelo STF é o de fazer valer a exigência constitucional do concurso público *mesmo após a investidura inicial do agente público*. Obriga-se todo agente à fidelidade à carreira na qual ingressou originalmente. Faz-se isso não por capricho ou excesso, mas levando em consideração o pressuposto, de todo relevante, de que as pessoas concorrem para ingressar *em determinada carreira* do serviço público, e não para ingressar no serviço público em geral.

Compreendido o espírito do entendimento sumulado, resta aferir como ele incide sobre o caso concreto da consulente. Tudo concorre, registre-se desde logo, para a integral aplicação da Súmula à situação dessa empresa. Veja-se o porquê.

Basicamente, trata-se de entendimento que alcança a consulente porque o seu objetivo, como visto, é assegurar a observância da exigência constitucional do concurso independentemente da ambiência da carreira em questão. Em outros termos, é irrelevante a circunstância de a carreira situar-se em órgão ou entidade da administração, em entidade autárquica ou empresarial, na administração federal ou estadual — em suma, em qualquer parte da administração pública. Importa, isto sim, que, tendo acessado por concurso posto integrante de determinada carreira pública (aqui ou alhures,

insista-se), o agente mantenha-se fiel a ela, só ingressando em outra mediante aprovação em novo concurso.

Todavia, a literalidade da Súmula n.º 685 do STF poderia, talvez, induzir a certo equívoco de interpretação. O equívoco consistiria em supor que a modalidade de provimento que nela se reputa inconstitucional diria respeito apenas às situações em estivessem em mira *cargos* cujos ocupantes mantivessem vínculo *estatutário ou funcional* com a Administração, não àquelas em que estivessem em pauta *empregos públicos*. Afinal, dir-se-ia, o texto literal da Súmula vale-se da expressão *cargo* — “...toda modalidade de provimento (...) em *cargo* que não integra a carreira na qual anteriormente investido” —, nada dizendo sobre *empregos públicos*. O acesso ulterior a emprego público, isto é, a posto de trabalho cujo ocupante entretém vínculo *contratual ou celetista* com a Administração estaria imune à limitação sintetizada na Súmula do Supremo. Seria viável, nessa linha de raciocínio, o acesso direto, sem concurso, a emprego alheio à carreira na qual o agente fora anteriormente investido.

Ocorre que eventual leitura neste sentido, apegada à mera literalidade da Súmula em questão, simplesmente careceria de respaldo jurídico. Pelo menos três razões concorrem nesse sentido.

A primeira é que tal compreensão conflita visivelmente com o espírito da Súmula em questão (e, de resto, com o da própria exigência constitucional de concurso público). Afinal, como visto, a Súmula cristaliza entendimento cujo propósito é fazer valer a exigência constitucional do concurso para o acesso a uma *carreira*, em nada — absolutamente nada — importando se ela está organizada como uma sucessão de cargos ou uma sucessão de empregos públicos. O que importa, isto sim, é que o agente público, tendo ingressado em dada carreira mediante concurso, não passe a outra sem que logre aprovação no concurso a ela especificamente preordenado. Parte-se da premissa, correta, de que esse provimento derivado, sem concurso público, implica agravo à isonomia, já que tantos outros interessados aptos a ingressar na carreira em mira, agentes públicos ou não, seriam injustamente preteridos.

A segunda razão pela qual não se sustenta a leitura da Súmula como se ela se restringisse a afirmar a inconstitucionalidade atinente apenas a cargos em sentido estrito reside na circunstância de que, fosse este o seu significado, ela careceria de qualquer sentido lógico. Afinal, por que o

tratamento distinto para ocupantes de cargos e de empregos? Qual seria a razão dessa discriminação em favor do ocupante de emprego? Ora, não há qualquer motivo justo ou razoável para essa suposta diversidade de tratamento. Como já se viu, a exigência constitucional do concurso público se aplica tanto a cargos como a empregos, tanto a carreiras consubstanciadas em sucessão de cargos quanto a carreiras consistentes em sucessão de empregos. É irrelevante, em suma, a circunstância de se tratar de cargo ou emprego para o fim da incidência da regra constitucional do concurso público.

Por fim, a interpretação da Súmula n.º 685 no sentido de que a inconstitucionalidade por ela aludida estaria restrita ao provimento a novos cargos em sentido estrito não resiste sequer a uma análise mais acurada do seu texto literal. No Direito brasileiro, a expressão *cargo* nem sempre quer significar posto de trabalho cujo ocupante entretém vínculo estatutário com a Administração; ela pode, sim, dependendo do contexto, reportar-se a posto cujo ocupante mantém vínculo empregatício, regido pela CLT. Vale aqui uma rápida explicação.

É verdade que, 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 CLT. Daí a percepção, um tanto generalizada, de que falar em cargo é o mesmo que referir certo posto submetido ao regime estatutário. Ocorre que, na realidade, *cargo* também tem 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. Vários exemplos podem ser enumerados nesse sentido, a começar pela própria legislação trabalhista.

O art. 450 da CLT, por exemplo, vale-se do termo *cargo* para designar uma relação de emprego.¹¹ Há algumas remissões expressas na CLT, ainda, a *cargo em comissão*, *cargo de confiança* e *cargo efetivo*, as quais servem para designar postos totalmente estranhos a qualquer vínculo estatutário (vide, por

¹¹ 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.”

exemplo, os arts. 499 e 469, § 2.º).¹² Na legislação societária se verifica o mesmo fenômeno da utilização do termo *cargo* sem qualquer significado de vínculo estatutário com o empregador.¹³ Aliás, a terminologia encontrada na Lei das Sociedades Anônimas (aplicável às empresas estatais que revistam este figurino) é exemplo eloquente de que a expressão *cargo* pode perfeitamente referir posto cujo ocupante se sujeita ao regime de emprego.

Todos esses exemplos evidenciam o equívoco da suposição de que as referências a *cargo* queiram sempre designar postos sujeitos ao regime estatutário; na realidade, *cargo* não é, em toda parte, designação exclusiva de posto cujo ocupante se sujeita a tal regime, mas pode perfeitamente ser sinônimo de *emprego*, de posto de trabalho regido pela CLT. O sentido dependerá, invariavelmente, do contexto em que empregada a expressão. Quando alguém se depara com essa expressão, é preciso que identifique o contexto em que se encontra, para só assim inferir 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.¹⁴

Essa elucidação acerca do significado do termo *cargo* no Direito brasileiro é importante porque afasta o sentido que se poderia querer emprestar à literalidade da Súmula n.º 685 do STF. Na realidade, ela

¹² 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 § 1.º, 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 § 1.º, 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.”

¹³ É o que se verifica, por exemplo, nos arts. 143 e seguintes da Lei das Sociedades Anônimas (lei n.º 6.404, de 15/12/1976, com alterações posteriores), que fazem constante alusão aos cargos do conselho de administração e da diretoria dessas companhias.

¹⁴ 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.” *Regime constitucional dos servidores públicos*, 2.ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 21. É o primeiro aspecto apontado por Adilson DALLARI, atinente à extensão das normas, que estou a realçar aqui.

constitui exemplo eloquente de uso da expressão *cargo* com sentido abrangente, amplo o suficiente para abarcar, indistintamente, postos atrelados ao regime estatutário e postos ligados ao regime celetista.

Verifica-se, portanto, que o entendimento sumulado pelo STF se aplica, inteiramente, às carreiras organizadas no âmbito da consulente. Não será a circunstância de seus empregados ocuparem empregos, e não cargos públicos, que os tornará imunes à exigência de concurso.

Sintetizando o exposto neste tópico, observa-se que a consulente não apresenta peculiaridade que a torne imune à regra geral do concurso público e ao entendimento da Súmula n.º 685 do STF. O sujeito que ingressa em determinada carreira na consulente, mediante aprovação em concurso público, está a ela vinculado. Caso queira mudar de carreira posteriormente, ainda que no seio da própria empresa, terá de sujeitar-se ao concurso respectivo. É o que ocorre em toda parte da administração pública e, necessariamente, deve ocorrer na consulente.

Resta examinar, então, quais os limites para que a consulente organize as suas carreiras. Evidentemente, ela não pode organizá-las de modo a permitir qualquer tipo de burla à exigência constitucional de concurso, tampouco à orientação fixada pelo STF de que, à luz da Constituição, o concurso serve ao ingresso numa específica e determinada carreira. Tais limites serão examinados no próximo tópico.

5. LIMITES PARA A ORGANIZAÇÃO DAS CARREIRAS

Como foi visto nos tópicos anteriores, existe hoje situação jurídica razoavelmente definida a respeito da progressão funcional.

Em linhas gerais, restou pacificado que não mais se permite a chamada ascensão funcional, que consistiria na promoção de agente público de um cargo ou emprego menos graduado, para um superior, fora do plano de carreira (prática de certo modo tolerada até a Constituição de 1988). A progressão, por sua vez, passa a ser admitida se vier a ocorrer dentro da mesma carreira. O acesso original à carreira se dá por concurso público, que abre, por si, a oportunidade de progressão funcional, dentro daquela mesma carreira.

De acordo com a consulta, a consulente promoveu estruturação administrativa que deu origem a “carreiras” classificadas de acordo com a áreas de atuação de cada departamento da empresa. Foram criadas, para ficar nos exemplos relatados, uma *carreira da área de engenharia*, uma *carreira da área jurídica* e uma *carreira da área financeira*. Cada uma delas seria formada por profissionais de diversas funções e níveis de escolaridade, desde que lotados no mesmo departamento ou setor da Companhia. Assim, a carreira da área de engenharia envolveria cargos de eletricista, auxiliar de engenharia, técnico de engenharia e engenheiro. A carreira jurídica compreenderia auxiliar de serviço jurídico, o técnico de serviço jurídico e o advogado. A carreira da área financeira, por sua vez, teria auxiliar de finanças, técnico de finanças, economista ou administrador. Os profissionais que integrassem em uma dessas carreiras, desde que atendessem ao requisito para a ocupação de novo cargo (a escolaridade, por exemplo), poderia obter uma promoção, sem necessidade de aprovação em concurso público (pelo modelo em execução, ainda passível de homologação, a promoção seria precedida de processo seletivo interno).

Aparentemente, o modelo concebido na consulente estaria em conformidade com as diretrizes constitucionais relacionadas à exigência de concurso público. Isso porque, tomando-se apenas o aspecto terminológico empregado na classificação dos postos de trabalho da empresa, as promoções ocorreriam tão somente no âmbito da mesma “carreira”.

Acontece que a análise em foco não pode ocorrer apenas em relação a expressões e termos utilizados nos estatutos da empresa. Designar determinado grupo de cargos e funções como integrantes da mesma “carreira” não basta para comprovar a legitimidade de progressões funcionais realizadas sem concurso público. A questão não passa apenas pelo enquadramento formal de diversos postos de trabalhos sob o mesmo manto terminológico. Ou seja, não há campo ilimitado de liberdade para o administrador criar um grupo escalonado de postos de trabalho, denominá-lo de “carreira” e, dentro deles, promover a acessibilidade aos cargos superiores apenas entre os integrantes desse conjunto limitado de funcionários.

Existem limites à criação de uma carreira que comporte a legítima promoção funcional. Dois critérios são empregados com maior destaque pela jurisprudência na análise sobre a legitimidade acerca dos postos de trabalho

que compõem dada carreira. Nenhum desses requisitos, como será demonstrado a seguir, foi obedecido no modelo em questão.

O requisito de mais fácil identificação diz respeito à exigência de escolaridade equivalente. De acordo com os critérios empregados pacificamente na jurisprudência, passa a ser considerada ascensão funcional e, portanto, prática ilícita, a promoção que ocorra entre postos de trabalho com exigências díspares quanto à escolaridade dos ocupantes. Ou seja, se para ocupar determinado posto, o servidor só precisa demonstrar determinado nível de escolaridade, será vedada sua promoção a outro cujo exercício dependa de nível escolar mais avançado. A migração de posto de nível médio para posto em que se exija nível de escolaridade superior, por exemplo, só pode ser feita via concurso público. Outra forma de acesso será considerada ilícita (o que a jurisprudência acabou denominando de ascensão funcional). Veja-se trecho de ementa de julgado do STF, que bem retrata essa diretriz:

“(…) 2. Alegação de afronta ao disposto no art. 37, II, da Constituição Federal, uma vez que dita lei autoriza, sem prévio concurso público, o ‘enquadramento’ de servidores públicos de nível médio para exercerem cargos públicos efetivos de nível superior. 3. *Não é possível acolher como em correspondência ao art. 37, II, da Constituição, o pretendido enquadramento dos Agentes Tributários Estaduais no mesmo cargo dos Fiscais de Renda. Configurada a passagem de um cargo a outro de nível diverso, sem concurso público, o que tem a jurisprudência da Corte como inviável...*” (ADI n.º 2.145 MC/MS, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 31.10.2003)¹⁵

A situação das carreiras criadas na consulente, como se constata pelas informações trazidas na consulta, não obedece a essa necessária identidade de nível de escolaridade. Nas diversas carreiras mencionadas, admite-se a progressão funcional partindo de postos de trabalho em que se exige nível de escolaridade básico, para outros, em que é pré-condição ao exercício da função a detença de título superior (em engenharia, direito, administração de empresas ou economia). Só por essa razão a migração cogitada já se mostra inválida. Mas não é só.

¹⁵ A mudança no nível de escolaridade também foi considerada ascensão funcional e, portanto, prática indevida nos seguintes julgados do STF: ADI n.º 368/ES, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 02/05/2002; ADI n.º 785/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 29/08/2003; MS n.º 21.420/DF, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 18/06/1993.

A outra importante exigência diz respeito à necessária identidade entre as atribuições vinculadas a cada um dos postos de trabalho envolvidos na permuta (a compatibilidade funcional). Veda-se a promoção que implique o exercício de funções de natureza distinta. A mudança na natureza das atribuições do servidor (ou empregado), portanto, não é admitida no processo de evolução funcional¹⁶.

Mais uma vez, as promoções aventadas não atendem ao requisito fixado na interpretação jurisprudencial dominante. Deveras, mesmo o funcionário permanecendo no departamento de origem (jurídico, de engenharia ou financeiro), ao experimentar a promoção aos níveis mais elevados da aludida “carreira”, estaria submetido a evidente mudança de atribuição. De mero eletricista passaria, com o diploma superior e a aprovação em disputa interna, a exercer funções que, por lei, são próprias do engenheiro. O auxiliar de escritório do departamento jurídico da empresa, com o título de bacharel e a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, também por seleção intestina passaria a exercer as funções de advogado. E assim por diante, em relação às diversas áreas. A disparidade de atribuições é evidente e, para demonstrá-la, basta aferir as diversas funções que, em virtude da legislação específica, são privativas de detentores de título superior (relativas às profissões de advogado, engenheiro, administrador ou economista).

Em resumo, é possível afirmar com segurança que o modelo de promoção concebido na consulente, que admite a evolução entre postos de trabalho com diferentes atribuições e requisitos de escolaridade mínima, constitui hipótese típica de ascensão funcional e, por isso, viola o preceito constitucional que impõe a realização de concurso público para preenchimento de cargos e empregos dentro da Administração Pública Direta e Indireta.

6. ATRIBUIÇÃO DE PONTUAÇÃO DIFERENCIADA EM CONCURSO PÚBLICO PARA CANDIDATOS QUE JÁ SEJAM EMPREGADOS DA ENTIDADE

¹⁶ Corroboram esse entendimento os seguintes precedentes do STF: RE n.º 129.943/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 04/02/1994; ADI n.º 186/PR, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 15/09/1995; ADI n.º 3051/PR, Rel. Min. Carlos Brito, DJ 03/08/2005.

Tendo em vista a necessidade de realizar concurso público para o preenchimento de empregos de nível superior nas áreas jurídica, financeira e de engenharia, resta analisar a questão a respeito da possibilidade de atribuir pontuação diferenciada, em eventual concurso, aos empregados da consulente.

A exigência de concurso público para o provimento de cargos e empregos cumpre dupla finalidade: confere igual oportunidade de acesso aos interessados no posto e permite a seleção dos melhores candidatos à vaga. Noutras palavras, é processo isonômico e meritório¹⁷.

A Constituição, ao tratar do tema, estabeleceu quais são os instrumentos possíveis para avaliar os candidatos. Uma alternativa é a de fazer pura e simplesmente uma prova e, com base no resultado, classificar o desempenho de cada candidato. Outra possibilidade é a de, além da realização de provas, aferir a vida pregressa do candidato, pontuando seus títulos. Nesse outro caminho, denominado de concurso de provas e títulos, o edital deve prever, dentro de proporção razoável para o intuito do certame (que é o de selecionar o melhor candidato), o peso a ser dado às provas e o que será conferido à titulação apresentada.

Nesse contexto, desde que a complexidade do emprego o exija, seria pertinente instituir pontuação para a experiência dos candidatos no setor elétrico ou na função a ser exercida. Essa pontuação, todavia, não poderia ser diferenciada, de modo a beneficiar especificamente os funcionários da consulente, sob pena de violação ao princípio norteador dos concursos públicos, que é a isonomia.

Seria possível pontuar experiência anterior no setor elétrico ou em dada função (como tempo de advocacia ou de engenharia), mas não seria justificável pontuar a pura e simples presença em dada corporação. De tão específica, a regra se transformaria em privilégio e, como tal, seria descabida em certame público¹⁸.

¹⁷ Diferentemente de outros métodos de escolha que, mesmo privilegiando a igualdade, não aferem o mérito dos candidatos, como é o caso do sorteio e da eleição. Sobre uma análise geral dos diversos sistemas de provimento de cargos, confira-se o estudo da Dra. Elke Mendes Cunha, *Concurso Público (visão jurisprudencial)*, Dissertação de Mestrado, PUC/SP, 1999, pp. 19-39.

¹⁸ Nesse sentido é a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello: “O que a Lei Maior pretende é assegurar a igualdade entre os cidadãos, permitindo-lhes postular o cargo público, e garantir que se obterá servidores competentes. Decorre disto que o concurso público de provas ou de provas e títulos, a que alude o inciso II do art. 37, para cumprir adequadamente tal função, demanda o atendimento de dois requisitos

A existência de uma cultura interna, própria à empresa, ou de valores corporativos, que sejam assimilados ao longo do tempo de serviço dos empregados, não pode ser considerada atributo válido para pontuação especial aos funcionários de uma corporação em concurso público, de provas e títulos. Deveras, nas provas e nos títulos, só é admitido aferir dos candidatos habilidades e características que guardem pertinência lógica com a função a ser exercida. Assim, seria legítimo pontuar a experiência em cargos semelhantes ou o desempenho de função análoga à que será futuramente exercida. Integrar determinado quadro de funcionários não pode afetar a análise a respeito da aptidão para exercer novo posto de trabalho: seja para beneficiar quem não apresente a experiência para o novo posto, seja para afastar aqueles que apresentem experiência, obtida noutra corporação.

Em suma, a experiência anterior no setor elétrico pode até vir a ser objeto de pontuação diferenciada em concurso público a ser realizado pela consulente. Essa pontuação pode ocorrer na avaliação de títulos do candidato, com base em peso compatível com as exigências de certame de provas e títulos, que devem ser necessariamente explicitados no edital. Todavia, tal pontuação não pode ser conferida exclusivamente a empregados da consulente, como aventado na consulta. Para ser válida, além da pertinência lógica entre a experiência considerada e a função a ser exercida pelos aprovados no concurso, a pontuação deve ser prevista de modo impessoal. Qualquer consideração de experiência anterior deve atender ao específico aspecto funcional do que se pretende aferir. Isso significa dizer que limitar a pontuação da experiência que seja obtida em dada empresa fere esse preceito básico dos concursos públicos.

7. CONCLUSÃO

indispensáveis, os quais, inobstante óbvios, devem ser encarecidamente referidos, porque, sob pretexto pueris, muitas vezes têm sido desrespeitados. O primeiro destes requisitos é que, se o concurso é *público*, não pode ser restringido aos que já são titulares de algum cargo, contratados ou por qualquer modo vinculados ao serviço público. Segue daí que também não pode ser atribuída, a quem já disponha de uma destas qualificações, posição privilegiada em relação aos demais, outorgando-se-lhe, à conta de títulos computáveis na classificação, uma soma de pontos que lhe permita disputar com vantagem o acesso aos cargos postos em certame. É certo que a prévia ocupação de lugares no serviço público pode ser havida como um indicador de ‘experiência’. Sê-lo-á em alguns casos, nos quais o cargo disputado guarde similitude de funções com as atividades dantes exercidas, mas, em tal hipótese, seria obrigatório também computar, como título demonstrativo de experiência, atividades correspondentes exercidas no setor privado pelos demais afluentes ao concurso.” (*Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta (direitos e deveres)*, 3.^a ed. Malheiros, São Paulo, 1995, p. 56).

Tendo em vista o exposto, respondo de maneira objetiva e fundamentada ao questionário apresentado na consulta.

I – Para efeito de estabelecimento de critérios de progressão interna no Plano de Carreiras da Companhia, quando houver mudanças de carreiras, por exemplo, para acesso de um empregado ocupante de cargo no Plano Técnico ou Administrativo a um Cargo de Nível Universitário, seria imprescindível a realização de concurso público, nos termos da Súmula 685 do STF, mesmo considerando que a consulente é uma sociedade de economia mista estadual, regida pelo disposto no artigo 173 da Constituição Federal e, quanto às suas relações trabalhistas, pela CLT?

Sim. A Súmula 685 do Supremo Tribunal Federal mostra-se aplicável à consulente, mesmo sendo esta uma sociedade de economia mista estadual.

A Súmula reflete interpretação do Texto Constitucional segundo a qual o provimento de cargos (ou empregos) não pode prescindir da realização de concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo (art. 37, II da CF, com a redação que lhe foi dada pela EC nº19).

A ascensão funcional, de acordo com a interpretação constitucional já sumulada pelo STF, implica burla ao dever de realizar concurso público e, por isso, é prática vedada para toda a Administração Pública, seja ela direta ou indireta. Tal regra é aplicável, portanto, à consulente, sociedade de economia mista estadual, prestadora de serviços de energia elétrica.

A circunstância de o texto sumulado adotar a expressão cargo (terminologia empregada em sentido mais estrito aos servidores estatutários) não autoriza a interpretação restritiva. A matéria objeto da Súmula, indiscutivelmente, envolve a problemática referente a concursos públicos de maneira geral, não havendo justificativa para diferenciar o tratamento a ser dado à ascensão que prejudique concursos para cargos (regime estatutário) ou empregos (regime celetista) dentro da administração pública como um todo. Na leitura do texto em exame, portanto, deve-se considerar a expressão “cargo” em sentido amplo, a abarcar tanto os cargos propriamente ditos (referentes a postos de trabalho de regime estatutário), como também os

empregos integrantes da Administração Pública direta ou indireta (de regime celetista).

II – Caso a resposta ao quesito nº I seja a afirmativa, em eventual concurso público poder-se-ia atribuir pontuação diferenciada para os empregados da Companhia, em função da sua experiência e qualificação inerentes ao setor elétrico?

Não.

A experiência anterior no setor elétrico pode até vir a ser objeto de pontuação diferenciada em concurso público a ser realizado pela consulente. Essa pontuação poderia ocorrer na avaliação de títulos do candidato, com base em peso compatível com as exigências de certame de provas e títulos, que devem ser necessariamente explicitados no edital.

Todavia, tal pontuação não pode ser conferida exclusivamente a empregados da consulente, como aventado. Para ser válida, além da pertinência lógica entre a experiência considerada e a função a ser exercida pelos aprovados no concurso, a pontuação deve ser prevista de modo impessoal. Qualquer consideração de experiência anterior que venha a ser realizada deve atender ao específico aspecto funcional do que se pretende aferir. Isso significa dizer que limitar a pontuação da experiência que seja obtida em dada empresa fere esse preceito básico dos concursos públicos.

III- Ainda caso a resposta seja afirmativa, poder-se-ia entender como compatível com a Súmula 685 do STF um sistema de seleção que permitisse:

A – a progressão em uma mesma carreira, prevista no Plano de Cargos e Carreiras da Companhia, através de promoção e ou o acesso a cargos nessa mesma carreira, mediante critérios objetivos de seleção interna?

B – Para efeito de estruturação das carreiras da Companhia, poder-se-ia entender como uma única carreira, por exemplo, a que compreenda os cargos da área de engenharia (p. ex., cargos de eletricitista, auxiliar de engenharia, técnico de engenharia, engenheiro); ou a carreira da área jurídica, compreendendo, p. ex., o auxiliar de serviço jurídico, o técnico de serviço jurídico, o advogado; ou a carreira da área financeira, compreendendo, p. ex., o auxiliar de finanças, o técnico de finanças, o economista ou administrador de empresas?

C) *Se as carreiras profissionais da Companhia forem estruturadas conforme descrito na alínea “B”, supra, a progressão e o acesso aos cargos nos níveis progressivos da mesma carreira, inclusive aos cargos de nível superior, poderiam se dar mediante critérios objetivos de promoção ou seleção interna, independentemente de concurso público, tendo em vista que não estaria havendo mudança de carreira, nessa hipótese?*

D) *Na hipótese de resposta afirmativa para o último quesito, a utilização de critério de seleção consistente em realização de provas objetivas e de títulos, circunscrita aos empregados previamente qualificados, poderia ser considerada mais adequada sob o ponto de vista legal, ou poderia ser mais recomendável o estabelecimento de critérios de promoção baseados unicamente em comprovação de qualificação, experiência e títulos acadêmicos?*

E) *Ainda neste último caso, um empregado que pertença à carreira de engenharia, ocupando cargo de auxiliar de engenharia, por exemplo, poderia ser promovido para o cargo de engenheiro, ou um empregado da carreira jurídica, ocupando cargo de técnico de serviço jurídico institucional, poderia ser promovido para advogado, passando tais profissionais a exercerem plenamente as suas respectivas profissões?*

A progressão dentro da mesma carreira é, em tese, possível. Isso não significa, porém, que basta a definição de dado conjunto de postos de trabalho como “carreira” para que a transferência seja legítima.

Existem limites claros para que se possa licitamente promover um empregado para outro posto de trabalho. Entre eles, destaca-se a *identidade de funções e de nível de escolaridade*. Não é possível realizar a transferência de funcionário para ocupar funções de natureza distintas, como também é vedada a promoção de posto de trabalho para o qual se exija determinado nível de escolaridade, para outro, em que a exigência seja maior.

Os exemplos descritos na consulta — segundo os quais a progressão atingiria níveis e funções reconhecidamente diferentes, com a transferência de cargos de nível médio (eletricistas, técnicos) para postos em que se exige nível superior (advogado, engenheiro, administrador de empresa e economista) — violam os limites acima descritos. Os postos de trabalho em que ocorreriam as progressões possuem natureza diversa; além disso, também difere o nível de escolaridade exigido num emprego e noutro. Tais postos de trabalho, portanto, não poderiam integrar a mesma carreira, para

efeito de progressão funcional. A realização de processo seletivo interno entre os aspirantes a postos de trabalho superiores, por sua vez, não tem o condão de legitimar o acesso ao novo emprego. O provimento, neste caso, haveria de ser mediante concurso público, ou seja, aberto a todos os interessados que preencham as condições de exercício da função a ser preenchida e não apenas aos funcionários da empresa.