JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.008.025/93*89

AUDITORIA - Administração Indireta - EMURB - PRODAM - CMTC - ANHEMBI e CET - empresas com personalidade jurídica de direito privado - necessidade de concurso público para admissão de pessoal, excepcionados os cargos de confiança - ocorrência de critérios subjetivos na avaliação dos candidatos pela EMURB - acolhidos, excepcionalmente, os concursos, com determinação - LOM, art. 107 - CF, art. 37, II - RECURSOS - Inexigibilidade da realização de concurso para as empresas da administração indireta que tenham personalidade jurídica de direito privado - RECURSO PROVIDO (m.v.) - CF, art. 173, § 1º. - pedido de revisão interposto pela PFM - não conhecimento do recurso por falta de interesse para tanto (v.u.) - voto separado da Cons. Mariana P.A.Q. Barbosa.

Egrégio Tribunal

O Tribunal de Contas do Município, visando apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal da Administração Direta e Indireta, e atendendo a solicitação do Exmo. Sr. Prefeito Paulo Maluf, realizou ampla auditoria a respeito, abrangendo os exercícios de 1989 a 1992.

Foram constatadas irregularidades nos concursos de ingresso realizados pelas seguintes entidades da Administração Indireta: Companhia de Processamento de Dados do Município de São Paulo-PRODAM, Companhia Municipal de Transportes Coletivos-CMTC, Companhia de Engenharia e Tráfego-CET, Empresa Municipal de Urbanização- EMURB e ANHEMBI-Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo.

As conclusões alcançadas, consubstanciadas no TC 822/93*63, foram enviadas ao Exmo. Sr. Prefeito Municipal. Posteriormente, a matéria retornou a este Tribunal, para deliberação, conforme solicitações da Secretaria de Governo Municipal e Procuradoria da Fazenda Municipal, por meio dos ofícios de fls. 3/5.

O então relator deste processo, Conselheiro Paulo Planet Buarque, acolhendo sugestão da SDG, entendeu que a matéria deveria ter prosseguimento neste Tribunal, com a individualização das admissões ilegais, até porque, para essas, haveria que se lhes negar registro.

Encaminhados os autos à AUD, aquele Departamento apresentou o relatório de fls. 14/23, indicando as seguintes irregularidades nos concursos públicos: a) desobediência ao art. 107 da L.O.M., que exige a realização dos concursos por entidade dissociada da Administração; b) critérios subjetivos na avaliação dos candidatos nos concursos da EMURB, em afronta ao art. 37, II, da C.F.

Após expedição de ofícios aos órgãos de origem, que apresentaram explicações às fls. 53/92, a AT pronunciou-se pela irregularidade dos concursos públicos realizados, exceto quanto aos concursos efetivados pela PRODAM e CET, pelas justificativas apresentadas (fls. 97/101).

A SDG, às fls. 103/105, entendendo ser obrigatória a exigência de concurso público às empresas de Administração Indireta (art. 37, II, da C.F.) e obrigatório o cumprimento do art. 107 de L.O.M., concluiu no sentido de nulidade dos concursos ***"sub examine"***, exceto os realizados pela CET e PRODAM, à vista das justificativas apresentadas, acompanhando o parecer da AT.

A Procuradoria da Fazenda, em manifestação às fls. 106/114, foi de parecer, em resumo, que não seria aplicável às referidas empresas o art. 107 da L.O.M., acolhendo especialmente as razões da Secretaria do Governo Municipal (fls.91/92) e da EMURB (fls. 54/63), e aduzindo que, de qualquer forma, trata-se de matéria de alta indagação, devendo, portanto, ser seguida a teoria da convalidação sobre tais atos inquinados de ilegalidade. Entendeu, ainda, que os processos seletivos feitos pela EMURB, através de prova oral ou entrevista, não autorizavam a ilação quanto à ocorrência de subjetivismo na avaliação, violando-se o art. 37, II, da Constituição Federal.

A SDG, em nova e final manifestação, às fls. 115/116, reiterou seu entendimento quanto à obrigatoriedade do disposto no art. 107 da L.O.M. em relação à Administração Indireta, e pela irregularidade da avaliação subjetiva adotada nos concursos da EMURB.

É o relatório.

V O T O

No presente julgado, colocam-se três importantes questões a serem deslindadas previamente por esta Corte, antes do julgamento do caso concreto. A primeira delas versa sobre a obrigatoriedade de realização de concurso público, nos termos do art. 37, II, da C.F., pela Administração Indireta. A segunda questão atina com a possibilidade de previsão, nos concursos públicos, de avaliação de candidatos através de entrevistas pessoais ou provas orais com critérios subjetivos. E a terceira e última indagação consiste na aplicação ou não do art.107 da L.O.M. a todos os órgãos da Administração, inclusive empresas estatais e sociedades de economia mista.

No que se refere à primeira questão, a doutrina pátria é segura ao reconhecer que, consoante o art. 37 da Constituição Federal, estão obrigados os órgãos da Administração Indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista) a realizarem de concurso público para admissão de pessoal. É o entendimento, dentre outros autores, de Celso Antônio Bandeira de Mello (Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta, Ed RT, 1990, págs. 35/42), Adilson Abreu Dallari (Regime Constitucional dos Servidores Públicos, Ed RT, 1990, pág. 27), Marcio Cammarosano (Admissão de Pessoal nas empresas estatais em face da Constituição, RDP 91/37-43), Diógenes Gasparini (Direito Administrativo, Ed. Saraiva, 1992, pág. 127 e 289) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Concurso Público na Administração Indireta, RDP 93/129-132).

A jurisprudência de nossos Tribunais orienta-se no mesmo sentido.

Na Apelação Cível nº 186.144-1, o Tribunal de Justiça de São Paulo prolatou Acórdão com a seguinte ementa:

“ Sociedade de Economia Mista - Concurso Público - Entidade integrante da Administração Indireta - Obrigatoriedade de sua realização para a admissão de seu pessoal - Artigo 37 da Constituição da República - Ininvocabilidade do artigo 173 da mesma Carta como excludente da aludida obrigação - Recurso provido.

O concurso público é obrigatório para a seleção dos servidores da Administração Pública indireta (autarquia, fundação pública, sociedade de economia mista, empresa pública e fundação privada), dada a abrangência do “caput”do art. 37 da Constituição da República” (TJESP, 1º CC, Rel. Guimarães e Souza, v.u., j. 4.05.93, RJTJESP 148/152).

O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, já decidiu:

“ 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 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 (STF, Sessão Plenária, Rel. Paulo Brossard, m.v., j. 3.12.92, RTJ 146/139 e BDA-maio/95, págs. 291/302).

Quanto à segunda questão, sobre a forma de avaliação dos candidatos, evidente que nos concursos públicos não se podem realizar entrevistas pessoais ou provas orais que prevejam critérios subjetivos, meramente opinativos ou de foro íntimo, tais como “avaliação psicológica” e “avaliação de potencial”.

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas no sentido de que tais entrevistas pessoais ou provas orais realizadas com critérios subjetivos, na prática, equivalem à não realização de concurso público, a teor do que estabelece o art. 37, II, da Carta Magna, pois afetam a publicidade do certame e a rigorosa igualdade de tratamento entre os candidatos, além de impossibilitar o controle de regularidade do concurso pelo Poder Judiciário (Adilson Abreu Dallari, Regime Constitucional dos Servidores Públicos, Ed. RT, 1990, págs. 37 e segs., Celso Antônio Bandeira de Mello, Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta, Ed RT, 1991, págs. 66 e segs., RTJ 122/1130; RDA 190/147, 109/280, 168/148, 169/52; RT 561/28, 627/243, 694/152).

Tampouco o Tribunal de Contas do Município terá condições de exercer o seu ***“munus”*** constitucional de apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de

pessoal na administração direta e indireta (art. 71, III da C.F.), caso as condições de habilitação dos candidatos nos concursos públicos impeçam esse controle externo, em face de fixação de critérios subjetivos de avaliação.

Útil trazer à colação o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> ***" O desdobramento do exame psicotécnico em duas fases - bateria de testes e entrevista - não pode levar ao ponto de que seja o candidato considerado, na entrevista, "não recomendado" para as demais fases do concurso, em outras palavras, considerado "inapto", em virtude de sua natureza subjetiva e do superpoder que se confere ao entrevistador, que na realidade, a torna discriminatória.***
>
> ***A entrevista não é exame e nem pode integrá-lo, pois há possibilidade de arbítrio" (STJ, 1ª T, R. Esp. nº 11.087-DF, Rel. Min. Pedro Acioli, v.u., j. 26.06.91, RJSTJ, "Lex", 30/275)***

A terceira e última questão, acerca da aplicabilidade do art. 107 da L.O.M. no âmbito da Administração Indireta, se coloca em razão da variada extensão que se atribui à expressão **servidor público**, tanto na legislação como na doutrina.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em clara e sintética lição, observa que a expressão **servidor público** ora é utilizada em **sentido amplo**, para designar todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício, ora é utilizada em **sentido menos amplo**, que exclui os que prestam serviço às entidades com personalidade jurídica de direito privado (cf. Direito Administrativo, Ed. Atlas, 1991, pág. 304).

Penso que a "***mens legis***" do art. 107 da Lei Orgânica do Município de São Paulo, ao preceituar que **"os concursos públicos de ingresso de servidores serão realizados por entidades dissociadas da administração",** atribui **sentido amplo** à expressão **servidores**.

Isto porque tal dispositivo estabelece um meio concreto de se assegurar a observância dos princípios da moralidade, isonomia e impessoalidade, no realização de concursos públicos no Município de São Paulo, dando, assim, efetivo cumprimento ao disposto no art. 37, "caput", e incisos I e II, da Constituição Federal.

Ora, se a obrigatoriedade do concurso público estende-se, como visto, não apenas à Administração Direta, mas também à Administração Indireta, não há motivos para se restringir o alcance do vocábulo **servidores** contida no art. 107 da L.O.M., que regula a mesma matéria. A restrição, se existisse, deveria ser expressa, caso o dispositivo pretendesse não regular o ingresso dos servidores nas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Aplica-se aqui o brocado ***"ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio":*** "***onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito",*** bem como a lição de Carlos Maximiliano, em sua festejada obra "Hermenêntica e Aplicação do Direito" no sentido de que ***"quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente"*** (Ed. Forense, 13ª Ed., 1993, pág.247).

Ainda que sob outro ângulo, chega à mesma conclusão a SDG, dentro de uma interpretação sistemática:

“ O art. 107, da Lei Orgânica do Município de São Paulo, ao referir-se a servidores, em capítulo a eles destinado, abrange a Administração Direta e Indireta, em continuação ao art. 106, que menciona ambas expressamente.

“Servidores”, portanto, é o gênero, não a espécie. Se as empresas públicas necessitarem de pessoal especialmente qualificado, devem recorrer aos cargos em comissão ou de confiança, de livre provimento, ou às contratações temporárias do artigo 108. Fora desses casos, de rigor a obediência ao artigo 107 da Carta Municipal” (fls. 115).

A expressão **servidores**, contida no art. 107 da L.O.M., deve, portanto, ser entendida em seu **sentido amplo**, ou seja, também abrangendo os servidores da Administração Indireta.

Analisadas essas questões prévias, passo a examinar especificamente os concursos objeto do presente processo.

As empresas da Administração Indireta - PRODAM, ANHEMBI, CET, CMTC e EMURB - realizaram concursos públicos para admissão de pessoal, através dos quais foram admitidos 5.788 (cinco mil, setecentos e oitenta e oito) servidores.

Os órgãos técnicos e a SDG indicaram, primeiramente, violação do art. 107 da L.O.M., porquanto tais concursos não foram realizados por entidades dissociadas da Administração; no que tange à EMURB, suscitou-se, também, que a avaliação em seus concursos teria sido feita com base em critérios subjetivos, afrontando-se o art. 37, II, da Constituição Federal.

De fato, procede a primeira impugnação, pelos motivos já expostos genericamente. Tal impugnação, a meu ver, estende-se também à CET e à PRODAM, uma vez que as justificativas apresentadas por tais entidades às fls. 85/88 e 73/81, lastreadas tão-somente no pequeno lapso temporal de que dispunham para as admissões, não têm o condão de eximi-las do cumprimento da exigência legal.

Acolho, no entanto, as ponderações da PFM, às fls. 112, no sentido de que a questão da aplicabilidade, às empresas da Administração Indireta, do art. 107. da L.O.M. é **“complexa e de alta indagação, podendo mesmo apresentar aspectos controvertidos”.**

Por outro lado, trata-se de tema sobre o qual ainda não se posicionou esta Corte de Contas, tendo agido as referidas empresas com boa-fé e baseadas em interpretação normativa razoável.

Em face do exposto, e na esteira do abalizado ensinamento de Hely Lopes Meirelles, para quem ***“a mudança de interpretação da norma ou da orientação administrativa não autoriza a anulação dos atos anteriormente praticados”*** (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Ed., 1995, 13ª Ed., pág. 187), sou de parecer que se deva relevar a irregularidade apontada , de infrigência ao art. 107 da L.O.M.

Quanto à infração ao art. 37, II da CF, argüída pelos órgãos técnicos e pela SDG, nos concursos públicos realizados pela EMURB, em razão da adoção de critérios subjetivos de avaliação, a ilegalidade exsurge inequivocamente.

A respeito do tema, aduziu a AT, às fls. 207/208 do Proc. TC 6.199/92*08:

> ***“ Ora, concursos públicos que incluam etapa de seleção em que sejam realizadas provas práticas ou análise de currículos e entrevistas técnicas, de que não se guardam registros, e em que não são atribuídas notas, podendo, porém alterar os resultados alcançados em fase anterior, de prova de conhecimentos específicos, em que são conferidas notas, podendo a segunda fase, subjetiva, acarretar até mesmo a eliminação do candidato classificado, são nulos, porque ferem a moral administrativa.***
>
> ***Por mais simplificados que se pretendam os processos seletivos, hão de assegurar a igualdade de todos os candidatos e proporcionar à Administração a consecução de seu objetivo, de conseguir os melhores profissionais, em estrita consonância com a impessoalidade e a moralidade administrativa.”***

De fato, analisando os editais constantes dos Processos TC’s nº 2.066/93*43 e 6.199/92*08, nos concursos levados a efeito pela EMURB, verifica-se a existência de fase eliminatória com base nos critérios “entrevista técnica”, “avaliação de potencial” e “aplicação de instrumentos psicológicos”, claramente subjetivos e aleatórios.

As fichas de “avaliação técnica” e os “resultados de entrevista”, juntados às fls. 69/72 deste processo, indicando “pontos fortes” ou “pontos fracos” do candidato e critérios genéricos do tipo “mostrou desenvoltura no ato da entrevista”, “facilidade de expressão”, “aparência”, “interesse” e “atitude / comportamento”, ferem nitidamente os princípios da isonomia e da impessoalidade, além de impedir qualquer controle judicial ou por parte deste Tribunal de Contas, quanto à lisura do procedimento.

Bem assinalou a SDG, às fls. 116:

> ***“ Nos concursos efetuados pelas estatais, diferentemente, os cargos a serem preenchidos nada apresentam de extraordinários, de forma a justificar as entrevistas particulares, das quais não se conservou qualquer registro, sendo certo que, no caso citado da EMURB, a questão poderia ser inserida no teste escrito, igual para todos os concorrentes, e a propiciar avaliação objetiva.”***

No entanto, tendo em vista o tempo transcorrido em relação à realização, pela EMURB, dos referidos concursos (anos 1989 a 1992); considerando que tais concursos ensejaram a admissão de grande número de candidatos, superior a meio milhar (fls. 34/44 do Proc. 2.066/93*43); considerando as razões de defesa acostadas às fls. 54/63, especialmente quanto ao registro de apenas dois recursos administrativos, em meio a mais de 8.000 candidatos, e à afirmação de que os serviços foram efetivamente prestados pelos contratados; considerando não ter sido constatado sério prejuízo ao Erário, e, por fim, em face da ausência de posicionamento expresso deste Tribunal sobre o tema, sou de parecer que, excepcionalmente, há de ser reconhecida a regularidade dos certames em questão.

Como luva à mão, parece-me adequado ao caso vertente o já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, ***“in verbis”:***

> ***“ Na avaliação da nulidade do ato administrativo, é necessário temperar a rigidez do princípio da legalidade, para que se coloque em harmonia com os cânones da estabilidade das relações jurídicas, da boa-fé e outros valores necessários à perpetuação do Estado de Direito” (STJ, 1ª T, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, v.u., j. 14.09.94, DJU 17.10.94, pág 27865)***

À vista do exposto, acolho, excepcionalmente e de maneira geral, os concursos públicos realizados pela EMURB, PRODAM, CMTC, ANHEMBI e CET, nos anos de 1989 a 1992, objeto do presente processo, ressalvado o exame de situações específicas.

Determino, outrossim, a expedição de ofícios ao Exmo. Sr. Prefeito, aos Srs. Secretários Municipais e aos dirigentes de todas as entidades da Administração Indireta do Município, dando-lhes ciência de que, a partir da publicação da presente decisão, deverão, sob as penas da lei, nas admissões de pessoal, adotar medidas que resultem nos seguintes procedimentos:

a) realização prévia de concurso público, consoante o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal, exceto para o preenchimento de cargos considerados de confiança, nos termos do art. 83, III, da Lei Orgânica do Município de São Paulo;

b) tratamento impessoal e isonômico aos candidatos, vedada a realização de entrevistas pessoais ou provas orais com critérios subjetivos de avaliação, para fins classificatórios ou eliminatórios;

c) obediência ao disposto no art. 107 da Lei Orgânica do Município de São Paulo.

É o meu voto.

São Paulo, 19 de fevereiro de 1997.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

Egrégio Plenário

V O T O

Acompanho quase "in totum" o voto do D. Relator, exceção quanto a eficácia do V. Acórdão que deve ser entendida como operante, uma vez publicada no Diário Oficial do Município e não a partir de seu trânsito em julgado.

Quanto as determinações não as entendo cabíveis, no tocante as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, cuja atividade se estriba no artigo 173, parágrafo 1º da Constituição Federal.

É o meu voto.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 19 de fevereiro de 1997.

FRANCISCO GIMENEZ
Conselheiro

VOTO EM SEPARADO COM RETIFICAÇÃO

Voto com o Exmo Sr. Conselheiro Relator, no que se refere à obrigatoriedade de concurso público para os cargos da Administração Indireta.

O inciso II, do artigo 37, da Constituição da República, fala em "cargo" ou "emprego" e o caput do mesmo artigo impõe obediência ao elenco das disposições tanto à Administração Direta, quanto à Indireta.

Não vejo, portanto, como dispensar a exigência do concurso. No que toca à forma de realização, acompanho também o Exmo Sr. Conselheiro Relator na vedação de realização de entrevistas pessoais, ou provas orais com critérios subjetivos de avaliação.

Os princípios de impessoalidade e moralidade, que devem reger toda a Administração, não se coadunam com critérios não mensuráveis objetivamente (CR, 37, caput).

No mais, peço vênia para divergir do Exmo Sr. Conselheiro Relator em apenas um ponto.

É no que toca à exigência de se submeterem os Órgãos da Administração Indireta ao disposto no artigo 107, da Lei Orgânica do Município. Este artigo, a meu ver, deve aplicar-se apenas aos "servidores" da Administração Direta, posto que assim menciona.

Na Administração Indireta a própria Lei Orgânica do Município fala em "empregados" e não "servidores", distinguindo ambas as categorias, como se pode ver da disposição expressa no artigo 100.

Se a LOM distingue servidores e empregados e exige entidade dissociada apenas para os servidores, não me parece razoável ampliar-se a exigência.

É o meu voto.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 19 de fevereiro de 1997.

PAULO PLANET BUARQUE
Conselheiro

V O T O

Divirjo do Nobre Conselheiro Relator, **julgando regulares os atos praticados**, entendendo que o Art.37 - II - Constituição Federal, não pode ser analisado isoladamente. Não concordo, pois, com um julgamento, de modo excepcional, como propõe o D. Relator.

A questão principal versada nos presentes autos diz respeito à obrigatoriedade da realização de concurso público, por parte das empresas públicas e sociedades de economia mista (entidades paraestatais), para o preenchimento de seus quadros funcionais.

Antes de ingressar no mérito da questão, propriamente dito, convém analisar a criação e finalidade de referidas entidades paraestatais.

Na definição do mestre Hely Lopes Meirelles, "Entidades paraestatais são **pessoas jurídicas de direito privado**, cuja criação é autorizada por lei específica (CF, art. 37, XIX e XX), com patrimônio público ou misto, para realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob as normas e controle do Estado não se confundem com as autarquias com as Fundações Públicas e também não se identificam com as entidades estatais". - grifo nosso - (Direito Administrativo Brasileiro, 21ª Ed., Malheiros Editoras, pg. 320).

Quanto ao Objeto das entidades Paraestatais, define o consagrado mestre que: "É, normalmente, a execução de uma atividade econômica empresarial mas pode ser também uma atividade não econômica de interesse coletivo ou, mesmo, um serviço público ou de utilidade pública delegado pelo Estado. No primeiro caso (atividade econômica) **a entidade paraestatal há que revestir a forma de empresa pública ou de sociedade de economia mista criada em caráter suplementar da iniciativa privada, devendo operar sob as mesmas normas e condições das empresas particulares congêneres**, para não lhes fazer concorrência, como dispõe expressamente a Constituição da República (art. 173 e seus parágrafos), nos outros casos (atividade não econômica, serviço público ou utilidade pública) o Estado é livre para escolher a forma e estrutura da entidade e operá-la como lhe convier porque em tais hipóteses não está intervindo no domínio econômico reservado à iniciativa privada". - grifo nosso - (Direito Administrativo Brasileiro, 21ª Ed., Malheiros Editores, pg. 323).

Desta forma, tem-se que a atividade das empresas paraestatais requer sejam as mesmas operacionalizadas, de forma a competir com empresas privadas: exigir, pois, a realização de concurso público para contratação de pessoal, (com toda a formalidade inerente ao concurso público destinado ao provimento de cargo exclusivo ao servidor público), contraria, frontalmente a própria Constituição e a atividade da empresa paraestatal.

Não podemos colocar no mesmo balaio, gatos com cachorros, ou seja, os cargos da Administração Direta e os da Administração Indireta. Realizado o concurso público na Administração Direta, a situação é uma. Na Indireta é suficiente uma prova de seleção, como acontece nas empresas privadas. Ademais, as empresas de Economia Mista e as Empresas Públicas têm cargos gerenciais e não cargos de confiança, e hoje em dia é muito comum que as empresas procurem gerentes formados para tanto, verdadeiros especialistas. Lembraria, ainda, em abono a esta tese o seguinte: os cargos da Administração Direta são criados por lei; os da Indireta não são criados por lei. Os da Direta são extintos por lei; os da Indireta não são extintos por lei. A natureza dos cargos da Direta é estatutária, de acordo com a Constituição Federal, devendo haver uma uniformização de

tratamento. Os cargos da Direta têm estabilidade; os da Indireta, a exemplo das empresas privadas, não têm estabilidade. Com relação a estabilidade na empresa privada, cumpre ressaltar que este instituto vigorou até 1.966.

Em virtude da própria estabilidade, os cargos da Direta estão sujeitos ao interregno probatório, enquanto que, na Administração Indireta, isto não existe, posto que os empregados podem ser demitidos a qualquer momento.

O que se observa é que a natureza jurídica dos cargos da Administração Direta difere totalmente dos cargos da Administração Indireta.

O parágrafo primeiro, do art. 173, da Constituição a respeito do qual, o D. Relator não teceu maiores comentários, diz que ”a natureza jurídica dos cargos da Empresa Pública, Sociedade de Economia Mista e de outras entidades que explorem a atividade econômica, sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto as obrigações trabalhistas e tributárias”. E o direito privado não contempla a criação por lei, a extinção por lei, a natureza estatutária, a estabilidade, a vitaliciedade e o interregno probatório.

Não obstante haja um prova de seleção nas Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas, isto significa um teste de admissão. Apenas e tão somente o empregado da paraestatal, com teste, concurso ou coisa que o valha, pode entrar hoje e sair amanhã.

Não estou sozinho neste entendimento. No mesmo sentido, o brilhante voto proferido pelo eminente Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança, processo nº 21.322 de 03 de dezembro de 1.992, RTJ 146/139:

> **“Todos nós sabemos que aqueles que prestam serviços às Sociedades de Economia Mista às Empresas Públicas são empregados e não servidores públicos. Se procedermos a leitura dos diversos incisos do Art. 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 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 atividade econômica, o que atrai, uma regência especial quanto ao pessoal.**
> **Preceitua o parágrafo primeiro 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 parágrafo I 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 parágrafo I do artigo 173 da Carta, que exclui, por via de conseqüência, a incidência do inciso II do artigo 37, no que prevê a necessidade de realização de concurso público para contratação de pessoal.
É como voto, no caso dos autos."

Desta forma, os empregados de Paraestatais não são tipificados como servidores públicos, não estando sujeitos ao regime jurídico único, e nem tampouco lhes atribuem qualidade de servidores públicos capaz de os submeter as normas do Direito Administrativo. E nesta especial, não estão sujeitos a obrigatoriedade da prestação de concurso público para ingresso nos quadros funcionais.

Diante do exposto, julgo regulares as contratações efetivadas pelas empresas da administração indireta, objeto do presente processo.

Plenário "Conselheiro Paulo Planet Buarque", 19 de fevereiro de 1997.

EURÍPEDES SALES
Conselheiro

(VOTO DE DESEMPATE)

Egrégio Plenário

Consoante despacho por mim exarado, às fls. 146 dos autos, o processo foi encaminhado ao Gabinete do Exmo. Sr. Conselheiro Antônio Carlos Caruso, com a chegada de documentação, juntada por linha, enviada pela PRODAM.

O Excelentíssimo Sr. Relator às fls. 147, apreciou a matéria, proferindo o seguinte despacho:

"Sr. Presidente
O processo encontra-se em fase final de votação, estando preclusos os demais atos processuais.
Em vista disso, devolvo o presente a V. Excia., para prosseguimento".

Sendo assim, retorna o processo a este E. Plenário, para apresentação de meu Voto de desempate a respeito do caso em julgamento e que diz respeito ao pedido de auditoria

formulado pelo Executivo, para apuração de eventuais irregularidades na admissão de pessoal na Administração Indireta, no período dos exercícios de 1989 a 1992.

Conforme é de conhecimento dos Senhores Conselheiros, o Senhor Conselheiro Relator Antônio Carlos Caruso acolheu excepcionalmente e de maneira geral, os Concursos Públicos realizados pela EMURB, PRODAM, CMTC, ANHEMBI e CET, propondo remessa de ofícios ao Exmo. Senhor Prefeito, aos Secretários Municipais e dirigentes de todas as entidades da Administração Indireta do Município, dando-lhes ciência de que, a partir da publicação da decisão a ser proferida no presente processo, as admissões de pessoal deverão ficar vinculadas à realização prévia de Concurso Público, consoante o disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, exceto para o preenchimento de cargos considerados de confiança, nos termos do art. 83, inciso III, da Lei Orgânica do Município de São Paulo;

b) tratamento impessoal e isonômico aos candidatos, vedada a realização de entrevistas pessoais ou provas orais com critérios subjetivos de avaliação para fins classificatórios ou eliminatórios;

c) obediência ao disposto no art. 107, da Lei Orgânica do Município de São Paulo.

O Revisor, Conselheiro Francisco Gimenez, em voto separado, acompanhou o Relator quanto à regularidade dos atos praticados, divergindo somente quanto às determinações expendidas.

O Conselheiro Paulo Planet Buarque, acompanhou o Relator, discordando, apenas, no que respeita ao item "c" das determinações elencadas, ou seja, obediência ao disposto no art. 107 da Lei Orgânica do Município de São Paulo.

O Conselheiro Eurípedes Sales, em voto separado, julgou regulares os atos praticados, sem excepcionalidade, acompanhando o Voto do Conselheiro Revisor quanto às determinações já referidas.

Meu voto de desempate é em favor da tese da obrigatoriedade do Concurso Público consoante a diretriz do art. 37, inciso II, da Constituição Federal. Tal determinação parece-me induvidosa, acatada pela melhor doutrina e decisões dos Tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal. É sabido que a regra constitucional é de ordem geral relativa à Administração Pública direta e indireta (inclusive fundacional). Logo, a meu ver, com a devida vênia, não pode esta disposição geral ser excepcionada pela diretriz do art. 173, parágrafo 1º, do texto constitucional, que abrange uma situação específica relacionada com o regime tributário e o regime jurídico do pessoal das entidades de natureza comercial ou industrial.

No presente caso, ficou demonstrado nos autos que, embora efetuados os Concursos Públicos, foram adotadas determinadas medidas que infringem a diretriz geral dos Concursos Públicos, conforme muito salientado no Voto do Senhor Conselheiro Relator.

Face ao exposto, meu Voto de Desempate é no sentido de acolher as duas determinações contidas no Voto do eminente Relator: necessidade da realização de Concurso Público para as admissões de pessoal e o tratamento impessoal e isonômico aos candidatos, vedada a realização de entrevistas pessoais ou orais como critérios subjetivos de avaliação para fins classificatórios ou eliminatórios.

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 19 de março de 1997.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.008.025.93-89, devolvidos, na presente sessão, pelo Conselheiro Presidente WALTER ABRAHÃO, após terem sido avocados na 1.726ª S.O., quando votaram os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO - Relator, FRANCISCO MARTIN GIMENEZ - Revisor, PAULO PLANET BUARQUE e EURÍPEDES SALES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, nos termos do relatório e voto do Conselheiro Relator, acompanhado dos Conselheiros FRANCISCO MARTIN GIMENEZ - Revisor e PAULO PLANET BUARQUE, com votos em separado, em acolher, excepcionalmente e de maneira geral, os concursos realizados pela Empresa Municipal de Urbanização - EMURB, Companhia de Processamento de Dados do Município de São Paulo - PRODAM, Companhia Municipal de Transportes Coletivos - CMTC, Anhembi Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo S/A e Companhia de Engenharia de Tráfego - CET, nos anos de 1989 a 1992, objeto do presente processo, ressalvado o exame de situações específicas. Vencido, em parte, o Conselheiro EURÍPEDES SALES, que julgou regulares os atos praticados, sem a excepcionalidade.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelo voto do Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO - Relator e, nos termos do voto apresentado em separado pelo Conselheiro PAULO PLANET BUARQUE, votando o Conselheiro Presidente WALTER ABRAHÃO para efeito de desempate, nos termos do artigo 20, inciso II, do Regimento Interno desta Corte, em determinar a expedição de ofícios ao Excelentíssimo Senhor Prefeito, aos Senhores Secretários Municipais e aos dirigentes de todas as entidades da Administração Indireta do Município, dando-lhes ciência de que, a partir da publicação da presente decisão, deverão, sob as penas da lei, nas admissões de pessoal, adotar medidas que resultem nos seguintes procedimentos:

a) realização prévia de concurso público, consoante o disposto no artigo 37, II, da Constituição Federal, exceto para o preenchimento de cargos considerados de confiança, nos termos do artigo 83, III, da Lei Orgânica do Município de São Paulo;

b) tratamento impessoal e isonômico aos candidatos, vedada a realização de entrevistas pessoais ou provas orais, com critérios subjetivos de avaliação, para fins classificatórios ou eliminatórios.

Vencidos os Conselheiros FRANCISCO MARTIN GIMENEZ - Revisor e EURÍPEDES SALES, que, consoante votos em separado, não entenderam cabíveis as referidas determinações.

Participaram do julgamento os Conselheiros FRANCISCO MARTIN GIMENEZ - Revisor, PAULO PLANET BUARQUE e EURÍPEDES SALES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 19 de março de 1997.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator

(RECURSO)

Exmo. Sr. Cons.º Relator

Examinam-se, nesta oportunidade, os Recursos Interpostos pela EMURB, São Paulo Transportes S/A e CET; pela Companhia de Processamento de Dados do Município - PRODAM e também pela Anhembi - Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo, quanto à decisão contida no V. Acórdão de fls. 151/152, que, por maioria de votos, acolheu, excepcionalmente e de maneira geral, os concursos de ingresso realizados pelas diversas entidades integrantes da Administração Indireta do Município, nos anos de 1989 a 1992, determinando, porém, fossem oficiadas aquelas entidades, o Senhor Prefeito Municipal e Secretários Municipais para adoção das medidas específicas constantes do citado Decisório.

Em seu apelo, a EMURB, a CET e a São Paulo Transportes S.A. sustentam, em síntese, falta de clareza na r. Decisão, quanto à expressão "cargo de confiança" na Administração Indireta; que a determinação elencada no V. Acórdão, vedando as realizações de provas orais em entrevistas com critérios subjetivos, para avaliação de candidatos, não pode ter o caráter genérico que lhe foi dado, em razão de características e peculiaridades de certas funções existentes nas empresas recorrentes; que o início da executoriedade do decisório deve ocorrer com o trânsito em julgado e não a partir da sua publicação, como determinado. Pretendem, finalmente, seja definida a aplicabilidade ou não, à hipótese, do disposto no artigo 107 da Lei Orgânica do Município, ante a divergência ocorrida na votação.

No mesmo sentido os recursos interpostos pela PRODAM e ANHEMBI, invocando, ainda, a primeira nomeada, divergência entre a decisão recorrida e outros julgados já proferidos por esta Corte, e a ANHEMBI, sua condição de sociedade de economia mista, que a desobrigaria da realização compulsória de concurso público para contratação e seleção de seu pessoal.

Analisando a matéria, a Assessoria Jurídica, em bem elaborado parecer às fls. 232/238, manifesta-se pelo provimento parcial dos recursos interpostos, sustentando que, no tocante à exigência de prévio concurso para investidura em cargo ou emprego público, a r. decisão é de ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, uma vez que conforme com a melhor doutrina e as normas legais de regência. Quanto às demais argüições, entende que poderá merecer acolhimento a postulação quanto à maior clareza na definição dos cargos de confiança, assim considerados aqueles fixados nos estatutos das empresas, desde que preservem a sua natureza, estabelecida no artigo 83, III da Lei Orgânica do Município, e, também, quanto à vedação contida na letra "b" das determinações propostas, para que alcance apenas provas de seleção com critérios subjetivos.

No que diz respeito aos demais questionamentos - aplicação do art. 107 da LOM às entidades da Administração Indireta e início da vigência da decisão após o trânsito em julgado - os recursos não merecem provimento, tendo em vista que a r. decisão ficou clara no sentido que a determinação é válida "a partir da publicação" e não do seu trânsito em julgado. E quanto à determinação de obediência ao art. 107 citado, restou vencido o Senhor Conselheiro Relator, motivo pelo qual não constou do V. Acórdão, não procedendo, pois, o reclamo.

A Procuradoria da Fazenda, por sua vez, entende que os recursos são regulares e tempestivos, merecendo provimento. Sustenta, para tanto, que as empresas públicas e as sociedades de

economia mista, por explorarem atividade econômica, sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, conforme § 1º do art. 173 da Constituição Federal. (fls. 241/242), não se impondo a elas, portanto, a exigência de prévio concurso para admissão de seu pessoal.

Pelo conhecimento dos apelos é também a minha opinião.

Quanto ao mérito, entendo como a A.T. que é de ser dado provimento parcial às razões do recurso oferecido. Com efeito, como já exposto em pronunciamentos anteriores, entendo que é obrigatório o prévio concurso para admissão de empregados nas empresas públicas e sociedade de economia mista integrantes da Administração Pública Municipal, por força mesmo do mandamento insculpido no artigo 37, II da Carta Magna. Isto porque, dentre os princípios constitucionais de ampla abrangência, estendendo-se, portanto, à generalidade dos servidores encontra-se o acesso a cargos, empregos e funções públicas, condicionando, porém, entre outros requisitos, à prévia aprovação em concurso público, ressalvadas, à evidência, as nomeações para cargos de confiança.

Portanto, nesse particular, é de ser negado provimento aos reclamos dos recorrentes, mantendo-se por seus próprios fundamentos a r. decisão recorrida, cuja conclusão, de resto, segue entendimento dominante nesta Corte sobre a matéria.

Quanto às demais questões suscitadas nos apelos interpostos, permito-me endossar as razões expendidas no fundamentado parecer de nossa Assessoria Jurídica, razão pela qual fazendo minhas as conclusões ali apontadas, submeto o presente à elevada consideração de Vossa Excelência.

São Paulo, 11 de setembro de 1.997

JOÃO ALBERTO GUEDES
Secretário-Diretor Geral

Exmo. Senhor Conselheiro Relator

1- Cuidam os autos de recursos (33), interpostos por EMURB/S.PAULO TRANSPORTES/CET, PRODAM e ANHEMBI, de decisão do E. Plenário, que impôs às Entidades da Administração Indireta dois comandos para a contratação de empregados: -a) realização prévia de concurso público, exceto para cargos de confiança, referentes à gestão de órgão e b) tratamento impessoal e isonômico aos candidatos, sem possibilidades de avaliação subjetiva por entrevistas pessoais, ou provas orais (fls. 151, 168, 174 e 213). A decisão impôs, mais, obrigatoriedade de cumprimento "a partir da publicação";

2- Submetidos os recursos à ATJ, opinou pelo conhecimento e provimento parcial, para melhor explicação das determinações, nos termos que propôs (fls. 232);

3- Referido parecer foi endossado por Chefia de ATJ (fls. 239);

4- Colhida manifestação de PFM foi pelo provimento, nos termos de voto vencido e necessidade de liberdade de administração para as interessadas (fls. 241);

5- Indo os autos a SDG, para fala final, acompanhou manifestação de ATJ (fls. 344);

6- Nosso parecer, com a devida venia, é pelo conhecimento dos recursos, face ao precedente mostrado (fls. 211) e a disposição do inciso II, do artigo 45 da LM 9.167/80;

7- De fato, esta Corte, no passado, já decidiu pela validade dessas contratações sem concurso (ibidem), o que impõe o conhecimento;

8- No mérito, entretanto, somos pela manutenção do decidido, com uma única ressalva. O acórdão nos parece claro e bem fundamentado, diante do que dispõe a lei. Data venia, o que as recorrentes estão chamando de obscuridade, na verdade, não deixa de ser uma busca de mérito. Consideram o concurso prévio uma dificuldade de administração, querem manter uma liberdade de empresa e vêem-se tolhidas pela decisão;

9- O fato, entretanto, é que a Constituição da República fecha as portas a essa liberdade e da Lei Maior o Tribunal não pode fugir;

10- O caput do artigo 37 é expressamente dirigido às recorrentes e o inciso II só ressalva cargo em comissão criado em lei;

11- Nesse passo, a LOM menciona bem "gestão do órgão", o que eqüivale aos cargos de direção, de livre nomeação do Prefeito;

12- Correto, portanto, o acórdão recorrido, quando deixou ressalvado apenas estes cargos, na remissão expressa ao artigo 83, da LOM;

13- A atenuação proposta por ATJ, no sentido de estender-se a dispensa de concurso a cargos de chefia e assessoramento superior (fls. 237), data venia, também não entendemos possível, eis que não são compatíveis com "gestão". Quem assessora não gere diretamente, e quem chefia, também está sob ordens;

14- Quanto ao outro tema da decisão, vedação de entrevistas pessoais, ou provas orais, com nota subjetiva, também não vemos, como questionar;

15- Moralidade e impessoalidade são comandos constitucionais, todo o julgamento terá, que ser objetivo e mensurável, inclusive como contingente necessário, para se ver uma classificação e exercer controle;

16- Nesse passo, com a devida venia, a fundamentação do voto vencedor nos parece perfeita (fls. 126 finis e 127), com remissão, inclusive, a decisão judiciária de grau superior (ibidem);

17- E isto obedecido, data venia, não trará, para as recorrentes, os transtornos, que estão apontando. Primeiro, porque há formas objetivas, de se medir eventual inaptidão psicológica. Segundo, porque, se o classificado e contratado não se revelar empregado prestável, poderá ter seu contrato rescindido, aí, sim, no exercício da gerência privada, outorgado às recorrentes (C. Rep., 173, § 1º);

18- Quanto aos demais temas aventados pelas recorrentes, vigência da decisão a partir de sua publicação e submissão das recorrentes ao disposto no artigo 107, da LOM, data venia, esta submissão não integrou a decisão, pelo que não existe no julgado;

19- Quanto à obrigatoriedade de cumprirem as recorrentes o decidido, a partir da publicação da decisão recorrida, data venia, aí os recursos nos parecem acolhíveis, pela disposição do artigo 47, da LM 9.167/80, orgânica desta Corte. Se há o direito de recurso, com efeito suspensivo, os efeitos da decisão terão, que esperar o trânsito em julgado e não ser exigidos antes;

20- Propomos, destarte, conhecimento dos recursos e provimento parcial, apenas quanto aos efeitos da decisão, para operarem a partir do trânsito em julgado respectivo.

É o que submetemos à consideração de V.Exa.

Nelson Planet Júnior
Assessor de Gabinete

RELATÓRIO

Tratou o presente TC, em sua análise inicial, de pedido de auditoria, por parte do Executivo, visando à apuração de irregularidades em admissão de pessoal na Administração Indireta.

Em julgamento ocorrido em 19 de março de 1997, decidiu este Plenário, por maioria, com voto de desempate proferido pelo Excelentíssimo Conselheiro Presidente, em acolher, excepcionalmente, as contratações realizadas nos anos de 1989 a 1992 pela EMURB, PRODAM, CMTC (atual SPTrans), ANHEMBI e CET, ressalvado o exame de situações específicas. Vencidos, na oportunidade, os Conselheiros Eurípedes Sales e Francisco Martin Gimenez, que votaram no sentido da não necessidade da realização de concurso para investidura em cargos da Administração Indireta do Município.

Acordaram, ainda, por maioria, em determinar a realização de concurso público, consoante o disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, para preenchimento de cargos, exceto para os cargos considerados de confiança, conforme disposto no artigo 83, inciso III, da Lei Orgânica do Município de São Paulo. Determinaram, por derradeiro, vedar a realização de entrevistas pessoais ou provas orais com fins classificatórios ou eliminatórios.

Todas as empresas atingidas pela decisão deste Pleno apresentaram, tempestivamente, recurso, fundamentados no inciso I, do artigo 45, da Lei Municipal 9.167/80, sustentando falta de clareza na respeitável decisão, pleiteando melhor explicitação quanto ao que se entende por "cargo de confiança" na Administração Indireta. Pede, na seqüência, que seja avaliada a especificidade de cada empresa, no tocante à vedação da realização de entrevistas pessoais ou provas orais com fins classificatórios ou eliminatórios para a admissão de pessoal.

Questionam, ainda, quanto à aplicação das disposições contidas no artigo 107 da Lei Orgânica do Município. Por último, inquirem quanto ao início da executoriedade da decisão.

A PRODAM recorre, também, nos termos do inciso II do mesmo artigo usado pelas demais recorrentes.

Entende a PRODAM haver ocorrido conflito entre o Acórdão recorrido e aquele prolatado em 19 de junho de 1996, nos autos do TC 3.750/92, quando considerou regulares os atos praticados pela CMTC (atual SPTrans), qual seja, considerar regulares atos de contratação de pessoal sem realização de concurso público.

A ANHEMBI acresce o fato de não ser empresa de economia mista.

Note-se que a ANHEMBI não foi criada por Lei, ou sequer constituída pelo Poder Público para exercer atividade típica de Estado ou atividade Pública em substituição ao Ente

Estatal. De se notar, também, que a mesma explora - e sempre explorou - atividade tipicamente econômica de natureza comercial atuando, primordialmente, como concorrente direta a outras empresas, essas privadas, que executam o mesmo ramo de negócio.

A exigência de autorização legislativa se incorporou, de tal forma, ao conceito de economia mista, que a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo que, se não houve autorização legislativa, não existe esse tipo de entidade, mas apenas uma empresa estatal sob controle acionário do Estado (conforme acórdãos do STF in RDA 143/118 e 145/170 e do TRF in RDA 157/222). Esse entendimento foi consagrado pelo legislador constituinte, como se verifica pela referência, em vários dispositivos, a esse tipo de empresa, como categoria à parte.

Ademais, a sociedade sob controle acionário do Estado não se confunde com a sociedade de economia mista, cuja criação depende de Lei.

É o relatório.

VOTO

A Constituição Federal, em seu artigo 173, parágrafo 1º, deixa clara a distinção entre Administração Direta e Indireta no trato para com seus empregados, ao determinar que a empresa pública, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividades econômicas fiquem sujeitas a regime jurídico próprio.

Não podemos engessar a administração dessas empresas atrelando a contratação de funcionários à exigência de concurso público. A visão clássica que se tem dessas empresas centra-se na sua rápida operacionalização das atribuições que competem ao poder público. Ora, a principal atividade dessas empresas está na área de serviços. Serviços são feitos por pessoas, que precisam ser contratadas, às vezes, para um período determinado. Como, então, tornar o serviço público rápido e eficiente? O artigo 173, parágrafo 1º, da Constituição Federal estabelece a figura do regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto a encargos trabalhistas e tributários.

A Jurisprudência de nossos Tribunais está convergindo para o entendimento da diferenciação existente na forma de se tratar o preenchimento dos cargos da Administração Indireta. O Pleno do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, em sua revista datada de dezembro de 1988, assim se pronuncia sobre a questão, às folhas 63 a 65:

> *"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."*

De se notar, ainda, que os empregos numa sociedade de economia mista não podem ter outra natureza que não a da sociedade. São, pois, empregos privados.

Não se lhes é aplicável, em conseqüência, a regra constitucional do artigo 37, inciso II.

Reportando-se, novamente, ao artigo 173 da Constituição Federal, necessário é trazer à luz o Parecer n.º 01/89, sobre a Constituição Federal, da lavra do Ilustre Consultor da República Clóvis Ferro Costa. Diz ele:

> *"Os cargos ou empregos públicos são acessíveis apenas mediante concurso público de provas ou títulos, salvo as exceções estritas*

previstas na Constituição, que, ao definir os servidores públicos civis, não visou aos empregados de economia mista que desempenham atividade econômica com fim de lucro. Quanto a estes, remeteu-os ao artigo 173 e os equiparou ao regime jurídico das empresas privadas."

Concluo meu voto, no sentido de que seja reformada a decisão anterior havida, a fim de tornar inexigível o concurso para as empresas da Administração Indireta, que tenham personalidade jurídica de direito privado, independente do percentual de dinheiro público que integre seu capital.

É o meu voto.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 03 de junho de 1998.

RUI CORRÊA
Conselheiro Substituto
Relator

V O T O E M S E P A R A D O

Examinam-se recursos interpostos em face de decisão do Egrégio Plenário no TC 8.025.93-89, fundados ora no inciso I, ora no inciso II do art. 45 da Lei 9.167/80.

Preliminarmente, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, e conforme o disposto no art. 538 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente, entendo que esta Corte não poderá prolatar nova decisão sem antes integrar a primeira, dirimindo a questão suscitada pelos recorrentes, no sentido de falta de clareza do v. Acórdão impugnado.

Por este motivo, conheço dos recursos de embargos declaratórios interpostos com fundamento no inciso I do art. 45 da Lei 9.167/80 pelas entidades EMURB (fls. 168/173), PRODAM (fls. 174/202) e ANHEMBI (fls. 213/228), e lhes dou provimento **somente para esclarecer que, evidentemente, as determinações contidas no Acórdão recorrido, itens "a" e "b", somente prevalecerão após o trânsito em julgado do referido Acórdão**, **e não a partir de sua publicação.**

As demais questões suscitadas nos embargos declaratórios, quanto ao correto entendimento da expressão "cargo de confiança" contida no art. 83, III, da L.O.M., bem como da expressão "tratamento impessoal e isonômico dos candidatos", não devem ser conhecidas, por não haver lacuna a ser preenchida na presente fase processual. Futuramente poderão ser objeto de consulta específica a esta Corte, nos termos dos arts. 29 e seguintes da Lei 9.167/80. Voto, pois, pelo conhecimento parcial dos embargos declaratórios, para o único fim supramencionado.

Ainda que superada a preliminar suscitada, o que para argumentar se admite, e entender o Egrégio Plenário que deva ser dirimida, na presente fase processual, a questão da necessidade ou não de concurso público para a admissão de servidores pela Administração indireta do Município, voto no sentido de conhecer dos recursos interpostos, mas denegar o seu provimento, mantendo-se o v. Acórdão recorrido, que contou também com os doutos votos vencedores dos nobres Conselheiros Paulo Planet Buarque e Walter Abrahão, na esteira do posicionamento de AT e SDG. Trata-se de entendimento unânime da melhor doutrina pátria e já pacificado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Tribunal de Contas da União.

As entidades da Administração indireta devem, inquestionavelmente, para a admissão de pessoal, obedecer ao disposto no art. 37, II da Constituição da República, agora com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 5 de junho de 1998, ou seja, mediante prévia realização de concurso público de provas ou de provas e títulos, exceto para o preenchimento de cargos considerados de confiança, nos termos do art. 83, III, da Lei Orgânica do Município.

Caso mantido o v. Acórdão recorrido, nos termos ora propostos, as questões relativas a sua aplicação às empresas que entendem não integrar a Administração indireta do Município deverão ser dirimidas em autos apartados.

É o meu voto.

São Paulo, 08 de julho de 1998

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72-008.025/93*89, ora em grau de recurso, devolvidos, na presente sessão, pelo Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO, após vista que lhe fora concedida na 1.804ª S.º, quando votaram o Conselheiro Substituto RUI CORRÊA – Relator e o Conselheiro EURÍPEDES SALES – Revisor

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, em conhecer dos recursos interpostos, por tempestivos, e, no mérito, por maioria, pelos votos do Conselheiro Substituto RUI CORRÊA – Relator e dos Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor e EDSON SIMÕES, em dar-lhes provimento, reformando o V. Acórdão recorrido, para o fim de, em face do que preceitua a Constituição Federal, em seu artigo 173, parágrafo 1º, tornar inexigível a realização de concurso público para as empresas da Administração Indireta que tenham personalidade jurídica de direito privado, independente do percentual de dinheiro público que integre seu capital.

Vencido o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO, que, no mérito negou provimento aos recursos, nos termos do voto apresentado em separado.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, com voto proferido na 1.804ª S. O., ANTONIO CARLOS CARUSO e EDSON SIMÕES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 08 de julho de 1998.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

RUI CORRÊA
Conselheiro Substituto
Relator

(Recurso de Revisão)

VOTO EM SEPARADO

Sem entrar no mérito da matéria, ora questionada, entendo, como os doutos subscritores dos pareceres da AT-Jurídica e de S.D.G., Drs. Murilo Magalhães Castro e João Alberto Guedes, que o apelo da P.F.M. não reúne condições de admissibilidade, uma vez que não conseguiu comprovar seu interesse processual recursal, alegado, somente agora, três anos após a prolação do acórdão impugnado.

Como bem salientou o Dr. Murilo, o voto condutor da decisão impugnada do então Relator, Dr. Rui Corrêa, foi exarado na sessão do dia 3 de junho de 1998, acompanhado pelo Conselheiro-Revisor Dr. Eurípedes Sales, quando não vigia a Emenda Constitucional nº 19, publicada no Diário Oficial da União em 05 de junho daquele mesmo ano.

Na Sessão Ordinária em apreço pediu vista dos autos o Conselheiro Antonio Carlos Caruso, que os devolveu na Sessão do dia 8 de julho de 1998, expendendo voto vencido de fls. 261 e 262, no qual menciona as disposições constitucionais inseridas pela citada Emenda Constitucional nº 19/98.

Em ambas as sessões a PFM se fez presente e poderia ter-se manifestado, como ora fez, defendendo sua posição contrária aos votos vencedores. Entretanto, tal não ocorreu.

Igualmente, não logrou a P.F.M. demonstrar o proveito que advirá da reforma pleiteada, tendo em vista dados constantes destes autos, dando conta de que a EMURB já realizava concursos públicos e a CET, SPTRANS e a PRODAM firmaram compromissos com o Ministério Público para realização de procedimentos seletivos públicos de admissão de pessoal.

Na mesma senda, há informação no TC 001.275.00*99, no que tange à ANHEMBI.

Apenas a título de ilustração, entendo ser tendência do Tribunal de seguir os atuais parâmetros fixados na Constituição Federal, haja vista recente decisão unânime exarada no TC 7.224.96-12, em 7 de novembro de 2001.

Voto, pois, com o I. Conselheiro Relator, não conhecendo do recurso da P.F.M..

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 12 de junho de 2002.

MARIANA P. A. Q. BARBOSA
Conselheira Interina

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72-008.025/93*89, devolvidos, na presente sessão, pela Conselheira MARIANA P. A. Q. BARBOSA, após vista que lhe fora concedida na 2.029ª S.O., quando votaram os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Relator, MARIA DO CARMO P. DERMENJIAN – Revisora e EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES – Relator, MARIA DO CARMO P. DERMENJIAN – Revisora e EDSON SIMÕES, bem assim pelo voto apresentado em separado pela Conselheira MARIANA P. A. Q. BARBOSA, em não conhecer do recurso de revisão interposto pelo Órgão Fazendário, por falta de interesse para tanto.

Participaram do julgamento os Conselheiros MARIA DO CARMO P. DERMENJIAN – Revisora, EDSON SIMÕES e MARIANA P. A . Q. BARBOSA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 12 de junho de 2002.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

EURÍPEDES SALES
Relator