

PROCESSO: PGE no 18487-350626/2012

PARECER: PA Nº 60/2012

INTERESSADO: COMPANHIA DE PROCESSAMENTO DE DADOS DO ESTADO DE SÃO PAULO – PRODESP

ASSUNTO: EMPREGADO PÚBLICO – CARREIRA – CONCURSO PÚBLICO – Tendência jurisprudencial no sentido da inviabilidade jurídica de contratação – mesmo precedida de concurso público – de empregados em nível superior ao estabelecido em PCS como inicial da carreira, por empresas estatais. Recomendação, embasada nessa inclinação da jurisprudência, de ser excluída de PCS apresentado por sociedade de economia mista a previsão de futura contratação de empregados em tais condições.

1 – O presente expediente foi formado a partir da extração de cópias reprográficas, iniciando-se com o ofício de fls. 02, através do qual o Chefe de Gabinete da Secretaria da Gestão Pública remete à apreciação do Secretário da Fazenda o “Ofício PRE 128/2011 da Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo – PRODESP, objetivando a mudança no Plano de Cargos e Carreiras, junto ao Conselho de Defesa dos Capitais do Estado – CODEC”.

1.1 – O aludido Plano de Cargos e Carreiras (PCS) encontra-se reproduzido às fls. 09 a 129. Outrossim, de fls. 131 a 140, verifica-se que o seu conteúdo obteve parecer favorável do órgão jurídico da PRODESP, tendo sido ainda aprovado pela Diretoria e pelo Conselho de Administração da Empresa.

2 – No âmbito da Secretaria da Fazenda, os autos foram remetidos inicialmente à Coordenadoria de Entidades Descentralizadas e de Contratações Eletrônicas – CEDC (fls. 148).

2.1 – Esse órgão fazendário suscita dúvida de ordem jurídica atinente ao tópico do Plano de Cargos e Carreiras que estabelece (cf. fls. 44):

“5. Competência para solicitar e/ou para aprovar alterações salariais:

5.1 – Diretoria e Presidência

.....

– Solicitar aprovação junto ao CODEC para casos comprovados onde haja necessidade de **contratação através de Concurso Público, com salário superior à referência inicial do cargo;**” (grifamos).

2.2 – Reportando-se ao item reproduzido do PCS, a CEDC solicita a manifestação da Coordenadoria de Empresas e Fundações da PGE, a propósito da seguinte indagação:

“A admissão de novo empregado obrigatoriamente deve ocorrer em início de carreira ou o empregado pode ser admitido em outros níveis, nessa última condição, por via de consequência em faixas salariais superiores às do salário inicial da tabela salarial?”

3 – Às fls. 153/154, a PRODESP apresenta sua justificativa para a inclusão no PCS do tópico reproduzido, reportando-se, essencialmente, a peculiaridades do mercado de trabalho na área de atuação da empresa.

4 – Já na esfera da PGE, a Coordenadoria de Empresas e Fundações, às fls. 157/159, externa seu entendimento de ser viável a contratação de profissional em nível superior ao inicial da carreira, desde que observada uma série de condições que especifica.

Outrossim, ao final de sua manifestação, propõe a Procuradora do Estado Assessora o envio dos autos a esta Especializada.

5 – Às fls. 160, o Subprocurador-Geral da Área de Consultoria remete os autos a esta Procuradoria Administrativa, “para exame e parecer”.

Relatados, passamos a opinar.

6 – Quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade no 231^{1e2}, o Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu acórdão assim ementado:

“EMENTA: – Ação direta de inconstitucionalidade. Ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos.

– O critério do mérito aferível por **concurso público** de provas ou de provas e títulos é, no atual sistema constitucional, ressalvados os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, **indispensável para cargo ou emprego público isolado ou em carreira. Para o isolado, em qualquer hipótese; para o em carreira, para o ingresso nela, que só se fará na classe inicial e pelo concurso público de provas ou de provas e títulos, não o sendo, porém, para os cargos subseqüentes que nela se escalonam até o final dela, pois, para estes, a investidura se fará pela forma de provimento que é a promoção.**

1 – Rel. Min. MOREIRA ALVES, j. 05/08/92, maioria (vencido apenas o Min. Marco Aurélio).

2 – A reiteração de julgados no mesmo sentido deste “leading case” deu ensejo à aprovação, em 24/09/2003, do verbete nº 685 da Súmula do STF (“É inconstitucional toda a 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”).

Estão, pois, 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.

– O inciso II do artigo 37 da Constituição Federal também não permite o “aproveitamento”, uma vez que, nesse caso, há igualmente o ingresso em outra carreira sem o concurso exigido pelo mencionado dispositivo.

Ação direta de inconstitucionalidade que se julga procedente para declarar inconstitucionais os artigos 77 e 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado do Rio de Janeiro.” (grifos nossos).

6.1 – O trecho da ementa no qual se consignou que o ingresso em cargo ou emprego público em carreira, devidamente precedido de concurso público, **só se fará na classe inicial** lastreou-se nos seguintes fundamentos, consignados do voto do Ministro Relator:

“Não mais aludindo à atual Constituição, em seu artigo 37, II, à ‘primeira’ investidura, nem admitindo que a lei possa dispensar o concurso público de provas ou de provas e de títulos, é evidente que caíram por terra os argumentos que compatibilizavam os institutos da transferência e da ascensão (ou acesso) com o artigo 97, § 10, da Emenda Constitucional nº 1/69, por exigir este concurso público de provas ou de provas e títulos para a ‘primeira’ investidura em cargo público, e serem aqueles institutos formas de provimento derivado de quem já fora investido, originariamente, em cargo público por concurso.

.....

Com essa interpretação, que decorre do próprio texto do inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, se coaduna o sistema adotado por outros textos expressos desta. (...) Para que não se pretenda que é incompatível com a exigência de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público a promoção (provimento também derivado), pois esta pressupõe uma carreira que é formada por uma série de cargos iniciais iguais, escalonando-se em séries de cargos intermediários ascendentes até alcançar-se a série de cargos finais, que é o último elo dessa cadeia ascendente, se poderia sustentar que a ascensão de um cargo de carreira para o imediatamente superior nela seria também uma investidura em cargo público a exigir novo concurso; em diversos dispositivos, a atual Constituição alude a cargos de carreira ‘e a promoção’ inclusive ‘por merecimento’, em contraposição à por antiguidade. Aliás, a Constituição, quando se refere a carreiras específicas do Poder Executivo (e, portanto, de servidores públicos sem peculiaridades que os diferenciem, nesse particular, aos demais servidores públicos em geral) – assim a dos advogados da União e a dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal –, frisa que esses servidores **serão**

organizados em carreira, sendo que o **ingresso na classe inicial dependerá de concurso público de provas e títulos** (arts. 131 e 132).” (grifos nossos).

7 – Como se pode ver, a despeito de consignar em sua ementa que o ingresso em cargo ou emprego público de carreira só se fará na classe inicial desta, o aresto colacionado não examinou frontalmente a questão versada nestes autos (viabilidade ou não de empresas estatais admitirem empregados em nível superior ao inicial da carreira). Com efeito, o objeto da ADIn nº 231 era a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que autorizaram o trespasse de servidores da Administração direta para carreira distinta daquela para a qual haviam sido admitidos³.

8 – Questão mais assemelhada à discutida neste expediente foi abordada em decisão monocrática proferida pelo Ministro MARCO AURÉLIO – concedendo a medida cautelar requerida na ADI 2310 (DJ 01/02/2000) – na qual se consignou:

“DECISÃO – LIMINAR

AGÊNCIAS REGULADORAS – PESSOAL – ARREGIMENTAÇÃO – CLT – PESSOAL DA TELEBRÁS – APROVEITAMENTO – IMPROPRIEDADE – LIMINAR DEFERIDA – AD REFERENDUM DO PLENÁRIO.

1. O Partido dos Trabalhadores ajuíza esta ação direta de inconstitucionalidade visando a fulminar os artigos 1º, 2º e parágrafo único, 12, caput e § 1º, 13 e parágrafo único, 15, 24, caput e inciso I, 27, 30 e 33 da Lei nº 9.986/2000 (...)

.....
(...) São apresentadas várias teses com fundamento nas seguintes premissas:

a – da inconstitucionalidade da adoção do regime da Consolidação das Leis do Trabalho em autarquias executoras de serviços públicos típicos. Consoante o sustentado, as autarquias especiais – Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVS, Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Agência Nacional de Petróleo – ANP e Agência Nacional de Saúde

3 – Artigos 77 e 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro:

“Art. 77 – Os servidores públicos civis estatutários ou contratados, que tenham exercido ou estejam no exercício de suas atribuições em qualquer órgão da administração direta do Estado e que comprovem o desempenho das atribuições de encarregado de garagem e motorista, poderão optar pelo ingresso na classe de motorista policial do quadro permanente da polícia civil, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da promulgação desta Constituição”.

“Art. 80 – Fica assegurado aos Detetives-Inspetores e Escrivães de Polícia de 1ª Classe, Bacharéis em Direito, com mais de 10 (dez) anos de efetivo serviço no grupo POL que, à época da promulgação da Constituição Federal, possuíam mais de 5 (cinco) anos na classe e que tenham frequentado o mínimo de 50% de horas/aula no curso específico inerente ao cargo, o aproveitamento na classe inicial do cargo de Delegado de Polícia”.

Suplementar – ANS – desenvolvem atividade a envolver o poder de polícia, exercendo, ainda, função de agente normativo e regulador da atividade econômica (...)

b – da inconstitucionalidade da investidura em classe distinta da inicial. Na visão do Requerente, o artigo 12, § 1º, da Lei nº 9.986/2000, prevê o provimento de classes distintas de um mesmo emprego público, conforme disponibilidade orçamentária e de vagas. O preceito esvaziaria a carreira, contrariando, por isso mesmo, o texto dos artigos 39, § 1º, e 37, II, da Constituição Federal. Evoca-se o que decidido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 163.715⁴;

c – da inconstitucionalidade do aproveitamento de servidores da extinta Telebrás. (...)

d – da inconstitucionalidade da delegação para fixar a remuneração (...)

É requerida a concessão de liminar que implique o afastamento da eficácia dos preceitos (...)

.....

As informações do Presidente da República reportam-se à peça da Advocacia-Geral da União. (...) Quanto ao ingresso em classes distintas de um mesmo emprego público, refuta-se a assertiva sobre o princípio da carreira. É que restara respeitado o artigo 37 da Constituição Federal, porquanto realizado o concurso público. A previsão impugnada respaldar-se-ia na premência de recrutarem-se profissionais especializados e de notável experiência, o que não acontece no degrau primeiro do emprego público. Enfatiza-se que o ingresso ocorre na forma determinada em lei e, no caso, inexistiria norma discrepante da Constituição Federal. (...)

.....

Por tais razões, ou seja, considerada a impropriedade da adoção do sistema de empregos públicos, defiro a liminar na extensão pretendida (...)

Tendo em vista o princípio da eventualidade, examino os dispositivos atacados no que versada matéria desvinculada da problemática relacionada com o envolvimento de empregos públicos.

Sob o ângulo da investidura em classe distinta da inicial, dispõe o artigo 12 e § 1º da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que se quer fulminada:

Art. 12. A investidura nos empregos públicos do Quadro de Pessoal Efetivo das Agências dar-se-á por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme disposto em regulamento próprio de cada Agência, com aprovação e autorização pela instância de deliberação máxima da organização.

4 – Cujas ementa reproduz parcialmente a do acórdão que julgou a ADI nº 321, acima reproduzido.

§ 1º – O concurso público poderá ser realizado para provimento efetivo de pessoal em classes distintas de um mesmo emprego público, conforme disponibilidade orçamentária e de vagas.

Os anexos da lei em exame revelam níveis (classes) remuneratórios diversos. Tal fato atende ao fator ‘esperança de progressão’; contribui para o aperfeiçoamento profissional dos servidores; evita a estagnação, a acomodação do servidor, conduzindo-o a uma maior dedicação profissional. A partir do momento em que níveis remuneratórios mais atraentes são destinados ao público externo, considerado idêntico emprego público, mitiga-se elemento indispensável à carreira, inviabilizando-se, assim, a salutar movimentação horizontal. O preceito não vincula sequer o acesso direto a níveis mais elevados a certa necessidade. (...) Em síntese, tem-se norma aberta, passível de ser manuseada pelo administrador em detrimento de instituto que a Carta da República quer observado. A legislação ordinária não pode conflitar com os parâmetros regedores da carreira. A alteração constitucional decorrente da Emenda nº 19/98, em vez de olvidá-la, veio a introduzir a obrigatoriedade de a União, os Estados e o Distrito Federal manterem escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, jungindo as promoções à feitura de cursos – § 2º do artigo 39 da Constituição Federal. Esvazia-se o mandamento constitucional a partir do momento em que são retiradas do acesso, via carreira, via promoção, classes mais bem aquinhoadas ‘de um mesmo emprego público, conforme disponibilidade orçamentária e de vagas’ (...). Nada recomenda a adoção da prática nas agências reguladoras, criando entre servidores antagonismo que não contribui para o aprimoramento dos serviços. Discrepa a previsão do que acontece na administração pública em geral. As classes relativas quer a certo cargo público, quer a um emprego público hão de estar dentro da carreira, sendo dado ao servidor que nela ingresse almejar, por meio de aperfeiçoamento em cursos e com a passagem do tempo, a movimentação.” (grifos nossos).

8.1 – A colacionada decisão monocrática não chegou a ser submetida à ratificação pelo Plenário do STF, em face da ulterior revogação, pela Medida Provisória no 155/03 (convertida na Lei no 10.871/04), dos dispositivos da Lei no 9986/00 inquinados de inconstitucionais.

9 – No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, o entendimento de ser juridicamente inviável a contratação, por empresas públicas ou sociedades de economia mista, de empregados em nível superior ao previsto como inicial da carreira serviu como premissa na fundamentação de numerosos acórdãos que decidiram ações concernentes no que tange à equiparação salarial, conforme exemplos que seguem:

“REENQUADRAMENTO DE EMPREGADOS ANTIGOS CONFORME SITUAÇÃO MAIS VANTAJOSA DE EMPREGADOS POSTERIORMENTE CONTRA-

TADOS.” IMPROCEDÊNCIA. A reclamada, ente da administração pública indireta, mediante concurso público, contratou empregados, posicionando-os em situação mais vantajosa que a de empregados antigos com a mesma qualificação técnica. Diante dessa afronta ao princípio da isonomia, pretende a parte autora seja reenquadrado no nível dos empregados irregularmente posicionados. Tal pretensão não merece tutela judicial: o ilícito administrativo não gera direitos a terceiros. A pretensão do reclamante implica a disseminação de situação atentatória ao princípio da isonomia, a cristalização de ilícito através de decisão judicial, prática visceralmente oposta à função jurisdicional. O que autoriza o provimento judicial favorável a determinada pessoa é única e exclusivamente a violação de seu patrimônio jurídico, de direitos subjetivos previamente existentes. A hipótese concreta é diversa: escudando-se em ato evidentemente irregular, busca o autor a extensão da irregularidade, como se a admissão de colegas de trabalho em níveis mais vantajosos lhe gerasse qualquer gravame direto (...) **Recurso a que se nega provimento.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Recurso de Revista nº TST-RR-354.996/97.2**, em que é Recorrente MESSIAS CARVALHO DA SILVA e Recorrida TELECOMUNICAÇÕES DE BRASÍLIA S/A – TELEBRASÍLIA.

.....
Discute-se nos presentes autos o direito de reenquadramento de empregado público após a contratação em situação mais vantajosa de novos empregados com equivalente qualificação técnica.

.....
Pretende o autor o ‘enquadramento no cargo de Administrador – Nível 32, a partir de agosto/1994 (publicação do edital que previa este nível para os novos aprovados), com a consequente anotação em sua CTPS e nos seus assentamentos funcionais, e, ainda, o pagamento das diferenças salariais oriundas do referido enquadramento e reflexos’.

Não deve prosperar a pretensão do reclamante.

O emérito administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello identifica os seguintes critérios de observância do princípio da igualdade pelo legislador:

‘(...) o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como **fator de desigualação**;
- b) a segunda reporta-se à **correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado**;
- c) a terceira atina à **consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados**.

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, **afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional**. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

Em suma: **importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição.**’ (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, [...]).

Tais critérios, embora tenham sido estabelecidos como caracteres a serem observados na elaboração da lei em consonância com o princípio fundamental da isonomia, devem inspirar também a administração pública no desempenho da sua função de aplicação e regulamentação das normas legisladas.

In casu, houve **a investidura de empregados públicos em situação mais vantajosa que a de outros mais antigos**, dentre os quais se inclui o reclamante, **sem qualquer fundamento de fato ou de direito**. Inexiste “fator de desigualação” que justifique o “tratamento jurídico diversificado” empregado pelo ente da administração pública indireta através de regras editalícias (primeiro critério). Tal situação revela-se flagrantemente atentatória ao princípio da isonomia nas relações de trabalho insculpido nos suscitados arts. 5º, caput, e 7º, XXXII, da Constituição e 3º, parágrafo único, da CLT (terceiro critério). **Não se fala**, porém, **em violação dos princípios da moralidade e da impessoalidade**, suscitados com base nos arts. 5º, II, e 37 da Constituição, pois **não se discute o imoral favorecimento de candidatos segundo interesses privados da pessoa do administrador, mas do favorecimento discriminatório, através de edital de provimento de empregos públicos mediante concurso, de pessoas identificadas tão só quando investidas**.

Constatada essa irregularidade criada pela reclamada questiona-se: ela resulta no direito à equiparação pretendido pelo reclamante? A resposta é negativa. (...) A pretensão do reclamante implica a disseminação de situação atentatória ao princípio da isonomia, a cristalização de ilícito através de decisão judicial, prática visceralmente oposta à função jurisdicional. Isso contraria o terceiro critério apontado pelo jurista Celso A. Bandeira de Mello, qual seja, da consonância com os interesses absorvidos no sistema constitucional.

.....

No mesmo sentido, encontram-se estas decisões: RR-45.691/92, 5ª Turma, Rel. Min. Antônio Amaral, DJ 25/2/94; RR-67.028/92, 2ª Turma, Rel. Min. Vantuil Abdala, DJ 10/6/94; e E-RR-32.698/91, SDI, Rel. Min. Ney Doyle, DJ 24/3/95.

.....

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da **1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho**, unanimemente, conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 21 de fevereiro de 2001.

Ronaldo Leal – Relator” (grifos do original e nossos).

“RECURSO DE EMBARGOS. TELEBRASÍLIA. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. EMPREGADOS CONTRATADOS POSTERIORMENTE MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO EM NÍVEL MAIS VANTAJOSO. REENQUADRAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.” A decisão da C. Turma, no sentido de que a admissão de colegas de trabalho em níveis mais vantajosos não gera qualquer gravame direto à reclamante no que se refere aos seus direitos subjetivos. O desrespeito da empresa ao seu plano de Cargos e Salários, quando possibilitou o ingresso de empregados, também por meio de concurso público, em nível superior ao da reclamante, não determina o reenquadramento pretendido. O ato irregular, que fere o princípio da isonomia, não tem o condão de possibilitar o reenquadramento pretendido, conforme a iterativa jurisprudência desta c. Corte. Embargos não conhecidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-369.576/1997.0**, em que é embargante JERUZA HELENA COZZOLINO e embargada TELECOMUNICAÇÕES DE BRASÍLIA S.A. – TELEBRASÍLIA.

.....

A reclamante, logrando aprovação em concurso público, foi admitida em 1992 no cargo de engenheira, tendo sido posicionada no nível 25, correspondente ao inicial da carreira e, posteriormente, enquadrada no nível 27, em razão de promoção (...). Realizado posteriormente novo certame público, os candidatos aprovados para provimento do mesmo cargo de engenheiro receberam posicionamento no nível 30, acima, portanto, do nível inicial estabelecido no plano de cargos e salários (...).

.....

A questão, portanto, está na possibilidade de haver **ferimento do princípio da isonomia**, pelo fato do empregado, que já estava trabalhando na empresa, alçando os níveis do quadro de carreira existentes, estar sendo discriminado, pela contratação em novo concurso público, de empregados que na admissão já estarão em nível superior àquele que vinha galgando na sua carreira.

.....

À pretensão da empregada importa estender-lhe efeitos de **ato** administrativo **manifestamente nulo**, tendo em vista que seu enquadramento obedeceu rigorosamente aos critérios dispostos.

(...) **Não sendo admissível a manutenção de atos ilegais, ainda que o desejem as partes, porque a isto se opõe o princípio da legalidade administrativa.**

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção **I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho**, por unanimidade, não conhecer dos embargos. Brasília, 03 de outubro de 2005.

ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA – Ministro-Relator” (grifos do original e nossos).

“REENQUADRAMENTO DE EMPREGADO ANTIGO EM DECORRÊNCIA DE NOVO CONCURSO PARA O MESMO CARGO, COM NÍVEIS SUPERIORES. ISONOMIA.” Considerando-se que o ato praticado pela Reclamada é reputado ilegal e arbitrário, o enquadramento pretendido pelo Reclamante (...) não pode ser reconhecido judicialmente, sob pena de disseminar situação ilícita (...) O ato ilícito não pode gerar direitos. (...) Recurso de revista conhecido, mas a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do **Recurso de Revista nº TST-RR-426.290/98.9**, em que é recorrente MÁRIO KIOTO KOTANI e recorrida TELECOMUNICAÇÕES DE BRASÍLIA S/A – TELEBRASÍLIA.

O Reclamante pretende seu reenquadramento no cargo de Engenheiro, nível 30, desde 08.02.93, data de sua admissão, mediante concurso público, até 02/95, data em que passou, mediante novo concurso, ao nível 30.

(...) **a iniciativa da Reclamada, de realização de novo concurso, com patamares salariais mais elevados, desprestigiou os empregados antigos em face dos mais novos, gerando descontentamento e desigualdades internas.** É evidente **que o ato praticado pela Reclamada reputa-se ilegal e arbitrário;** todavia, o enquadramento pretendido pelo Reclamante significaria ‘equiparação ilegal’.

A administração pública orienta-se pelo **princípio da legalidade**, consagrado no art. 37 da Constituição Federal. Mais precisamente, este princípio é **inafastável** para o desempenho da função administrativa, pois os atos do administrador devem estar de acordo com a lei.

Acrescente-se, como ensina Lúcia Valle Figueiredo, que **deve entender-se como legalidade ‘(...) a conformidade com a lei e a estrita compatibilidade com os**

princípios constitucionais da função administrativa e com os vetores tópicos constitucionais.’ (‘Curso de Direito Administrativo’, [...]).

.....

Dessa forma, a administração pública não pode conceder direitos de qualquer espécie, tampouco fazer nascer obrigações ou estabelecer vedações que não estejam previstas em lei.

É que esse aspecto acha-se associado à **indisponibilidade do interesse público**, o bem jurídico de interesse coletivo, aquele interesse que atende à coletividade em determinado tempo e lugar e que deve ser protegido pela administração pública.

.....

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da **Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho**, por unanimidade, conhecer do recurso de revista por divergência jurisprudencial e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 17 de outubro de 2001.

Juíza Convocada Eneida M. C. de Araújo – Relatora” (grifos do original e nossos).

“ENQUADRAMENTO – DIFERENÇAS SALARIAIS – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO – EMPREGADO SITUADO NO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS DE MODO MENOS VANTAJOSO DO QUE EMPREGADOS ADMITIDOS POSTERIORMENTE – LOTAÇÃO EM NÍVEL SUPERIOR IRREGULAR.”

Não ampara a pretensão de reenquadramento o ato ilegal da administração pública que posiciona empregados em nível superior ao inicial previsto no plano de cargos e salários, do qual não decorre direito para terceiros fundado no princípio isonômico. Embargos desprovidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de embargos em **Recurso de Revista nº TST-E-RR-369.320/97.5**, em que é embargante UBIRANI RUFINO COSTA e é embargada TELECOMUNICAÇÕES DE BRASÍLIA S/A – TELEBRASÍLIA.

.....

O reclamante, logrando aprovação em concurso público, foi admitido em 21/7/94 no cargo de engenheiro, tendo sido posicionado no nível 25, correspondente ao nível inicial da carreira.

Realizado ulteriormente novo certame público, os candidatos aprovados para provimento do mesmo cargo de engenheiro receberam posicionamento no nível 30, acima, portanto, do nível inicial estabelecido no plano de cargos e salários já aludido.

.....

Diferentemente dos vícios dos atos privados que atingem interesses particulares, **a ilegalidade** do ato administrativo **afeta, além dos interesses de terceiros, o interesse público preponderantemente**, e não se refere apenas aos três elementos que formam os atos jurídicos (sujeito, objeto e forma), mas, também, à competência, capacidade, motivo e finalidade, consoante dispõe o **art. 2º da Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65)**.

Dúvida não há de que se está diante de vício relativo ao objeto do ato administrativo de natureza vinculada, pois “a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo” (alínea c do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 4.717/65).

Por outro lado, não se nega que **ao Poder Judiciário compete invalidar** os atos administrativos quando eivados de ilegalidade; **entretanto, não constitui objeto da presente reclamação a invalidação do ato que posiciona irregularmente empregados em nível superior ao fixado como inicial da carreira**, mas as consequências desse ato para aquele que se julga prejudicado.

A pretensão deduzida pelo reclamante importa em estender-lhe efeitos de **ato administrativo manifestamente nulo**, ao passo que seu enquadramento obedeceu rigorosamente às disposições regulamentares.

.....
ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer dos embargos por divergência jurisprudencial e no mérito negar-lhe provimento.

Brasília, 13 de maio de 2002.

WAGNER PIMENTA – Relator” (grifos do original e nossos).

10 – Inicialmente, é importante ressaltar que **nenhuma das decisões judiciais** acima transcritas **decidiu o mérito** da questão debatida nestes autos, consistente em saber se é viável a contratação (devidamente **precedida de concurso público**), de empregados **em nível superior à referência inicial da carreira**, por entidades com **personalidade jurídica de direito privado** integrantes da administração descentralizada.

11 – Os **fundamentos** das decisões colacionadas, no entanto, sinalizam uma tendência jurisprudencial, da qual se poderia inferir uma resposta negativa à indagação referida no parágrafo precedente. Neste sentido, destacamos:

a) conforme acima relatado, constou da ementa do acórdão que julgou precedente a ADI nº 231 que **o ingresso em cargo ou emprego público de carreira só se fará na classe inicial**. Considerando-se que o inciso II do art. 37 da CF – cuja interpretação alicerçou o julgado em pauta – é também aplicável às empresas

públicas e sociedades de economia mista, poder-se-ia estender aquela conclusão à hipótese fática ora versada;

b) a decisão do Ministro MARCO AURÉLIO envolve autarquia, foi proferida em sede de medida cautelar e não foi submetida à ratificação do Plenário do STF. No entanto, a exegese placitada na decisão monocrática em tela pode ser estendida à espécie vertente sem dificuldade;

c) todos os arestos do Tribunal Superior do Trabalho trazidos à baila reportam-se, em sua fundamentação, à tese de que a contratação, por empresas estatais, de empregados públicos em situação mais vantajosa que a de outros mais antigos, é inadmissível, mesmo quando precedida de concurso público, por afrontar o princípio constitucional da isonomia e, conseqüentemente, também o princípio da legalidade.

12 – O aresto que julgou os Embargos em Recurso de Revista nº 369.320/97.5 enfatizou que embora detenha o Poder Judiciário, em tese, competência para invalidar contratos de trabalho celebrados com ofensa aos mencionados princípios constitucionais, não se o estava fazendo naquela oportunidade por **não constituir “objeto [daquela] reclamação a invalidação** do ato que posiciona irregularmente empregados em nível superior ao fixado como inicial da carreira”.

13 – De outra parte, o acórdão em pauta pôs em destaque a possibilidade de invalidação de concursos públicos (e decorrentes ajustes laborais com os candidatos aprovados), quando atentatórios a princípios constitucionais, com a conseqüente responsabilização do(s) agente(s) que houver(em) contribuído para a ilicitude, na hipótese de vir a ser ajuizada ação popular. A propósito, transcrevemos a seguir alguns dispositivos da Lei nº 4.717, de 29/06/65, que regula o instituto:

“Art. 1º – Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.”

“Art. 4º – São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º.

I – A admissão ao serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais.”

“Art. 6º – A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.” (grifos nossos).

14 – Conforme exposto, a PRODESP pretende prever em seu Plano de Cargos e Carreiras a possibilidade de a Empresa “solicitar aprovação junto ao CO-DEC para casos comprovados onde haja necessidade de **contratação através de Concurso Público, com salário superior à referência inicial do cargo**”.

14.1 – No entanto, foram acima reproduzidas decisões do STF e do TST de cujos fundamentos se pode inferir uma tendência jurisprudencial (não inteiramente consolidada, é certo) no sentido da inviabilidade jurídica de contratação (mesmo precedida de concurso) de empregados em nível superior ao estabelecido em PCS como inicial da carreira, por empresas públicas e sociedades de economia mista.

15 – À vista da atual inclinação da jurisprudência, consideramos de todo recomendável que:

a) a PRODESP não inclua em seu Plano de Cargos e Carreiras a previsão de contratação de empregados em nível superior à referência inicial da carreira;

b) os órgãos da Secretaria da Fazenda aos quais incumbe apreciar o Plano de Cargos e Carreiras apresentado pela PRODESP não endossem proposta de incluir nele cláusula prevendo a contratação de empregados em nível superior ao estipulado como inicial da carreira;

c) caso tenha sido ou venha a ser prevista no Plano de Cargos e Carreiras da PRODESP a possibilidade de a empresa “solicitar aprovação junto ao CODEC para (...) contratação através de Concurso Público, com salário superior à referência inicial do cargo”, o Conselho de Defesa dos Capitais do Estado deixe de aprovar eventuais solicitações da empresa com este teor.

É o parecer, à elevada consideração superior.

São Paulo, 28 de setembro de 2012.

PATRÍCIA ESTER FRYSZMAN

Procuradora do Estado – Nível IV

OAB/SP no 71.361

PROCESSO: PGE nº 18487-350626/2012

INTERESSADO: COMPANHIA DE PROCESSAMENTO DE DADOS DO ESTADO DE SÃO PAULO – PRODESP

PARECER: PA nº 60/2012

De acordo com o Parecer PA nº 60/2012.

Encaminhe-se o processo à análise da Subprocuradoria-Geral do Estado – Consultoria.

São Paulo, 11 de outubro de 2012.

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS

Procuradora do Estado Chefe

Procuradoria Administrativa

OAB/SP 78.260

Processo GDOC nº 18487-350626/2012

Interessada: Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo – PRODESP

Assunto: Plano de Cargos e Carreiras

O Parecer PA nº 60/2012 (fls. 161/186), que mereceu a aquiescência da Chefia da Procuradoria Administrativa (fls. 187), concluiu que há “*uma tendência jurisprudencial (**não inteiramente consolidada, é certo**) no sentido da inviabilidade jurídica de contratação (**mesmo precedida de concurso**) de empregados em nível superior ao estabelecido em PCS como inicial da carreira, por empresas públicas e sociedades de economia mista.*”.

Ao final, recomendou que “a) a PRODESP não inclua em seu Plano de Cargos e Carreiras a previsão de contratação de empregados em nível superior à referência inicial da carreira; b) os órgãos da Secretaria da Fazenda aos quais incumbe apreciar o Plano de Cargos e Carreiras apresentado pela PRODESP não endossem proposta de incluir nele cláusula prevendo a contratação de empregados em nível superior ao estipulado como inicial da carreira; c) caso tenha sido ou venha a ser prevista no Plano de Cargos e Carreiras da PRODESP a possibilidade de a empresa ‘solicitar aprovação junto ao CODEC para (...) contratação através de Concurso Público, como salário superior à referência inicial do cargo’, o Conselho de Defesa dos Capitais do Estado deixe de aprovar eventuais solicitações da empresa com este teor.” (grifos no original).

Sem deslustrar os judiciosos argumentos da i. Parecerista, aparto-me desse entendimento, por considerar juridicamente viável, **no caso aqui examinado**, a pretensão da Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo – PRODESP.

Da análise dos autos, verifico que a empresa justificou a alteração do Plano de Cargos e Carreiras (fls. 03/05), bem como a excepcionalidade da contratação, mediante concurso público, de empregados que já ingressariam em nível superior à referência inicial da carreira (fls. 153/154), valendo destacar:

“Importante ressaltar que a situação aqui justificada é de exceção e não se constituirá em regra geral em concursos públicos realizados pela PRODESP. O que se pretende é utilizar-se sempre do procedimento regular da seleção e contratação via concurso público; no entanto, para alguns cargos, para algumas funções específicas como aquelas acima exemplificadas, a via do concurso público somente será possível se houver a previsão e possibilidade de contratação de profissional em faixa salarial inicial compatível com o mercado de trabalho nas áreas das tecnologias da informação.

A necessidade de contratação, via concurso público e com a possibilidade de remuneração diferenciada, mais elevada do que a faixa inicial do cargo e compatível com o mercado de trabalho de informática, se deve ainda ao fato, comum até, em áreas onde existam processos críticos e que não podem sofrer problemas de solução de continuidade. “.

É certo que para a generalidade dos casos calha o que foi dito pelo STF quando da análise da medida cautelar requerida na ADI nº 2310⁵ e na ADI nº 231-7 RJ⁶, ou seja, o ingresso em determinada carreira deve ser feito na classe/nível inicial, sob pena de se desnaturar o próprio sentido do estabelecimento de

5 Decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, de 19.12.2000.

6 Julgada em 05.08.1992, cuja ementa é: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ASCENSÃO OU ACESSO, TRANSFERÊNCIA E APROVEITAMENTO NO TOCANTE A CARGOS OU EMPREGOS PÚBLICOS. – O CRITÉRIO DO MÉRITO AFERÍVEL POR CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS OU DE PROVAS E TÍTULOS E, NO ATUAL SISTEMA CONSTITUCIONAL, RESSALVADOS OS CARGOS EM COMISSÃO DECLARADOS EM LEI DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO, INDISPENSÁVEL PARA CARGO OU EMPREGO PÚBLICO ISOLADO OU EM CARREIRA. PARA O ISOLADO, EM QUALQUER HIPÓTESE; PARA O EM CARREIRA, PARA O INGRESSO NELA, QUE SÓ SE FARÁ NA CLASSE INICIAL E PELO CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS OU DE PROVAS E TÍTULOS, NÃO O SENDO, PORÉM, PARA OS CARGOS SUBSEQUENTES QUE NELA SE ESCALONAM ATÉ O FINAL DELA, POIS, PARA ESTES, A INVESTIDURA SE FARÁ PELA FORMA DE PROVIMENTO, QUE É A ‘PROMOÇÃO’. ESTÃO, POIS, 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. – O INCISO 11 DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL TAMBÉM NÃO PERMITE O APROVEITAMENTO, UMA VEZ QUE, NESSE CASO, HÁ IGUALMENTE O INGRESSO EM OUTRA CARREIRA SEM O CONCURSO EXIGIDO PELO MENCIONADO DISPOSITIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE SE JULGA PROCEDENTE PARA DECLARAR INCONSTITUCIONAIS OS ARTIGOS 77 E 80 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.”

carreiras no serviço público, além de causar os efeitos deletérios mencionados pelo Min. Marco Aurélio (fls. 169/170).

No entanto, a situação delineada nestes autos, e objeto da análise jurídica pela Procuradoria Administrativa, difere das situações ordinárias, pelos motivos já mencionados acima (e cf. documento de fls. 153/154).

Se a regra é o ingresso em carreiras públicas na classe/nível inicial, a exceção, *in casu*, encontra esteio no princípio da eficiência (artigo 37, *caput*, da CF/88), penso eu.

Nessa toada, creio que os precedentes do Supremo Tribunal Federal⁷, citados na peça opinativa em tela, não se ajustam ao caso vertente.

Situação mais assemelhada foi objeto da seguinte decisão:

“Recurso extraordinário. Ensino superior. Carreira. Admissibilidade de concurso público de provas e títulos para o cargo isolado de professor titular. – Preliminar de incompetência da Turma que prolatou o acórdão recorrido. Questão que, além de ser de natureza infraconstitucional, não foi prequestionada (súmulas 282 e 356). – A circunstância de o citado artigo 206, V, da atual Carta Magna, ter estabelecido o princípio da valorização dos profissionais do ensino e garantido, na forma da lei, plano de carreira para o magistério público, não implica que não mais possa a lei dispor que, no ensino superior, haverá, além da carreira que vai de professor auxiliar até professor adjunto, com ingresso mediante concurso público de provas e títulos, o cargo isolado de professor titular também acessível por concurso público de provas e títulos. Recurso extraordinário não conhecido. “

(STF – 1ª Turma – RE nº 141.081-7 PE – Rel. Min. Moreira Alves – j. 25.06.96 – v.u)

Do voto do Ministro Relator destaco:

“Com efeito, pelo artigo 176, par. 3º, VI, da Emenda Constitucional nº 1/69, o provimento dos cargos iniciais e finais das carreiras do magistério de grau médio e superior dependia, sempre, de prova de habilitação, que consistia em concurso público de provas e títulos, quando se tratasse de ensino oficial. Já o artigo 206, V, da atual Constituição estabelece que o ensino será ministrado com base, entre outros princípios, no da ‘valorização dos profissionais do ensino, garantido, na forma da lei, plano de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, assegurado regime jurídico único para todas as instituições mantidas pela União’. Portanto, não há mais a exigência constitucional de que o provimento do cargo de professor titular de ensino superior – que é a hipótese em causa – seja provido por concurso público de provas e de títulos. Isso, no entanto, não quer dizer que, pela circunstância de o citado artigo 206, V, da atual Carta Magna, ter estabelecido o princípio da valorização dos profissionais do ensino e garantido, na forma da lei, plano de carreira para o magistério público, não im-

⁷ Tratando-se de questão eminentemente constitucional, as decisões do STF merecem mais destaque do que as proferidas pelo TST, muito embora estejamos analisando o Plano de Cargos e Carreiras de empresa, ou seja, regime jurídico celetista.

plica que não mais possa a lei dispor que, no ensino superior, haverá, além da carreira que vai de professor auxiliar até professor adjunto, com ingresso mediante concurso público de provas e títulos, o cargo isolado de professor titular também acessível por concurso público de provas e títulos, porquanto a garantia de plano de carreira para o magistério público não exclui que, com relação a certo grau de ensino, haja carreira, com acesso mediante promoção, até certo nível, e para o nível final se determine que o cargo a ele correspondente seja isolado, dependendo, portanto, o ingresso nele de concurso público de provas e de títulos. Era, aliás, o sistema – que agora foi desconstitucionalizado, mas não vedada a sua adoção pela legislação infraconstitucional – adotado pelo artigo 176, par. 3º, VI, da Emenda Constitucional nº 1/69, uma vez que, embora aludisse a cargo final de carreira, a exigência de seu provimento por concurso público de provas e de títulos, propiciando, assim, o acesso a ele a pessoas que integrassem, ou não, outra carreira de magistério também superior, o caracterizava como cargo isolado que era o ápice a que poderiam aspirar os integrantes da carreira que a ele precedia.”

Esse entendimento foi reiterado pelo STF em **2008**, quando do julgamento de Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 710.664-2 BA:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MAGISTÉRIO SUPERIOR. PROFESSOR TITULAR. PROVIMENTO POR MEIO DE CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS. O artigo 206, inciso V, da Constituição, embora não tenha repetido a exigência do artigo 176, §3º, inciso VI, da CB/69, não impede que a lei estabeleça, para o magistério superior, além da carreira que vai de professor auxiliar até professor adjunto, o cargo isolado de professor titular, cujo provimento se dá por meio de concurso público de provas e títulos, e não por simples promoção. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(STF – 2ª Turma – Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 710.664-2 BA – Rel. Min. Eros Grau – j. 5.08.08 – v.u.)

Vê-se, portanto, que em **determinadas hipóteses que refogem à generalidade das situações**, o Supremo Tribunal Federal entende ser perfeitamente possível o provimento de cargo, em classe/nível final de carreira pública, mediante concurso público.

Assim, encaminho os autos ao Senhor Procurador do Estado, com proposta de não aprovação do Parecer PA nº 60/2012.

São Paulo, 06 de novembro de 2012.

ADALBERTO ROBERT ALVES
Subprocurador-Geral do Estado
Área da Consultoria Geral

Processo GDOC nº 18487–350626/2012

**Interessada: Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo
– PRODESP**

Assunto: Plano de Cargos e Carreiras

Nos termos da manifestação do Subprocurador-Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, deixo de aprovar o Parecer PA nº 60/2012, entendendo juridicamente viável, no caso em análise, que o provimento de determinados cargos na Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo – PRODESP se dê, excepcionalmente, em classes finais das carreiras, desde que presentes aquelas justificativas apontadas pela empresa pública (fls. 153/154).

Restituam-se os autos à Secretaria da Fazenda, por intermédio de sua Consultoria Jurídica.

GPG, 08 de novembro de 2012.

ELIVAL DA SILVA RAMOS

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

