



Processo: 00938-2013-010-10-00-5-R0

**Ementa:** "EMPREGO EM COMISSÃO". REQUISITOS. NÃO CUMPRIMENTO. CONSEQUÊNCIAS. A regra do art. 37, II e V, da CR objetivou a moralização das contratações no âmbito da Administração Pública, por isso não previu a existência de "emprego em comissão". Não obstante, prevalece o entendimento de que as funções de direção, chefia e assessoramento podem ser providas por meio do "emprego em comissão", desde que tenham sido criados por lei, por isso não se admite a legalidade da criação de "empregos em comissão" por decretos ou outros instrumentos normativos de hierarquia infe-

rior. A Lei n.º 10.972/2004 que autorizou a criação da reclamada previu expressamente a contratação mediante concurso público, mas não autorizou criação de empregos em comissão por decreto, nem poderia fazê-lo, em face da norma constitucional vigente, logo, não há falar em criação de empregos em comissão pelo Decreto n.º 3.735/2001. Referida conclusão apresenta maior relevo quando os "empregos em comissão" não se restringem às atividades de direção, chefia e assessoramento, mas abrangeram também funções técnicas e administrativas. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. REQUI-

SITOS. A criação indevida de "empregos em comissão" atinge a sociedade, porque frustra o direito constitucional de acesso ao emprego público, portanto, transcende ao mero aspecto individual. No dano moral puro não se exige prova do resultado danoso, mas tão somente dos fatos que o fizeram emergir. Comprovação da atuação incorreta da empresa pública na criação ilegal de "empregos em comissão", caracterizado está o dano moral coletivo. Recursos conhecidos. Não provido o recurso da reclamada e provido parcialmente o do reclamante. Ressalva do entendimento da Relatora quanto à legalidade do "emprego em comissão" na Administração Pública.

### Relatório

Trata-se de recursos ordinários contra decisão proferida pelo Excelentíssimo Juiz Carlos Augusto de Lima Nobre, da 10ª Vara do Trabalho de Brasília-DF, que julgou procedentes em parte os pedidos formulados.

Aos embargos declaratórios opostos pelas partes foi dado provimento ao da reclamada apenas para prestar esclarecimentos e provido os do reclamante para sanar a omissão apontada, ratificando a antecipação dos efeitos da tutela, conforme decisão de fls. 355/356.

Recorre a reclamada pretendendo a reforma do julgado quanto ao reconhecimento de nulidade dos empregos em comissão.

Recorre a autora postulando a reforma da sentença para que a nulidade dos "empregos em comissão" abranja todos os contratos em violação à lei, bem como a condenação da reclamada à indenização por dano moral coletivo.

Contrarrazões pelas partes às fls. 393/401 e 404/417.

A União postulou às fls. 426/428 a sua intervenção no feito na condição de assistente simples da reclamada. O pedido foi deferido à fl. 430, nos moldes do artigo 50, parágrafo único do CPC.

A União apresentou novo requerimento para ser admitida como assistente (fls. 435/436), o qual foi considerado prejudicado em razão do deferimento anterior.

### Voto

#### I – ADMISSIBILIDADE

Os recursos são tempestivos e regulares.

O valor da causa supera o dobro do mínimo legal e há sucumbência.

As custas processuais e o depósito recursal foram regularmente recolhidos conforme documentos de fls. 375/376.

As partes e o assistente simples estão regularmente representadas à fl. 226, e na forma da Súmula nº 436, do TST.

Em contrarrazões o reclamante suscita preliminar de não conhecimento do recurso ordinário da reclamada, ao argumento de falta de interesse recursal e ausência de sucumbência.

O juízo de origem, ao integrar a sentença pela decisão dos embargos declaratórios afastou da declaração de nulidade das contratações de "empregos em comissão", os cargos de direção, chefia e assessoramento.

Logo, a condenação à obrigação de não fazer em razão da nulidade dos contratos apenas se dirigiu aos que exercem "emprego em comissão" em atribuições técnicas ou administrativas.

Nas razões recursais da reclamada se insurge contra a decisão, renovando a alegação acerca da legalidade dos referidos contratos. Com efeito, a reclamada aludiu à decisão que antecipou os efeitos da tutela, bem como mencionou a exceção feita aos cargos de direção, chefia e assessoramento.

Contudo, a matéria de fundo de suas razões recursais é justamente a pretensão da declaração de nulidade dos referidos contratos de "empregos em comissão" não inseridas nas atividades de direção, chefia e assessoramento. A situação mais se avulta quando se verifica que o pedido recursal foi formulado para se declarar válidos "todos os empregos comissionados presentes na estrutura organizacional da estatal recorrente" (fl. 374). Por consequência, não se há falar em ausência de sucumbência ou falta de interesse recursal. Rejeito a preliminar suscitada.

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade dos recursos, deles conheço.

## II - MÉRITO

### 1. RECURSOS DO RECLAMANTE E DA RECLAMADA

#### 1.1 "EMPREGO EM COMISSÃO"

A reclamada postula a reforma da decisão que declarou a nulidade dos contratos vigentes em seu quadro, pactuados por meio dos

denominados "empregos em comissão", e o faz renovando os argumentos de legalidade dos referidos empregos.

O reclamante pretende que a declaração de nulidade dos "empregos em comissão" abranja todos os contratos existentes na empresa, em razão da ausência de lei autorizadora da criação dos referidos empregos, inclusive para aqueles exercidos nas atividades de direção, chefia e assessoramento.

O art. 37, II, da CR determina que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração".

Como se vê, para ingresso no serviço público, em cargo ou emprego, é necessário o concurso público prévio. A única ressalva do artigo diz respeito aos cargos em comissão, na forma da lei. Considerando os termos do dispositivo, verifica-se que a Constituição não previu a figura do emprego em comissão.

Não bastasse isso, o art. 37, V, da CR é expresso ao prever que as funções de confiança devem ser destinadas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo e que "os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira no casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento" (Não há sublinhado duplo no original).

As expressões "cargo público" e "emprego

público" não são sinônimas. A diferença entre elas é verificada no regime jurídico que as definem. O ocupante de um cargo público mantém uma relação jurídica estatutária, ao passo que o ocupante de um emprego público se relaciona por meio de um contrato de emprego. O fato de a CLT utilizar o vocábulo "cargo" em alguns dos seus dispositivos, em nada altera a conclusão apresentada, apenas revela impropriedade do legislador.

A norma do art. 37, II e V, da CR visou a moralização do serviço público, por isso restringiu a utilização de cargos comissionados de livre nomeação e exoneração e não previu a figura do "emprego em comissão".

Não havendo previsão constitucional para a criação de empregos em comissão, reveste-se de ilegalidade e inconstitucionalidade a atuação das integrantes da Administração Indireta que criam empregos em comissão, porque este deve ser objeto de lei.

Em face do exposto, são ilegais e inconstitucionais todas as contratações para emprego em comissão feitas pela Administração Indireta.

Não obstante, prevalece o entendimento de que é possível a existência de "emprego em comissão", para as funções de direção, chefia e assessoramento, desde que tenham sido criados por lei, em sentido estrito.

Dessa forma, não se admite a criação de "empregos em comissão" por meio de decretos. A propósito, o art. 1º, I e III do Decreto 3.735/2001 cuida a alteração dos PCCS e da alteração da remuneração dos "cargos comissionados", não autorizando, portanto, criação de emprego em comissão. Aliás, pela

sua hierarquia, o decreto não pode contrariar o texto constitucional e por isso, ainda que se referisse a "emprego em comissão", não autorizaria sua criação.

A criação da Hemobrás foi autorizada pela Lei nº 10.972/2004, a qual não previu a criação de empregos sem concurso público. Ao contrário, em seu art. 8º estabeleceu que "O regime de pessoal será o da Consolidação das Leis do Trabalho, condicionada a contratação à prévia aprovação em concurso público". No mesmo sentido o art. 32 do Estatuto da reclamada.

Diante do que consta, expressamente, do art. 8º, da Lei 10.972/2004, por óbvio não prevalece o entendimento de que o art. 7º, da lei referida estaria a autorizar contratação sem concurso público.

O Estatuto da Hemobrás foi aprovado pelo Decreto nº 5.402/2005, o qual não pode criar empregos em comissão, nos exatos termos dos arts. 37, II e V, da CR, porque essa criação só pode ser feita por lei. A criação da estrutura da empresa está autorizada pela Lei 10.972/2004, contudo, a autorização de contratação de diretores mediante indicação de Ministros de Estado, além de superar os limites impostos pela lei que criou a Hemobrás, não atende ao disposto na Constituição da República.

A decisão citada em recurso está superada pela jurisprudência atual do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, portanto, inapta ao acolhimento da pretensão da recorrente.

Uma vez que os empregos em comissão de direção, chefia e assessoramento devem

ser criados por lei, que os decretos e atos ministeriais são instrumentos de hierarquia inferior, a alegada "autorização ministerial para a criação de empregos comissionados" não apresenta aptidão jurídica para tornar legal o procedimento, logo, não justifica o acolhimento da pretensão da reclamada. Pelos mesmos motivos, eventual aquiescência do DEST com o procedimento não o torna legal.

A alegação de que tais cargos foram criados para atender "demanda pontual" não pode ser acolhida, em face do vício de origem.

Não há no Decreto n.º 5.405/2005 nenhum dispositivo acerca da criação de empregos, e nem poderia haver, em razão da natureza jurídica da espécie normativa. A lei que autorizou a criação da Hemobrás não dispôs acerca de criação de emprego em comissão.

Em suma, o Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão não tem competência para determinar ou autorizar criação de emprego público, estando expressamente rejeitadas as alegações recursais nesse sentido.

Acerca da necessidade de lei para autorizar a contratação de "emprego em comissão":

"ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EMPREGO EM COMISSÃO. VALIDADE. REQUISITOS. Os arts. 450 e 499, § 2º, da CLT, preveem a existência de emprego de confiança ou em comissão, isto é, desvinculado daqueles de caráter permanente. Ausência de antinomia, em tese, com o art. 37, inciso II, in fine, da CF, cuja exceção deve considerar também o princípio da eficiência (caput) e o regime previsto no

seu art. 173, § 1º, inciso II. Todavia, a conformidade constitucional da admissão, para o exercício de emprego em comissão, tem como suporte a sua criação por meio de lei, que o declarará de livre designação e dispensa, além dos parâmetros delineados pelo art. 37, inciso V, da CF, com a redação dada pela EC nº 19/1998. Inobservados tais limites, incide a compreensão da Súmula 363 do TST, e de toda sorte, à vista na natureza precária do emprego, não há falar no direito ao recebimento de aviso prévio e da indenização prevista no art. 18, § 1º, das Lei 8.036/1990." (RO-00897-2011-018-10-00-6, Ac. 2ª Turma, Rel. Des. João Amílcar, DEJT, 9/3/2012).

O Tribunal Superior do Trabalho também se manifesta nessa direção entendendo que os "empregos em comissão" somente podem ser criados por lei, conforme o seguinte acórdão:

"RECURSO DE REVISTA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL. EMPREGO EM COMISSÃO. CRIAÇÃO AUTORIZADA POR LEI. NECESSIDADE. A empresa reclamada é uma sociedade de economia mista, cuja criação, ao teor do art. 37, XIX, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC-19/1998, depende de autorização em lei específica. Por ser uma sociedade de economia mista, está sujeita ao regime jurídico próprio da iniciativa privada, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas (art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal), encontrando-se seus empregados sob o regime da CLT, que não prevê, de forma específica e clara, entre as modalidades do contrato (art. 443), o 'emprego em comissão'. A Constituição Federal, por sua vez, dispõe que 'a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de

provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração' (art. 37, II, da CF). A Constituição da República faz expressa distinção entre cargo (regido pelo estatuto próprio de natureza administrativa) e emprego público (regido pelas regras gerais típicas da iniciativa privada - CLT), mas exige a prévia aprovação em concurso para investidura em ambos e, ao fazer a ressalva, não menciona emprego em comissão, cogitando apenas de cargo público. Nesse contexto, percebe-se que não há, no direito positivo, previsão de emprego público em comissão, donde se conclui que se trata de uma criação das empresas públicas e sociedades de economia mista, que o instituem em seus regulamentos, nos moldes dos cargos em comissão previstos na administração direta. A necessidade de haver espaço para que outras pessoas, além dos empregados públicos stricto sensu, isto é, aqueles ocupantes de empregos permanentes, exerçam funções de direção, chefia e assessoramento, uma vez que conclusão oposta imobilizaria as perspectivas gerenciais e a otimização das atividades próprias das sociedades de economia mista, é uma realidade. Não obstante, faz-se necessário a observância de determinados requisitos, estes extraídos da própria Carta Magna, entre os quais o de que os empregos em comissão sejam criados por lei. O quadro fático apresentado na decisão recorrida mostra que o emprego em comissão não foi criado por lei, o que demonstra a clara intenção de burlar a exigência de concurso público. Incidência da Súmula n.º 363 do TST. Recurso de revista a que se dá provimento." (TST-RR-95600-42.2008.5.10.0009, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, DEJT 6/7/2012).

O artigo 62, da CLT, excetua do Capítulo que trata da jornada de trabalho os empregados que exercem cargo de gestão. O parágrafo único do mesmo dispositivo determina a aplicabilidade do inciso II, aos empregados que recebem gratificação acrescida de 40% da remuneração. Logo, não se relaciona com a hipótese destes autos.

O artigo 224, § 2º, da CLT, estabelece jornada e remuneração diferenciada para o empregado bancário que exerce função de direção, gerência, chefia e equivalentes, tema que não se aplica à hipótese dos autos, porque a reclamada não é instituição bancária. Referido dispositivo também não autoriza contratação sem concurso público, nem criação de emprego em comissão.

Os arts. 450 e 469, § 1º, da CLT, tratam da ocupação de "emprego em comissão" por empregado. Ou seja, para ocupar o emprego em comissão tem que ser empregado. Para ser empregado tem que ser concursado. Resumo: quem não é concursado não pode exercer emprego em comissão.

O art. 499, da CLT se refere ao empregado que possui "estabilidade decenal", instituto extinto desde a promulgação da Constituição em 1988. Referido artigo se limitou a estabelecer que os empregados que ocupam as funções de diretoria, gerência ou outra de confiança não adquiria a estabilidade celetista (art. 492, da CLT). Como se vê, tal dispositivo não se relaciona com o tema em debate e não autoriza a pretensão da empregadora.

Os arts. 62, II, 224, § 2º, 450, 469, § 1º e 499, da CLT, preveem a ocupação de emprego em comissão por aquele que detém a condição de "empregado". Para ser empre-

gado de empresa pública a pessoa precisa se submeter ao concurso. Logo, referidos dispositivos não autorizam a criação de "empregos em comissão" no âmbito da administração pública indireta, portanto, em nada alteram as conclusões apresentadas. Incólumes os dispositivos referidos.

O entendimento do TCU acerca da validade da criação de "emprego público" sem necessidade de lei, não autoriza a inobservância do texto constitucional pela empresa pública. Nesse sentido, impende ressaltar que as decisões proferidas pelo TCU não vinculam o Poder Judiciário, razão pela qual as transcrições dos julgados daquele Órgão não alteram as conclusões já esposadas.

Não havendo lei que crie os referidos "empregos em comissão", a criação de tais empregos e as contratações para o preenchimento de tais empregos são nulas de pleno direito, porquanto evidenciam objetivo de fraudar a lei. Nem mesmo as contratações para os cargos de direção, chefia e assessoramento podem ser consideradas legais, porquanto o vício de origem (ausência de lei) precede a esta exceção.

As alegações recursais no sentido de que a contratação de "empregos em comissão" ocorreu por autorização do Ministério do Planejamento, sob a condição de "essas funções fossem sendo gradativamente substituídas por empregados concursados" (fl. 372, § 1º), não alteram as conclusões já esposadas, porque referido Ministério não está acima da norma constitucional, não pode atuar contra disposições constitucionais expressas.

Em síntese, eventuais "empregos em comissão" devem ser criados por lei, com re-

serva de percentuais para os ocupantes de emprego efetivo, nos moldes do art. 37, II e V, da CR. Não observados os ditames constitucionais da criação do "emprego em comissão", não se pode legitimar a criação de "empregos em comissão", nem as nomeações respectivas.

Dessa forma, nego provimento ao recurso da reclamada e dou provimento parcial ao recurso do reclamante para:

a) reconhecer a nulidade de todos os contratos de trabalho dos ocupantes de "empregos em comissão" com atribuições de direção, chefia e assessoramento, promovendo o seu afastamento em seis meses contados da publicação desta decisão, sob pena de multa de R\$10.000,00, referente a cada empregado mantido no emprego em desacordo com essa decisão;

b) determinar que a Hemobrás se abstenha de admitir quaisquer trabalhadores a título de "emprego em comissão" com atribuições de direção, chefia e assessoramento, sem autorização de lei, ficando estipulada a multa de R\$10.000,00 por cada trabalhador contratado em desacordo com esta decisão, reversível para o FAT.

Recurso parcialmente provido nestes termos.

## 2. RECURSO DO RECLAMANTE

### 2.1 INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO

O recorrente pretende a reforma do julgado para condenar a reclamada à indenização por dano moral coletivo a ser destinado ao

FAT. Argumenta que a ofensa à determinação constitucional por empresa estatal, da exigência de concurso público para acesso aos empregos públicos é fato gerador suficiente à reparação da coletividade mormente por se tratar de conduta reiterada da Hemobrás.

Diferentemente do dano moral individual em que é atingida pessoa determinada, o dano moral coletivo é aquele que atinge toda a coletividade. Quando várias pessoas são atingidas pelo mesmo ato, seja o número determinável ou não, estamos na presença de dano moral coletivo. Assim, toda vez que estivermos diante de lesão da esfera moral de uma coletividade, estaremos na presença de dano moral coletivo.

A coibição de condutas caracterizadoras de danos morais coletivos é de interesse público, daí porque o Ministério Público do Trabalho deve atuar na prevenção e repressão de tais condutas, o que significa proteção da sociedade e dos cidadãos, mas também evitando a efervescência de danos morais individuais.

Tal como ocorre com o dano moral individual, o dano moral coletivo também encontra seu fundamento na Constituição da República, seja no art. 1.º, II, III, 3.º, I, II e IV e 4.º, II, seja nos artigos 5.º, V.

Dos dispositivos citados no parágrafo anterior emergem claros fundamentos da nossa nação (cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa), seus objetivos (construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, da marginalização, a redução das desigualdades sociais e

regionais, bem como a promoção do bem comum e o combate aos preconceitos de quaisquer origens), bem como a política internacional de prevalência dos direitos humanos, evidenciando que o ser humano deve ser respeitado não só individualmente, mas também coletivamente.

A legislação ordinária prevê a possibilidade de reparação do dano moral coletivo, a teor do art. 6.º, VI, da Lei n.º 8.078/90. A defesa coletiva pode ser de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, como se vê do art. 81 da Lei n.º 8.078/90, isso significa que o fato de ser determináveis as pessoas atingidas, não impede a defesa coletiva do direito envolvido.

O dano moral puro não se prova, bastando que se faça a prova dos fatos que embasam o pedido. Dessa forma, basta a prova dos fatos que o fizeram emergir. Quando o prejuízo transcende a esfera individual, ocasionando sentimento de repulsa por parte da sociedade, caracterizado está o dano moral coletivo. Nesse sentido, a Lei da Ação Civil Pública e o Código do Consumidor.

É incontroversa nos autos a contratação pela recorrida de empregados em comissão, sem a devida criação por lei (art. 37, II e V, da CR), o que atinge a sociedade de forma geral, porque suprime as oportunidades de concurso para ocupação dos empregos.

No que se refere ao pedido recursal há se ressaltar que a fixação da indenização por dano moral considera a extensão do prejuízo causado aos ofendidos pelo ofensor.

Na hipótese destes autos, a fixação da indenização por danos morais coletivos, no



importe de R\$200.000,00, com destinação ao Fundo de Amparo do Trabalhador, atende aos ditames da proporcionalidade e da razoabilidade. Constitui, com efeito, medida pedagógica que certamente ajudará a recorrente evitar a reincidência, razão pela qual o recurso é provido para condenar a reclamada ao pagamento de indenização no valor de R\$200.000,00, a título de dano moral coletivo.

### CONCLUSÃO

Ante o exposto conheço dos recursos, e, no mérito, nego provimento ao recurso da reclamada e dou provimento parcial ao recurso do reclamante para:

a) reconhecer a nulidade de todos os contratos de trabalho dos ocupantes de "empregos em comissão" com atribuições de direção, chefia e assessoramento, promovendo o seu afastamento em seis meses contados da publicação desta decisão, independente de qualquer outra intimação;

b) determinar que a Hemobrás se abstenha de admitir quaisquer trabalhadores a título de "emprego em comissão" com atribuições de direção, chefia e assessoramento, sem autorização de lei, ficando estipulada a multa de R\$10.000,00 por cada trabalhador contratado em desacordo com esta decisão, reversível para o FAT;

c) condenar a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral coletivo no valor de R\$200.000,00.

Custas de R\$4.000,00, pela reclamada, calculadas sobre R\$200.000,00, valor arbitrado à condenação.

É o meu voto.

### Acórdão

ACORDAM os Desembargadores da Terceira Turma do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, conforme o contido na respectiva certidão de julgamento (v. fl. retro), em aprovar o relatório, conhecer dos recursos, e, no mérito, negar provimento ao recurso da reclamada e dar parcial provimento ao recurso do reclamante para (a) reconhecer a nulidade de todos os contratos de trabalho dos ocupantes de "empregos em comissão" com atribuições de direção, chefia e assessoramento, promovendo o seu afastamento em seis meses contados da publicação desta decisão, sob pena de multa de R\$10.000,00, referente a cada empregado mantido no emprego em desacordo com essa decisão, independente de qualquer outra intimação; (b) determinar que a Hemobrás se abstenha de admitir quaisquer trabalhadores a título de "emprego em comissão" com atribuições de direção, chefia e assessoramento, sem autorização de lei, ficando estipulada a multa de R\$10.000,00 por cada trabalhador contratado em desacordo com esta decisão, reversível para o FAT; (c) condenar a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral coletivo no valor de R\$200.000,00. Custas de R\$4.000,00, pela reclamada, calculadas sobre R\$200.000,00, valor arbitrado à condenação. Decisão nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

**CILENE FERREIRA AMARO SANTOS**  
Desembargadora do Trabalho