

## A DISPENSA DOS EMPREGADOS DAS EMPRESAS ESTATAIS E A EXIGÊNCIA DE MOTIVAÇÃO

Marcelo Brito Queiroz, advogado.

marcelobritoqueiroz@bol.com.br

1. Introdução; 2. Administração Pública e função administrativa; 3. Regime jurídico administrativo; 3.1. Noções sobre o conceito de princípio; 3.2. Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular; 3.3. Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público; 3.4. Princípio da Legalidade; 3.5. Princípio da Isonomia; 2.6. Princípio da Impessoalidade; 3.7. Princípio da Moralidade; 3.8. Princípio da Eficiência; 3.9. Princípio da Motivação; 3.10. Princípio da Publicidade; 3.11. Princípio da Segurança Jurídica; 4. Organização Administrativa; 4.1. Conceito de sociedade de economia mista; 4.2. Conceito de empresa pública ; 4.3. Empresas estatais prestadoras de serviço público; 4.4. Empresas estatais exploradoras de atividade econômica; 4.5. Regime jurídico das empresas estatais; 5. Regime de pessoal das empresas estatais; 5.1. Da natureza de contrato; 5.2. Da exigência de concurso público; 5.3. Da possibilidade de dispensa do empregado da empresa estatal independente de motivação; 6. Conclusão; 7. Referências.

# 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende analisar a possibilidade de dispensa sem motivação dos empregados públicos das empresas estatais.

Imprescindível, antes de tecer comentários acerca desta possibilidade, tratar, e ainda que sucintamente, a Administração Pública e a sua função administrativa. Feito isto, faz-se mister identificar o regime jurídico no qual está inserido a Administração. Trata-se do regime jurídico administrativo, fundado na necessidade de proteger a coisa pública. Para tanto, sujeita os entes que lhe integram (dentre eles estão as empresas públicas) a uma série de sujeições e lhes atribuem um leque de prerrogativas.

Este regime jurídico administrativo é composto por uma série de princípios. Estes têm tamanha importância face à temática aqui abordada, que se julgou necessário discorrer noções conceituais acerca de princípio. A partir de então, estudar-se-á, no dizer do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, o binômio do Direito Administrativo. Trata-se da conjugação dos princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e da indisponibilidade do interesse. Deste binômio decorrem os demais princípios do Direito Administrativo. São eles: princípio da legalidade, princípio da isonomia, princípio da impessoalidade, princípio da moralidade, princípio da eficiência, princípio da motivação, princípio da publicidade, princípio do devido processo legal, razoabilidade e proporcionalidade e princípio da segurança jurídica.

O presente estudo será guiado à luz destes princípios e pretende criticar eventuais desrespeitos que contra eles sejam cometidos.

A fim de identificar as empresas públicas com a própria Administração, justificando a sua sujeição ao regime jurídico administrativo, faz-se, a seguir um breve apanhado sobre a organização administrativa. Esta organização apõe as empresas públicas como integrantes da administração indireta, dividindo-a em empresas públicas e sociedades de economia mista.

Partir-se-á, então, para os conceitos doutrinários de empresas públicas e sociedades de economia mista. Depois de bastante conceituadas, passar-se-á ao regime jurídico peculiar destas empresas públicas, sem olvidar de distinguir este regime nas hipóteses de empresas estatais prestadoras de serviços públicos e exploradoras das atividades econômicas.

Somente depois desta macro-análise será possível identificar com inteligência o regime de pessoal de tais empresas e a natureza da relação com o ente empregador. Discorrer-se-á, a partir de então sobre se incide ou não o regime de estabilidade do servidor público a estes empregados públicos, e dentre estes os empregados públicos da empresas estatais.

Acentuada a exigência de concurso público para a investidura deste empregados e percebida a inaplicabilidade da estabilidade do servidor estatutário, analisar-se-á, a partir de então, a exigibilidade de motivação no ato de dispensa destes servidores. Far-se-á, neste diapasão, estudo sobre o que têm decidido os tribunais superiores neste sentido. Pretende-se fazer análise crítica sobre o conteúdo jurídico de tais decisões, verificando se estão de acordo ou em divergência com os princípios reitores do regime jurídico administrativo, mencionados anteriormente.

Feitas as referidas análises, adotar-se-á posição que de acordo com estas análises estejam de acordo com a Constituição e com o sistema jurídico do Direito Administrativo.

Adotado o posicionamento retro-referido, trar-se-á a lume a situação peculiar das empresas públicas que tenha como objeto atividade em monopólio, sempre à luz da jurisprudência dos tribunais superiores.

## 2. Função administrativa e Administração Pública

Ao tratar desta matéria, é mister expor o conceito de Otto Mayer, citado por José dos Santos Carvalho Filho: “A administrativa é a atividade do Estado para realizar seus fins, debaixo da ordem Jurídica” (Carvalho Filho, 2006).

O pensamento deste grande jurista alemão, Otto Mayer, mostrava, desde o final do século passado, que a função administrativa pode ser focada sob dois aspectos. O primeiro relativo ao sujeito da função (aspecto objetivo). E o segundo, relativo aos efeitos jurídicos que esta função propicia. Este enfoque influenciou praticamente toda doutrina administrativista que se seguiu. Dentre eles, Tomás Hutchinson (2003):

Ya dije que el concepto Administración, y por lo tanto administrativo, tiene varias acepciones, pero para lo que aquí interesa, se le suele dar una doble significación: a) un aspecto subjetivo, estructural, de organización em cuanto sujeto, y b) su actividad, sus funciones, el régimen jurídico de sus actos.

Esta observação é de suma importância quando se tem em vista que a função administrativa não é exercida somente pelo Poder Executivo (que na verdade é função executiva), mas também pelos Poderes Judiciário e Legislativo.

No puedo seguir abordando el tema sin partir del concepto mismo de función administrativa, puesto que de su extensión depende a quién o a quiénes se les reconoce su ejercicio. Es aquí donde surge la primera dificultad, en la medida en que, salvo raras excepciones, el análisis y determinación del concepto de función administrativa es referido exclusivamente al Poder Ejecutivo. No solo se excluye de su tratamiento a entes como los que nos ocupan sino que también se lo hace con las funciones administrativas de los poderes legislativo y judicial y con entes típicamente estatales que prestan un servicio público (Hutchinson, 2003).

O que ocorre é que cada um dos três poderes (na verdade, repita-se, funções) exerce sua função precípua e exerce, também de forma atípica a função precípua dos outros.

Feitas estas análises podemos perceber e entender quais são os sentidos mais comumente utilizados para a expressão Administração Pública:

A) em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa;

B) em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente ao Poder Executivo (Pietro, 2001).

Consoante doutrina do professor Dirley da Cunha Junior (2006), a atividade administrativa compreende, hodiernamente, no mais das vezes:

a) prestação de serviços públicos, consistentes na atividade da Administração Pública de, através dos seu próprios órgãos ou através da administração indireta ou por meio de concessionários, permissionários ou autorizatários, proporcionar utilidades ou comodidades a fim de satisfazer as necessidades dos administrados;

b) exercício do poder de polícia administrativa, consistente na “atividade de conter ou restringir o exercício das liberdades e o uso, gozo e disposição da propriedade, tendo por fim adequá-los aos interesses públicos e ao bem-estar social da comunidade”;

c) atividade de fomento à “iniciativa privada de utilidade pública”;

d) atividade de intervenção direta e indireta. A direta através de suas empresas estatais (empresas públicas e sociedade de economia mista) e indireta através da atuação indireta, por meio da regulamentação e fiscalização da atividade econômica de natureza privada.

E, então, conclui o professor:

Todavia, com o crescimento das finalidades do Estado, por vezes revela-se difícil identificar as funções ou atividades administrativas. Por essa razão, talvez seja melhor conceituar a administração pública, sob o ângulo funcional, de forma remanescente ou por exclusão, como o conjunto de funções ou atividades públicas que não correspondam às legislativas e jurisdicionais (Cunha Junior, 2006).

### 3. Regime jurídico administrativo

Para desempenhar adequadamente as atividades inerentes função administrativa, os sujeitos da Administração Pública, e as atividades por eles desempenhadas, se submetem a um regime jurídico diferenciado que importa em prerrogativas e sujeições. É o chamado regime jurídico administrativo.

Este regime jurídico administrativo é um conjunto de normas-princípio (distintas dos princípios gerais de direito como se observará adiante), próprias do Direito Administrativo, garantindo a sua autonomia científica. Este regime jurídico diferenciado se justifica na necessidade do o Estado, ao desenvolver suas atividades promovam a satisfação dos interesses coletivos sem olvidar da proteção aos direitos individuais.

A fim de proteger os direitos individuais o existem

restrições a que está sujeita a Administração, sob pena de nulidade do ato administrativo e, em alguns casos, até mesmo a responsabilização da autoridade que o editou. Dentre tais restrições, citem-se a observância da finalidade pública, bem como os princípios da moralidade administrativa e da legalidade, a obrigatoriedade de dar publicidade aos atos administrativos e, como decorrência dos mesmos, a sujeição à elaboração de concursos públicos para seleção de pessoal e de concorrência pública para a elaboração de acordos com particulares (Pietro, 2001).

E para que a Administração possa satisfazer as necessidades coletivas de forma apropriada, goza de

prerrogativas ou privilégios, desconhecidos na esfera de direito privado, tais como a auto-executoriedade, a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens e serviços, o de ocupar temporariamente o imóvel alheio, o de instituir servidão, o de aplicar sanções administrativas, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia. Goza, ainda, de determinados privilégios como a imunidade tributária, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução, presunção de veracidade de seus atos (Pietro, 2001).

Não nos parece, porém, apropriada a expressão privilégio por acreditarmos se tratar mais de um dever-poder que propriamente um poder, pois o beneficiário

é o interesse público. E este é indisponível, como se verá em momento oportuno.

Consustanciam o sistema do regime jurídico administrativo os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular, da indisponibilidade do interesse público (que compõem, segundo o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, o binômio do Direito Administrativo), o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o princípio da impessoalidade o princípio da moralidade, o princípio da eficiência, o princípio da publicidade, o princípio da finalidade pública, o princípio da motivação, o princípio do devido processo legal, razoabilidade e proporcionalidade e o princípio da segurança jurídica, que serão doravante estudados amiúde.

Por se tratar de um sistema normativo de regras e princípios, nos utilizaremos da “descodificação” sugerida por Canotilho:

(1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Calies), traduzida na disponibilidade e “capacidade de aprendizagem” das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da “verdade” e da “justiça”; (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, feita através de normas; (4) é um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema podem revelar-se sob a forma de princípios ou sob a forma de regras(Canotilho, 2003).

### 3.1. Noções sobre o conceito de princípio

O professor Fábio Konder Comparato leciona que em linguagem filosófica clássica não se falava em fundamento, e sim em princípio. Afirma que Aristóteles, em passagem de sua Metafísica, exercitando o gênio analítico e classificatória que o celebrizou, atribui ao arquê várias acepções. Estas foram unificadas, afirmando-se que princípio sempre é “a fonte do onde deriva o ser, a geração, ou o conhecimento”. Ou seja, trata-se da “primeira condição da existência da algo”.

Observa, também, que a noção de arquê, no pensamento aristotélico não guardava relação com o que entendemos por ética. Somente a partir dos estudos de Emmanuel Kant que o princípio passa a ser composto pela noção de razão justificante das ações.

Kant apresenta, na sua Crítica da Razão Pura, o desenvolvimento da noção de princípio para fundamento, com um raciocínio, no dizer de Comparato, tipicamente jurídico. Em outra obra, Metafísica dos Costumes,

a dedução transcendental no campo ético tomo claramente a acepção de razão justificativa, e visa encontrar, em última instância, o “supremo princípio da moralidade” (das oberste Prinzip der Moralität), o qual não é outro senão o que Kant denominou imperativo categórico, isto é, uma “lei prática incondicional” ou absoluta, que serve de fundamento último para todas as ações humanas (Comparato, 2000)

Ou seja, em sua origem no pensamento aristotélico princípio significaria fonte ou princípio de algo, enquanto na filosofia ética Kantiana passa a significar razão justificante.

Hodiernamente, podemos aproveitar a preciosa lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes de um todo unitário que há por nome de sistema jurídico positivo.

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada (Mello, 2005).

Não devemos confundir os princípios-norma, que serão aqui tratados com os princípios gerais de direito previstos na Lei de Introdução do Código Civil.



Aqueles são de obediência obrigatória, como bem acentuou o professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Estes são apenas instrumentos de integração normativa.

A normatividade dos princípios, afirmada categórica e precursoramente, nos vamos encontrá-la já nessa excelente e sólida conceituação formulada em 1952 por Crisafulli: “Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”(Bonavides, 2004).

Quanto à distinção entre princípios e regras, valiosa é a lição de Humberto Ávila:

A distinção entre princípios e regras, segundo ALEXY, não pode ser baseada no modo “tudo ou nada” de aplicação proposto por DWORKIN, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: **diferença quanto à colisão**, na medida em que os princípios colidentes apenas tem sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; **diferença quanto à obrigação que instituem**, já que as regras instituem **obrigações absolutas**, já que não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem **obrigações prima-facie**, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes (Ávila, 2005).

### 3.2. Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade, sendo condição de sua existência (Mello, 2005).

Esta supremacia é posta como condição da existência de qualquer sociedade uma vez que ela é a finalidade da vida em sociedade. O homem é um ser gregário pela sua própria natureza. Tende a viver em grupos sociais. Mas, para isso deve ceder sujeitar a regras sociais é benefício do grupo. Submete-se à vontade do grupo. Costuma perder alguma liberdade. Passa a assumir inúmeros ônus. Tudo isso em benefício do grupo e, mesmo que indiretamente, em benefício próprio por ser integrante do grupo. O indivíduo, quando vive em sociedade, encontra segurança e tranqüilidade.

“O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo seus interesses, em regra, ser equiparados aos direitos sociais” (Carvalho Filho, 2006). Na verdade, a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, não aniquila este. Muito pelo contrário, o protege como integrante do grupo social. Tamanha é a importância e incontestável é o benefício da vida em sociedade, que pouco se tem notícia de seres humanos que vivam em isolamento absoluto por opção. Mas, o benefício da vida social tem um preço (que não é alto): a supremacia do interesse público sobre o particular.

Apesar da incomensurável importância deste princípio, ele não está previsto expressamente na Constituição Federal de 1988. Pouco importa se está ou não expresso. Tal supremacia é claramente perceptível em inúmeros dispositivos constitucionais. A interpretação da Constituição deve estar sendo operada tendo em vista o princípio da unidade da constituição, como leciona o professor Canotilho. Pode-se, portanto, sem dúvida afirmar que ele pulula no texto constitucional.

A supremacia constitucional do interesse público sobre o particular é evidente nos princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, do meio ambiente, princípio da solidariedade previdenciária, a desapropriação, direitos sociais, os objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre justa e igualitária e promover o bem de todos etc.

A legislação infraconstitucional também é farta em exemplos de supremacia do interesse público. São exemplos a requisição administrativa, o tombamento, as cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, poder de polícia etc.

A professora Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona que este princípio, também chamado de finalidade pública deve inspirar o legislador e vincular a autoridade administrativa sempre que atuar. Pois bem, ele está presente tanto no momento da elaboração da lei como na execução concreta pela Administração pública (Pietro, 2001).

A posição de supremacia é muitas vezes expressada através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre Administração e particulares, ao contrário da horizontalidade, típica nas relações entre particulares. Isso significa que o Poder Público se encontra em situação de comando e autoridade relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. Isso implica o reconhecimento de uma desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados. Compreende-se, em face de sua desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral daquela e também o direito de modificar, também unilateralmente, relações já estabelecidas (Cunha Junior, 2006).

O professor Humberto Ávila, em interessante estudo sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, afirma que, na verdade, este não pode ser descrito como um princípio jurídico-constitucional imanente. Acentua que ao invés de termos um “princípio abstrato de supremacia”, teríamos “regras condicionais concretas de prevalência” (variáveis segundo o contexto). E continua:

Dessa discussão orientada pela teoria geral do Direito e pela Constituição decorrem duas importantes conseqüências. Primeira: não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro. A administração não pode exigir um comportamento do particular (ou direcionar a interpretação das regras existentes) com base nesse “princípio”. Aí incluem-se quaisquer atividades administrativas, sobretudo aquelas que impõem restrições ou obrigações aos particulares. Segundo: a única idéia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação

entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais. Como isso deve ser feito, é assunto para outra oportunidade (Ávila, 2006).

Não compartilhamos, porém, deste entendimento. A uma, porque não entendemos que a supremacia do interesse público sobre o particular seja apenas um integrador princípio geral de direito, já que deve pautar toda conduta administrativa e legislativa e não apenas integrar a falta de disposição normativa. Ele por si só é norma-princípio. A duas, porque a necessidade da análise do caso concreto e da aferição da proporcionalidade não tem o condão de equilibrar o interesse público com o privado. Ora, ponderação da proporcionalidade, como se estudará adiante, deve sempre ser feita quando houver conflito de interesses. Mas isso não importa no fim da supremacia.

### 3.3. Princípio da indisponibilidade do interesse público

O princípio da indisponibilidade do interesse pública, juntamente com o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, compõem o que o professor Celso Antônio Bandeira de Mello denominou binômio do Direito Administrativo. Para este autor este binômio é o alicerce de todo Direito Administrativo, sendo sua pedra angular.

A indisponibilidade do interesse público é sucedâneo lógico do Estado Democrático de Direito, onde o poder emana do povo e em seu nome e em seu proveito deve ser exercido. Se o administrador atua em nome e em benefício do povo, qualquer ato que ele pratique nesta função deve buscar o interesse público sempre e de forma indisponível.

“Os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim verdadeira titular dos direitos e interesses públicos” (Carvalho Filho, 2006).

Devido a esta indisponibilidade, a doutrina vem entendendo que as prerrogativas ou poderes públicos são, na verdade, deveres-poder. Algo que não se dispõe não pode ser considerado um privilégio ou um poder. Neste diapasão, tais prerrogativas ou deveres-poder não pertencem ao agente público, mas à função.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em “Discrecionalidade e controle estatal”, sintetiza:

Uma vez que a atividade administrativa é desempenho de função e dado que função é o cumprimento obrigatório do dever de atingir uma finalidade antecipadamente estabelecida através do manejo de poderes exercitáveis no interesse de outrem, e estabelecido que a lei sempre e sempre impõe, como é natural, o dever de buscar-se a medida que atenda de modo preciso sua finalidade, resulta de certo que a liberdade administrativa acaso conferida por uma norma de direito não significa sempre liberdade de eleição entre indiferentes jurídicos. Não significa poder de opções livres, como as de direito privado. Significa o dever jurídico funcional (questão de legitimidade e não de mérito) de acertar, ante a configuração do caso concreto, a providência – isto é, o ato – ideal, capaz de atingir com exatidão a finalidade da lei, dando, assim, satisfação ao interesse de terceiros – interesse coletivo e não do agente (grifo nosso)– tal qual firmado na regra aplicanda (Mello, 2003).

### 3.4. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é, no dizer do professor José Afonso da Silva, a nota essencial do Estado de Direito (Silva, 1997). É, antes de tudo, uma proteção ao cidadão, mormente face ao Estado, mas também face aos seus pares. Tal princípio está consagrado no art. 5º, II, da Constituição, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Mister diferenciar este princípio do princípio da reserva legal. A legalidade pressupõe a submissão e o respeito à lei. Já a reserva “consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de se fazer por lei formal” (Silva, 1997). Aponta-se outra importante dessemelhança entre a legalidade e a reserva legal. A primeira trata de hierarquia das fontes normativas, enquanto

a segunda trata de questões de competência, como cunhou Starck, citado por José Afonso da Silva (Silva, 1997).

A aplicação do princípio da legalidade ocorrerá de modo distinto a depender do ente a que é dirigido. O já citado art. 5º, II, da Constituição, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, aplica-se ao particular. Quando o ente a que se dirige o princípio da legalidade é a Administração, o comando é outro: a Administração somente pode agir quando e como a lei determinar.

Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello, citando alguns autores, clarifica:

Michel Stassinopoulos, em fórmula sintética e feliz, esclarece que, além de não poder atuar contra legem ou praeter legem, a Administração só poderá agir secundum legem. Aliás, no mesmo sentido é a observação de Alessi, ao averbar que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque está só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza. Afonso Rodrigues Quiró afirma que a Administração 'é a longa manus do legislador' e que 'a atividade administrativa é a atividade de subsunção dos fatos às categorias legais'"(Mello, 2005).

O mesmo autor ainda aponta três exceções ao princípio da legalidade. A primeira exceção seria o dever de obediência às medidas provisórias, que não são lei em seu sentido estrito. A segunda seria nas hipóteses de situações extraordinárias ensejadoras de estado de defesa. A terceira seria nas hipóteses também extraordinárias que ensejem estado de defesa.

### 3.5. Princípio da Isonomia

O caput do art. 5º da Constituição Brasileira dispõe sobre o princípio da isonomia ao asseverar que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello leciona todos os abrangidos pela lei "hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio

ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes”. Nas hipóteses de situações diversas, deve haver tratamento distinto. Mas esta distinção deverá ocorrer na medida da desigualdade, pois “fator objetivo algum pode ser escolhido aleatoriamente, isto é, sem pertinência lógica com a diferenciação procedida” (Mello, 2000).

Lembra, também, que o preceito magno da igualdade é voltado tanto para o aplicador do direito quanto para o legislador, pois, “não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas” (Mello, 2000).

A professora Lúcia Valle Figueiredo define com ser de cabal importância a exata dimensão do princípio da igualdade no entendimento da discricionariedade, uma vez que, se atento se estiver ao cumprimento do princípio, “ver-se-á quando a Administração pode desigualar, quando pode agir adotando certos discrimines e quando não pode como, por exemplo, em atos administrativos gerais” (Figueiredo, 2005).

Finalmente, Celso Antônio Bandeira de Mello conclui que:

Há ofensa ao preceito da isonomia quando:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando se pretende tomar o fator “tempo” – que não descansa no objeto – como critério diferencial.

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V – A interpretação de norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidas por ela de modo claro, ainda que por via implícita (Mello, 2000).

### 3.6. Princípio da Impessoalidade

O Princípio da Impessoalidade está previsto no art. 37 da Constituição Brasileira de 1988. A exigência da aplicação deste princípio, tanto pode ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. Quanto a aqueles, corresponde à exigência de que a Administração sempre atue visando à finalidade pública. “Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre que o interesse público que tem que nortear o seu comportamento” (Pietro, 2001). Além disso, qualquer atividade administrativa que, neste sentido, estiver em descompasso com a finalidade pública, além de ofender a impessoalidade e a legalidade (já que aquele está previsto na lei), haverá também vício por desvio de finalidade.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello pontifica que o Princípio da Impessoalidade é corolário do princípio da igualdade ou isonomia:

Nele se traduz a idéia de que a administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, caput, da Constituição. Além disso, assim como “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, caput), a fortiori teriam de sê-lo perante a Administração (Mello, 2005).

Quando a aplicação deste princípio se refere à própria Administração, há a determinação de que os atos desta não sejam imputados ao funcionário que os pratica, mas à entidade administrativa que a que tal funcionário seja vinculado. Este princípio esta constitucionalmente consubstanciado no art. 37, parágrafo 1º, que reza: “A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social,



dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades e servidores públicos”.

O professor Dirley da Cunha Junior lembra, ainda que “outra aplicação este princípio encontra-se em matéria de exercício de fato, quando se reconhece validade aos atos praticados por agente irregularmente investido no cargo ou função, sob o fundamento de que os atos são do órgão, e não do agente público” (Cunha Junior, 2006).

### 3.7. Princípio da Moralidade

O Princípio da Moralidade impõe que a Administração pautar sua conduta de acordo com os ditames da ética. Mesmo que uma conduta não inflija qualquer dispositivo legal, se for imoral ela será inválida. Nesse desiderato, na medida que o Princípio da Moralidade está previsto na Constituição e na lei, a pura imoralidade torna o ato ilegal. Ou seja, a inobservância dos preceitos éticos implica em ilicitude merecedora de invalidação.

Compreendem-se neste âmbito os princípios da lealdade e da boa-fé (Mello, 2005). A boa-fé exigida da Administração engloba moralidade comum, mas a ela não se resume. A ética é exigida ao particular e é de observância imprescindível quando este se relacionar com a Administração. A esta, porém, não basta ser uma contratante leal e de boa-fé e “mesmo os comportamentos ofensivos à moral comum implicam ofensa ao princípio da moralidade administrativa” (Pietro, 2001). A moralidade deve estar presente em todas as suas condutas e atividades. Ou seja, à Administração é exigível moralidade enquanto parte, enquanto no exercício da função administrativa e em conduta que ela realize.

É a lição do Professor José dos Santos Carvalho Filho:

O princípio da moralidade impõe que o administrador não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência e oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do

que é desonesto. Acrescentamos que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre Administração e administrados em geral, como também internamente, ou seja, entre a Administração e os agentes públicos que a integram (Carvalho Filho, 2006).

O professor Dirley da Cunha Junior ensina que, segundo o Supremo Tribunal Federal, “o princípio da moralidade administrativa revela-se com valor constitucional impregnado de substrato ético e erigido à condição de vetor fundamental que rege as atividades do Poder Público”. Segue afirmando que este “representa verdadeiro pressuposto de legitimação constitucional dos atos emanados do Estado” (Cunha Junior, 2006).

### 3.8. Princípio da eficiência

O princípio da eficiência foi introduzido pela Emenda Constitucional nº19/98, denominada “Reforma Administrativa”. Com ela, o princípio da eficiência passou a integrar o caput do art. 37 da Constituição Federal, juntamente com o princípio da legalidade, princípio da moralidade, princípio da impessoalidade e o princípio da publicidade.

A partir deste princípio, não basta que o administrador ao exercer suas funções alcancem a finalidade pública. Este alcance deve acontecer da forma mais eficiente possível. Os professores Paulo Modesto (2006) e Celso Antônio Bandeira de Mello (2005), destacam que tamanha é sua correlação com a função administrativa que não seria necessário estar previsto em lei para ser exigido.

A professora Maria Sylvia Zanella di Pietro aponta para os dois aspectos do princípio da eficiência:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública,

também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Na obra atualizada do professor Hely Lopes Meirelles há referência à eficiência como princípio imposto a todo agente público que deve, no exercício de suas funções deve atuar com presteza, perfeição e rendimento funcional.

O professor Antônio Carlos Cintra do Amaral ainda acentua:

Volto ao tema deste comentário, dizendo que à vista do acima exposto entendo que o **princípio da eficiência**, contido no "caput" do art. 37 de Constituição, refere-se à noção de **obrigações de meios**. Ao dizer-se que o agente administrativo deve ser **eficiente**, está-se dizendo que ele deve agir, como diz **Trabucchi**, com "*a diligência do bom pai de família*". E aí não há como evitar uma indagação: se esse é o "*significado objetivo*" do **princípio da eficiência**, será que foi de alguma utilidade sua explicitação no texto constitucional, ou ele é, como diz **Celso Antônio Bandeira de Mello**, "*um adorno agregado ao art. 37*"?

Por último, saliento que não vejo oposição entre os princípios da **eficiência** e da **legalidade**. A pessoa privada, que age dentro da chamada "*autonomia da vontade*", não está desobrigada de cumprir a lei. Muito menos a Administração Pública, que deve agir **em conformidade com a lei**. Adotando a distinção efetuada por **André Gonçalves Pereira** ("*Erro e Ilegalidade no Ato Administrativo*", Lisboa, Ática, 1962), entre **licitude** e **legalidade**, posso dizer que a atuação das pessoas privadas deve ser **eficiente e lícita**, enquanto a atuação do agente administrativo deve ser **eficiente e legal**. Em outras palavras: dizer-se que a Administração está autorizada a praticar **atos ilegais**, desde que isso contribua para aumentar sua eficiência, é no mínimo tão absurdo quanto dizer-se que uma empresa privada pode praticar **atos ilícitos**, desde que isso contribua para aumentar sua eficiência.

### 3.9. Princípio da Motivação

O Princípio da Motivação obriga a Administração a justificar seus atos, devendo, prévia ou concomitantemente, apontar-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a decisão tomada (Mello, 2005).

A professora Maria Sylvia Zanella di Pietro alerta que este princípio já está consagrado pela doutrina e jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que atribuíam a sua obrigatoriedade somente aos atos discricionários ou somente aos atos vinculados. A autora afirma que “a sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos” (Pietro, 2001).

A motivação não se confunde com o motivo. Enquanto este é o elemento do ato administrativo, aquela é exteriorização forma e escrita do motivo. Esta exteriorização é imprescindível ao Estado Democrático de Direito. Não se pode conceber uma verdadeira democracia se o titular do poder, o povo, não sabe o que se faz e porque se faz. A exigência desta motivação é meio eficiente para possibilitar o controle sobre os atos praticados pela Administração. O motivo deve, então, além de existir e ser idôneo, deve ser anterior ou concomitante.

Assim, atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário toda vez que sua fundamentação tardia, apresentada apenas depois de impugnados em juízo, não possa oferecer segurança e certeza de que os motivos aduzidos efetivamente existiam ou foram aqueles que embasaram a providências contestada (Mello, 2005).

A Constituição Brasileira de 1988, art. 93, incisos IX e X, prevê a exigência de motivação das decisões judiciais e administrativas do Poder Judiciário. A professora Lucia Valle Figueiredo, então, observa que “se quando o Judiciário exerce função atípica – a administrativa – deve motivar, como conceber esteja o administrador desobrigado da mesma conduta?” (Figueiredo, 2003).

A lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999, trata da exigência da motivação no seu art. 50:

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

I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

- II – imponham ou agravem deveres direitos ou interesses;
- 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.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou termo por escrito.

Convém lembrar que a doutrina vem, majoritariamente se inclinando a entender aplicável a exigência da motivação, em regra, a todos os atos administrativos e não somente estes elencados neste dispositivo. Diz-se em regra, pois a própria Constituição excepciona tal exigência. É o caso dos cargos em comissão que são de livre nomeação e exoneração, podendo ocorrer a exoneração independente de motivação. Contudo, caso o administrador exteriorize o motivo, a este ele estará vinculado, ainda que não fosse obrigado a motivá-lo. É a aplicação da Teoria dos Motivos Determinantes.

### 3.10. Princípio da Publicidade

O professor José dos Santos Carvalho Filho (2006) leciona que este princípio indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação

possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Neste sentido, afirma que só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência que se revestem.

O princípio da publicidade também apresenta uma dupla acepção em face do sistema decorrente da CF/1988. Em sua formulação mais conhecida, refere-se o princípio à publicação oficial dos atos administrativos a fim de que eles possam produzir efeitos externos. Evidentemente, em um Estado de Direito, é inconcebível a existência de atos sigilosos ou confidenciais que pretendam criar, restringir ou extinguir direitos para os administrados.

Este princípio é indispensável ao regime jurídico administrativo, pois somente ele oferece aos administrados e aos eventualmente afetados pela atividade administrativa, de verificar que os outros princípios da Administração esteja sendo respeitados.

A exigência de publicação oficial dos atos externos da Administração não é um requisito de validade dos atos Administrativos, mas sim pressuposto de sua eficácia. Assim, enquanto não verificada a publicação do ato, não estará ele apto a produzir efeitos perante seus destinatários externos ou terceiros.

(...)

O outro aspecto do princípio da publicidade diz respeito à transparência da atividade administrativa como um todo (Alexandrino; Paulo, 2002).

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2005), acentua que não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo, ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.

### 3.11. Princípio da Segurança Jurídica

As pessoas físicas e jurídicas dependem de estabilidade para avaliar o passado e planejar o futuro. As pessoas jurídicas, públicas ou privadas, dependem de uma certa estabilidade das relações jurídicas para guiar suas ações. Sem esta segurança não haveria, nem mesmo, certeza da dimensão do que está realmente integrado ao seu patrimônio. Não há como pautar planos para o futuro se não houver certeza do que é o presente. O indivíduo, além de necessitar da segurança para planejamento, depende da tranquilidade para desenvolver suas atividades cotidianas. A incerteza fere mais ao homem do que um infortúnio indubitável.

Esta estabilidade é o cerne do princípio da segurança jurídica ou princípio da estabilidade das relações jurídicas. Sem ele a simples mudança de interpretação geraria insegurança. Esclarecedora é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Esta ‘segurança jurídica’ coincide com uma das mais profundas aspirações do homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas” (Mello, 2005).

O professor Carvalho Filho, acentua que no direito comparado, especialmente no direito alemão, nos estudos sobre a necessidade da estabilização de certas situações jurídicas, principalmente em virtude do decurso do tempo e da boa-fé, tem havido a distinção dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança. O primeiro se referiria à estabilização jurídica e se consubstanciaria no aspecto objetivo do conceito. O segundo se referiria ao sentimento do indivíduo em relação a atos, principalmente do Estado, dotados de presunção de legitimidade e com a aparência de legalidade. Seria, então, o aspecto subjetivo deste conceito (Carvalho Filho, 2006).

Esta proteção não foi olvidada pelo legislador nacional, que o previu de forma expressa no art. 2º, da Lei nº 9784, de 29.1.99. Este princípio ainda está presente nesta lei no seu art. 54, nestes termos: “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decaís em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada a má-fé”.

Convém, finalmente, apresentar a lição da professora Maria Sylvia Zanella di Pietro, que, com propriedade, alerta sobre a prudência necessária na utilização deste princípio:

“O princípio tem que ser aplicado com cautela, para não levar ao absurdo de impedir a administração de anular atos praticados com inobservância da lei. Nesses casos, não se trata de uma mudança de interpretação, mas de ilegalidade, esta sim a ser declarada retroativamente, já que atos ilegais não geram direitos” (Pietro, 2001).



## 4. Organização administrativa

O Estado, com o fito de melhor desempenhar suas atividades-fim, pode organizar a sua estrutura de diferentes formas. Além da estrutura escolhida pelo poder constituinte – unitário ou federal, o Estado pode optar por atuar diretamente, através da sua administração direta, ou atuar indiretamente, através da sua administração indireta.

Quando o atua pela administração direta, através de órgão, diz-se haver desconcentração. Os órgãos consistem num centro ou círculo de competências ou atribuições, desprovidos de personalidade jurídica e instituído por lei para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja situação é imputada à pessoa jurídica criadora.

De outra banda, ocorre a descentralização administrativa quando são criadas entidades dotadas de personalidade jurídica para desempenhar certas e determinadas atividades em caráter especializado – princípio da especialidade. Trata-se da administração indireta, composta por pessoas jurídicas de direito público ou privado, com personalidades jurídicas distintas da do ente que as criou. As entidades que compõem a Administração indireta são as autarquias, as fundações públicas e as empresas públicas.

A autarquia, no dizer da professora Maria Sylvia Zanella di Pietro (2001), é a pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de auto-administração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei.

A fundação pública, na lição do professor José dos Santos Carvalho Filho (2006), é a pessoa jurídica de direito público, caracterizada pela circunstância de ser atribuída personalidade jurídica a um patrimônio preordenado a um certo fim social.

As sociedades de economia mista e as empresas pública, que compõem os entes denominados empresas públicas serão conceituados no próximo item, com pormenor. Estes entes podem atuar prestando serviço público, bem como explorando atividade econômica. A depender desta ou daquela atividade, o seu regime jurídico será seriamente afetado, como se perceberá.

O professor Dirley da Cunha Junior ainda lembra:

Todavia, em face do advento da Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005, que dispôs sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetos de interesse comum, foi prevista a possibilidade de mais uma entidade da Administração Indireta: as associações públicas, que são entidades formadas por consórcios públicos celebrados entre as entidades da Federação com natureza jurídica de Direito Público (Dirley. 2006).

Frise-se que na busca pelo atendimento do interesse público, o Estado poderá delegar algumas de suas atividades a entes particulares que não integrarão a Administração, direta ou indireta.

#### 4.1. Conceito de sociedade de economia mista

Em relação às sociedades de economia mista, o professor José dos Santos Carvalho Filho, em seu Manual de Direito Administrativo (2006), conceitua:

Sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado, integrante da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob a forma de sociedades anônimas, cujo controle acionário pertença ao Poder Público, tendo por objetivo como regra, a exploração de atividades gerais de caráter econômico e, em algumas ocasiões, a prestação de serviços públicos.

A professora Fernanda Marinela, em sua obra Direito Administrativo (2005), leciona:

A sociedade de economia mista, por sua vez é a pessoa jurídica cuja criação é autorizada por lei, é um instrumento de ação do Estado,

dotada de personalidade jurídica de direito privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de sua finalidade pública, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto, pertençam, em sua maioria, ao ente político ou à acionária seja de propriedade particular.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu Curso de Direito Administrativo conceitua assim conceitua sociedade mista federal:

Sociedade de economia mista federal há de ser entendida como a pessoa jurídica cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular (2005).

No dizer do professor Marçal Justen Filho a “sociedade de economia mista é uma sociedade anônima sujeita a regime diferenciado, sob o controle de entidade estatal, cujo objeto social é a exploração de atividade econômica ou prestação de serviço público (2005)”.

## 4.2. Conceito de empresa pública

O professor José dos Santos Carvalho Filho, em seu Manual de Direito Administrativo (2006), conceitua:

Empresas públicas são pessoas jurídicas de direito privado, integrante da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob qualquer forma jurídica adequada a sua natureza, para que o Governo exerça atividades gerais de caráter econômico ou, em certas situações, execute a prestação de serviços públicos.

A professora Fernanda Marinela, em sua obra Direito Administrativo (2005), ensina que:

A empresa pública é a pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade jurídica de direito privado, mas submetidas a certas regras especiais decorrentes da finalidade pública que persegue, constituída sob quaisquer das formas admitidas em direito e cujo capital seja formado unicamente por recursos públicos, de pessoas da Administração Direta ou Indireta.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu Curso de Direito Administrativo conceitua assim conceitua empresa pública federal:

Deve-se entender que empresa pública federal é a pessoa jurídica criada por autorização legal como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privada, mas submetidas a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo capital seja formado unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas administrações indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal.

Finalmente, é o conceito do professor Marçal Justen Filho:

Empresa pública é uma pessoa jurídica de direito privado, dotada de forma societária, cujo capital é de titularidade de pessoas de direito público e cujo objeto social é a exploração de atividade econômica ou a prestação de serviço público(2005).

### 4.3. Empresas estatais prestadoras de serviço público

O art. 175 da Constituição Federal atribui ao Poder Público a incumbência de, na forma da lei, prestar serviços públicos, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, mas sempre precedida de licitação.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello, assim conceitua serviço público:

Serviço Público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia de restrições especiais – , instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo (Mello, 2006).

Este autor verifica que a noção de serviço público é composta de dois elementos. O primeiro é seu substrato material, que consiste na prestação de utilidade pública ou comodidade fruível singularmente pelos administrados. O segundo elemento é o substrato formal, “que lhe dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um específico regime jurídico de Direito Público, isto é, numa ‘unidade normativa’”.

Este regime de Direito Público, mencionado alhures, predominará no regime das empresas estatais quando estas forem prestadoras de serviços públicos. Tal aplicação se justifica pela aproximação destes entes, que têm natureza jurídica de direito privado, aos entes de direito público no que tange a sua finalidade: prestar serviço público.

Considera-se, em regra, que as empresas estatais prestadoras de serviços públicos são concessionárias de serviço público. O professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2005), no entanto, alerta que quando estas prestadoras forem formadas exclusivamente por recursos oriundos da mesma esfera governamental que as criou com este desiderato, seria “forçoso” tê-las como concessionárias. Isto porque, seria como se houvesse, na prática, uma coincidência entre o ente concedente e o ente concessionário.

Neste diapasão, há clara distinção entre as empresas públicas e as sociedades de economia mista. As primeiras não podem ser consideradas concessionárias de serviço público se seu patrimônio for constituído pelo mesmo ente em exclusividade – União, Estados, Municípios ou Distrito Federal – ou integrado pó este ente juntamente com um outro integrante da sua administração indireta. Por outro lado, se houver integração de recursos provenientes de esferas administrativas distintas, será possível concessão.

Quanto às sociedades de economia mista que em regra mantêm integração entre capital público e privado, haverá necessariamente regime de concessão de serviço público. Ora, nestas hipóteses há clara distinção entre “criador” e “criatura” (Mello, 2005). Tal distinção não ocorreria em relação às empresas

públicas formadas exclusivamente por recursos oriundos da mesma esfera governamental que as criou.

#### 4.4. Empresas estatais exploradoras de atividade econômica

O professor Caio Tácito leciona que a empresa constituída pelo Estado visando fins econômicos tem antecedentes históricos que remontam as companhias holandesas e portuguesas que, nos séculos XV e XVI, corporificavam à conquista de mares e terras desconhecidas, novas fontes de suprimento para os mercados europeus mediante intercâmbio e importação de mercadorias (Tácito, 1997).

O Estado intervém no domínio econômico ao exercer o poder de polícia (atividade estatal condicionadora do exercício de certos direitos de modo a adequá-los ao interesse coletivo), ao fomentar a iniciativa privada de utilidade pública e, diretamente, através de suas empresas estatais.

Estas empresas estatais, empresas públicas ou sociedades de economia mista, somente explorarão atividade econômica, excepcionalmente, quando for necessário à segurança nacional e ao interesse coletivo. Estas restrições estão expressa no texto constitucional, no seu art. 173:

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 - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

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

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores;

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

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Além de tornar excepcional esta modalidade de intervenção, a Constituição uniu estas empresas estatais exploradoras de atividade econômica de instrumentos par que houvesse equilíbrio entre elas e o setor privado. Neste diapasão, estes entes a fim de que disponham da agilidade característica do setor privado, estarão sujeitas ao regime jurídico próprio do setor privado, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (como visto no inciso II retro-transcrito). Por outro lado, para que não haja desequilíbrio em desfavor do setor privado, as empresas públicas não poderão gozar de privilégios não extensíveis ao setor privado.

Cumpra apenas observar que há exagero na dicção do § 1º do art. 173, pois, se é fato que as entidades em causa se submetam basicamente ao Direito Privado, não menos verdade é que sofrem o influxo do princípios e normas publicísticas, a começar por uma série deles radicados na própria Constituição, conforme dantes se ressaltou no capítulo sobre figuras da administração indireta. Aliás, o próprio parágrafo em questão refere, no inciso III, sua sujeição a “licitação e contratação de obras e serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública” – exigências estas, que, obviamente, não se propõem para a generalidade das empresas privadas. Por força disto, então, é visível que não estão submetidas ao “regime jurídico próprio das empresas privadas”, ao contrário do que consta da literalidade do preceito (Mello, 2006).

Percebe-se, portanto, quanto às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, apesar de haver um aproximação às regras do setor privado, sofrem sujeições publicísticas. Já em relação às prestadoras de serviço público, o regime é predominantemente público.

## 4.5. Regime jurídico das empresas estatais

Como visto, há grande distinção, no que pertine ao regime jurídico, em razão da finalidade exercidas pelas sociedades de economia mista e pelas empresas públicas. Não obstante tenham a personalidade jurídica de direito público, diz-se, na verdade, tratar-se de um regime jurídico híbrido ou misto justificado pela necessidade de atender o interesse público.

Quando a atividade das empresas estatais for dirigida à prestação de serviço público, predominará o regime público. Caso a atividade destes entes seja dirigida a explorar atividade econômica predominará o regime privado.

Neste sentido, leciona a professora Fernanda Marinela:

Para as exploradoras de serviços públicos, em que pese a personalidade jurídica de direito privado, o seu regime em muito se aproxima do direito público, até porque são inafastáveis do conceito de serviços. No silêncio da lei, aplicam-se as regras do regime jurídico-administrativo.

De outro lado, encontram-se as exploradoras de atividade econômica que, em razão desta finalidade, o regime é o que mais se aproxima do direito privado. Para estas pessoas jurídicas, a regra é a aplicação do direito privado, o direito público é a exceção e deve ser aplicado, restritivamente, quando tiver previsão expressa.

A empresa pública e a sociedade de economia mista em obediência ao artigo 37, XIX, da Constituição Federal dependem de lei específica para autorizar a sua criação. O mesmo acontece para autorizar a criação de pessoas jurídicas subsidiárias a estas empresas. E, por consequência, também exige-se lei específica para autorizar sua extinção.

Tais empresas estatais gozam das prerrogativas processuais da fazenda pública e submetem-se a controle interno e externo, sujeitando-se, portanto, à supervisão ministerial e a controle pelo Tribunal de Contas. Além, destes,



também, podem ser alvos dos demais instrumentos de proteção da coisa pública, como ação popular, improbidade administrativa etc.

Quanto às licitações, o art. 119 da Lei das Licitações dispõe que as sociedades de economia mista e empresas públicas, assim como as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União estarão submetidos à exigência de licitação e demais exigências deste diploma legal. Porém, quando explorarem atividade econômica, não se exigirá licitação quando exercer sua atividade-fim e o processo licitatório impedir que estas possam competir no setor privado.

A Constituição, art. 173, determina que as empresas públicas exploradoras da atividade econômica se sujeitarão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, nem poderão gozar de privilégios fiscais não extensíveis às do setor privado.

A Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que trata da falência e a recuperação judicial e extrajudicial, determina que esta tal diploma legal não se aplica às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Como traços distintivos entre a empresa pública e a sociedade de economia mista, podemos destacar três: quanto à forma de organização, quanto à forma de organização de capital e quanto ao foro competente para suas ações judiciais. Quanto à forma de organização, enquanto nas empresas públicas a forma é livre, nas sociedades de economia mista a constituição será sempre na forma de sociedade anônima. Quanto à composição do capital, nas empresas públicas ele é exclusivamente público (proveniente da Administração direta ou indireta), enquanto nas sociedades de economia mista o capital é misto, composto por capital privado e público. Este, assim como o direito a voto, porém deverá ser majoritariamente público. E quanto ao foro competente, caberá à Justiça Federal as lides das empresas públicas da União e à Justiça Estadual as lides das sociedades de economia mista, também federais.

## 5. Regime de pessoal das empresas estatais

Até o advento da Constituição de 1988, os empregados das empresas mistas e públicas eram recrutados mediante critérios subjetivos e pessoais dos seus dirigentes. Segundo o professor Edimur Ferreira de Faria os primeiros a defender a exigência de concurso público, foram, dentre outros, Carlos Pinto Coelho Motta, Hely Lopes Meirelles, Diógenes Gasparini, Carmem Lúcia Antunes Rocha e Antônio Augusto Junho Anastásia.

Há duas regras para os servidores estatais que atuam nas empresas públicas. Uma aplicada aos dirigentes e outra aplicável ao restante do quadro de pessoal. Os primeiros têm dupla função: agente da empresa estatal e representante da entidade que a supervisiona e, em regra, não são empregados da entidade que a supervisiona, salvo se já havia vínculo anterior à função de dirigente.

O restante do quadro é formado por empregados públicos, submetidos à Consolidação das Leis do Trabalho. Se a empresa estatal receber recursos da Administração direta para o pagamento do seu custeio em geral, estão sujeitos, os seu empregados, ao teto constitucional dos servidores públicos, exceto na hipótese de a empresa estatal a qual pertence, não receber recursos da Administração Direta para o pagamento de do seu pessoal. Incide, também, a proibição de acumular cargos, empregos e funções, estando a salvo, porém, as permissões constitucionais para acúmulo. E, servidores públicos que são, estão sujeitos aos remédios constitucionais e aos instrumentos de proteção da coisa pública, como a lei da improbidade administrativa.

### 5.1. Da natureza de contrato

A Constituição, no seu art. 37, II, acentua que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarada em lei de livre nomeação e exoneração (bem como para os empregados temporários, para os quais se recomenda seleção simplificada).

A lei 8112, diploma normativo que regula exclusivamente o servidor o servidor público estatutário, prevê como forma de provimento originário do cargo público. Esta forma de provimento originário não se aplica ao empregado público. Apesar de tanto este quanto o servidor público estatutário ingressam nos quadros da Administração através de investidura após prévia aprovação em concurso público, somente haverá nomeação para os ocupantes de cargos públicos.

Os empregados públicos, ao contrário, apesar de também ingressar na Administração através de investidura após concurso público, não titularizam cargos públicos, mas apenas empregos públicos. A própria Constituição Federal distingue cargo público de emprego público nos incisos I e II, por exemplo. Portanto, “o ocupante de emprego público tem um vínculo contratual, sob a regência da CLT, enquanto o ocupante do cargo público tem um vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos” (Pietro, 2001).

Os cargos e empregos públicos são unidades específicas de atribuição, localizadas no interior dos órgãos, que se distinguem apenas pelo regime jurídico e tipo de vínculo que liga o agente ao Estado. Enquanto o agente titular de cargo público tem vínculo estatutário e institucional, regido, portanto, por um estatuto funcional próprio, o agente ocupante de emprego público tem vínculo trabalhista e contratual, sob a regência da CLT. Ademais disso, distinguem-se também pelo fato de só haver cargos públicos nas entidades de direito público, ao passo que os empregados públicos podem existir nestas entidades públicas e necessariamente nas entidades privadas da Administração Pública Indireta (Dirley, 2006).

O art. 41 da Constituição Federal estabelece que os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo serão estáveis após três anos de efetivo exercício. Como os empregados públicos não são nomeados e não ocupam cargo público, a eles não se aplica a estabilidade cabida aos servidores estatutários.

Este não é o entendimento do TST, pois este tribunal faz distinção não autorizada pela Constituição entre os empregados públicos das empresas estatais e os outros empregados públicos. É a súmula nº 390:

ESTABILIDADE. ART. 41<sup>1</sup> DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL.

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,

---

<sup>1</sup> Art. 41. São estáveis, após três anos de efetivo exercício, os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

Com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, DOU de 05.06.1998, em vigor na data de sua publicação.

A redação original dispunha o seguinte:

"Art. 41. São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público."

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

Com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, DOU de 05.06.1998, em vigor na data de sua publicação.

A redação original dispunha o seguinte:

"§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa."

I - em virtude da 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.

Incisos I a III acrescidos pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, DOU de 05.06.1998, em vigor na data de sua publicação.

Vide art. 247, CF.

§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido a cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 2º com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, DOU de 05.06.1998, em vigor na data de sua publicação.

A redação original dispunha o seguinte:

"§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade."

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

§ 3º com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, DOU de 05.06.1998, em vigor na data de sua publicação.

A redação original dispunha o seguinte:

"§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo."

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

§ 4º acrescido pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, DOU de 05.06.1998, em vigor na data de sua publicação.

não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988 (ex-OJ nº 229 - Inserida em 20.06.2001).  
(Publicada no DJ de 25.04.2005)

Importante frisar que os litígios decorrentes desta relação contratual de trabalho deverão ser dirimidos na Justiça do Trabalho, consoante o art. 114 da Constituição Federal.

## 5.2. Da exigência de concurso público

Quanto à exigência de concurso para a admissão do empregados, faz-se necessário tecer algumas considerações e trazer à baila alguns posicionamentos doutrinários. Em relação às empresas estatais prestadoras de serviço público, a doutrina comunga do entendimento de que sempre é exigível o concurso público. Forte embate doutrinário há em relação às empresas estatais exploradoras de atividade econômica.

O concurso público, segundo o professor Victor Russomano Junior (2005), é pressuposto de validade do contrato de trabalho, inclusive com sociedades de economia mista e empresas públicas, o que somente lhe conferiria somente direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS (En. n. 363/TST).

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em relação a estas empresas públicas, defende uma certa atenuação desta exigência, baseado no art. 173, § 1º, II, da Constituição por lhes atribuir o mesmo regime da empresas privadas, e segue:

Compreende-se que a empresa estatal pode, legitimamente prescindir da realização de concurso público nas situações em que sua realização obstará a alguma necessidade de imediata admissão de pessoal ou quando se trate de contratar profissionais de maior qualificação, que não teriam interesse em se submeter a prestá-lo, por serem absorvidos avidamente pelo mercado (Mello, 2005).

A professora Fernanda Marinela também leciona neste sentido:

Para admissão, estes servidores também dependem de concurso público, exceto nas exploradoras de atividade econômica, em que a doutrina reconhece uma certa atenuação como, por exemplo, não se realizará concurso nas situações em que sua efetivação obstará alguma necessidade imediata ou quando se tratar de contratação pessoal de maior qualificação, hipótese em que o profissional não teria interesse em se submeter a concurso, além de outras regras previstas no texto constitucional, como a contratação temporária em que basta um procedimento simplificado (Marinela, 2005).

De outra banda, doutrinadores entendem que a exigência constitucional de concurso público não abriu brecha para tais exceções. Neste sentido posicionam-se os professores Diógenes Gasparini (1992), Hely Lopes Meirelles (1993) e José dos Santos Carvalho Filho (2006). Este assevera:

O ingresso desses empregados deve ser precedido de aprovação em concurso público, tal como previsto no art. 37, II, da Carta da República. Alguns autores sustentam que é dispensável o concurso se a entidade apenas explora atividade econômica, ou que a exigência constitucional deve ser ao menos atenuada. Não comungamos deste entendimento, visto que a exigência constitucional não criou qualquer diferença entre esta ou aquela entidade da Administração Indireta e, se não há restrição, não cabe ao intérprete criá-la em descompasso com o mandamento legal (Carvalho Filho, 2006).

Filiamo-nos à segunda corrente. Ora, o art. 37, II, da Constituição Federal é de clareza solar ao afirmar que a “investidura em cargos ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos”. A ressalva feita pela Constituição (no mesmo inciso) se refere apenas aos cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

A primeira corrente ainda argumenta no sentido de que o art. 173, § 1º, II, da Constituição autorizaria esta contratação independente de concurso ao sujeitar tais entes às mesmas obrigações trabalhistas do setor privado. Tal não nos convence, uma vez que a exigência de concurso não é obrigação trabalhista. Muito pelo contrário, é aspecto indissociável da atividade administrativa, que mesmo quando com ares de setor privado, sempre fundeia-se na proteção do interesse público. O próprio professor Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que “há exagero na dicção do § 1º do art. 173, pois, se é fato que as entidades em causa se submetam basicamente ao Direito

Privado, não menos verdade é que sofrem o influxo do princípios e normas publicísticas”.

Visto que a Constituição permitiu exceções à exigência de concurso público e seja necessário ter mão-de-obra inatingível por concurso a fim de que sejam atingidos os seus fins institucionais, estes entes devem se utilizar das hipóteses de dispensa de licitação e contratar serviços. Mas para integrar servidores aos seus quadros, deve realizar concurso público.

Somente assim restará respeitado o regime jurídico administrativo, e com ele o princípio da legalidade, princípio da isonomia, princípio da impessoalidade, princípio da moralidade, princípio da eficiência, princípio da motivação, princípio da publicidade, princípio do devido processo legal, razoabilidade e proporcionalidade e princípio da segurança jurídica.

### 5.3. Da possibilidade de dispensa do empregado da empresa estatal independente de motivação

Ainda que seja absolutamente majoritária na doutrina a submissão das empresas públicas ao regime jurídico administrativo (como visto, a depender da sua atividade, haverá prevalência do regime privado ou público, mas sempre há alguma sujeição publicista), a jurisprudência tem admitido a possibilidade do empregado público das empresas estatais serem dispensados sem a necessidade de motivação. Passaremos, doravante, a analisar esta possibilidade.

Convém, inicialmente, expor a posição do Tribunal Superior do Trabalho para tomá-la como norte. Neste diapasão, expomos a lição de Douglas A. Rodrigues sobre os motivos consagradores nos precedentes que conduziram à Orientação Jurisprudencial n. 247. Esta reconhece aos entes da Administração

Pública a mesma discricionariedade reservada ao empregador tipicamente privado para rescindir os contratos de trabalho que celebra.

Este autor anotou que nos julgados anteriores à referida OJ, reconhecia-se às sociedades de economia mista, então litigantes, a faculdade de rescisão dos contratos de trabalho mantidos com seus empregados, tendo em vista, fundamentalmente, a circunstância de que as entidades que compõem a Administração Pública são equiparadas, em todos os aspectos, aos empregados tipicamente privados.

Anotou, ainda, que prevaleceu o raciocínio de que a estabilidade prevista no art. 41 da CF não alcançaria os empregados das sociedades de economia mista, em razão da submissão dessas empresas ao mesmo regime jurídico das empresas privadas (CF, art. 173, § 1º).

Consolidou-se, com esta OJ n. 247, que a partir da previsão contida no art. 173 da CF, as empresas públicas e as sociedades de economia mista são equiparadas aos entes do setor privado em suas relações de trabalho, razão pela qual podem rescindir, sem ressalvas, os contratos de trabalho que celebram, ainda que tenham sido precedidos de aprovação em concurso público.

E assim tem decidido o TST:

(TST-008127) RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DISPENSA IMOTIVADA. POSSIBILIDADE.

A decisão rescindenda, ao condenar as reclamadas a reintegrar a reclamante ao emprego, em virtude da nulidade do ato de dispensa e mesmo reconhecendo o regime jurídico a que elas se encontram submetidas, orientou-se pela tese central da necessidade de motivação do ato de dispensa, a evidenciar a ofensa à literalidade do art. 173, § 1º, da Constituição. Isso diante da clareza do referido dispositivo ao declarar a subordinação das sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas. 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. Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 247 da SDI-1 do TST e do item II da Súmula nº 390/TST. Recurso provido.

(Processo ROAR-6039/2004-909-09-00.4, SBDI-2 do TST, Rel. Min. Barros Levenhagen. j. 31.05.2005, unânime, DJ 24.06.2005).



Este posicionamento não está em consonância com o regime jurídico retro-apresentado. Inicialmente, é clara a ofensa ao princípio da isonomia. É inadmissível que um empregado público, que foi investido após concurso público, tenha o mesmo tratamento que um servidor ocupante de cargo em comissão que é de livre nomeação e exoneração.

Não restam incólumes o princípio do devido processo legal, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, pois não existe também respeito à paridade das formas. Esta paridade é respeitada quanto aos ocupantes em cargos em comissão, que independem de larga formalidade tanto no ingresso, quanto na dispensa. Não há esta paridade quanto aos empregados públicos que prestam concurso público para ingressar no emprego público e podem ser dispensados independentemente de motivação.

Existe, também, clara possibilidade de ofensa à exigência de concurso público para estes empregos públicos. Ocorre que se um dirigente da empresa estatal decidir favorecer um candidato específico, ele poderá fazê-lo sem possibilidade de controle. Por exemplo, se o dirigente desejar favorecer o vigésimo colocado de um concurso público, basta convocar e dispensar – independente de motivação – os dezenove primeiros, favorecendo, então, o vigésimo colocado. Restará, desta forma a exigência constitucional de concurso público inócua, eivando tal situação da mais absoluta inconstitucionalidade. Além de burla a esta regra constitucional, configura, ainda, pelas mesmas razões ofensa ao princípio da impessoalidade na medida que possibilita o favorecimento pessoal.

Uma vez seja possível este favorecimento, o princípio da moralidade também sofre ofensa. Ora, é sem dúvida imoral permitir que a coisa pública possa ser utilizada, sem controle, para favorecer interesses particulares.

O princípio da motivação, que obriga a Administração a justificar seus atos, também não é atendido. A lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999, trata da exigência da motivação. Esta, no seu art. 50, é exigida quando: I) os atos administrativos neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; e II)

imponham ou agravem deveres direitos ou interesses (além de outras hipóteses).

Percebe-se que, ao não motivar, a referida lei é desrespeitada restando ofendido também o princípio da legalidade.

Outro aspecto desta desnecessidade de motivação é a desconsideração do princípio da publicidade. Sem que o motivo da dispensa seja tornado público, não há como controlar se nesta conduta estão respeitados os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público.

O princípio da eficiência, na medida que a regra do concurso público pode ser burlada também, também resta ofendido. Ora, se é possível favorecer um pior colocado em concurso público, a coisa pública terá como disponível um empregado, em tese, menos capacitado tecnicamente.

Também não há segurança jurídica, pois a empresa pública (assim como o interesse público) pode perder um empregado público que atenda a finalidade pública da empresa estatal ao mero alvedrio do seu dirigente. E sem possibilidade de controle.

A Constituição também é evidentemente desrespeitada. O art. 37, II, da Constituição Federal exige o concurso público para a investidura destes empregados. E, quando atribui o regime próprio do setor privado às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, se refere às obrigações trabalhista. Ora, dispensar seus empregados sem motivar não é um aspecto das obrigações trabalhistas do setor privado. Na verdade não existe nem relação entre estes aspectos. Aliás, se um dirigente de uma empresa do setor privado dispensar um empregado, certamente o proprietário desta empresa terá acesso ao motivo. De acordo com estas decisões do TST, o povo – proprietário indireto da coisa pública – não terá acesso aos motivos da dispensa deste empregado público.

Pela dicção do art. 41 da Constituição Federal é incontestável que o empregado público não tenha estabilidade. Nem é isso que aqui se defende. Mas a mera inexistência de estabilidade não autoriza que este empregado seja dispensado sem motivação.

Ou seja, pelos motivos já elencados, deve haver a motivação deste ato de dispensa. Pela necessidade de respeito à coisa pública, tal ato deve estar revestido de um mínimo de formalidade, consubstanciando-se em um ato administrativo escrito e público e, assim, tornando possível averiguar se o interesse público esteja sendo atendido.

Importante observar que esta alegada possibilidade de dispensa sem motivação, em razão da sujeição constitucional ao regime próprio do setor público, não se aplica às prestadoras de serviços públicas, vez que não são atingidas pelo art. 173 da Constituição Federal.

## CONCLUSÃO

Este estudo se iniciou com uma breve análise da atividade administrativa. Percebemos que o Estado, ao exercer esta atividade se submete a um sistema normativo diferenciado, chamado regime jurídico administrativo.

Este regime justifica-se pela necessidade preservar o interesse e finalidade pública em cada ato da Administração, direta ou indireta. Também foi acentuado que tal regime consiste num sistema de sujeições e prerrogativas que devem pautar cada conduta do administrador.

Como tal sistema normativo se consubstancia basicamente em um série de princípios, buscou-se esclarecer a noção do que seja princípio, destacando ser imperativo que os administradores os sigam no desempenhar de suas atividades.

Feita uma análise dos principais princípios formadores do regime jurídico administrativo, destacou-se a organização administrativa. Este destaque possibilitou localizar a função das empresas estatais na organização administrativa, identificando a sua submissão ao regime jurídico administrativo. Neste passo foi justificada a aplicação deste regime a tais empresas públicas a fim de proteger o interesse público.

Restou demonstrado que atividade desempenhada por estas empresas estatais, que se dividem em sociedade de economia mista e empresas públicas, terá forte influência sob o regime sobre elas aplicado. Foram, então conceituadas e diferenciadas estas duas formas de empresas estatais.

Neste sentido, vimos que as atividades das empresas estatais têm forte impacto sobre o regime jurídico que lhes aplica. Quando a sua atividade-fim for a prestação de serviço público, haverá predominância de normas publicísticas. Quando a atividade-fim for a exploração atividade econômica, haverá

predominância de um regime privado, mas sempre com derrogações próprias do regime público.

Somente depois destas análises foi possível adentrar no regime de pessoal destas empresas estatais e tratar da possibilidade de dispensa sem motivação dos seus empregados públicos.

Concluiu-se que, apesar das decisões em contrário do Tribunal Superior do Trabalho, quando exploradoras de atividade econômica, a maior incidência das normas de regime privado não autoriza a dispensa imotivada dos empregados públicos. Inferiu-se tal postura em consonância com os princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e da indisponibilidade do interesse, princípio da legalidade, princípio da isonomia, princípio da impessoalidade, princípio da moralidade, princípio da eficiência, princípio da motivação, princípio da publicidade, princípio do devido processo legal, razoabilidade e proporcionalidade e princípio da segurança jurídica.

Demonstrou-se, também, que quando a Constituição não atribuiu a estes empregados públicos o regime de estabilidade cabível aos servidores estatutário, de forma alguma permitiu esta criticável dispensa imotivada. O que se propõe não um regime de estabilidade, mas que o ato administrativo de dispensa se consubstancie em um mínimo de formalidade e motivação a fim de preservar o interesse público.

Mister salientar um aspecto que, no nosso entender, não tem recebido o merecido destaque da doutrina. É que sempre que justificam a desnecessidade de motivação da dispensa dos empregados públicos das empresas estatais, fazem-no com fundamento na atribuição constitucional a estas empresas do regime jurídico próprio das empresas privadas no que tange às obrigações trabalhistas.

O que ocorre é que a Constituição somente atribuiu este regime jurídico próprio das empresas privadas às empresas estatais exploradora de atividade econômica.

É clarividente, então, que quanto às empresas estatais prestadoras de serviço público tal não se aplica, sendo indiscutivelmente obrigatória a motivação da dispensa do seus empregados públicos.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo para concursos**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2002

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O princípio da eficiência no direito administrativo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 14, junho-agosto, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 de janeiro de 2006

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o “Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2006

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 de dezembro de 2005

BARROS, Alice Monteiro de. Contrato de emprego do servidor público. In **O servidor público e a justiça do trabalho**. São Paulo: LTR, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006

COMPARATO, Fábio Konder Comparato. Fundamentos dos direitos humanos. In: **Revista Consulex**, ano IV, nº 48, dezembro de 2000, p. 53-61

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A estabilidade do servidor público regido pela CLT e o artigo 41, da Constituição da República. In **O servidor público e a justiça do trabalho**. São Paulo: LTR, 2005.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**, 4ª ed. Salvador: Edições JusPodivm, 2006

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001

FARIA, Edimur Ferreira de Faria. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Del Rey, 2000.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002

\_\_\_\_\_. Estado de Direito e Devido Processo Legal. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 23 de dezembro de 2005

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, São Paulo: Saraiva, 1992.

HUTCHINSON, Tomas. El derecho administrativo y la función administrativa. In: **Temas de Derecho Administrativo**. En honor al Prof. Doctor Agustín Al Gordillo. Librería Editora Platense, La Plata, 2003

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2005

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.



MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17º ed. rev. ; São Paulo: Malheiros, 2005

\_\_\_\_\_, **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2000

\_\_\_\_\_, **Discricionariedade e controle judicial**. 2ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2003

\_\_\_\_\_. Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 de março de 2006

MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 de janeiro de 2006

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7ª ed. rev. São Paulo: Atlas, 2000

QUEIROZ, Marcelo Brito. **Regime Jurídico Administrativo**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br>, 2006.

QUEIROZ, Marcelo Brito. **Empresas Estatais**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br>, 2006.

SILVA, José Antônio da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1997.

TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público** (volume I). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

QUEIROZ, Marcelo Brito. **A Dispensa dos Empregados das Empresas Estatais e a Exigência de Motivação**. Disponível em:

<[http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B53C7FC44-EEDF-4DD7-913A-5C501FE00D0F%7D\\_A%20dispensa%20dos%20empregados%20das%20empresas%20estatais%20e%20a%20exig+%C2%ACncia%20de%20motiva+%C2%BA+%C3%BAo.doc](http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B53C7FC44-EEDF-4DD7-913A-5C501FE00D0F%7D_A%20dispensa%20dos%20empregados%20das%20empresas%20estatais%20e%20a%20exig+%C2%ACncia%20de%20motiva+%C2%BA+%C3%BAo.doc)>. Acesso em: 13/08/2006.