



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-232100-89.2004.5.12.0045

A C Ó R D ã O

SBDI-1

GMHCS/mcg

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.496/2007. EMPREGADA DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA ESTADUAL CONTRATADA EM 1986 COMO ASSISTENTE ADMINISTRATIVA E REENQUADRADA SEM CONCURSO EM 1991 COMO ADVOGADA. NULIDADE DO REENQUADRAMENTO. DIFERENÇAS SALARIAIS. 1. O Colegiado Turmário manteve o reconhecimento da nulidade do reenquadramento da empregada-reconvinte, levada a cabo em 1991, sem prévia aprovação em concurso, dando provimento ao recurso de revista da reclamante apenas quanto aos efeitos dessa nulidade, para afastar a aplicação da Súmula 363/TST e determinar que as parcelas deferidas na presente reclamação trabalhistas sejam calculadas sobre o salário de assistente administrativo. 2. Opostos embargos de declaração pela empregada-reconvinte, alegando omissão acerca da possível convalidação do reenquadramento porque anterior à publicação da decisão plenária do excelso STF nos autos do Mandado de Segurança nº STF-MS-21.322, ocorrida em 23/4/1993, foram os mesmos rejeitados, ao registro de que tal argumento é inovatório em relação ao recurso de revista. 3. A empregada-reconvinte interpõe os presentes embargos em recurso de revista, indicando arestos que versam sobre a validade das contratações realizadas por sociedade de economia mista, sem concurso público, antes de 23/4/1993. 4. Ora, os dois paradigmas formalmente válidos trazidos a cotejo são inespecíficos, nos termos da Súmula nº 296, I, do TST, pois não consideram a particularidade jurídica de a pretensão do empregado



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-232100-89.2004.5.12.0045

constituir inovação recursal, razão de decidir do v. acórdão ora embargado.
Recurso de embargos não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº **TST-E-ED-RR-232100-89.2004.5.12.0045**, em que é Embargante **SANDRA YASMINE BERNARDI KEIL** e são Embargados **COMPANHIA CATARINENSE DE AGUAS E SANEAMENTO - CASAN**.

A e. 2ª Turma, mediante o v. acórdão às fls. 1560-1610 (essa e todas as referências seguintes às páginas dizem respeito àquelas do arquivo correspondente aos autos físicos digitalizados), complementado às fls. 2036-2038, conheceu do recurso de revista da Empregada-reconvinte por contrariedade à Súmula nº 363 do TST e, no mérito, deu-lhe provimento parcial para, afastando os efeitos previstos na referida Súmula, determinar que, no caso das parcelas trabalhistas deferidas neste processo, essas deverão ser calculadas sobre o valor do salário do cargo de assistente administrativa, com os devidos reflexos.

A Empregada-reconvinte interpõe recurso de embargos (fls. 2048-2072), com fundamento no art. 894, II, da CLT.

O recurso foi admitido mediante o r. despacho às fls. 2269-2272.

Impugnação às fls. 2274-2279.

Sem remessa dos autos ao d. Ministério Público do Trabalho, na forma do artigo 83, § 2º, II, do Regimento Interno deste c. Tribunal.

É o relatório.

V O T O



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-232100-89.2004.5.12.0045

I - CONHECIMENTO

1 - PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

O recurso de embargos é tempestivo (fls. 2022 e 2048) e está subscrito por advogados devidamente habilitados (fls. 100 e 1540).

2 - PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

EMPREGADA DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - REINTEGRAÇÃO

A e. 2ª Turma, ao apreciar a controvérsia alusiva aos efeitos da nulidade do enquadramento no cargo de advogada, deu parcial provimento ao recurso de revista da empregada-reconvinte ao seguinte fundamento:

“6. NULIDADE DO ENQUADRAMENTO EM CARGO CUJA INVESTIDURA DEPENDE DE CONCURSO PÚBLICO, NOS TERMOS DO ARTIGO 37, INCISO II E § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 363 DO TST QUANTO AOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE NULIDADE. INCIDÊNCIA DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 125 DA SBDI-1 DO TST

I - CONHECIMENTO

Eis os fundamentos adotados pelo Tribunal Regional no particular:

"3.1.1 – Enquadramento funcional. Nulidade. Efeitos

Acompanho o Juiz Relator:

A reconvinte/recorrente manifesta sua inconformidade com a decisão a quo, que determinou sua reintegração no emprego no cargo de assistente administrativo, apesar de ter exercido o cargo de advogada desde 1991 até a despedida.

Repete o argumento de que teria havido decisão extra petita, já rejeitado em sede preliminar. Afirma também que, no caso, o princípio da legalidade administrativa deve ceder espaço



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-232100-89.2004.5.12.0045

para o valor da segurança jurídica, porque um ordenamento sem segurança não pode ser considerado justo.

Não merece prosperar a pretensão.

Levando-se em consideração todo o exposto anteriormente, agiu com correção o MM. Juízo a quo, diante da constatação de que havia ocorrido a alteração de cargo sem prévia aprovação em concurso público, o que feriu o art. 37, II, da Constituição Federal.

Além disso, em virtude dos diversos casos de desrespeito à citada norma constitucional, o Supremo Tribunal Federal editou em 2003 a Súmula nº 685:

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

E, no âmbito do Judiciário trabalhista, temos a Súmula nº 363 do c. TST:

CONTRATO NULO. EFEITOS. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Este E. Regional vem se manifestando reiteradamente sobre a impossibilidade de alteração contratual por sociedade de economia mista, nos moldes da noticiada nos autos, inclusive quando utilizado o subterfúgio da implantação de Plano de Cargos e Salários, como quis fazer crer a reconvinte. Comprovam os seguintes Acórdãos:

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ALTERAÇÃO DE CARGO MEDIANTE SELEÇÃO INTERNA. IMPOSSIBILIDADE. A empregadora, como sociedade de economia mista, está sujeita aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência que norteiam a administração pública. O acolhimento do pleito do autor importaria afronta aos ditames constitucionais, pois implica transposição de um cargo a outro, cujo acesso somente poderia ocorrer após prévia submissão e aprovação em concurso público, nos exatos termos do preconizado no artigo 37, inciso II, da Constituição da



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-232100-89.2004.5.12.0045

*República. Acórdão 9971/2002 - Juiz Gerson P. Taboada
Conrado - Publicado no DJ/SC em 09-09-2002, página: 190.*

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. REENQUADRAMENTO. Impossível determinar o reenquadramento de empregado de Sociedade de Economia Mista, após 1988, com base no Plano de Cargos e Salários, pois afrontaria o disposto no art. 37, inc. II, da Constituição da República. Acórdão 8761/2000 - Juíza Licélia Ribeiro - Publicado no DJ/SC em 15-09-2000, página: 213.

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ADMISSÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. NULIDADE DA CONTRATAÇÃO. EFEITO "EX TUNC". A norma do art. 37, inciso II, da Constituição Federal é expressa ao vedar a admissão de pessoal nos órgãos públicos, sem a prévia aprovação em concurso público. A inobservância desta regra gera a nulidade da contratação, cujos efeitos se operam "ex tunc", atingindo o contrato desde a sua constituição e não gerando nenhum efeito trabalhista, salvo quanto ao pagamento das horas efetivamente trabalhadas. Acórdão 9458/2005 - Juíza Maria Regina Olivé Malhadas - Publicado no DJ/SC em 03-08-2005, página: 225.

CARGOS PERTENCENTES À LINHA DE CARREIRAS DIVERSAS. TRANSPOSIÇÃO SEM ATENDIMENTO DO REQUISITO DA PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. NULIDADE. A sociedade de economia mista, como integrante da administração pública indireta, está jungida, na organização e manutenção do seu pessoal, às normas gerais previstas na Constituição da República, máxima a que impõe a observância do concurso público para a investidura em cargo ou emprego público de caráter efetivo. Assim, torna-se nula a transposição levada a efeito pela entidade supracitada entre cargos não equivalentes e pertencentes à linha de carreiras diversas, em afronta ao art. 37, inciso II, da "Lex Fundamental". Acórdão 101/2006 - Juiz Garibaldi T. P. Ferreira - Publicado no DJ/SC em 13-01-2006, página: 164.

Os dispositivos mencionados não se aplicam à contratação realizada em 1986, para o cargo de assistente administrativo, por ter ocorrido anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988.

Por conseguinte, está correta a sentença, tanto ao determinar a nulidade da alteração contratual que alçou a reconvinte ao cargo de advogada, quanto ao declarar válida a



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-232100-89.2004.5.12.0045

manutenção do vínculo de emprego da reconvinte no cargo de assistente administrativo.

Em relação aos efeitos da nulidade declarada, não há falar na intangibilidade do salário e dos consectários, argüida pela reconvinte às fls. 541-544, ante a redação da Súmula nº 363 do c. TST, já transcrita alhures.

Portanto, também está correto o entendimento manifestado na sentença, quanto aos efeitos da nulidade da alteração contratual.

Nego provimento ao recurso da reconvinte, no particular".

Alega a empregada reconvinte, em suas razões de revista, que a declaração de nulidade do enquadramento no cargo de advogada teria como consequência o reconhecimento do labor em desvio de função, aplicando-se o disposto na Orientação Jurisprudencial nº 125 da SBDI-1 do TST. Acrescenta que o artigo 37, inciso II e § 2º, da Constituição Federal não afastaria o reconhecimento dos direitos trabalhista daquele investido em cargo público sem concurso público, mormente no caso dos autos, em que a alteração do cargo teria ocorrido por iniciativa exclusiva da empregadora consignante/reconvinda. Por fim, sustenta que a Súmula nº 363 do TST, no que concerne à limitação dos direitos do empregado, somente seria aplicável na hipótese de admissão sem aprovação em concurso público, situação diversa da enfrentada nos autos. Indica ofensa aos artigos 7º, incisos VI e VII e 37, inciso XV e § 6º, da Constituição Federal e 468 da CLT e contrariedade à Súmula nº 363 e à Orientação Jurisprudencial nº 125 da SBDI-1, ambas do TST.

A Súmula nº 363 do TST trata dos efeitos da nulidade do contrato de trabalho celebrado com a Administração Pública, após a Constituição Federal de 1988, sem a prévia aprovação em concurso, conforme o artigo 37, inciso II e § 2º, da Constituição Federal, e tem a seguinte redação:

"CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS".



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-232100-89.2004.5.12.0045

No caso dos autos, o citado verbete foi aplicado em razão da declaração de nulidade do enquadramento da empregada reconvinte, contratada para o cargo de assistente administrativa em 1986, no cargo de advogada em 1991, após, portanto, a promulgação da Constituição da República de 1988.

A consequência da incidência dessa súmula foi a própria declaração de nulidade do enquadramento no cargo de advogada e o deferimento apenas do valor das horas trabalhadas e do FGTS, sem a multa de 40%.

No entanto, não obstante o reenquadramento da empregada no cargo de advogada, após a Constituição da República de 1988, sem a aprovação prévia em concurso público, tenha sido procedida contrariamente aos ditames do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, os efeitos da nulidade do ato de reenquadramento não são aqueles explicitados na Súmula nº 363 do TST.

Isso porque esse verbete sumular se refere à hipótese em que se declara a nulidade do contrato de trabalho por inteiro, invalidando totalmente o vínculo empregatício com a Administração Pública.

No caso dos autos, porém, não houve ruptura de todo o contrato laboral em virtude dos preceitos constitucionais citados, mas a declaração de que foi nulo o reenquadramento da empregada como advogada já na vigência da nova Norma Fundamental, a qual deve voltar a ocupar o cargo que exercia à época da promulgação da Constituição Federal de 1988, qual seja de assistente administrativa.

Diante da manutenção do vínculo de emprego com a CASAN, não é possível o deferimento apenas da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Na verdade, deve incidir, no caso, o disposto na Orientação Jurisprudencial nº 125 da SBDI-1 no TST, que prevê:

"O simples desvio funcional do empregado não gera direito a novo enquadramento, mas apenas às diferenças salariais respectivas, mesmo que o desvio de função haja iniciado antes da vigência da CF/1988".



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-232100-89.2004.5.12.0045

Assim, uma vez reconhecida a nulidade do reenquadramento da reconvinte no cargo de advogada e determinado o retorno ao seu cargo original de assistente administrativa, deveria ser reconhecido, em princípio, o direito às diferenças salariais.

Ante o exposto, **conheço** do recurso de revista por contrariedade à Súmula nº 363 do TST quanto aos efeitos da nulidade do reenquadramento da ora recorrente no cargo de advogada.

II – MÉRITO

O conhecimento do recurso de revista por contrariedade à Súmula nº 363 do TST tem como consequência seu provimento.

Conforme destacado no conhecimento da revista neste tópico, a Súmula nº 363 do TST foi contrariada apenas quanto aos seus efeitos, atraindo a incidência da Orientação Jurisprudencial nº 125 da SBDI-1 do TST ao caso.

É importante destacar que, durante o período em que a ora recorrente exerceu o cargo de advogada, ela recebeu os salários de valor superior fixados para este cargo, com todos os consectários contratuais e legais.

Diante disso, as parcelas deferidas à reconvinte, neste processo, em razão da nulidade do reenquadramento, deverão ser pagas levando em consideração o salário do cargo de assistente administrativa, e não de advogada, com os devidos reflexos.

Não é demais destacar que, na ação consignatória, a CASAN consignou em pagamento o valor das verbas rescisórias considerando o salário da ora recorrente enquanto advogada, situação inalterável, ante a vedação ao *reformatio in pejus*.

Assim, **dou provimento parcial** ao recurso de revista para, afastando os efeitos previstos na Súmula nº 363 do TST, determinar que, no caso das parcelas trabalhistas deferidas neste processo, essas devem ser calculadas sobre o valor do salário do cargo de assistente administrativa, com os devidos reflexos (fls. 1593-1599).

Já ao apreciar os embargos de declaração da Empregada-reconvinte, assim se manifestou a e. 2ª Turma:



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-232100-89.2004.5.12.0045

A embargante requer: 1) a declaração de que seu enquadramento, no cargo de advogada, teria se dado antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, em que se reconheceu a validade dos contratos de trabalho celebrados pelas empresas públicas e sociedade de economia mista entre 5/10/1988 e 23/4/1993, entendimento que já teria sido adotado pela SBDI-1 do TST; 2) a apreciação da questão da decadência, "eis que transcorrido MAIS DE CINCO ANOS da admissão, pelo que decaiu a Administração Pública do direito de anular o seu ato admissório" (fl. 807); e 3) a declaração da data do ajuizamento desta ação e da "data da sentença que, de ofício, reconheceu a nulidade da promoção da obreira ao cargo de advogada".

A Segunda Turma deu provimento ao recurso de revista da ora embargante, quanto aos efeitos da declaração de nulidade de seu enquadramento no cargo de advogada, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, alicerçando-se nos seguintes fundamentos:

(...)

Vale destacar, por oportuno que, em relação à decisão do STF e do TST, no que concerne à validade dos contratos de trabalho celebrados pelas pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Pública indireta, como as sociedades de economia mista e empresa pública, celebrados entre 5/10/1988 e 23/4/1993, não há falar em omissão. Isso porque **tal tese jurídica não foi trazida no recurso de revista da ora embargante, não sendo demais ressaltar que essa decisão foi publicada, conforme registrado pela própria embargante em suas razões de embargos de declaração, em 23/4/1994, antes mesmo da interposição do recurso de revista.** Assim, o que se observa, nesse aspecto, é a flagrante inovação recursal, a qual não é passível de análise neste momento processual.

Na mesma senda, não há falar em omissão quanto ao registro da data do ajuizamento desta ação e "da sentença que, de ofício, reconheceu a nulidade da promoção da obreira ao cargo de advogada", pois os embargos de declaração têm como estrita finalidade sanar vícios da decisão atacada, visto que esses aspectos fáticos que ora se pretende sejam registrados, por essa via recursal, não foram sequer considerados nas razões de revista, sendo, assim, inovatório esse pedido. Cumpre salientar, ainda, que, não



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-232100-89.2004.5.12.0045

obstante a parte tenha suscitado a preliminar de nulidade da decisão regional por negativa de prestação jurisdicional, nada alegou acerca de suposta omissão da Corte regional em relação ao registro dessas datas ou da sua relevância para o deslinde da controvérsia.

Por fim, no que concerne à análise da questão referente à decadência, efetivamente, houve omissão no julgado embargado, o qual se passa a sanar.

No caso dos autos, discute-se a nulidade de ato administrativo que enquadrou a ora embargante no cargo de advogada após a Constituição Federal de 1988, o qual foi considerado nulo, por desatender o disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

Assim, sendo o nulo o ato que enquadrou a embargante no cargo de advogado, este é impassível de convalidação pelo decurso do tempo, nos termos da Súmula nº 473 do STF, segundo a qual "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial", o que afasta o pretendido reconhecimento da decadência do direito, não havendo falar em ofensa ao artigo 54 da Lei nº 9.784/99, indicado como violado pela ora embargante em suas razões de revista.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos de declaração para sanar omissão no julgado sem, no entanto, dar-lhe efeito modificativo (fls. 2008-2013; grifos não constantes do original).

A Empregada-consignante interpõe recurso de embargos (fls. 2498-2518). Alega, em síntese, que, embora admitida em 11/6/1986 para o cargo de assistente administrativo, passou ao cargo de advogada em 1º/8/1991, por força da implantação do Plano de Cargos e Salários. Insiste que essa transposição de cargo é lícita, pois anterior à publicação da decisão plenária do excelso STF nos autos do Mandado de Segurança nº STF-MS-21.322, ocorrida em 23/4/1993. Insiste que o argumento ora declinado não pode caracterizar inovação recursal, pois trata-se de tese jurídica pacificada somente em 31/5/2013, quando a e. SBDI-1 julgou o processo nº TST-E-ED-RR-4800-05.2007.5.10.0008. Para



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-232100-89.2004.5.12.0045

efeito do artigo 894, II, da CLT, transcreve um aresto do Tribunal de Contas da União (TC-674.054/91-1, Rel. Min. Adhemar Paladini Ghisi) e dois deste c. Tribunal (TST-RR-125200-93.2005.03.0111, 6ª Turma, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 15/05/2009; e TST-E-ED-RR-4800-05.2007.5.10.0008, SBDI-1, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 31.5.2013).

Sem razão.

Registro, de plano, que é inviável o exame do paradigma oriundo do Tribunal de Contas da União, a teor do art. 894, II, da CLT.

E os dois arestos formalmente válidos trazidos a cotejo - a saber, aquele oriundo da e. 6ª Turma (fls. 2058-2060) e aqueloutro, desta e. Subseção (fls. 2068-2070) - são inespecíficos, nos termos da Súmula nº 296, I, do TST, pois não consideram a particularidade jurídica de a pretensão do empregado constituir inovação recursal, razão de decidir do v. acórdão ora embargado.

Acrescente-se que, conforme já decidido por esta e. Subseção, *"para fim de demonstração de divergência jurisprudencial específica, compara-se a decisão embargada, no estado em que se encontra, com o paradigma trazido pela parte, não se admitindo seja a primeira 'corrigida' ou expungida de suas eventuais falhas para só então ser comparada"* (TST-ED-Ag-E-ED-RR-267300-61.2003.5.07.0004, SBDI-1, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, DEJT 02/12/2011), o que, no presente caso, significa que, ao contrário do que pretende a Empregada-reconvinte, não há como afastar-se preliminarmente e de ofício a premissa de inovação recursal para só então proceder-se ao cotejo do v. acórdão embargado com os dois paradigmas colacionados.

Com esses fundamentos, **não conheço** do recurso de embargos.

ISTO POSTO



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-232100-89.2004.5.12.0045

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de embargos.

Brasília, 11 de junho de 2015.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

HUGO CARLOS SCHEUERMANN
Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1000F0FD745DC0728A.