

PROCURADORIA DE CONTROLE TÉCNICO

Processo nº 0200080325141

Interessado: COMPANHIA DE ENGENHARIA RURAL DA BAHIA - CERB

PARECER PCT – D – 543/2008

DISSÍDIO COLETIVO. EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA COMPONENTES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DO ESTADO DA BAHIA. Regime diferenciado entre empresas exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços público. Impossibilidade de reajuste salarial por dissídio coletivo a empregados das prestadoras de serviços públicos.

1. A Secretaria de Administração do Estado da Bahia encaminha à Procuradoria Geral do Estado consulta acerca de proposta de acordo a ser celebrado entre a COMPANHIA DE ENGENHARIA RURAL - CERB e o sindicato representativo da categoria profissional de seus empregados em ações de cumprimento propostas com o intento de cobrar pagamento de diferenças salariais decorrentes de reajustes não praticados pela empresa, embora alegados como previstos em sentenças normativas oriundas de dissídios coletivos

2. No entanto, antes do pronunciamento jurídico definitivo, fez-se necessário que a CERB prestasse os seguintes esclarecimentos solicitados às fls. 146/149 e juntasse novos documentos aos autos. Atendendo quase todas as solicitações, não trouxe aos autos as informações e documentos solicitados na alínea “a” do referido despacho, referentes aos Dissídios Coletivos onde proferidas as sentenças normativas objeto das ações de cumprimento (“*Fornecer relatório historiando os fatos processuais ocorridos nos dissídios coletivos que originaram as ações de cumprimento de nº 00891.2004.001.05.00.0, 00892.2004.001.05.00.0 e 00644.2008.024.05.00.6, juntando cópias das principais peças, como inicial, defesa, decisões e recursos;*”).

3. Todavia, considerando a existência nos autos de decisões dos Dissídios Coletivos nº 20002.2002.000.05.00.8 (80.02.02.0002.30, no antigo sistema de numeração), fls. 13/24, e 00966.2003.000.05.00.0, fls. 175/180, que atestam a prolação de sentenças normativas instituindo a obrigação da empresa de conceder reajustes de 7%, em 01.05.01, sobre os salários de abril/01, e de 14%, em 01.05.03, sobre os salários de abril/02, e ainda alusão nas sentenças da ação de cumprimento 00892.2004.001.05.00.0 (onde apensa a ação de cumprimento 00891.2004.001.05.00.5), fls. 321/324, e no acórdão que julgou o recurso ordinário ali interposto, fls. 345/347, consideraremos como existente tais sentenças normativas.

4. Porém, curial que a EBDA ainda envie a esta PGE o quanto solicitado na alínea “a” do despacho de fls. 146/149, ou seja, relatório historiando os fatos processuais ocorridos nos **Dissídios Coletivos** que originaram as ações de cumprimento de nº 00891.2004.001.05.00.0, 00892.2004.001.05.00.0 e 00644.2008.024.05.00.6, e cópias das principais peças que os formaram, como inicial,

defesa, decisões e recursos, inclusive diante do despacho de fl. 180 que noticia intempestividade do recurso interposto pela CERB no DC nº 00966.2003.000.05.00.0.

5. A princípio, contudo, vale aclarar a real situação processual vivida pela CERB, o que se mostra deveras importante para o deslinde da questão.

6. O SINDICATO DOS TRABALHADORES EM ÁGUA E ESGOTO DA BAHIA – SINDADE instaurou dois dissídios coletivos em face da CERB, sociedade de economia mista criada Decreto Estadual nº 22.618/71, cuja esfera de competências foi alterada pela Lei Estadual 11.050/2008.

7. Em primeira instância o Dissídio Coletivo 20002.2002.000.05.00.8 (80.02.02.0002.30, no antigo sistema de numeração) foi julgado procedente em parte, impondo-se à empresa, fora outras menos gravosas, a obrigação de reajustar em 7,70% em maio de 2001 os salários de seus empregados, reajuste este a incidir sobre os salários de abril de 2000.

8. A CERB interpôs recurso ordinário ao Tribunal Superior do Trabalho, TST, onde conseguiu apenas reduzir o percentual de reajuste para 7,00%.

9. Já o Dissídio Coletivo nº 00966.2003.000.05.00.0 foi julgado procedente em parte, impondo-se à empresa a obrigação de reajustar em 14,00% em maio de 2003 os salários de seus empregados, reajuste este a incidir sobre os salários de abril de 2002.

10. A CERB interpôs recurso ordinário ao Tribunal Superior do Trabalho - TST, mas o apelo foi considerado intempestivo, tendo o TRT por tal motivo negado-lhe seguimento.

11. O sindicato, então, ajuizou as ações de cumprimento nº 00891.2004.001.05.00.0 e 00892.2004.001.05.00.0, logrando êxito em primeira e segunda instâncias. Também o TST não conferiu provimento ao agravo de instrumento interposto em face da decisão que negou seguimento ao recurso de revista manejado em decorrência do acórdão que julgou o agravo de petição interposto pela empresa. Contra aquela decisão do TST, a CERB interpôs recurso extraordinário ao SFT, ainda não julgado.

12. O SINDAE, ainda, ajuizou outra ação de cumprimento, a de nº 00644.2008.024.05.00.6, onde pleiteia interrupção da prescrição daqueles empregados que não foram considerados como beneficiados pelas ações de cumprimento nº 00891.2004.001.05.00.0 e 00892.2004.001.05.00.0. Aquela ação foi extinta sem exame de mérito, consoante anexo 1 da Pasta 3 do presente expediente, não havendo notícia nos autos se transitou ou não em julgado.

13. De qualquer maneira, há de se observar que o SINDAE já promoveu a execução das ações de cumprimento 00891.2004.001.05.00.0 e 00892.2004.001.05.00.0, que ora está em curso, onde a 1ª Vara do Trabalho de Salvador, onde correm os processos, em despacho datado de 22.04.08, transcrito às fls. 02/03 dos presentes autos, já deu indicação de acolher a tese da empresa de limitação da liquidação aos substituídos relacionados no rol de fls. 12/116 dos autos judiciais, em

número inferior ao de funcionários da CERB. Como contra este despacho o sindicato interpôs agravo de petição, ainda não houve decisão definitiva da liquidação, valendo ressaltar que a CERB já impugnou as contas do sindicato quando lhe foi ofertada oportunidade para tanto ainda antes de realização de penhora.

14. A questão a ser indagada no presente caso liga-se à efetiva exigibilidade das diferenças salariais de 7,00% e 14,00% oriundas dos Dissídios Coletivos, em face da natureza jurídica da CERB, mas também às possibilidades jurídico-processuais de reconhecimento de uma pleiteável inexigibilidade destas diferenças.

15. Há uma tese jurídica, que encontraria, ao menos numa primeira e perfunctória análise, amparo no ordenamento jurídico, e também em jurisprudência, que consagra a impossibilidade de Dissídio Coletivo fixar elevação salarial, para empregados de empresas públicas e sociedades de economia mistas. De fato, dentro de uma das idéias que guiam a Orientação Jurisprudencial nº 5 da SDC do TST, qual seja, o de não impor despesa à Administração Pública não prevista em lei orçamentária, mas, sobretudo à luz do art. 169, § 1º, inciso I, da Carta Magna, (antes da EC nº, 19, parágrafo único, inciso I) as empresas públicas e sociedades de economia mista somente poderiam elevar gastos com pessoal em caso de prévia dotação em lei orçamentária, independentemente de ser prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica.

16. Mesmo no caso destas últimas, e ainda que submetidas ao regime das empresas privadas em questões trabalhistas, conforme prevê o art. 173, § 1º, inciso II, da C.F., este mesmo diploma é pródigo em fixar certos condicionamentos por incidência de normas de Direito Público. Tal, por exemplo, se dá com a exigência de concurso público para admissão de pessoal e de realização de licitação para determinadas modalidades de contratação, vide art. 37, incisos II e XXI. Do mesmo modo, o citado art. 169, § 1º, inciso I, exige prévia dotação orçamentária para aumento de despesa de pessoal. Embora o inciso II deste mesmo § 1º dispense empresas estatais de previsão desta ordem na lei de diretrizes orçamentárias, não as livra de previsão na lei orçamentária anual das despesas com pessoal, inclusive de seu incremento.

17. Sendo assim, a previsão em sentença normativa proferida em sede de Dissídio Coletivo de elevação salarial de empregado de empresa pública e sociedade de economia mista estaria, numa primeira análise, a desafiar o próprio texto constitucional, já que não antecedida de dotação orçamentária em lei. Porém, uma investigação mais aprofundada da questão, leva a uma interpretação diversa daquela inicial no que tange a empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Senão vejamos.

18. O ponto central da questão está no confronto entre o regime proposto pelo art. 173 da Constituição Federal às estatais exploradoras de atividade econômica e o art. 169 de tal Diploma. Pelo primeiro, a estatal exploradora de atividade econômica estaria sujeita ao DC, enquanto pelo segundo dispositivo não.

19. Na verdade, a própria identificação dos fins das empresas estatais já permite o deslinde da questão. Quando uma empresa estatal explora atividade econômica, disputa no mercado a venda de bens e serviços, não seria justo com as demais empresas do setor que a estatal fosse beneficiada com a imunidade ao Dissídio Coletivo, pois assim poderia oferecer a seus empregados contraprestações remuneratórias inferiores às das demais empresas, em privilégio vedado pelo art. 173 da Constituição Federal.

20. Por outro lado, quando presta um serviço público, não disputando no mercado a venda de bens e serviços, a estatal está na verdade, exercendo, por uma espécie de delegação, uma atribuição de seu ente controlador. A imunidade ao Dissídio Coletivo, assim, não fere direitos de outras empresas. Sobrevivendo de recursos públicos, pois, tudo recomenda que as despesas das estatais prestadoras de serviços públicos sofram os mesmos condicionamentos da Administração Pública em geral, inclusive no que tange à existência de prévia dotação orçamentária legal. Tal regime, assim, exclui a possibilidade de elevação de benefícios e de valores de verbas trabalhistas dos funcionários de estatais desta espécie por meio de sentença normativa, ou seja, por decisão proferida em sede de Dissídio Coletivo.

21. No caso das empresas exploradoras de atividade econômica, assim, prevalece a regra do art. 173 da C. F., em especial seu § 1º, inciso II, enquanto que para as estatais prestadoras de serviço público prevalece o art. 169 da C. F., que incide de modo a evitar que em DC seja determinado o aumento de gastos da empresa, tendo em vista que tal elevação somente poderia ocorrer por lei.

22. A bem de ser fiel à realidade dos fatos, ainda, cumpre esclarecer que a jurisprudência, em especial a do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, vem sistematicamente pendendo para a tese de que, sendo exploradora de atividade econômica a empresa estatal, seria possível a estipulação em sentença normativa de cláusula impondo reajuste salarial. Nos arquivos da PCT constam decisões neste sentido de empresas da Administração Indireta do Estado, como a EMPRESA BAIANA DE DESENVOLVIMENTO AGRÍCOLA - EBDA e a COMPANHIA DE AÇÃO REGIONAL - CAR. Abstraindo a questão acerca destas empresas caracterizarem-se ou não como exploradoras de atividade econômica, o certo é que, a partir da premissa de que tenham tal marca, o TRT local vem direcionando-se para o sentido retro indicado.

23. Assim, por conta do disposto no art. 173 da C. F., a sujeição das estatais exploradoras de atividade econômica ao regime jurídico próprio das empresas privadas também no que tange às regras trabalhistas, tornaria assaz temerário que uma empresa que reconhecidamente ostentasse tal condição deixasse de celebrar acordos coletivos confiando na impossibilidade jurídica de vir a ser alvo de Dissídios Coletivos. Decerto, o confronto que se pode estabelecer entre este dispositivo e o art. 169 da C. F. em relação às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, com o fim de se concluir pela impossibilidade de instauração de DC contra estas, restaria prejudicado em relação às estatais exploradoras de atividade econômica. Pesquisando a jurisprudência, na realidade, não se localiza aresto sufragando a

impossibilidade de sujeição de empresas desta natureza a DC, o que significa dizer que seria extremamente arriscado tentar isentá-las a este tipo de ação. Mais cauteloso seria, na verdade, impedir o DC pelo sucesso da negociação coletiva.

24. Por outro lado, também a análise da questão à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF, Lei Complementar 101 de 04.05.00, conduz a iguais conclusões. Observemos.

25. O art. 19 da LRF estabelece os limites de gastos dos entes federativos com pessoal, ao tempo em que o art. 18 estabelece o conceito de gastos com pessoal, pelo qual facilmente se conclui que todo e qualquer valor remunerado por conta de uma relação de emprego pelo empregador configura-se como despesa desta natureza. Já o art. 1º, § 3º, inciso I, alínea “b”, da referida lei estipula que as empresas estatais dependentes estão compreendidas nas referências à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, o que significa dizer que estão jungidas aos limites de gastos do art. 19 e aos demais mecanismos de controle da LC 101.

26. O art. 2º, inciso III, da LC 101, conceitua a empresa estatal dependente como a empresa controlada que recebe do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com o pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária. Antes, o inciso II do mesmo art. 2º define que empresa controlada é a sociedade cuja maioria do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação.

27. Certo, pois, é que aquelas empresas que recebem do ente público controlador recursos financeiros para enfrentamento de despesas de pessoal estão sujeitas aos limites do art. 19 da LC 101, estão submetidas, sem questionamentos, aos ditames tanto de tal lei, quanto da própria Carta Magna no que se refere aos gastos de pessoal.

28. Este controle não se circunscreve à obediência aos limites do art. 19 da LC 101, mas também, nos termos dos arts. 15, 16, 17 e 21, a que não haja elevação de despesa sem prévia dotação orçamentária.

29. Em outras palavras, as empresas estatais dependentes devem ter suas despesas com pessoal antecedidas por dotação orçamentária legal. Qualquer elevação do salário, ou de outras verbas devidas aos empregados, somente pode ocorrer, pois, por lei, o que retira da sentença normativa proferida em sede de dissídio coletivo esta possibilidade.

30. Já a empresa simplesmente controlada, mas não dependente, escaparia à incidência da LC 101. Ora, se a empresa for somente controlada, mas não dependente, e se explorar atividade econômica, enquadrando-se no regime do art. 173, § 1º, a C. F., restaria muito difícil interpretar isoladamente o art. 169, § 1º, de tal diploma, de modo a exigir também para tais empresas que a elevação de despesas com pessoal, e, portanto, de salário e demais verbas trabalhistas, deveria ser precedida de lei, e de maneira a obstar que tal aumento acontecesse por meio de sentença normativa.

31. De tudo isto, portanto, observa-se que não se nega este obstáculo àquelas empresas públicas e sociedades de economia mista que sejam apenas prestadoras de serviços públicos, exatamente porque o inciso II do § 1º do art. 169, bem como o art. 173, § 1º, inciso II, todos da C.F., não alcançariam empresas com tais características. Junto com os arts. 1º, § 3º, inciso I, alínea “b”, 2º, incisos II e III, 16, 17, 19 e 21 da LC 101, da forma como acima interpretados, estes dispositivos fazem crer não ser possível elevar despesas de empresas estatais prestadoras de serviço público, o que impediria que em dissídio coletivo fosse estipulada obrigação desta ordem.

32. Nos autos, consta a informação de que a CERB é empresa dependente, que presta serviço público, ao mesmo tempo em que vende alguns serviços a terceiros, “Resposta aos questionamentos 2.e)” da Pasta 3. Vale destacar, entretanto, que definição acerca das características da empresa, se prestadora de serviços públicos ou exploradora de atividade econômica, se estatal dependente ou não, envolve a análise de uma série de fatores, como se verá adiante..

33. Se for possível configurar a empresa como prestadora de serviço público, e de empresa estatal dependente, a CERB poderia sustentar, na forma da interpretação acima procedida, a impossibilidade de ser ré em Dissídio Coletivo.

34. A jurisprudência nacional, inclusive do TST e do STF, ainda não se firmou a respeito da questão ora tratada no que tange a estatais dependentes e prestadoras de serviço público, inexistindo súmulas a tratar da questão da impossibilidade de dissídio coletivo impor a estatal desta natureza reajuste salarial de seus empregados. Mas, vale a pena lembrar a existência de decisões favoráveis à tese em comento, vide arestos da lavra do TST, por sua Seção de Dissídios Coletivos, transcritos na sentença prolatada no processo trabalhista 02587.2000.016.05 onde figura com ré a COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO E AÇÃO REGIONAL – CAR, reconhecendo a impossibilidade de dissídio coletivo impor a empresa estatal reajuste salarial de seus empregados.

35. Outra dificuldade para ver prevalecer a tese em destaque não se ligaria a sua incorreção, mas sim à caracterização da CERB como prestadora de serviços públicos, circunstância verificada em outras empresas componentes da Administração do Estado da Bahia, como EMPRESA BAIANA DE DESENVOLVIMENTO AGRÍCOLA S/A - EBDA e COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO E AÇÃO REGIONAL – CAR.

36. A jurisprudência do TRT local, até mesmo como se vê de decisões proferidas em processos de tais empresas, tem repellido a tese em foco, geralmente porque há no estatuto da empresa algum dispositivo que preveja receita proveniente da alienação de serviços, bens ou direitos a terceiros.

37. Ainda que na lei criadora de tais empresas, bem como em seus estatutos e regimentos, preveja-se como objeto social tarefas típicas de prestação de serviços públicos, há também previsão da possibilidade do tipo de receita prevista no parágrafo anterior. Para se definir a questão, seria importante, também, que, por meio de parecer técnico contábil, fosse demonstrada a proporção entre as receitas provenientes

de alienação de serviços, bens ou direitos a terceiros e as receitas totais da empresa, comparando ambas com os recursos oriundos do Estado da Bahia.

38. No caso das receitas próprias serem inferiores em relação aos recursos transferidos pelo Estado, estaria demonstrada a condição de estatal dependente, e acentuado o lado da prestação de serviços públicos em detrimento da face exploradora de atividade econômica.

39. No presente caso, observa-se justamente isto, na medida em que a CERB está a executar, conforma todo o descritivo da “Resposta aos questionamentos 2.e)” da Pasta 3, uma série de atividades delegadas pelo seu controlador, o Estado da Bahia, que, despidendo-se de atribuições próprias, reservou à CERB a missão de atender às necessidades da população baiana, em especial construindo sistemas de saneamento básico, fornecendo água e esgoto, sem nada cobrar da população beneficiada, inclusive pela carência que a marca. Todavia, a CERB também vende serviços de perfuração de poços, atividade que, no exercício de 2008, lhe renderia, conforme previsão, cerca de 5,56% de suas receitas totais.

40. Neste passo, ainda que se possa argumentar a tese supra exposta para imunizar a CERB ao reajuste em comento, haveria também de se tentar convencer o Judiciário do fato de que o recebimento de receitas provenientes da alienação de serviços, bens ou direitos a terceiros não descaracterizaria a natureza de prestadora de serviços públicos, inclusive pela irrisoriedade de tais valores diante do orçamento total da companhia e pelo fato desta não estar competindo no mercado com outras empresas ao executar seus objetivos sociais.

41. Entretanto, não há como se assegurar o sucesso de tal argumentação, sendo certo que os precedentes jurisprudenciais na Justiça do trabalho local, como visto, não tem socorrido as empresas.

42. Portanto, invocando tal tese, ressaltando sua condição de prestadora de serviço público, a CERB poderia buscar impedir as condenações impostas-lhe.

43. O problema, contudo, é que algumas das oportunidades processuais reservadas para tanto foram utilizadas, sem êxito. Decerto, ainda que a ausência de peças dos DC's tenha impedido a análise acerca desta arguição, vislumbra-se no acórdão julgador do DC nº 20002.2002.000.05.00.8 (80.02.02.0002.30, no antigo sistema de numeração), fls. 13/24, alusão ao tema, ainda que sem o aprofundamento aqui tratado, discussão não observada no acórdão julgador do DC nº 00966.2003.000.05.00.0, fls. 175/180. Na contestação oposta nas ações de cumprimento, a CERB arguiu sua condição de empresa estatal, sujeita a recursos repassados pelo Estado da Bahia. Contudo, não desenvolveu a tese nos moldes como acima colocada. Ação rescisória ainda não cabe, por força da ausência de trânsito em julgado da decisão.

44. Outra alternativa seria, quando dos embargos à execução, sustentar tal tese, até mesmo com a arguição de coisa julgada inconstitucional, à luz do regramento recentemente inserido no art. 884, § 5º, da CLT e no art. 741, parágrafo

único, do CPC. Na realidade, como a impugnação a cálculos ainda não foi julgada, poderá a empresa, diante do caráter cogente das normas que a amparam, arguir a citada tese.

45 Porém, não se conhece precedente oriundo dos Tribunais acerca da possibilidade de em execução de sentenças proferidas em ações de cumprimento ou em reclamações trabalhistas se fazer o controle de constitucionalidade de decisões normativas, embora, como já retro admitido, o surgimento do instituto da arguição de coisa julgada inconstitucional auxilie a tese empresarial. De todo modo, haveria também a dificuldade de inexistirem decisões do STF, bem como de matéria por tal Corte sumulada, sufragando a inconstitucionalidade da imposição em dissídio coletivo de elevação a empregados de empresas estatais.

45. São muitas, pois, as dificuldades processuais para que a CERB veja-se livre do passivo derivado das ações judiciais em comento, embora, repita-se, haja remédios jurídicos que, em tese, possam redundar no fim das condenações. Possibilidade teórica de impugnar tais condenações, isto há. Mensurar a probabilidade de êxito, por outro lado, é tarefa extremamente difícil.

46. Diante destes paradoxos, portanto, é que a CERB e também o Estado da Bahia, na tarefa de controle das empresas de sua Administração Indireta, deverão posicionar-se, decidindo se se insistirá somente no uso das medidas processuais ora identificadas como, ao menos em tese, hábeis a impedir o pagamento de reajustes salariais e de verbas consectárias impostos por sentença normativa, de possibilidades de sucesso incertas, ou se se entenderá como conveniente e oportuno, paralelamente à negociação com os trabalhadores para resolução das controvérsias atuais e/ou ao cumprimento das decisões judiciais, modificar as leis, estatutos e regimentos das empresas, de modo a eliminar doravante a possibilidade de contraprestação econômica por prestação de serviços, tudo para extinguir as fragilidades ora identificadas que ensejam ao Judiciário a caracterização das empresas como exploradora de atividade econômica e a imposição de aumentos de despesas via reajuste salarial em Dissídio Coletivo.

47. No presente caso, esta necessidade se acentua, na medida em que se dá notícia da edição da Lei Estadual nº 11.050, de 06.06.08, que atribui à CERB a atividade de operação e manutenção de barragens, condição que certamente afetará a fonte de suas receitas, e, a depender do volume de receitas próprias, poderá caracterizá-la como exploradora de atividade econômica e retirar sua condição de estatal dependente, sujeitando-a de vez ao dissídio coletivo.

48. Aliás, faz-se mesmo imprescindível que o Estado da Bahia defina quais empresas sejam consideradas como prestadoras de serviços públicos, exploradoras de atividade econômica, estatais dependentes ou não, adequando suas leis, estatutos, regimentos, forma de atuação e tipos de receita a tal intenção, de forma a deixar claro o regime jurídico que cada uma delas haverá de seguir, e ensejar que com mais robustez persiga junto ao Judiciário a aplicação do regime correto, tudo de modo a evitar o surgimento e elevação de passivo trabalhista, sobretudo decorrentes de normas coletivas.

49. À luz deste quadro, pois, deverá o Estado da Bahia decidir pela conveniência e oportunidade da celebração de acordo que ponha fim às ações de cumprimento nº 00891.2004.001.05.00.0 e 00892.2004.001.05.00.0, reunidas nos autos desta, ou, mais ainda, que elimine o passivo decorrente dos Dissídios Coletivos nº 20002.2002.000.05.00.8 (80.02.02.0002.30, no antigo sistema de numeração), e nº 00966.2003.000.05.00.0, tendo em vista que nem todos os empregados da empresa foram beneficiados pelas decisões das ações de cumprimento.

50. Quanto a este último aspecto, observa-se que o SINDAE não relacionou como substituídos processuais nas ações de cumprimento um relevante número de empregados da CERB. Este pode ser um elemento para que a empresa obtenha maior deságio na proposta de conciliação, evitando aumento salarial de uns, mas não de outro grupo de empregados, o que pode desorganizar a tabela salarial da empresa. Como não há decisão que ampare estes excluídos, ou seja, como não há condenação a paga de tais diferenças salariais a estes “excluídos”, a empresa poderia contrapropor incorporação do percentual com deságio em relação ao proposto pelo Sindicato, mas beneficiando a todos os empregados, desde que isto importe em custo futuro menor à CERB.

51. Ao mesmo tempo, poderia propor, se a negociação for o caminho escolhido pela Administração Pública, a paga dos atrasados com um deságio substancialmente maior, mas abrangendo todos os empregados da empresa. Em qualquer das hipóteses, a CERB haveria de demonstrar que esta proposta seria inferior ao valor da condenação por ela reconhecida, de modo a atestar sua vantagem.

52. Caso contrário, a proposta deverá contemplar meramente os empregados substituídos processualmente nas ações de cumprimento 00891.2004.001.05.00.0 e 00892.2004.001.05.00.0, observadas as ponderações adiante formuladas.

53. De qualquer maneira, o índice nunca poderia ultrapassar os 21%, porque a soma dos 7% assegurados no Dissídio Coletivos nº 20002.2002.000.05.00.8 (80.02.02.0002.30, no antigo sistema de numeração), e dos 14% previstos na decisão do DC nº 00966.2003.000.05.00.0.

54. Por outro lado, a análise da correção da conta que originou a proposta de acordo depende da análise do competente setor de cálculos da PGE, o que se recomenda seja feito.

55. A incidência do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação que lhe deu a Medida Provisória nº 2.180, em suas sucessivas reedições, determinando que os *“juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano”*, na liquidação das ações de cumprimento em tela é, efetivamente, incerta, mas não se descarta a possibilidade da CERB obter também sua aplicação.

56. O Estado da Bahia tem conseguido aplicar o dispositivo em algumas ações mesmo de empregados de empresas terceirizadas em que é considerado responsável subsidiário, e mesmo em ações de empresas estatais extintas, por ele

sucedidas processualmente. É recomendável que, seja nos embargos à execução, seja em petição a ser apresentada ainda antes do julgamento da impugnação a cálculos, a CERB sustenta a aplicação do percentual de 0,5% de juros ao mês, do mesmo modo que se recomenda que no processo de negociação, caso seja efetivamente aberta esta via, a conta a ser transacionada leve em consideração tal critério.

57. Sugere-se que não incida mais qualquer correção monetária ou juros sobre eventual valor acordado, excluindo-se o parágrafo segundo da cláusula segunda da minuta sugerida.

58. Ainda, a empresa deverá avaliar suas disponibilidades financeiras para pagamento integral antecipado dos empregados desligados. Caso haja dúvidas, recomenda-se a exclusão das cláusulas terceira e quarta.

59. Deverá ser exigido que o SINDAE renuncie em seu nome e dos substituídos, a toda e qualquer multa ou penalidade processual decorrente dos processos judiciais em questão, particularmente decorrentes de ordem judicial para inclusão em folha de diferenças salariais.

60. Também, é prudente que se exija do SINDAE aprovação do acordo por cada beneficiário, ou ao menos em assembléia geral destes, convocada para tal fim.

61. Ao mesmo tempo, nos termos dos Decretos Estaduais nº 8.518/02 e 8.016/01, indispensável a aprovação tanto do COPE – Conselho de Política de Pessoal, mas também a do Secretário a que vinculada a CERB e a do Governador do Estado.

DE OUTRAS QUESTÕES IDENTIFICADORAS DOS BENEFICIÁRIOS DAS DECISÕES DAS AÇÕES DE CUMPRIMENTO

62. Por fim, cabe ainda estabelecer outra discussão acerca dos beneficiários de tal acordo. Esta matéria, aliás, já foi tratada, em relação à CERB, no Parecer PCT – D – 111/2008, processo PGE2007218784, mas com fito de resolver outro tipo de questões. Seus fundamentos, porém, aplicam-se aqui da mesma maneira.

63. Pelo quanto extraído dos autos de ambos os processos, a CERB informa a existência de funcionários em atuação fora da empresa, alguns exercendo cargos comissionados em outras entidades da administração pública do Estado da Bahia e outras sem exercer cargos desta espécie, mas simplesmente atuando em tais entidades. Por outro lado, há empregados que nela atuam no exercício de funções gratificadas (na verdade, cargos comissionados, pela desnecessidade de vínculo efetivo com a empresa para seu exercício, nos termos das normas internas da CERB).

64. Esclarecidos os fatos, torna-se imperiosa, inicialmente, a análise acerca desta movimentação de servidores públicos, ou de empregados de empresas estatais, sua natureza jurídica, formas e efeitos, indispensável à resposta da consulta e à definição acerca da existência ou não do direito às diferenças salariais

decorrentes dos processos judiciais em análise. Muito embora a exposição seguinte, cujo conteúdo básico também consta do processo nº PGE2007313966, oriundo da AGERBA, refira-se a servidores públicos, que mantém com pessoas jurídicas de direito público relação estatutária, seus termos também se aplicam, com as devidas adaptações, aos empregados de empresas componentes da Administração Pública, que entre si mantém vínculo regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

65. A fonte a se buscar a solução do presente caso é constitucional. A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso II, estabelece que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, inciso V do mesmo dispositivo. Além disso, o inciso IX ainda do art. 37 da CF prevê que lei poderá estabelecer os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

66. Ora, a inteligência destes dispositivos leva à compreensão de que a regra, o ordinário, é que a admissão no serviço público se dê para investidura em cargos efetivos, precedida de aprovação em concurso público. A exceção referente à contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, por sua vez, é irrelevante para o caso em questão.

67. A matéria, portanto, relaciona-se às admissões para cargos efetivos, mediante prévia aprovação em concurso público, e para preenchimentos de cargos comissionados, de livre nomeação e exoneração, mas também, ainda que levando em conta estas duas formas de investidura, ao que se pode denominar de movimentação de servidores. Esta diferença entre postos efetivos e temporários também existe nas empresas estatais, reservados aqueles aos aprovados em concurso público, em contraposição aos cargos de livre nomeação e exoneração, referentes a postos destinados a atribuições de direção, chefia e assessoramento, os denominados cargos comissionados.

68. Pelo quanto exposto, bem se viu que a Constituição Federal somente permite que a investidura em cargos e empregos públicos se dê com a posse decorrente de nomeação, sendo que, para os postos efetivos, após prévia aprovação em concurso público, e, para os cargos comissionados, sem esta exigência. E mais, que a relação funcional trava-se para aquele determinado cargo/emprego, e com aquela determinada entidade, não podendo o servidor ser transposto para cargo/emprego ou entidade diversa, salvo se procedida nova nomeação para o outro cargo/emprego a ser ocupado.

69. Comentando a exigência do concurso público, Alexandre de Moraes assim leciona sobre os limites impostos à Administração Pública nesta seara:

“O Supremo Tribunal Federal, ressalvadas as exceções constitucionais, é intransigente em relação à imposição à efetividade do princípio constitucional do concurso público, como regra a todas as admissões da administração pública, vedando expressamente tanto a ausência deste postulado, quanto seu afastamento fraudulento, através de transferência de servidores

públicos para outros cargos diversos daqueles para o qual foi originalmente admitido.

...

Importante, também, ressaltar que, a partir da Constituição de 1988, a absoluta imprescindibilidade do concurso público não se limita mais à hipótese singular da primeira investidura em cargos, funções ou empregos públicos, impondo-se às pessoas estatais como regra de observância compulsória, inclusive às hipóteses de transformação de cargos e a transferência de servidores para outros cargos ou para categorias funcionais diversas das iniciais, que quando desacompanhadas da prévia realização do concurso público de provas ou de provas e títulos, constituem formas inconstitucionais de provimento no serviço público, pois implicam o ingresso do servidor em cargos diversos daqueles nos quais foi ele legalmente admitido. Dessa forma, claro o desrespeito constitucional para investiduras derivadas de provas de títulos e de realização de concurso interno, por óbvia ofensa ao princípio isonômico.

Em conclusão, a investidura em cargos ou empregos públicos depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, não havendo possibilidade de edição de lei que, mediante agrupamento de carreiras, opere transformações em cargos, permitindo que os ocupantes dos cargos originários fossem investidos nos cargos emergentes, de carreira diversa daquela para a qual ingressaram, sem concurso público”.

(In Direito Constitucional, Alexandre de Moraes, 12ª edição, São Paulo, Atlas, 2002, págs. 329/330)

70. Corolário lógico disto, também, é a idéia de que o servidor, a princípio, não poderá ter exercício em serviço ou repartição diferente daquele em que estiver lotado.

71. Dentro deste prisma devem ser, e somente por ele, identificadas as formas de movimentação do servidor/empregado dentro da Administração Pública. As modalidades de provimento derivado (promoção, readaptação, reversão, aproveitamento, reintegração e recondução), a par de ensejar a movimentação de servidores, seja para progredir na carreira, seja para afastá-los ou retorná-los ao cargo de origem, obedecem à disciplina constitucional, já que não permitem que o servidor ocupe cargo diverso do qual foi investido nem o faça em outra entidade.

72. Em igual linha há de ser compreendida o que, no jargão da prática administrativa, convencionou-se denominar de servidor “à disposição”. É evidente ser impossível, inconstitucional, ilegal, que alguém, mesmo sendo servidor/empregado de alguma entidade da Administração Pública, a ela oferte seus préstimos, sobretudo ocupando um cargo/emprego público, sem um ato que o legitime, no caso, e a princípio, a nomeação.

73. No decantado instituto do “a disposição”, o que ocorre em verdade, é que ao servidor/empregado concede-se o direito ao afastamento do cargo/emprego efetivo que ocupa numa determinada entidade ou órgão para exercer um outro, de caráter comissionado, em qualquer órgão ou entidade da Administração Pública no Brasil, seja federal, estadual ou municipal. No Estado da Bahia, para os servidores estatutários, este afastamento está previsto no art. 118, inciso II, da Lei 6.677, de 26.09.94, o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado da Bahia. Já aos empregados das empresas componentes da Administração Pública, esta autêntica licença não remunerada, não vedada pela CLT, é possível, dependendo, na realidade, da permissão do empregador, em ato de mera liberalidade.

74. Desta maneira, o vínculo que unia o servidor/empregado ao órgão/entidade de origem fica suspenso, garantidos-lhe, no retorno, os direitos assegurados na lei disciplinadora do vínculo permanente, que, portanto, estabelece o que se aproveita do tempo de exercício do cargo temporário no efetivo. Enquanto estiver investido no cargo comissionado, será regido pelas normas sobre ele incidentes. O pagamento deverá ser efetuado pela entidade onde estiver ocupando o cargo/emprego em comissão, observando-se as regras que fixam a paga dos vencimentos ou salário e demais vantagens de tal cargo/emprego. No caso dos empregados das estatais, aplica-se a CLT e as normas internas da empresa, de modo a se identificar que eventual efeito o exercício de cargo comissionado em outra entidade reflete no vínculo empregatício efetivo.

75. No Estado da Bahia, por exemplo, ainda que o art. 78 da Lei nº 6.667/94, aplicável tão somente aos estatutários, estabeleça pagamento da gratificação pelo exercício de cargo de tal espécie levando em conta o valor do vencimento do cargo efetivo, a paga deve ser procedida pela entidade, ou por meio do órgão onde o servidor estiver ocupando o cargo temporário. A legislação incidente sobre o cargo temporário, ainda, poderá estabelecer outros benefícios e direitos para aqueles ocupantes do cargo comissionado que sejam detentores de cargos efetivos na Administração Pública, mas o adimplemento será devido pela entidade/órgão onde situado o cargo temporário. Quando do retorno do servidor ao cargo efetivo, serão concedidos a ele os direitos que a legislação incidente sobre tal cargo lhe assegurar em face do exercício do cargo comissionado.

76. Note-se que neste caso, a remuneração do cargo comissionado somente leva em consideração a remuneração do cargo efetivo, de servidor público, estatutariamente ligado à Administração Pública Estadual, tendo em vista que o art. 78 da citada lei reserva tal direito ao “*servidor investido em cargo de provimento permanente*”, expressão com significado diverso de empregados de empresas estatais, nos termos, inclusive, da diferenciação contida no art. 33 da Constituição do Estado da Bahia. Se o ocupante do cargo comissionado for empregado de empresa componente da Administração Pública do Estado da Bahia, isto em nada influenciará na fixação de sua paga, tendo em vista que o art. 78 da Lei 8.666/94 não leva com conta tal condição.

77. À luz de tais idéias, não se concebe outra possibilidade de se configurar o instituto do “à disposição”. Observe-se que, em realidade, como, não somente a nomeação para o cargo temporário, mas também o afastamento do cargo efetivo precisa ser autorizado pela autoridade competente, no caso das estatais, pela

direção maior da empresa, este ato passou a comumente conter o autorizo para que um servidor/empregado ficasse “à disposição” de outro órgão ou entidade. Daí, entretanto, começaram a surgir outras situações que extrapolam este delineamento jurídico, permitindo a disposição de um servidor/empregado a outro órgão ou entidade da Administração de maneira absolutamente afastada da efetiva possibilidade extraída no ordenamento jurídico pátrio.

78. Esta degeneração passou a assolar a Administração Pública, de modo a que, sem observar este regramento, inúmeros servidores/empregados foram colocados à disposição de outros órgão e entidade estranhos aos seus de origem, causando uma série de transtornos e dificuldades na definição da situação jurídica dos servidores/empregados, na identificação de seus direitos, inclusive remuneratórios, que se agrava em muito quando ocorre a imbricação de regimes, o que se dá quando o servidor é, por exemplo, cedido de entidade de direito público para empresas estatais, ou vice versa, misturando-se os regimes estatutário e celetista.

79. Antes de se partir para esta análise, cabe proceder a uma pequena digressão. É que haverá situações nas quais o servidor/empregado poderá exercer suas atividades em outros órgão e entidade sem que isto importe em suspensão do vínculo com sua entidade ou órgão de origem, nem que precise, para tanto, ser nomeado para cargo comissionado. Isto se dará quando estiver atuando, em outro órgão ou entidade, a serviço do órgão ou entidade a que estiver originalmente vinculado. Nesta situação, quem estará, na realidade, atuando em outro órgão ou entidade, será a sua de origem, a qual utilizará o servidor/empregado como meio para execução de sua própria tarefa. Tal poderá ocorrer por conta da existência de contrato, ou mesmo convênio, entre entidades ou órgãos, pelos quais uma delas precise atuar na sede da outra ou mesmo conjuntamente com aquela, na execução de ações administrativas concorrentes, em qualquer local que seja. Vale ressaltar que o convênio não poderá ter como objeto simples intermediação de mão de obra, mas sim a execução de tarefas inerentes às atribuições de cada órgão ou entidade, de ações administrativas que praticadas conjuntamente visem atingir objetivos comuns.

80. Ora, nestes casos, o servidor/empregado estará atuando para o órgão ou entidade a que estiver vinculado originalmente, incidindo sobre ele as normas aplicáveis ao vínculo que os une.

81. Todavia, há situações em que o servidor/empregado simplesmente é designado para exercer suas funções em outro órgão ou entidade, mas não para o exercício de cargo comissionado, nem para viabilizar que seu órgão ou entidade de origem desincumba-se de atribuições próprias.

82. Esta situação deve ser de todo modo evitada, porque não possui permissão legal. Aliás, nem mesmo lei neste sentido poderia ser editada, sob pena de violar o texto constitucional que, como visto, não autoriza o exercício de cargos/empregos sem que observadas as exigência para a respectiva investidura, seja no que se refere aos cargos/empregos comissionados, seja no referente aos cargos/empregos efetivos, itens 65 a 70 supra.

83. No presente caso, encontra-se certificado nos autos que parte dos empregados da CERB que atua em outras entidades ocupa nestas cargos comissionados e parte não os ocupa.

84. Os que não ocupam cargos comissionados continuam empregados da CERB, não existindo qualquer vínculo que as una às entidades onde estão atuando. Seus direitos e obrigações, portanto, estão previstos na legislação trabalhista que rege o vínculo de emprego que as liga à CERB, contidas na Consolidação do Trabalho e nas leis a esta extravagantes, além dos previstos nas normas internas da empresa.

85. Imaginar que tais pessoas possam ter vínculo com as entidades nas quais estão atuando violenta o art. 37 da Constituição Federal, afronta inclusive seus incisos II e V. Nunca, em nenhum instante, foram nomeadas para cargo em tais entidades, mesmo de caráter temporário. Estão lá a laborar por designação de seus empregadores. Deles, e somente deles, devem receber a contraprestação remuneratória, sendo indevida a percepção de qualquer valor proveniente das entidades onde atuam no momento.

86. Em verdade, a situação poderia ser díspare se algum empregado da CERB estivesse atuando em outra entidade em nome de seu empregador, para que este se desincumbisse de obrigações ajustadas em algum negócio jurídico celebrado entre ambas as entidades. A situação dele seria regular, desde que recebessem única e exclusivamente verbas e valores da CERB, e estes fossem apurados de acordo com as normas que regem os contratos de trabalho dos empregados de tal empresa.

87. Caso contrário, e parece ser a situação no presente caso, tanto porque nestes autos não se deu notícia de qualquer ajuste com as entidades de destino, ou mesmo de execução conjunta de atribuições concorrentes, seja porque nos autos do processo nº 0901070029658, tendo como interessado a AGERBA, esta autarquia informou a existência de empregadas da CERB lá atuando desta maneira, ou seja, não ocupando cargo comissionado, nem o fazendo para possibilitar ao empregador desincumbir-se de atribuições próprias, a situação deste grupo de empregados da CERB resvala na vulgarização do instituto do “à disposição” denunciada acima. Observemos.

88. Os empregados da CERB foram tão somente designados para atuar em outras entidades, sem nomeação para investidura em cargo comissionados. Entre a CERB e estas entidades, salvo informação que venha a futuramente surgir, não há qualquer negócio jurídico celebrado que justifique a existência de funcionários na empresa atuando em prol das outras entidades. Nem estão, tais entidades, no desempenho de ação administrativa que exija a concorrência de suas atuações junto com a CERB Pergunta-se, o que justifica, legitima, autoriza a atuação de funcionários da CERB nestas outras entidades? Reponde-se, nada que respeite o texto constitucional, mas sim uma conveniência administrativa em tudo desrespeitadora das disposições da Carta Magna, da Constituição Estadual, do Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis e de toda a legislação estadual que regular a relação da Administração Pública e seus servidores.

89. Tais empregados não somente não podem receber qualquer pagamento destas outras entidades, como também não podem continuar a prestar serviços nelas, devendo voltar ao exercício junto ao empregador.

90. Este período em que estiveram laborando nas outras entidades deve ser compreendido como exercício de atividade para o empregador junto a terceiros, por designação do empregador, durante o qual vivo e ativo esteve o vínculo de emprego, sendo certo, por consequência, que todos os direitos e obrigações são os decorrentes do contrato de emprego.

91. O mesmo vale para empregados de outras empresas ou servidores efetivos de outras entidades em atuação na CERB.

92. E não se diga que os Decretos Estaduais nº 19, de 12.04.91 e 1.862, de 13.01.93, autorizariam esta prática. Importa agora, em verdade, analisar os referidos diplomas, identificando suas inconstitucionalidades e conferindo a eles a interpretação possível diante do Texto Maior.

93. O art. 1º do Decreto 19/91 estipula três modalidades de colocação de servidores à disposição:

- a) para exercícios de cargos de provimento temporário;
- b) para execução, controle e coordenação de programas específicos;
- c) e para atendimento de necessidades de serviço perfeitamente identificadas, que não possam ser supridas pelo pessoal existente no órgão ou entidade cessionários.

94. A primeira delas corresponde à verdadeira hipótese de colocação de servidor à disposição. Na realidade, permite-se, nos termos previsto no art. 118, inciso II, da Lei 6.677/94, o afastamento para exercício de cargos em comissão em qualquer órgão e/ou entidade da Administração Pública brasileira, seja ela federal, estadual ou municipal.

95. O questionamento a ser feito ao Decreto liga-se ao ônus financeiro decorrente do afastamento e da investidura no cargo/emprego comissionado. Com efeito, o afastamento gera a suspensão do vínculo efetivo e o travamento de outra relação jurídica entre o servidor/empregado e a entidade onde lotado temporariamente. Seu novo vínculo passa a ser regido pelas regras incidentes sobre este cargo, e, por conta disto, o pagamento deverá ser feito pela entidade e/ou pelo órgão a que estiver temporariamente vinculado.

96. O princípio constitucional do concurso público e a ressalva feita aos cargos comissionados pela própria Carta Magna só permitem esta interpretação, sob pena, inclusive, de se configurar a acumulação de cargos que este mesmo diploma veda, art. 37, incisos XVI e XVII. O pagamento há de ser efetuado por aquela entidade que mantiver relação jurídica com o servidor, ou seja, na qual ele vier a exercer o cargo/emprego temporário, e por meio do órgão de lotação do cargo

comissionado, já que as regras a incidir são as aplicáveis sobre este. Esta interpretação inibe o surgimento de problemas, como os referentes à identificação de direitos dos servidores, até mesmo remuneratórios, na medida em que restará claro ser aplicável a legislação reguladora do cargo/emprego comissionado.

97. Isto não significa dizer que esta não possa levar em conta algum elemento do vínculo efetivo. É, como já dito, o que ocorre, por exemplo, com o art. 78 da Lei Estadual da Bahia nº 6.667/94, pelo qual o pagamento da gratificação pelo exercício de cargo comissionado leva em conta o valor do vencimento do cargo efetivo. Porém, a paga deve ser procedida pela entidade e por meio do órgão onde o servidor estiver ocupando o cargo temporário. A legislação incidente sobre o cargo temporário poderá estabelecer outros benefícios e direitos para aqueles ocupantes do cargo comissionado que sejam detentores de cargos efetivos na Administração Pública, mas o adimplemento será devido pela entidade/órgão onde situado o cargo temporário. Quando do retorno do servidor ao cargo efetivo, serão concedidos a ele os direitos que a legislação incidente sobre tal cargo lhe assegurar em face do exercício do cargo comissionado.

98. Ressalte-se, como já visto, que o art. 78 da Lei nº 8.666/94 não se aplica aos empregados oriundos de empresas estatais, que, portanto, deverão receber a remuneração correspondente ao valor integral do símbolo do cargo comissionado que ocupam, não se lhes propiciando as demais alternativas reservados aos servidores públicos efetivos, que mantém com a Administração Pública Estadual relação estatutária, quando nomeados para os cargos comissionados.

99. A exigência do parágrafo único do art. 2º do Decreto nº 19/91, de que a disposição de servidor para outros Poderes do Estado somente ocorrer para o exercício de cargos comissionados, haveria, em verdade, de ser condição para toda e qualquer disposição de servidor ou empregado. O exercício de função gratificada, por sua vez, somente será possível se a legislação deste permitir o acesso de qualquer servidor, e não somente do órgão ou entidade a que pertencer a função, hipótese em que o tratamento a ser concedido será o mesmo dispensado a situação de exercício de cargo comissionado, ou seja, suspensão do vínculo efetivo, e direitos, inclusive remuneratórios, identificados a partir da legislação incidente sobre a função temporária, com pagamento integral pela entidade ou órgão de destino.

100. As regras, portanto, que estabelecem os ônus e ressarcimentos decorrentes da “disposição”, arts. 5º e 6º do Decreto nº 19/91, com esta interpretação restam cabalmente prejudicadas. Até mesmo do ponto de vista orçamentário, imputar a responsabilidade ao órgão ou entidade de destino resta lógico. Com efeito, se o cargo comissionado pertence a seu quadro, é correto depreender que a lei orçamentária já reservou os recursos suficientes ao pagamento da remuneração dos cargos comissionados da entidade ou órgão, independentemente de quem venha a ocupá-los, até mesmo por força do princípio da impessoalidade. Assim, não há sentido em exigir de quem se convencionou denominar de “cedente” a responsabilidade, mesmo que por meio de ressarcimentos, pela “disposição” do servidor/empregado, cabendo ao “cessionário” suportar todos os ônus derivados do exercício por servidor/empregado de cargo/emprego de seu quadro.

101. Já as outras duas modalidades de disposição de servidor/empregado previstas no 2º do Decreto nº 19/91 somente podem ser consideradas constitucionais num único sentido, qual seja, o de quando estiver atuando, em outro órgão ou entidade, a serviço do órgão ou entidade a que estiver originalmente vinculado. Nesta situação, quem estará, na realidade, atuando em outro órgão ou entidade, será a sua de origem, a qual utilizará o servidor/empregado como meio para execução de sua própria tarefa. Tal poderá ocorrer por conta da existência de contrato, ou mesmo convênio, entre entidades ou órgãos, pelos quais uma delas precise atuar na sede da outra ou mesmo conjuntamente com aquela, na execução de ações administrativas concorrentes, em qualquer local que seja.

102. Ora, nestes casos, o servidor/empregado estará atuando para o órgão ou entidade a que estiver vinculado originalmente, incidindo sobre ele as normas aplicáveis ao vínculo que os une. Nestas situações o servidor/empregado poderá exercer suas atividades em outros órgãos e entidades sem que isto importe em suspensão do vínculo com sua entidade ou órgão de origem, nem que precise, para tanto, ser nomeado para cargo/emprego comissionado.

103. Nesta situação, o dever de pagar os vencimentos ou salários e demais vantagens será da entidade que mantém o vínculo efetivo. Não cabe, em rigor, sequer falar em cessão, ou disposição, na medida em que a própria entidade ou órgão de origem estará desincumbindo-se de uma atribuição própria.

104. Não se pode acolher como constitucional, por fim, a simples designação de servidor/empregado para exercer suas funções em outro órgão ou entidade, mas não para o exercício de cargo/emprego comissionado, nem para viabilizar que seu órgão ou entidade de origem desincumba-se de atribuições próprias.

105. Esta situação deve ser de todo modo evitada, porque não possui permissão legal. Aliás, nem mesmo lei neste sentido poderia ser editada, sob pena de violar o texto constitucional que, como visto, não autoriza o exercício de cargos sem que observadas as exigências para a respectiva investidura, seja no que se refere aos cargos/empregos comissionados, seja no referente aos cargos/empregos efetivos. Isto seria permitir que, de modo oblíquo, o servidor/empregado pudesse exercer cargo/emprego diverso para o qual prestou serviço público, a entidade ou órgão dispare daquela na qual seu cargo/emprego encontra-se inserto, o que afronta a Constituição Federal, nos termos da interpretação rígida que o Supremo Tribunal Federal confere ao princípio do concurso público e às exceções abertas constitucionalmente a eles, nos termos aludidos acima pelo Professor Alexandre de Moraes.

106. Esta irregularidade ficaria acentuada se ao servidor/empregado fosse concedida alguma vantagem ou direito típicos dos servidores ou empregados da entidade ou órgão cessionários. Configurado estaria até mesmo o acúmulo de funções vedado pelo art. 37, incisos XVI e XVII, da Carta Magna, e o que é pior, sem que na entidade ou órgão cessionário a prestação de serviço fosse precedida de concurso, e sem que o servidor/empregado estivesse a prestar efetivo serviço à entidade “cedente”, circunstâncias que não descaracterizariam o proibido acúmulo de funções.

107. Lógico que esta possibilidade não pode ser extraída dos Decretos Estaduais em comento, ficando restrita a “disposição” às modalidades antes indicadas como regulares, inclusive porque a função regulamentar do decreto não permite que ele contrarie a lei, sobretudo a Constituição, vício que pesa sobre os Decretos Estaduais em análise.

108. Aliás, cabe finalmente dizer que o Decreto 1.862/93 estaria correto se a ele fosse acrescido que a “disposição” seria restrita à hipótese de investidura em cargos/empregos comissionados em qualquer outro órgão e entidade que não naquele ou naquela onde inserto o cargo/emprego de origem, e não somente nas entidades e órgãos relacionados no parágrafo primeiro. Esta pequena correção e a revogação do Decreto nº 19/93 resolveriam plenamente os diversos e graves problemas surgidos com o uso do instituto do “à disposição”, eliminando também a imbricação de regimes verificada quando os vínculos entre as entidades cedentes e cessionários com seus trabalhadores possuírem caráter diversos, ou seja, estatutário para uma delas e “celetista” para outra.

109. A identificação dos beneficiários das ações de cumprimento nº 00891.2004.001.05.00.0 e 00892.2004.001.05.00.0 depende da situação jurídica dos empregados “cedidos” pela CERB. Aqueles que não ocupam cargos comissionados em outras entidades, cujo vínculo trabalhista permaneceu íntegro com a CERB durante o período da cessão, possuem os mesmos direitos dos demais empregados. Relembremos que são empregados da empresa, designados pelo empregador para prestar serviços em outra entidade. Se o empregado efetuou tal designação, não pode criar regras que lhes prejudiquem pelo simples fato de estarem atuando fora da CERB. Neste passo, se estiverem na lista de substituídos, fazem jus ao quanto previsto na sentença exequenda, podendo ser beneficiados por eventual composição.

110. Já aqueles que, empregados da CERB, estavam ocupando cargos comissionados em outras entidades, devem ter este período em que seus contratos de trabalho com a CERB suspensos, excluídos da conta definidora de seus créditos

111. Por sua vez, os empregados ou servidores de outras entidades da Administração Indireta que estejam a laborar ou que atuaram na CERB no exercício de cargo comissionado/função gratificada, conforme previsão das normas internas da empresa, são, em verdade, empregados da CERB, ainda que temporariamente. Durante este período, o vínculo efetivo que os unia à entidade de origem foi suspenso, passando à condição de empregados da CERB, devendo receber dela e só dela os direitos previstos em lei e nas demais normas que o contrato de emprego dos funcionários de tal empresa. Não podem receber qualquer verba das entidades de origem, pois. Nesta condição, são beneficiários das decisões proferidas nas ações de cumprimento, desde que componentes do rol de substituídos, e de eventual acordo neles celebrado, observado sempre o período de vínculo com a CERB.

112. Já aqueles que estavam simplesmente a laborar na CERB, sem nela ocupar cargo comissionado ou função gratificada, não estabeleceram qualquer vínculo com a empresa. Estavam a nela atuar por designação da entidade à qual efetivamente vinculadas. Como neste período permaneceu íntegro o vínculo com a entidade de origem, somente dela podem receber direitos e vantagens, nada podendo

perceber da CERB. Assim, não se beneficiam das decisões proferidas nas ações de cumprimento, nem em qualquer acordo porventura nelas celebrado. Tal situação deve, inclusive, ser levada ao conhecimento da 1ª Vara do Trabalho, para exclusão de tais pessoas do rol de substituídos, ainda antes do julgamento da impugnação a cálculos, e também nos embargos à execução.

DA INCIDÊNCIA DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

113. Por outro lado, há de se notar que o art. 19 da Lei Complementar nº 101 de 04.05.00, a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, estabelece os limites de gastos dos entes federativos com pessoal, ao tempo em que o art. 18 estabelece o conceito de gastos com pessoal, pelo qual facilmente se conclui que todo e qualquer valor remunerado por conta de uma relação de emprego pelo empregador configura-se como despesa desta natureza. Já o art. 1º, § 3º, inciso I, alínea “b”, da referida lei estipula que as empresas estatais dependentes estão compreendidas nas referências à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, o que significa dizer que estão jungidas aos limites de gastos do art. 19 e aos demais mecanismos de controle da LC 101.

114. O art. 2º, inciso III, da LC 101, conceitua a empresa estatal dependente como a empresa controlada que recebe do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com o pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária. Antes, o inciso II do mesmo art. 2º define que empresa controlada é a sociedade cuja maioria do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação.

115. Certo, pois, é que aquelas empresas que recebem do ente público controlador recursos financeiros para enfrentamento de despesas de pessoal estão sujeitas aos limites do art. 19 da LC 101, estão submetidas, sem questionamentos, aos ditames tanto de tal lei, quanto da própria Carta Magna no que se refere aos gastos de pessoal.

116. Este controle não se circunscreve à obediência aos limites do art. 19 da LC 101, mas também, nos termos dos arts. 15, 16, 17 e 21, a que não haja elevação de despesa sem prévia dotação orçamentária.

117. A condição de estatal dependente da CERB já foi certificada nos autos, como visto acima.

118. Todavia, reiterando-se o que consta do despacho de fls. 146/146, até porque não suprida pela posterior manifestação da CERB, nos autos não constam informações quer certifiquem a obediência integral aos dispositivos da LRF acima mencionados, inexistindo, por exemplo, estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes, ou seja, de 2008 a 2010; nem declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias, nos termos dos arts. 16,

17 e 18 da LRF, vício a ser corrigido na hipótese de celebração de acordo, sob pena de incidência das disposições nulificadoras dos arts. 15 e 21 do mesmo diploma legal.

119. Em face da relevância da matéria abordada no presente parecer e das graves implicações decorrentes da interpretação nele contida, sugere-se, além do pronunciamento da i. Procuradora Chefe da PCT, que seja ouvida a Procuradoria de Pessoal, submetendo-se a questão, por fim, à apreciação do Exmo. Procurador Geral do Estado, a este, inclusive, por força do quanto preceituado no Decreto estadual nº 8.016/01.

23. Este é o parecer, salvo melhor juízo, pelo que retorno o processo ao ilustre Procurador Chefe da PCT.

Salvador, 22 de dezembro de 2008.

GUSTAVO LANAT FILHO
Procurador do Estado