

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Adib Paulo Abdalla Kurban

A DEMISSÃO DO EMPREGADO PÚBLICO CELETISA

Porto Alegre
2021

ADIB PAULO ABDALLA KURBAN

A DEMISSÃO DO EMPREGADO PÚBLICO CELETISTA

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

ADIB PAULO ABDALLA KURBAN

A DEMISSÃO DO EMPREGADO PÚBLICO CELETISTA

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

Aprovado em: ____de____de 2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini
Orientador

Prof. Lúcio Antônio Machado Almeida

Alexandre Moreira Pacheco

À Isabel

*Je rêvais d'un autre monde
Où la terre serait ronde
Où la lune serait blonde
Et la vie serait féconde*
Jean-Louis Aubert

RESUMO

O empregado público celetista não pode ser demitido livremente como os empregados da iniciativa privada devido as condições especiais de sua admissão e responsabilidades no cargo ou função, conforme estabelecido pelos art. 173, §1º, II, CF e OJ 247, SDI-1, TST. Neste trabalho se analisam, portanto, as bases teóricas e normativas que definem e regem a atividade de Empregado Público e se as confrontam com a realidade fática encontrada na jurisprudência

ABSTRACT

In contrast to the Brazilian civil servants who enjoy a special labor regime, the public employee in Brazil hired under the national general labor laws (CLT), cannot be freely dismissed as the private sector employees due to their special conditions of their admission and different responsibilities attached to their function or position, as stated by the article 173, §1º, II, of the Brazilian Constitution and by the Brazilian Superior Court Jurisprudential Orientation OJ 247, SDI-1, TST. In this work, therefore, the normative theoretical bases that rule and define the civil servant activities are analyzed and confronted with the factual reality encountered in the jurisprudence.

LISTA DE ABREVIATURAS

AO	-	Ação Originária
BACEN	-	Banco Central do Brasil
BNDES	-	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CC	-	Código Civil (Lei 10.406/2002)
CF	-	Constituição Federal
CLT	-	Consolidação da Leis do Trabalho
OJ	-	Orientação Jurisprudencial
RE	-	Recurso Extraordinário
RMS	-	Recurso em Mandado de Segurança
SDI-1	-	Seção Especializada em Dissídios Individuais — Subseção 1
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
STF	-	Supremo Tribunal Federal
TRF	-	Tribunal Regional Federal
TRT	-	Tribunal Regional do Trabalho
TST	-	Tribunal Superior do Trabalho

Sumário

Resumo	6
Abstract	7
Lista de abreviaturas	8
1 Apresentação.....	10
2 Conceitos básicos	15
2.1 Administração Pública	15
2.2 Administração direta	16
2.3 Administração indireta	17
2.3.1 Generalidades	17
2.3.2 Autarquias e fundações públicas	23
2.3.3 Empresas públicas e sociedades de economia mista	25
2.3.4 Comparação entre as “autarquias e fundações públicas” com as “empresas públicas e sociedades de economia mista”	27
2.4 Agente público.....	29
2.4.1 - Servidor público (estatutário):.....	33
2.4.2 Empregado público celetista	37
3 O desligamento do empregado público celetista	41
3.1 Generalidades.....	41
3.2 Doutrina.....	41
3.3 Jurisprudência	45
4 Conclusões.....	51
5 Referências	54

1 Apresentação

Este trabalho dispõe-se a apresentar um estudo sobre a existência, ou não, do pressuposto da estabilidade dos agentes públicos submetidos ao regime celetista, isto é, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho — CLT¹, que trabalham em empresa pública ou sociedade de economia mista, os quais são classificados como empregados públicos, bem como a necessidade de seu ato demissional ser devidamente motivado e fundamentado.

A maioria dos empregados públicos é formada por agentes que fazem parte das entidades da administração indireta reguladas pelo direito privado, como as empresas públicas e as sociedades de economia mistas. A Constituição Federal em seu artigo 41 estabelece a estabilidade a todos os servidores nomeados, através concurso público, para cargo de provimento efetivo².

Deve-se, entretanto, se arguir se é possível que essa estabilidade alcance os chamados empregados públicos. Lembre-se, pois, que enquanto o servidor público está submetido ao regime estatutário, isto é, todos os seus direitos e deveres são estabelecidos em um estatuto próprio do ente no qual trabalha, por outro lado, ao contrário, o empregado público submete-se ao regime geral da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT como todo e qualquer empregado privado.

A necessidade de motivação e fundamentação no ato de dispensa de empregado público que trabalha em empresa pública ou sociedade de economia mista ainda se

¹ Decreto-lei 5.452 de 1º de maio de 1943.

² Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público

§ 1º - O servidor público estável só perderá o cargo:

- I. em virtude de sentença judicial transitada em julgado;
- II. mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;
- III. mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

(...) § 4º - Como condição para a aquisição da estabilidade, obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

trata de elemento causador de muita controvérsia, pois a Constituição Federal em seu artigo 173, § 1º, II dispõe que os direitos e as obrigações da referida relação laboral serão regulados por normas trabalhistas, ante a previsão expressa de “sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”³. Assim, o regime celetista do empregado público se deve, na maioria dos casos, em virtude do regime de direito privado a que se deve submeter o ente em que este agente trabalha. A saber, conforme apresentado acima, as Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas são pessoas jurídicas de direito privado, não obstante serem entes que fazem parte da Administração Pública.

A Constituição Federal garante aos brasileiros, e estrangeiros, na forma da lei, que preencham os requisitos estabelecidos em lei, a acessibilidade a cargos, empregos e funções públicas na forma da lei, sendo que a investidura nos cargos ou emprego público se dá mediante aprovação em concurso público, como indicado nos incisos I e II de seu artigo 37⁴. Desta forma se conclui que os empregos públicos são ocupados pelo meio de concurso público de maneira idêntica a todos outros cargos da administração direta ou indireta.

³ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - ...

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

...

⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - 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;

...

Por outro lado, cabe observar, que a estabilidade preconizada no artigo 41 da Constituição Federal alcança unicamente os servidores empossados em cargos de provimento efetivo, não tendo, portanto, efeito algum sobre os empregados públicos, os quais são contratados em cargos empregatícios, idênticos aos da iniciativa privada. A este respeito, em particular sobre a menção da estabilidade no artigo 41 da Constituição Federal, Diógenes Gasparini (GASPARINI, 2003) comenta:

A nomeação mediante concurso, para esse fim. é exigência prevista nesse dispositivo, encartado entre outros que cuidam dos servidores estatutários. i. e. os que se vinculam à Administração Pública direta. autárquica e fundacional pública por um liame institucional. Assim, resta indubitado que. mesmo tendo logrado aprovação e classificação em concurso público. os demais servidores públicos, como, por exemplo, os ligados às entidades governamentais (sociedade de economia mista, fundação privada e empresa pública) e os empregados públicos, não adquirem estabilidade. A nomeação há de ser para cargo de provimento efetivo, O cargo de provimento efetivo, ou simplesmente cargo efetivo, é o que confere ao seu titular, em termos de permanência no cargo. segurança. e permite sua integração na carreira e o desfrute dos benefícios decorrentes dessa integração. De sorte que a nomeação. sem que seja para cargo dessa natureza, não leva à efetividade nem à estabilidade. O cargo tem esse atributo por força da lei que o criou e. ademais. exige que seu titular seja escolhido por concurso.

Assim estão excluídos do regime de estabilidade, os empregados públicos bem como os servidores lotados em cargos de provimento em comissão.

Entretanto, o regime celetista não está restrito somente às entidades da administração indireta regidas pelo direito privado, pois as entidades autárquicas ou fundacionais da administração direta, também podem eleger tal regime jurídico, este da CLT, para os seus agentes. A estabilidade dos agentes públicos do regime celetistas ocupantes de cargos nestas entidades, porém pode ser justificável pois elas submetem-se ao regime jurídico de direito público. O Tribunal Superior do Trabalho

— TST, desta forma, formulou decisão, expressa em sua súmula nº 390⁵, de que os servidores públicos celetistas da administração direta, autárquica ou fundacional seriam beneficiários da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal, enquanto os empregados de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitidos mediante aprovação em concurso público, não gozariam de tal estabilidade.

Desta forma, segundo este entendimento do TST, pode-se dividir os empregados públicos em duas classes: (a) os empregados que trabalham para a os entes públicos, autarquias e fundações e, (b) aqueles que laboram para empresas públicas e sociedades de economia mista. Assim, o TST entende que os primeiros seriam estáveis, mas recusa tal condição aos últimos.

Entretanto, apesar do mais alto tribunal trabalhista brasileiro ter-se decidido pela ausência de estabilidade do empregado público das entidades da Administração Indireta submetidas ao regime de direito privado, desvela-se outra discussão: se o ato demissional destes empregados públicos necessita, ou não, de fundamentação.

Em sequência a esses entendimentos, o Tribunal Superior do Trabalho — TST, por meio da SDI-1, elaborou a Orientação Jurisprudencial nº 247, que revelaria a desnecessidade de motivação para a despedida de empregados de empresa pública e de economia mista, exceto àqueles da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT, uma vez que essa empresa goza do mesmo tratamento dado à Fazenda Pública quanto à imunidade tributária e à execução por precatório, além das

⁵ "Súmula nº 390 - Estabilidade - Celetista - Administração Direta, Autárquica ou Fundacional - Empregado de Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 265 da SDI-1 - Inserida em 27.09.2002 e ex-OJ nº 22 da SDI-2 - Inserida em 20.09.00)

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 - Inserida em 20.06.2001)"

prerrogativas de foro, prazos e custas processuais⁶. Contudo, em outras decisões⁷, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser indispensável a exposição dos motivos que justificassem a rescisão do contrato de trabalho de empregado público pelo agente estatal no ato de dispensa.

Desta maneira, este trabalho pretende analisar os aspectos que envolvem a indispensabilidade ou dispensabilidade de motivação e fundamentação no ato de dispensa de empregado público para que, ao final, seja verificada a propriedade e o alcance das decisões proferidas pelo STF.

⁶ OJ 247. SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE (alterada – Res. nº 143/2007) – DJ 13.11.2007.

I – A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;

II – A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

⁷ Por exemplo, no Recurso Extraordinário n. 58998.

2 Conceitos básicos

2.1 Administração Pública

A palavra *administração* é plurívoca, isto é, ela tem mais de um significado, e essa plurivocidade da palavra *administração* veio importada para a expressão *administração pública*. É por isso que os autores brasileiros sustentam que existem dois significados para a expressão *administração pública*, e esses dois significados decorrem da plurivocidade da palavra *administração*.

Toma-se por exemplo a situação a seguir. Uma organização empresarial lançará um novo produto que revolucionará o mercado, que provavelmente venderá muito, que, por consequência, requererá um aumento de produção, e que, portanto, exigirá uma melhora na *administração* da empresa. O emprego da palavra *administração*, aqui, está relacionado com a ideia de gestão. Contudo se alguém perguntar, qual será o preço com que este produto será oferecido ao mercado, uma resposta possível será de que essa informação ainda não foi liberada pela *administração*. Neste último caso a palavra *administração* foi empregada para referir-se a uma diretoria, a um corpo orgânico, a alguém. Desta forma, pode ser atribuídos dois significados para a palavra *administração*:

a) Material, funcional ou objetivo.

Quando se emprega a expressão *administração pública* no sentido material, funcional ou objetivo está se referindo a uma atividade estatal. De maneira semelhante como existem atividades de jurisdição (por exemplo, a promulgação de uma sentença trata-se de uma manifestação da atividade de jurisdição) e existem atividades de legislação (por exemplo, a elaboração e publicação de uma lei é fruto de uma atividade de legislação), também existem atividades de *administração pública*. Se vemos um guarda de trânsito atuando uma pessoa porque essa pessoa estacionou seu veículo em um local proibido, isso é um exemplo da atividade de *administração pública*. Se

observamos um professor de uma escola ou universidade pública ministrando uma aula, tem-se aí outro exemplo da atividade de *administração pública*. Pode-se referir-se a essa atividade como sendo *administração*, mas quando fazemos isso a doutrina diz que isso é *administração pública* em sentido objetivo, material ou funcional.

b) Formal, orgânico ou subjetivo:

O *Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social — BNDES* faz parte da *administração pública* federal, enquanto a *Companhia Riograndense de Mineração — CRM*, por sua vez, integra a *administração pública* estadual. Nestes casos se emprega a palavra *administração* com outro sentido. Portanto, também se pode empregar a expressão *administração pública* para se designar estes aparatos estruturais. Assim, nessas situações, a expressão *administração pública* está sendo usada em um sentido formal, orgânico ou subjetivo. Desta forma, quando há referência à *administração pública* em um sentido formal, orgânico ou subjetivo, se está se referindo a uma estrutura composta por órgãos públicos ou por entidades administrativas. Ou seja, é possível referir-se à *administração pública* para designar-se órgãos públicos, ou para referir-se a entidades administrativas, mas daí se está usando esta expressão no seu sentido subjetivo, formal ou orgânico.

2.2 Administração direta

A administração pública direta corresponde a uma pessoa jurídica, uma para cada ente federado, que se confunde com o próprio ente federado. Em âmbito federal o nome é União. No âmbito estadual o nome da pessoa jurídica que se confunde com o ente federado é o nome do próprio estado, por exemplo o do estado do Rio Grande do Sul. Não deve ser confundido com governo, que se trata somente de uma carga político-ideológica que recai sobre a administração em virtude da eleição, por um período determinado. Rafael Maffini (MAFFINI, 2016), com propriedade, esclarece assim esta situação:

Existe, portanto, uma “Administração Pública Direta” para cada ente federal, correspondendo a pessoas jurídicas de direito público nos termos do que dispõe o art. 41, I, II e III do Código Civil.

Vê-se, assim, que a administração pública direta é uma pessoa jurídica de direito público⁸ que se confunde com o próprio ente federado, e, portanto, a sua organização interna será determinada pela legislação respectiva: Lei Federal, Lei Estadual, Lei Municipal ou Lei Distrital, dependendo se União, Estado, Município ou Distrito Federal. No Brasil, há 5570 leis municipais que tratam do tema, dos 26 estados, do Distrito Federal e da União, portanto, a tarefa de consultar e examinar a sua totalidade é muito difícil.

Justamente por essa definição inicial é que quando se usa a expressão administração pública direta pode-se encontrar outras expressões que têm o mesmo significado, por exemplo *ente federado*, que consiste em outra expressão que se presta a designar a mesma coisa que *administração direta*. Como elas têm autonomia administrativa e política, elas podem aparecer como denominadas de pessoas políticas. São nomes diferentes para a mesma coisa. Ou seja, por definição, a administração pública direta é uma pessoa jurídica que se confunde com o próprio ente federado.

2.3 Administração indireta

2.3.1 Generalidades

A grande maioria dos entes federados se satisfaz com a administração direta, principalmente os de menor porte. Ou seja, a administração indireta não é uma figura necessária na administração. É possível ter entes federados só com a

⁸ Ver o artigo 41, I, II e III do Código Civil.

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - ... ;

V -

administração direta. É o gabinete do prefeito, meia dúzia de secretarias e a câmara de vereadores.

Quando vai crescendo a necessidade de aumentar a estrutura administrativa a primeira alternativa é criar mais órgãos (da pessoa jurídica de direito público da administração direta), mas toda estrutura tem um ponto ótimo de crescimento. Assim o aumento ilimitado do tamanho da estrutura pode atrapalhar.

Desta forma, a solução para isso não é mais a criação de órgãos, mas a criação de outras pessoas jurídicas. Essas pessoas jurídicas criadas internamente possuem órgãos, mas elas não são órgãos, são entidades individualizadas. Elas são basicamente de quatro espécies: autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas.

Quando se cita administração direta, há referência a uma pessoa jurídica. Por outro lado, quando se cita administração indireta não há referência a uma pessoa jurídica, mas se está referindo ao conjunto dessas pessoas jurídicas no âmbito de cada um dos níveis federados.

A administração pública indireta corresponde em cada nível federativo ao conjunto de pessoas jurídicas (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista). Este conjunto é a administração pública indireta daquele ente. Elas são Pessoas Jurídicas, titulares de seus próprios direitos. Assim, havendo litígio com uma pessoa jurídica da administração indireta, por exemplo, uma universidade federal, deve-se mover uma ação contra a própria universidade federal (administração indireta) e não contra a União (administração direta). Óbvio que se o crédito contra um ente da administração indireta esgote seu conteúdo econômico, este crédito pode ser levado a afetar o patrimônio do ente instituidor.

No direito brasileiro⁹ não é permitida a criação de outra pessoa jurídica que não essas quatro citadas no parágrafo anterior, que são ligadas à administração direta por um vínculo de controle, tutela, supervisão.

O importante é observar é qual é a relação jurídica que existe entre a administração direta e seus entes personificados, por exemplo entre a União e INSS, Universidades Federais, Eletrobras, BNDES. Esse vínculo não é de hierarquia e subordinação. O presidente da república não comanda o presidente do Banco Central ou dos Correios. O que existe, por sua vez, é supervisão, controle e tutela ministerial, finalísticos ou teleológicos. A Lei versa a qual ministério é ligada qual autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista.

Há casos de menor controle e maior autonomia. As Agências Reguladoras são autarquias em regime especial. Os dirigentes têm mandato. A ANP aumenta o preço dos combustíveis e não podem os dirigentes ser exonerados. Há mandato fixo há mais de oitenta anos nas Universidades Federais.

As três primeiras características comuns entre todas as entidades da administração pública indireta são tão genéricas que nem precisariam ser destacadas. São elas:

- Todas elas são pessoas jurídicas, portanto são entidades administrativas. A importância disso é que todas elas são titulares dos seus próprios direitos e dos seus próprios deveres.

- Todas elas integram a noção de administração pública indireta, o que faz com que elas estejam ligadas com a administração direta por um vínculo

⁹ Art. 37, XIX, CF.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

...

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

...

de controle, tutela ou supervisão. Tais termos as vezes podem vir com os adjetivos finalístico ou ministerial. Sempre haverá uma parcela de controle e uma parcela de autonomia, mas nunca os dois serão zero.

— Todas elas têm sua autonomia. A autonomia está na proporção inversa do controle. Se a entidade tem seu presidente nomeado pelo presidente da república, isso é um controle forte e uma autonomia fraca. Se o presidente tem mandato, o controle é fraco e a autonomia é forte. A autonomia aqui é administrativa e orçamentária. Nunca será autonomia política. Nunca haverá projeto de lei de uma autarquia, por exemplo. Ter autonomia orçamentária significa somente que a entidade tem autonomia para executar o seu orçamento, mas o não projeto de lei de orçamento. Tampouco significa ter receita própria.

Outras características comuns:

— Todas as elas necessitam de lei para sua criação¹⁰, o que não quer absolutamente dizer que todas elas são criadas por lei. A lei cumprirá papéis diferentes dependendo de qual entidade em pauta: criação ou autorização à criação. As Autarquias são criadas por lei. A lei é o instrumento de criação da autarquia. Assim que a Lei for promulgada, imediatamente ela é criada: não é necessário registrar, nem emitir decreto. A lei estabelece de modo textual; que “fica criada a autarquia”. Para as Fundações Públicas, Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas também será necessária a lei, mas a lei não as criará. A lei autorizará a criação dessas espécies. A fundação é criada com o registro no cartório de títulos e documentos. A Sociedade de Economia Mista é criada na forma da lei. O direito infraconstitucional vai dizer como criar a entidade. A lei estabelecerá “fica autorizado o poder executivo para a criação da Sociedade de Economia Mista. Deve-se ainda mencionar o *princípio*

¹⁰ Art. 37, XIX, CF com a redação da EC 19/98

do paralelismo das formas segundo o qual o mesmo instrumento que cria a entidade será usado para extingui-la. A autarquia, por exemplo, deverá ser extinta por lei. Nas outras serão autorizadas as suas extinções nas formas lei.

— Todas elas estão sujeitas ao dever de licitar. A própria Constituição Federal diz: ressalvados os casos especificados na legislação. É importante ressaltar, entretanto, o art. 22, XXVII, CF¹¹ que dá à União competência geral para legislar sobre licitações e contratos, e o art. 173, §1º, III, CF¹², o qual permite que as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista tenham legislação própria. Ou seja, todas as quatro espécies de entidades estão sujeitas ao dever de licitar, acompanhadas das devidas exceções. Mas não está dizendo que todas estão sujeitas à Lei 8666/1993 (Lei Geral de Licitação). A Lei 8666/93 se aplica à administração direta, às autarquias e às fundações públicas. A Lei 13303/2016 (Estatuto das Estatais) que se aplica às sociedades de economia mistas e às empresas públicas.

— Todas as quatro entidades da administração pública indireta estão sujeitas ao controle do Tribunal de Contas nos termos do artigo 70 ao 75 da Constituição Federal.

¹¹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

...

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

...

¹² Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Quanto aos seus profissionais, agentes públicos, isto é, os *servidores* ou *empregados*, de acordo com as entidades, pois em algumas têm-se os primeiros, e outras os últimos, estes repartem as seguintes características¹³.

- Ingressam mediante concurso (art. 37, II, CF), salvo os cargos em comissão.
- Também todos esses profissionais se submetem às regras de vedação de acumulação remunerada de cargos públicos, art. 37, XVI e XVII da Constituição Federal, mas também há exceções à regra, por exemplo, desde que haja compatibilidade de horário.

¹³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

...

II - 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;

...

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

...

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

...

§ 9º O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.

— Além disso, a remuneração de todos estes profissionais deve respeitar o teto constitucional, que é a remuneração dos Ministros do Supremo Tribunal Federal conforme a Constituição Federal em seu artigo 37, XI em conjunto com o § 9º do mesmo artigo). Essa regra diz que se a Empresa Pública e Sociedades de Economia Mista receber recursos públicos para custeio geral ou para o custeio da folha pagamentos, elas estarão sujeitas ao teto. Se não receber estará liberada para pagar determinar os vencimentos de seus agentes. Há duas razões para a exceção à regra: a primeira é para premiar a eficiência empresarial e a segunda é para poder contratar os melhores profissionais do mercado.

2.3.2 Autarquias e fundações públicas

As autarquias e fundações públicas são tratadas mais próximas da administração pública direta. As sociedades de economia mista e as empresas públicas são tratadas mais próximo das empresas privadas.

A melhor maneira de se compreender as estruturas das autarquias e fundações públicas é através da especificação de suas diferenças, quais sejam:

- Quanto a forma de criação: a autarquia é criada por lei e a fundação pública é autorizada por lei
- Quanto às atribuições ou as atividades: as autarquias, conforme estabelece o art. 5º, I, do DL 200/67 são criadas para o desempenho de *atividades típicas de administração pública*. Isso tem um viés quase ideológico porque esta definição de atribuições não é taxativa, mas o ideal seria essa definição assim o fosse. Assim, a Constituição Federal não estabelece com clareza quais são as atividades típicas de administração pública, mas estabelece algumas diretrizes. Desta forma, sabe-se que banco não é atividade típica, mas gerir o sistema financeiro o é. Por isso o Banco Central do Brasil (Bacen) é autarquia. Igualmente, a prestação de serviço público

tampouco é atividade típica, mas sua regulação o é, e por esta razão as agências reguladoras são autarquias. Contudo em não havendo na Constituição Federal um conceito claro e taxativo do que é atividade típica da administração, fica-se à mercê da volição do legislador. Por outro lado, no tocante às Fundações Públicas deve-se se referir ao art. 37, XIX, CF que diz que *cabe à Lei Complementar definir quais as áreas de atuação das fundações*. Ressalte-se, entretanto, que o entendimento majoritário é de que essa é uma norma de eficácia contida, isto é, ela possui aplicabilidade imediata, direta, mas não integral, uma vez que pode ter o seu alcance reduzido por atos do poder público supervenientes, no caso pela lei complementar que poderá definir as áreas de atuação da fundação pública. Não se trata, desta feita, de uma norma de eficácia limitada, pois a inexistência da lei complementar em referência, não impede a criação da fundação pública. Costuma-se criar fundações públicas para atividades similares àquelas para que são criadas as fundações privadas, por exemplo: entidades educacionais, assistenciais, culturais, artísticas e estatísticas.

— Quanto à natureza jurídica a qual pode até não existir. As autarquias são sempre Pessoas Jurídicas de direito público interno, conforme se pode extrair do art. 41, IV, CC¹⁴. Todavia, há dúvidas em matéria sobre a natureza da fundação pública, encontrando-se, basicamente três posicionamentos: (a) o primeiro, que as fundações públicas também deveriam ser Pessoas Jurídicas de direito público interno, com base no art. 41, V, CC., não sendo, assim, por este aspecto diferentes das autarquias, conforme afirmado anteriormente; (b) o segundo, que as fundações públicas são sempre de direito privado, chegando

¹⁴ Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

...

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

alguns autores¹⁵ a dizerem que quando, por engano, uma fundação pública fosse criada como de direito público, ela seria uma espécie de autarquia, a qual denominam fundação autárquica, e, por último (c) o terceiro, o qual, é o entendimento dominante (ROSA JUNIOR, 2019), inclusive do STF¹⁶, que a fundação pública pode ser ou de direito público ou de direito privado, dependendo da lei que autorizar a sua criação, ficando-se, assim, à mercê do legislador.

2.3.3 Empresas públicas e sociedades de economia mista

Por sua vez, a respeito das empresas públicas e das sociedades de economia, pode-se afirmar que ambas são pessoas jurídicas de direito privado, e que ainda ambas são criadas com o propósito de desempenharem atividades empresariais. Portanto, elas são empresas do Estado, podendo prestar serviços públicos, bem como explorar atividades econômicas em sentido estrito. Alguns autores propõem que sejam classificadas em quatro tipos de empresas: empresas públicas que prestam serviços públicos (por exemplo, os Correios); empresas públicas que exploram a atividade econômica em sentido estrito (por exemplo, a Caixa Econômica Federal); sociedades de economia mista que prestam serviços públicos (por exemplo, a Celesc) e, por último, sociedades de economia mista que exploram a atividade econômica em sentido estrito (por exemplo, o Banco do Brasil).

Por outro lado, as empresas públicas distinguem-se das sociedades de economia mista:

- Quanto ao ingresso de capital privado em sua composição patrimonial. As sociedades de economia mista admitem o ingresso de capital privado em sua composição patrimonial, isto é, pode haver sócios ou acionistas privados. Se a

¹⁵ Por exemplo, José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2020)

¹⁶ RE nº. 101.126-RJ, Relator Min. MOREIRA ALVES (RTJ 113/114). O Dispositivo citado no acórdão refere-se à Constituição de 1967, com a EC nº 1/1969. Ver também agravo no RE nº 219.900-1 RS, Rel. Ministra Helen Gracie, DJ de 16/08/2002.

empresa permitir ingresso sócios ou acionistas já pode ser considerada uma sociedade de economia mista, desde que o ente público instituidor preserve em suas mãos a maioria das ações com direito a voto, pois se o poder público for sócio minoritário, então não será assim tratada. A origem histórica dessas sociedades de economia mista remonta ao período após segunda guerra na Inglaterra, quando o estado busca o aporte de capital privado em suas empresas. É interessante observar que não é preciso ter capital privado para ser sociedade de economia mista, basta que se permita o seu ingresso. Ao passo que, em oposição, as empresas públicas não admitem ingresso de capital privado. Nunca haverá sócios particulares em empresas públicas, mas isso não significa que elas necessariamente sejam sociedades unipessoais. Assim, as empresas públicas podem ter mais de um sócio, mas nenhum deles pode ser um sócio particular, conforme estabelecido pelos artigos 3º e 4º da Lei 13.303 de 2016¹⁷. Cabe observar que, desta maneira, uma sociedade de economia mista ser sócia de uma empresa pública, pois, apesar de ela admitir o aporte de capital privado, ela não é um ente privado.

— Quanto à forma societária. As sociedades de economia mista serão sempre S. A., sociedades anônimas, de acordo com o artigo 235 da Lei 6404 de 1976¹⁸, combinado com os artigos 4º e 5º¹⁹ da Lei 13303 de 2016, ao passo que as empresas públicas não possuem uma forma societária obrigatória, podendo

¹⁷ Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

Parágrafo único. Desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

¹⁸ Art. 235. As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta Lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal.

¹⁹ Art. 5º A sociedade de economia mista será constituída sob a forma de sociedade anônima e, ressalvado o disposto nesta Lei, estará sujeita ao regime previsto na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

adotar qualquer forma societária compatível com a característica anterior, de todos os seus sócios consistirem-se de entes públicos, conforme estabelecido no artigo 11 da lei 13303 de 2016²⁰, mas qualquer que seja a forma societária adotada pela empresa pública, as rigorosas normas das sociedades anônimas são a elas aplicadas, de acordo com artigo 7º dessa mesma lei²¹.

2.3.4 Comparação entre as “autarquias e fundações públicas” com as “empresas públicas e sociedades de economia mista”

Por último, é importante se destacar a comparação entre o conjunto formado pelas autarquias e fundações públicas e relação com o conjunto formado pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, as quais tratar-se-ão basicamente de três aspectos de diferenciação:

- Aspecto tributário. Em relação às autarquias e fundações públicas existe o disposto na alínea a do inciso VI cominado com o §2º, ambos do artigo 150, da constituição federal que diz que as imunidades recíprocas sobre impostos, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, porém não taxas, entre os entes federativos: união, estados, distrito federal e municípios são extensivas às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público²². Sendo esta a razão que as autarquias, como, por exemplo as universidades federais, não pagam IPTU ou imposto de renda. Entretanto,

²⁰ Art. 11. A empresa pública não poderá:

I - lançar debêntures ou outros títulos ou valores mobiliários, conversíveis em ações;

II - emitir partes beneficiárias.

²¹ Art. 7º Aplicam-se a todas as empresas públicas, as sociedades de economia mista de capital fechado e as suas subsidiárias as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as normas da Comissão de Valores Mobiliários sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras, inclusive a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado nesse órgão.

²² Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

...

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

...

§ 2º A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

sobre as empresas públicas e sociedades de economia mista incide o disposto no art. 173, § 2º, que as proíbem de gozarem de privilégios fiscais que não sejam extensíveis às empresas e sociedades do setor privado²³, ou seja, trata-se de uma norma de isonomia entre os setores público e privado. O STF, contudo, baseando-se neste último dispositivo legal citado, e, considerando que as empresas públicas monopolistas não possuem concorrentes na iniciativa privada, tem garantido também a estas, como por exemplo a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, a imunidade tributária recíproca do art. 150, VI, a, CF, aplicável entre os entes federativos, e extensiva às suas autarquias e fundações públicas²⁴.

— Aspecto processual. As autarquias e as fundações públicas, juntamente com a administração direta, são consideradas fazenda pública para fins processuais, e, por isso, pagam por precatórios. Deve-se observar, todavia, que alguns tribunais, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul — TJRS, não consideram as fundações públicas constituídas como de direito privado. Por sua vez, as empresas públicas e sociedades de economia mista não são consideradas fazenda pública para fins processuais. Há, entretanto, exceções, como a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pois o decreto lei 509 de 1969 que transformou o departamento de correios e telégrafos na empresa pública citada, em seu artigo 12 declara que essa empresa gozará dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e

²³ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

...

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

...

²⁴ RE 354.897, RE 364.202, RE 398.630, RE 407.099, 424.227, AO 803, AO 959, AO 1.095.

serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais²⁵. Assim, o Supremo Tribunal Federal se empenhou em verificar se este decreto-lei houvera sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, respondendo positivamente a esta questão²⁶. Portanto, não há inconstitucionalidade alguma em se atribuir a alguma entidade da administração indireta a característica de fazenda pública, assim como o Tribunal Superior do Trabalho — TST o faz com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

— Aspecto funcional. Os agentes públicos das autarquias e fundações públicas podem ser tanto estatutários como celetistas, mas devem respeitar o regime jurídico único da entidade, isto é, a mesma entidade não pode ter agentes empregados em regimes jurídicos diferentes. De outra parte, os agentes das empresas públicas e sociedade de economia mista obrigatoriamente devem ser empregados sob o regime da Consolidação da Leis do Trabalho — CLT.

2.4 Agente público

Para alguém ser considerado agente público, há dois pressupostos: (a) o pressuposto objetivo, pelo qual se exige um vínculo com a administração pública, ou desempenhar uma atividade de natureza estatal, como, por exemplo, atividades legislativas ou jurisdicionais, e (b) o pressuposto subjetivo, qual seja, um vínculo jurídico regular, que pode ser de qualquer espécie, sem restrição à sua qualidade, se permanente, temporário. Desta forma, todos aqueles que possuem um vínculo com o setor público e desempenham uma atividade estatal são agentes públicos. José dos Santos Carvalho Filho refere-se ao conceito de agente público, ressaltando a grande abrangência do termo, mencionando o artigo 2º da Lei nº 8.429 de 2/6/1992, que

²⁵ Art. 12 - A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais.

²⁶ RE 220.906

dispõe das sanções aplicáveis a esses agentes nos casos de enriquecimento ilícito na administração pública (CARVALHO FILHO, 2020), a saber:

Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Como se trata de um vínculo muito abrangente, torna-se interessante, e talvez indispensável a sistematização dos agentes públicos. Cada autor adota uma classificação própria. Rafael Maffini os classifica em quatro grandes grupos: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos e agentes delegados, além dos militares, que não pertencem a nenhum dos grupos citados, pois possuem um tratamento jurídico-constitucional próprio (MAFFINI, 2016).

Desta forma, são agentes políticos todos aqueles que desempenham funções estatais típicas. Isto é, são eles que dirigem e comandam a máquina estatal, sendo responsáveis por estabelecer as diretrizes de atuação do Estado, além de gozar de ampla independência funcional, tais como: o Chefe do Poder Executivo e integrantes do chamado Primeiro Escalão — Ministros de Estado, Secretários Estaduais, Secretários Municipais; Parlamentares — Senadores, Deputados, Vereadores; Magistrados em geral — Ministros, Desembargadores, Juízes de primeiro e segundo graus²⁷. A estas figuras também são agregados os Membros do Ministério Público, Membros dos Tribunais de Contas, pois a Constituição Federal atribui a estes o status de magistrado, com as mesmas garantias e particularidades, ou nas palavras de Alessandro Dantas (DANTAS, 2019):

Por equiparação, estariam incluídos, ainda, os membros dos diferentes ramos do Ministério Público da União (Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e Territórios) e os membros dos Ministérios Públicos estaduais, bem como os ministros

²⁷ Ver o RE 228.997/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, 2ª T. citado em (DANTAS, 2019)

e conselheiros dos Tribunais de Contas municipais, estaduais e da União. Isso se daria em razão do altíssimo grau de independência desses agentes, conquanto não sejam, propriamente, membros de Poder.

Por outro lado, os agentes administrativos representam a grande maioria dos agentes públicos. São aqueles que possuem vínculos profissionais diversos com o Estado e que desempenham a função pública de forma remunerada e não eventual. Os agentes administrativos são classificados em estatutários (servidores públicos²⁸), trabalhistas ou celetistas (empregados públicos) e temporários. Os militares²⁹ pertenciam anteriormente à espécie do gênero servidor público, mas com a edição da Emenda Constitucional nº 18 de 1998, passaram a formar um grupo distinto, sobre o qual há um regramento peculiar e próprio.

O servidor público na terminologia da Constituição Federal seria quem ocupasse cargo público, mas o mais acertado é que a expressão *servidor público* seja utilizada somente para designar as pessoas que têm vínculo estatutário, o que anteriormente a 1988 se chamava funcionário público.

Por seu turno, o empregado público é aquele que ocupa um emprego público e que tem vínculo celetista. Assim o correto com relação ao servidor público é que este termo só se refere ao agente público estatutário, enquanto para o agente público celetista o termo correto é empregado público, não se devendo utilizar o termo servidor celetista.

Por fim, os contratados temporários: trabalham para a Administração Pública em demandas que são temporárias, ou emergenciais, ou temporárias e emergenciais, por exemplo um recenseador do IBGE, trata-se de uma necessidade temporária; ou

²⁸ A EC 18/98 separou as categorias em servidor público e em militar, antes existia o gênero servidor público e as espécies servidor civil e servidor militar;

²⁹ art. 42, CF – Estados e art. 142, § 3.º, CF – Forças Armadas

um professor substituto, um caso de urgência. No plano federal a contratação temporária é regulamentada pela lei 8.745/93³⁰.

É importante se observar que a jurisprudência diz que para selecionar os contratados temporários ou emergenciais, devem-se utilizar critérios objetivos previamente divulgados e preferencialmente meritório, contudo, admite, quando isso não for possível, critérios aleatórios, desde que objetivos e previamente divulgados, podendo inclusive tratar-se de sorteio.

Também é relevante notar que contratados temporários não são celetistas tampouco estatutários. O que rege o vínculo destas pessoas é o contrato; mas como eles são enquadrados no conceito de trabalhador a que se refere o art. 7º, CF, eles têm todas as garantias que a própria Constituição Federal assegura a todo e qualquer trabalhador em suas regras que são a fonte para a CLT. Assim, os direitos assegurados aos trabalhadores temporários são muito próximos daqueles garantidos pela CLT, pois, conforme se disse acima ambos decorrem da mesma fonte jurídica.

Há ainda os grupos dos agentes delegados e dos agentes honoríficos. Os agentes delegados são os profissionais contidos no artigo 236 da Constituição Federal³¹, ou seja, são os delegatários de serviços notariais e registrais, tais como os titulares de cartório e os titulares de serventia. Não são servidores, embora tenham algumas de suas características, tampouco são concessionários de serviço público, tratando-se, portanto, de uma categoria peculiar, vide a Lei 8935 de 1994, e os precedentes do STF, ADI 3151 e 2415. Já, os agentes honoríficos são as pessoas, que em função de sua honorabilidade, tem como prêmio o desempenho de uma função, por exemplo: mesário, jurado, juiz de paz, conciliador, juiz leigo, conselheiro tutelar. Cabe ressaltar que as funções dos agentes honoríficos não são necessariamente remuneradas.

³⁰ A Lei 8.745 de 9 de dezembro de 1993 *dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências.*

³¹ Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público

2.4.1 - Servidor público (estatutário):

A legislação brasileira não é muito adequada na tarefa de definir o que vem a ser servidor público. Ela diz que servidor público é a pessoa legalmente investida em cargo público, Lei 8.112/93, art. 2º³², e que os cargos públicos devam ser criados por determinação legal, em número certo, e correspondendo a um conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional, Lei 8.112/93 art. 3º, caput³³. Entretanto o que é mais importante, é que para ser servidor público deve haver vínculo de natureza estatutária, o que significa estar sujeito a um estatuto próprio, ou seja, possuir um regimento próprio.

Desta forma, no plano federal, os servidores públicos encontram a sua definição no artigo 39 da Constituição Federal, após o julgamento da MC-ADI 2135, em conjunto com a Lei 8112 de 1990³⁴, como sendo quem trabalha na Administração Pública Direta, nas autarquias e nas fundações públicas federais.

Por sua vez, no estado do Rio Grande do Sul, os servidores públicos estaduais encontram a sua definição no artigo 39 da Constituição Federal, no artigo 30 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul — CERS³⁵, e na Lei Complementar Estadual 10.098 de 1994³⁶, como sendo quem trabalha na Administração Pública Direta, nas autarquias e nas fundações públicas estaduais. Deve ser, entretanto, observado que no estado do Rio Grande do Sul as fundações públicas estaduais possuem empregados públicos celetistas, pois anteriormente à promulgação da Constituição de 1988 tais entidades estavam sob este regime jurídico. Assim, apesar do estado do Rio Grande do Sul, após a Constituição Federal de 1988, ter optado pelo Regime Jurídico Único Estatutário, os empregados destas fundações públicas

³² Art. 2º Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público.

³³ Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.

³⁴ Regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais

³⁵ Art. 30. O regime jurídico dos servidores públicos civis do Estado, das autarquias e fundações públicas será único e estabelecido em estatuto, através de lei complementar, observados os princípios e as normas da Constituição Federal e desta Constituição.

³⁶ Dispõe sobre o estatuto e regime jurídico único dos servidores públicos civis do Estado do Rio Grande do Sul

estaduais foram mantidos sob o regime de trabalho da CLT, muito embora a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul estabeleça que trabalhe em autarquias e fundações estaduais devesse ser estatutário.

Em nível municipal, por exemplo, no município de Porto Alegre, os servidores públicos municipais encontram a sua definição no artigo 83 da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre — LOMPA, e na Lei Complementar Municipal 135/85³⁷, que estabelece de maneira similar ao estabelecido nos níveis federal e estadual, como sendo quem trabalha na Administração Pública Direta, nas autarquias e nas fundações públicas municipais.

É interessante notar que os municípios que elegeram como regime jurídico único o regime da Consolidação das Leis do Trabalho não possuem servidores públicos, só possuem só empregados públicos.

Cabe ressaltar que os cargos públicos tanto podem ser de provimento efetivo, ou em comissão. O ocupante de cargo em comissão é servidor público estatutário, Lei 8.112, art. 3º, parágrafo único³⁸; embora seu estatuto próprio lhe confira muito poucas garantias.

As diferenças: entre um ocupante de cargo efetivo em relação a um ocupante de cargo em comissão são as descritas a seguir.

- Estabilidade. Os cargos efetivos são os que dão ao servidor público a possibilidade de adquirir estabilidade; enquanto os cargos em comissão não dão ao servidor público esta possibilidade. A estabilidade significa que o servidor está protegido quanto ao desligamento arbitrário, o servidor só pode ser exonerado nos seguintes casos: (a) processo administrativo para apurar

³⁷ Estabelece o Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Porto Alegre.

³⁸ Art 3º ...

Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.

falta que resulte em demissão, art. 41, §1º, CF³⁹; (b) sentença judicial transitada em julgado que aplique a pena de desligamento, se na sentença aplicar a pena, art. 41, CF, salvo crime de tortura, Lei 9455/97, cujo efeito é automático; (c) avaliação periódica de desempenho, art. 41 CF; (d) excesso de folha de pagamento, isto é, quando o Poder Público dispense mais do que 60% no caso de Estados e Municípios e mais de 50% no caso da União com a folha de pagamento, art. 169, §4º CF⁴⁰. Os requisitos para aquisição da estabilidade são conjuntamente os seguintes: (a) ingresso por concurso público; (b) três anos de cargo efetivo, tendo nele ingressado por concurso, art. 41, caput, CF⁴¹, ou seja, se entrar indevidamente sem concurso não adquire estabilidade; (c) ser aprovado no estágio probatório, art. 41, §4º⁴².

— Ingresso por concurso público. Os cargos efetivos têm provimento por concurso público, enquanto os cargos em comissão são de livre provimento, embora a lei possa restringir estas nomeações, por exemplo grau de parentesco, escolaridade, especialidade, ...

— Desligamento. Os cargos efetivos garantem ao servidor público que ele não será livremente exonerado, só podendo ser desligado nos casos previstos

³⁹ Art. 41. ...

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

⁴⁰ Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo e pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não pode exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

...

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

⁴¹ Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

⁴² Art, 41 ...

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade

em lei, por outro lado os cargos em comissão são de livre exoneração, contudo a lei também pode contemplar restrições ao desligamento.

— Atribuições, art. 37, V, CF.⁴³. A lei só pode atribuir a cargos em comissão funções de direção, chefia e assessoramento. Funções de natureza técnica só podem ser atribuídos a cargo efetivo. É inconstitucional a lei que cria cargos em comissão que não seja para uma dessas funções. Isso gera muita perplexidade, pois o conceito de assessoramento é muito genérico.

— Plano de Carreira. Há várias classificações de carreira. Por exemplo, carreira vegetativa é a que não há restrições ao número de promoções e progressões, enquanto a carreira não vegetativa é a que tem restrições às promoções e progressões em virtude da existência de vagas. Os cargos em comissão nunca são organizados em carreira. Os cargos efetivos, como regra, devem ser organizados em carreira, exceto quando pela sua pequena quantidade, isto não for justificável.

— Função de Confiança ou Função Gratificada. Estas funções se tratam de um conjunto de atribuições que são acopladas às funções de um cargo efetivo mediante uma contraprestação pecuniária, e não podem ser exercidas por alguém que não ocupe cargo efetivo

— Regime previdenciário. Os servidores ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, embora funcionalmente estatutários, estarão sujeitos ao Regime Geral de Previdência Social — RGPS (INSS), enquanto, os ocupantes de

⁴³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

...

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

...

cargos efetivos estarão sujeitos ao Regime Próprio de Previdência Social — RPPS.

2.4.2 Empregado público celetista

Os indivíduos que, sob um regime de subordinação, vinculam-se contratualmente à administração pública, através uma relação de trabalho de natureza profissional e não eventual, regida pela Consolidação da Leis do Trabalho — CLT, constituem a espécie dos agentes públicos chamada empregados públicos. Esses empregados caracterizam-se pela profissionalidade, pela subordinação do relacionamento, pela perenidade e pela natureza *celetista* do vínculo que possuem com essas entidades. Os empregados públicos são em suma, os empregados da administração pública, de qualquer nível de governo, quer direta, ou indireta através de suas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Os empregados públicos servidores celebram com a administração pública direta, ou com usas entidades da administração indireta um contrato de Trabalho. regido. substancialmente. pela Consolidação das Leis do Trabalho. Tal regime, no caso das empresas públicas e sociedades de economia mista, é uma decorrência normal da natureza privada dessas pessoas jurídicas, conforme o art. 5º, II e III do Dec.-Lei federal nº 200/67⁴⁴, e uma imposição do art. 173, § 1º, II da Constituição Federal⁴⁵,

⁴⁴ Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

...

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

⁴⁵ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

...

ao qual se agregam outras limitações de ordem administrativa, reveladoras do interesse público que devem perseguir, em razão da origem que têm e do uso de recursos públicos necessários para a sua constituição. Assim, a vinculação dos seus empregados segue tanto as normas celetistas, como as administrativas e as constitucionais, que estabelecem, por exemplo, a obrigatoriedade do concurso para ingresso e a necessidade de qualquer desligamento estar fundado no interesse público devidamente demonstrado, entretanto, tais ingerências administrativas não descaracterizam o regime celetista. Ainda deve ser ressaltado que, consoante ao regime jurídico da CLT, a formalização desse contrato efetiva-se com as anotações feitas pela Administração pública na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado.

O empregado público, ocupa na administração direta, autarquias, fundações públicas, nas sociedades de economia mista e empresas públicas e emprego. Emprego é o centro de encargos para ser ocupado por empregado contratado pelo regime celetista. De maneira semelhante ao que ocorre com os cargos públicos, os empregos podem estar, ou não, dispostos em quadro de carreira. como, aliás, permite o § 2º do artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho⁴⁶. No primeiro caso diz-se emprego de carreira: no segundo diz-se emprego isolado. cujos conceitos requerem conhecimento prévio noção do que se constituem classe e carreira. Classe é o agrupamento de empregos da mesma profissão ou atividade, e de mesmo nível de remuneração, enquanto carreira é o agrupamento de classes da mesma profissão ou atividades, dispostas hierarquicamente de acordo com o grau de dificuldade das

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

⁴⁶ Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.

...

§ 2º Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira ou adotar, por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva, plano de cargos e salários, dispensada qualquer forma de homologação ou registro em órgão público.

atribuições, e nível de responsabilidade. Por sua vez, o termo quadro refere-se ao conjunto geral de empregos.

Os empregos, as classes e as carreiras são criadas e reguladas mediante atos da diretoria da entidade da administração pública. Não existe, portanto, necessidade de edição de lei para esses fins.

Não obstante o regime celetista a que se sujeitam os empregados públicos, o ingresso nos entes governamentais faz-se mediante concurso público de provas, ou de provas e títulos. Esse certame competitivo é indispensável pois a constituição federal no inciso II de seu artigo 37⁴⁷ estabelece esse procedimento para a admissão em cargo, emprego ou função, não havendo, de tal modo, qualquer diferenciação entre eles.

Uma vez que estão submetidos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, os empregados públicos estão contemplados com os direitos garantidos pelo vínculo instituído e regulado por esse instrumento legal. De maneira idêntica, esse regime trabalhista também regula suas obrigações. Deste modo, tanto os direitos como os deveres do empregado público estão materializados na Consolidação das Leis do Trabalho. Contudo, a constituição federal em seu artigo 7º, disponibilizou diversos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, aplicáveis, por conseguinte, aos empregados públicos, autênticos trabalhadores urbanos. De tal modo, entre outros direitos, são aplicáveis ao empregado público: (a) a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa; (b) o seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; (c) o fundo de garantia do tempo de serviço (d) o

⁴⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

...

II - 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;

...

salário-mínimo. fixado em lei e nacionalmente unificado. capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia. alimentação, educação. saúde. lazer. vestuário, higiene. transporte e previdência social. com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, vedada sua vinculação para qualquer fim, (e) a irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; (f) o décimo terceiro salário; (g) o gozo de férias anuais remuneradas com. pelo menos. um terço a mais que o salário normal; (h): a aposentadoria e (i) a proteção em face da automação. Cabe ainda ressaltar que, no caso de a entidade ser prestadora de serviço público, seus servidores não terão direito à celebração de acordos e convenções coletivas, conforme já decidiu o TST. Em oposição, se as entidades forem interventoras na atividade econômica, seus empregados terão direito à celebração de acordos e convenções coletivas. Como retribuição pelos serviços prestados recebem salário, segundo o indicado no artigo 457⁴⁸ da Consolidação das Leis do Trabalho.

O regime previdenciário que assiste os empregados públicos é o Regime Geral da Previdência Social — RGPS, administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, autarquia federal com atribuições e finalidades específicas. Esses empregados não estão, assim, acolhidos pelo Regime Próprio da Previdência Social — RPPS, estabelecido pelo art. 40 da Constituição Federal, de modo que na inatividade receberão proventos de acordo com as regras válidas para todo e qualquer trabalhador da iniciativa privada.

⁴⁸ Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

3 O desligamento do empregado público celetista

3.1 Generalidades

A extinção do vínculo que os empregados públicos estabelecem com as mencionadas entidades da administração pública dá-se nos termos e condições estabelecidas na Consolidação das Leis do Trabalho⁴⁹, não atuando a seu favor as vantagens da estabilidade, que é reconhecida aos servidores públicos. Apesar de seja assim, não podem ser livremente dispensados ou desligados ao arbítrio dos administradores dessas organizações. Somente podem ser dispensados se a motivar o desligamento existir uma razão de interesse público, cuja apuração exige procedimento regular em que o direito de ampla defesa deve ser de todo assegurado e exercitado. Aliás, como trabalhadores, têm sua “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa”, art. 7º, I, CF⁵⁰. Sem que tal garantia signifique, após três anos de contrato estabilidade. Embora seja assim, o TST, por mais de uma vez, considerou a regra consubstanciada nesse inciso como norma não autoaplicável⁵¹. Nesses casos devem ser pagas apenas as parcelas reparatórias⁵².

3.2 Doutrina

A maior parte dos empregados públicos é formada por agentes integrantes das entidades da administração indireta regidas pelo direito privado, como as empresas públicas e as sociedades de economia mistas. A Constituição Federal, em seu artigo 41⁵³, garante a estabilidade a todos os servidores nomeados para cargo de

⁴⁹ art. 487 ao 491 da CLT

⁵⁰ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

...

⁵¹ Ver nesse sentido as decisões do TST: RR 46.596-PA. Di. 1. 18 dez. 1992. e RR 58.181-SP.DJ. 1. 1ju1. 1994.

⁵² Nesse sentido veja, do TST, a decisão RR 58.181-SP. Di. 1. 1ju1. 1994. 160

⁵³ Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público

§ 1º - O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

provimento efetivo em decorrência de concurso público. Entretanto, a possibilidade de esta estabilidade estender-se aos empregados públicos merece ser investigada. O servidor público submete-se ao regime estatutário, isto é, todos os seus direitos e obrigações estão previstas em um estatuto próprio do ente em que ele trabalha, mas o empregado público está submetido ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, tal qual todo empregado da iniciativa privada.

O regime celetista do empregado público decorre, em grande parte, como consequência do ente em que este agente trabalha haver que se submeter ao regime de direito privado. Por exemplo, as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista são pessoas jurídicas de direito privado, não obstante integrarem a Administração Pública.

A acessibilidade a cargos, empregos e funções públicas na forma da lei é garantida pela Constituição Federal aos brasileiros, natos ou naturalizados, sendo que a investidura nos cargos ou empregos públicos se dá através da aprovação em concurso público como estabelecido no artigo 37, II, CF⁵⁴. Constata-se, assim, que os empregos públicos são ocupados através concurso público, identicamente a todos outros cargos da administração pública direta e indireta.

A respeito da estabilidade, o que pode ser observado no artigo 41 da Constituição Federal já mencionado é uma vantagem concernente unicamente aos servidores

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

...

§ 4º - Como condição para a aquisição da estabilidade, obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

⁵⁴ Art. 37...

II - 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.

nomeados para cargo de provimento efetivo. Diógenes Gasparini (GASPARINI, 2003) comenta assim esta matéria:

A nomeação mediante concurso, para esse fim. é exigência prevista nesse dispositivo, encartado entre outros que cuidam dos servidores estatutários. i. e.. os que se vinculam à Administração Pública direta. autárquica e fundacional pública por um liame institucional. Assim, resta indubitoso que. mesmo tendo logrado aprovação e classificação em concurso público. os demais servidores públicos, como, por exemplo, os ligados às entidades governamentais (sociedade de economia mista, fundação privada e empresa pública) e os empregados públicos, não adquirem estabilidade. A nomeação há de ser para cargo de provimento efetivo, O cargo de provimento efetivo, ou simplesmente cargo efetivo, é o que confere ao seu titular, em termos de permanência no cargo. segurança. e permite sua integração na carreira e o desfrute dos benefícios decorrentes dessa integração. De sorte que a nomeação. sem que seja para cargo dessa natureza, não leva à efetividade nem à estabilidade. O cargo tem esse atributo por força da lei que o criou e. ademais. exige que seu titular seja escolhido por concurso.

Portanto o regime de estabilidade não alcança os empregados públicos bem como os servidores lotados em cargos de provimento em comissão. Porém, sabe-se que o regime celetista não é exclusivo unicamente às entidades da administração indireta regidas pelo direito privado, pois as entidades da administração direta, autárquica ou fundacional também podem optar pelo regime jurídico celetista para seus agentes. Não obstante, pode-se arguir a possibilidade da estabilidade dos agentes públicos do regime celetistas ocupantes de cargos nestas entidades, uma vez que elas se submetem a regime jurídico de direito público. O TST já tomou decisão no sentido misto quanto a esta discussão, como se observa na súmula 390:

"Súmula nº 390 - Estabilidade - Celetista - Administração Direta, Autárquica ou Fundacional - Empregado de Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 265 da SDI-1 - Inserida em 27.09.2002 e ex-OJ nº 22 da SDI-2 - Inserida em 20.09.00)

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 - Inserida em 20.06.2001)"

Desta forma, conforme expresso na súmula 390, TST os empregados públicos ficam sendo como pertencentes a uma destas duas classes: (a) empregados públicos com estabilidade, que são aqueles vinculados à administração direta, autarquias e fundações, e (b) empregados sem estabilidade, que se trata daqueles vinculados a empresas públicas e sociedades de economia mista. Assim, uma vez que o TST pacificou a questão da estabilidade do empregado público das entidades da Administração Indireta submetidas ao regime de direito privado pacificada, negando-lhes essa vantagem, cabe investigar se o ato de demissão desses empregados requer motivação ou fundamentação.

Contudo, com referência aos empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista, muito embora não possuam estabilidade, o seu desligamento deverá ocorrer em conformidade dentro dos limites estabelecidos pelas normas de direito público, pois se faz necessário a promoção e prevailecimento da volição do ente estatal, que unicamente as criou com a finalidade de que seja alcançado determinado objeto de interesse público. As normas, portanto, têm a função peremptória de contrabalançar a discricionariedade da Administração e a liberdade de atuação das pessoas jurídicas de direito privado. Por conseguinte, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2020):

Entendemos que a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade que tanto diz respeito ao interessado como a própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado. Note-se que o artigo 111 da Constituição Paulista de 1989 inclui a motivação entre os princípios da Administração Pública; do mesmo modo, o artigo 2º, parágrafo único, VII, da Lei nº 9.784, de 29-1-99, que disciplina o

processo administrativo federal, prevê a observância desse princípio, e o artigo 50 indica as hipóteses em que a motivação é obrigatória.

Desta maneira, observa-se que as empresas públicas e as sociedades de economia mista estão submetidas o regime jurídico híbrido, equilibrado por meio de normas de direito público e de direito privado, para que seu objetivo público seja atingido e, concomitantemente, respeitem-se as relações particulares, impostas pelo princípio da livre concorrência.

3.3 Jurisprudência

A jurisprudência e a doutrina discordam quanto a ser necessária, ou não, e exposição de motivação no ato demissional de empregado público, partindo-se da prescrição objetiva das normas da CLT com referência aos direitos e obrigações trabalhistas. Determinados doutrinadores, fundamentando-se no fato de que a empresa pública e a sociedade de economia mista têm suas relações de trabalho reguladas pela CLT, na forma do art. 173, § 1º da CF, preconizam que a Administração, no ato de dispensa de empregado público, não está obrigada a motivá-lo, pois que não há previsão na legislação trabalhista, nem em outro diploma legal, de tal particularidade. Sustentam-se, adicionalmente, no argumento de que, por se tratar de ato discricionário, em que há margem de escolha ao administrador para decidir com base na conveniência e oportunidade, não é preciso que o ato de dispensa seja justificado, e, portanto, o dirigente da empresa pública ou sociedade de economia mista não estaria vinculado a essa formalidade.

A Orientação Jurisprudencial nº 247 da SDI-1 do TST segue esta doutrina:

OJ 247. SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE (alterada – Res. nº 143/2007) – DJ 13.11.2007.

I – A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;

II – A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

A qual se faz presente, também, em julgamentos desta mesma corte superior:

Despedida imotivada. Sociedade de economia mista. Possibilidade. Nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 247 da SBDI-1, fruto da interpretação que se extrai da letra do artigo 173, § 1º, II, da Constituição de 1988, no qual se reconhece que empresas públicas e sociedades de economia mista sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas – inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas –, autoriza-se a dispensa imotivada de empregado de sociedade de economia mista, contratados segundo os ditames da Consolidação das Leis Trabalhistas, pois são empregados que podem ser demitidos a qualquer tempo, independentemente de motivação, conforme autorizado no artigo 477, caput, da CLT. Recurso de revista conhecido e provido, no particular. (TST, ED-RR - 45100-92.2001.5.09.0025, 5ª T., rel. min. Emmanoel Pereira, DEJT 9.10.2009).

Compete observar que, no tocante aos empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), não restam dúvidas de que o ato de dispensa precisará apresentar motivação por se tratar de uma empresa pública equiparada à Fazenda Pública, que não explora atividade econômica, porém presta serviço público, conforme o inciso II da Orientação Jurisprudencial n. 247 da SDI-1 do TST, já reproduzida acima.

De outra parte, há alguns doutrinadores que defendem ser imperioso que o ato de dispensa de qualquer empregado da administração indireta seja motivado, pois a empresa pública e a sociedade de economia mista, apesar de serem regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, não podem deixar de observar os princípios constitucionais estabelecidos no art. 37, CF, em particular, os da impessoalidade, legalidade e moralidade. Ademais, como existe norma constitucional que exige a aprovação prévia em concurso público para o ingresso em emprego público, não há

fundamento para que a saída do empregado não se dê de forma motivada, em suposto paralelismo de formas, de maneira que fiquem explícitas as razões da dispensa, para que se possam verificar se, efetivamente, foram impessoais, legais e morais.

Com a relação ao Supremo Tribunal Federal, menção especial deve ser feita ao Recurso Extraordinário 589.998/PI, versando sobre o caso de empregados de empresas públicas concursados que foram demitidos sem motivação. Esse recurso foi admitido pelo Supremo em sede de repercussão geral em 2008, tendo como partes um ex-empregado dos Correios do Piauí (Humberto Rodrigues Pereira) e a ECT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos), sendo admitido no Supremo Tribunal Federal como processo paradigma (*leading case*) para que fosse decidido se as empresas estatais podem ou não despedir imotivadamente.

Em 20/3/2013, foi, finalmente, julgado o RE 589.998:

EMENTA: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS-ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes.

II – Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa.

III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir.

IV – Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão

unilateral do contrato de trabalho. (RE 589.998, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Plenário, DJe de 12/9/2013)

Sendo, portanto, fixada a seguinte tese de repercussão geral:

Os empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal, mas sua dispensa deve ser motivada (Tema 131).

Porém, em 10/10/2018, foram julgados os embargos de declaração nesse Recurso Extraordinário:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DO TRABALHO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA DE EMPREGADOS DA ECT. ESCLARECIMENTOS ACERCA DO ALCANCE DA REPERCUSSÃO GERAL. ADERÊNCIA AOS ELEMENTOS DO CASO CONCRETO EXAMINADO.

1. No julgamento do RE 589998, realizado sob o regime da repercussão geral, esta Corte estabeleceu que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT tem o dever de motivar os atos de dispensa sem justa causa de seus empregados. Não houve, todavia, a fixação expressa da tese jurídica extraída do caso, o que justifica o cabimento dos embargos.

2. O regime da repercussão geral, nos termos do art. 543-A, § 7º, do CPC/1973 (e do art. 1.035, § 11, do CPC/2015), exige a fixação de uma tese de julgamento. Na linha da orientação que foi firmada pelo Plenário, a tese referida deve guardar conexão direta com a hipótese objeto de julgamento.

3. A questão constitucional versada no presente recurso envolvia a ECT, empresa prestadora de serviço público em regime de exclusividade, que desfruta de imunidade tributária recíproca e paga suas dívidas mediante precatório. Logo, a tese de julgamento deve estar adstrita a esta hipótese.

4. A fim de conciliar a natureza privada dos vínculos trabalhistas com o regime essencialmente público reconhecido à ECT, não é possível impor-lhe nada além da exposição, por escrito, dos motivos ensejadores da dispensa sem justa causa. Não se pode exigir, em especial, instauração de processo administrativo ou a abertura de prévio contraditório.

5. Embargos de declaração providos em parte para fixar a seguinte tese de julgamento: A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT tem o dever jurídico

de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados. (RE 589.998 ED, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe-261 de 4/12/2018)

Reformando a tese repercussão geral do tema 131 do STF:

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados. (Tema 131)

Desta forma, a redação anterior que abrangia todas as empresas públicas foi restrita exclusivamente à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pois esta goza de do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais. Houve assim convergência entre a tese de tema 131 do STF e o inciso II da Orientação Jurisprudencial n. 247 da SDI-1 do TST.

Restou assim, em aberto, o caso da dispensa dos empregados públicos das outras empresas públicas e sociedades de economia mista. Foi, assim, em 13/12/2018, que o plenário do STF reconheceu por unanimidade a repercussão geral no Recurso Extraordinário 688.267/CE que versa sobre a necessidade de motivação do ato de dispensa de empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista admitidos após a aprovação em concurso público:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. DISPENSA DE SEUS EMPREGADOS ADMITIDOS APÓS APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DO ATO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a questão acerca da necessidade de motivação para a dispensa de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista admitidos por meio de concurso público.

2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC. (RE 688.267 RG, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário, DJe-26 de 11/02/2019)

Desta forma, presentemente a questão não está pacificada, e o STF ainda decidirá a sobre a necessidade ou não de motivação no ato de dispensa do celetista, empregado de empresa pública ou sociedade de economia mista, isto é não estável, após a EC 19/98. Apesar o TST ter firmado o seu entendimento há aproximadamente quatorze anos, através da Orientação Jurisprudencial nº 247 da SDI-1, de 13/11/2007, a repercussão geral no RE nº 688267 reconhecida em fins de 2018, ainda resta pendente de julgamento de mérito.

4 Conclusões

Foram revistos os diversos conceitos referentes a Administração Direta e Indireta, em particular quanto a essa última com referência aos quatro tipos de entidades que podem ser criados, a saber: autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. Assim foi observado que os servidores públicos, que são estatutários, só podem ser vinculados à Administração Direta, e aos dois primeiros tipos de entidades listados. Por outro lado, demonstrou-se que os empregados públicos, que são celetistas, podem ser vinculados tanto à Administração Direta — embora isto seja raro, limitando-se, em especial a municípios muito pequenos — quanto a todas as entidades da Administração Indireta.

A partir do entendimento desenvolvido no corpo do trabalho, verificou-se que todos os servidores públicos são estáveis, nos termos do art. 41, CF. Por sua vez os empregados públicos, de acordo com a Súmula 390, TST e a OJ 247, SDI-1, TST podem ser classificados em três categorias:

- I. os empregados públicos da administração direta, fundacional ou autárquica que gozam da estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal;
- II. os empregados públicos de empresa pública e de sociedade de economia mista que não gozam de estabilidade, tampouco exigem ato motivado para sua demissão e,
- III. os empregados públicos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) que não são estáveis, contudo, seu ato de demissão está condicionado a motivação.

Os itens I e III acima já estão pacificados, o primeiro pela súmula 390 do TST, e o último pelo julgamento do mérito de RE 589.998/PI ED, que fixou a tese do tema

131, STF que confirma a condição especial da ECT, devido a equiparação de seu tratamento ao destinado à fazenda pública.

A confirmação do item II, ou sua amalgamação ao item III será decorrente do julgamento do RE 688.267/CE que teve repercussão geral reconhecida sobre a questão acerca da necessidade de motivação para a dispensa de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista admitidos por meio de concurso público. A decisão do Supremo Tribunal Federal porá fim a essa discussão, e deverá reduzir a quantidade ações judiciais ajuizadas por empregados públicos demitidos que se sentiram prejudicados pelo procedimento dos gestores da empresa ou sociedade que estão vinculados.

Este trabalho inclina-se a apoiar a tese de que os atos de demissão de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista também deveriam ser sujeitos a motivação, pois esses atos constituem-se efetivamente de atos administrativos, os quais, conforme o entendimento de grande parte da doutrina, sustentado pelo art. 50 da Lei 9.784/1999⁵⁵, necessitam de motivação para serem válidos. Seria importante se, em respeito aos princípios da legalidade, razoabilidade, impessoalidade e eficiência, no que se refere a demissão do empregado público, se exigisse dos gestores destas entidades motivação para a prática do ato, para evitar

⁵⁵ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

excessos guiados por crenças pessoais que não contribuem com o aprimoramento a Administração Pública.

5 Referências

CARVALHO FILHO, J. d. S., 2020. *Manual de Direito Administrativo*. 34. ed. ed. São Paulo: Atlas S. A..

DANTAS, A., 2019. *Agentes Públicos: Doutrina e Jurisprudência para Utilização Profissional*. 1 ed. ed. Salvador: Editora JusPodium.

DI PIETRO, M. S. Z., 2020. *Direito Administrativo*. 33 ed. ed. Rio de Janeiro: Forense.

FACCIOLI, P. H. G. & RAVENA, P. B., 2019. *Direito do Trabalho na Jurisprudência do TST: Análise de Temas Atuais e Polêmicos*. Salvador: Editora JusPodium.

GASPARINI, D., 2003. *Direito Administrativo*. 8. ed. ed. São Paulo: Saraiva.

MAFFINI, R., 2016. *Elementos de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

MELLO, C. A. B. d., 2016. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. ed. São Paulo: Malheiros Editores.

ROSA JUNIOR, E. R., 2019. *JUS.COM.BR*. [Online]

Available at: <https://jus.com.br/artigos/75925/fundacoes-publicas-e-sua-natureza-juridica>

[Acesso em 27 10 2021].