

Larissa Gonçalves da Matta

**EXIGIBILIDADE DE LEI PARA CRIAÇÃO DE EMPREGOS PÚBLICOS NAS
EMPRESAS PÚBLICAS DE MINAS GERAIS**

Belo Horizonte – MG
2017

Larissa Gonçalves da Matta

**EXIGIBILIDADE DE LEI PARA CRIAÇÃO DE EMPREGOS PÚBLICOS NAS
EMPRESAS PÚBLICAS DE MINAS GERAIS**

Monografia apresentada ao curso de Especialização em Administração Pública, Planejamento e Gestão Governamental da Fundação João Pinheiro, como requisito parcial para a obtenção do título de especialista.

Orientador: Ana Luiza Gomes de Araújo

RESUMO

As empresas públicas e as sociedades de economia mista, nos preceitos normativos são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta e, criadas pelo Estado como instrumento de sua atuação no domínio econômico, seja para a exploração de atividades econômicas ou para a finalidade de prestação de serviços públicos. Nessa esteira, a Constituição Federal (CF) no artigo 173, § 1º, inciso II previu que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Considerando que o regime jurídico das empresas privadas se situa no campo do direito civil e comercial e que a competência para legislar sobre essa matéria é privativa da União, porque assim dispõe o artigo 22, inciso I, da CF, compete a esse ente federativo dispor sobre matérias atinentes às referidas estatais. Porém, a Constituição do Estado de Minas Gerais (CEMG) conferiu, na redação dos artigos 61, inciso X; e 66, inciso III, alínea “d”, legitimidade ao Chefe do Poder Executivo estadual para instaurar processo legislativo sobre o quadro de empregos das empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como ao legislador estadual regulamentar a estrutura e a organização dessas entidades. Nesse contexto, é inegável a existência de impasse legislativo para tratar do quadro de empregos públicos nas empresas públicas e sociedades de economia mista de Minas Gerais, já que a Carta Mineira dispõe de forma diversa da Constituição Federal. Com isso, os dispositivos da Constituição Mineira tornaram-se objeto de discussão na ADI nº4844 impetrada em 2012, pelo Governador do Estado de Minas Gerais à época, Antônio Anastasia que, na petição inicial, requereu a declaração de inconstitucionalidade dos artigos da Constituição Mineira, sob a alegação de que os mesmos invadem esfera de competência privativa da União. Espera-se que esta ação, pendente de decisão, quando julgada promova segurança e estabilidade jurídica às empresas estatais, que ficam à mercê dessas controvérsias. Dessa maneira, a complexidade do tema despertou interesse pela elaboração do presente trabalho, que a partir da análise de estudos doutrinários, normas legislativas e julgados buscou responder a problemática suscitada. Sob essa perspectiva foi adotado o método dedutivo e realizada pesquisa de cunho documental.

Palavras Chave: Administração Pública Federal. Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Inconstitucionalidade de Lei.

ABSTRACT

Public corporations and mixed capital corporations, in the normative precepts are legal entities of private law, members of the Indirect Administration and, created by the State as an instrument of its economic activity, whether for the exploration of economic activities or for the purpose of Provision of public services. In this vein, the Federal Constitution in article 173, paragraph 1, section II provided that public companies and mixed-capital companies are subject to the regime of private companies, including civil, commercial, labor and tax rights and obligations. Considering that the legal regime of private companies is in the field of civil and commercial law and that the competence to legislate on this matter is exclusive to the Union, because Article 22, item I, of the Federal Constitution provides, it is for that federal entity to dispose of On matters relating to those state-owned enterprises. However, the Mining Constitution conferred, in the writing of articles 61, item X; And 66, subsection III, letter "d", legitimacy to the head of the state executive to establish a legislative process on the employment of public companies and mixed capital companies, as well as the state legislature regulate the structure and organization of these entities. In this context, it is undeniable that there is a legislative impasse to deal with public employment in state-owned enterprises and mixed-capital companies in Minas Gerais, since the Minas Gerais norm differs from the Federal Constitution. As a result, the provisions of the Minas Gerais Constitution became the subject of discussion in ADI No. 4844 filed in 2012 by the Governor of the State of Minas Gerais at the time, Antônio Anastasia, who, in the petition, requested the declaration of unconstitutionality of the articles of the Constitution Mineira, on the grounds that they invade the exclusive competence of the Union. It is hoped that this action, pending a decision, when judged promotes security and legal stability to state-owned enterprises, which are at the mercy of these controversies. In this way, the complexity of the theme aroused interest in the elaboration of the present work, which from the analysis of doctrinal studies, legislative norms tried and tried to answer the problematic raised. From this perspective the deductive method was adopted and documentary research was carried out.

Keywords: Federal Public Administration. Public Companies and Mixed Economy Societies. Unconstitutionality of Law.

DEDICATÓRIA

Ao meu pai, Darcy José da Matta (*in memoriam*) que através da sua infinita sabedoria e inteligência me inspirou a buscar o caminho do conhecimento. Muito obrigada por ter me dado a vida, e por ter deixado como legado seus grandes ensinamentos. Esse momento seria infinitamente mais especial se você estivesse aqui.

AGRADECIMENTOS

Após trilhar um extenso caminho, chega o momento de agradecer a todos que, de alguma forma contribuíram para que eu alcançasse este propósito.

Primeiramente, agradeço a Deus, que é a base e condução da minha vida.

Agradeço à minha mãe, pelas constantes orações e por, tão bem, cuidar de nossa família e, não menos, aos meus irmãos pela força incondicional de sempre.

Aos amigos do Curso, por fazerem das aulas momentos prazerosos, de grandes trocas e aprendizado.

Por fim, agradeço à minha orientadora Ana Luiza, pelas valiosas contribuições.

“Aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático.” (Walter Burkhardt)

LISTA DE TABELAS

TABELA 1- EP e SEM atividades econômicas x EP e SEM prestador de serviços públicos. 18

TABELA 2: Cargo em Comissão x Função de Confiança..... 39

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU	Advocacia Geral da União
ALMG	Assembleia Legislativa de Minas Gerais
CEMG	Constituição do Estado de Minas Gerais
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
EC	Emenda Constitucional
ECT	Empresa de Correios e Telégrafos
Emater	Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Estado de Minas Gerais
EP	Empresas Públicas
PGR	Procurador Geral da República
SEM	Sociedade de Economia Mista
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TCEMG	Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
TCU	Tribunal de Contas da União
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA – DEFINIÇÕES E ASPECTOS JURÍDICOS.....	14
2.1 Conceito.....	14
2.2 Regime Jurídico.....	16
2.2.1 Sujeição ao regime de direito privado x regime de direito público.....	16
2.2.2 Controle.....	20
2.2.3 Licitação.....	23
3 PESSOAL.....	26
3.1 Regime de Contratação nas Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.....	26
3.2 Concurso Público.....	27
3.3 Criação de Cargos, Empregos e Funções Públicas.....	35
3.3.1 Considerações gerais.....	35
3.3.2 Regime Celetista.....	42
3.3.3 Preceitos normativos para criação e extinção de cargos, empregos e funções públicas.....	43
4 ADI 4844.....	47
4.1 Principais aspectos da Petição Inicial.....	47
4.2 Manifestação da Assembleia Legislativa de Minas Gerais.....	49
4.3 Manifestação do Advogado Geral da União em face da ADI n°4844.....	51
4.4 Parecer da Procuradoria Geral da República.....	52
4.5 Discussão a respeito dos principais argumentos jurídicos utilizados na ADI 4844.....	54
5 CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS.....	59

1 INTRODUÇÃO

As empresas públicas e as sociedades de economia mista são arroladas pelo Decreto-Lei 200/1967 como integrantes da Administração Pública Federal Indireta desde a edição desse ato normativo. A Constituição Federal de 1988 (CF/88), seguindo esse modelo, estendeu a toda esfera da administração pública brasileira (Estadual, Distrital e Municipal) a mesma conceituação e estrutura organizacional prevista no mencionado decreto. Desse modo, é considerado que tais entidades se sujeitam a todas as normas estabelecidas na Constituição Federal e às leis gerais de caráter nacional que, de alguma forma, aludam à “administração pública indireta”.

Nesse sentido, a Constituição Federal (CF) expos que para a criação dessas entidades é mister lei autorizativa de iniciativa privativa do Poder Executivo (art. 37, inciso XIX, da CF). Outrossim, estabelece a normatização para composição de seu pessoal, pois as empresas públicas e sociedades de economia mista, por força do artigo 173, §1º, inciso II, da CF, estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, sendo a competência para legislar sobre essa matéria privativa da União (art. 22, inciso I, da CF).

Ocorre que, no âmbito estadual, foi dada interpretação extensiva ao texto constitucional e a Constituição do Estado de Minas Gerais (CEMG) na redação dos artigos 61, inciso X; e 66, inciso III, alínea “d”, conferiu competência ao Poder Legislativo para dispor sobre o quadro de empregos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades sob controle direto ou indireto do Estado.

Tal preceito normativo tornou-se objeto de discussões e impasses jurídicos, visto que estipula norma diversa da previsão Constitucional, que confere à União atribuição para disciplinar sobre a estrutura e a organização das empresas estatais.

Nesse diapasão, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCMG), no exercício do controle administrativo que lhe é conferido, têm adotado em seus julgados a redação dada pela Constituição Mineira. Em 2016, por exemplo, suspendeu o concurso da Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural de Minas Gerais – EMATER-MG sob o

argumento de que, para o certame, não foi cumprido a exigência de envio prévio de um projeto de lei à Assembleia Legislativa de Minas Gerais (ALMG).

Atendo-se à problemática, em 2012, o então Governador de Minas Gerais, Antônio Anastasia, ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº4844 a fim de que o Supremo Tribunal Federal (STF) decidisse sobre a constitucionalidade ou não dos dispositivos da Constituição Mineira supracitados, que conferem ao legislador estadual atribuição de gerir sobre o quadro de empregos públicos nas empresas públicas e sociedades de economia mista.

O requerente, na petição inicial, sustentou que não cabe ao legislador Estadual regulamentar a estrutura e a organização das empresas públicas e sociedades de economia mista sob pena de invadir esfera de competência privativa da União, vez que os artigos impugnados tratam de matéria de direito comercial. Alegou, ainda, que há inconstitucionalidade material na atribuição dada ao Chefe do Poder Executivo estadual para instaurar processo legislativo sobre os quadros de empregos dessas entidades, pois constitui ampliação dos limites estabelecidos pela CF, nos termos do artigo 61, §1º, II, alínea “a”.

A referida ação encontra-se pendente de julgamento, mas possui desdobramentos importantes para o presente estudo como, a defesa da Assembleia Legislativa, o parecer da Advocacia Geral da União e a manifestação da Procuradoria Geral da República.

Ante às questões abordadas sobre a matéria, do ponto de vista acadêmico, é inquestionável a relevância de um estudo pormenorizado, a fim de que sejam confrontados os posicionamentos acerca do tema e, ao final seja confirmada ou não a tese de que os dispositivos da Constituição Mineira são inconstitucionais.

Com isso, o objeto geral do presente trabalho acadêmico foi a análise, sob o ponto de vista Constitucional, da exigibilidade de lei para criação de empregos públicos nas empresas públicas de Minas Gerais que, num viés metodológico, trata precipuamente de um trabalho qualitativo, de revisão bibliográfica, cujas fontes utilizadas foram as leis, as doutrinas e as jurisprudências que abarcam o direito administrativo, especialmente as que tratam de empregos públicos no âmbito da administração pública indireta.

Por outro lado, sob o viés estrutural, o trabalho foi construído em cinco partes, a primeira delas consiste nesta introdução, as demais distribuídas em quatro capítulos, partindo no capítulo 2, pela definição de empresas públicas e sociedades de economia mista, abarcando seus conceitos e o regime jurídico a que estão subordinadas; no capítulo 3, buscou-se estudar o regime de contratação conferido às empresas públicas e às sociedades de economia mista, bem como as definições inerentes ao instituto do concurso público e os principais aspectos sobre as normas de criação de cargos, empregos e funções públicas; posteriormente, no capítulo 4, adentrou-se no estudo da ADI n° 4844, com análise das principais manifestações presentes na ação, quais sejam: a abordagem da Petição Inicial, a defesa da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, o parecer da Advocacia Geral da União e a manifestação da Procuradoria Geral da República; e, por fim, no capítulo 5, tem-se a conclusão do trabalho.

2 EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA – DEFINIÇÕES E ASPECTOS JURÍDICOS

Este capítulo tem por objetivo traçar os aspectos conceituais de empresas públicas e sociedades de economia mista, passando por definições teóricas sobre a criação, extinção e o regime jurídico aplicado a essas estatais. Com isso, pretende-se explorar informações necessárias para o objeto de estudo deste trabalho, que é a exigibilidade de lei para criação de empregos públicos nas empresas públicas de Minas Gerais.

2.1 Conceito

Consoante entendimentos doutrinários¹, em tese, empresas públicas são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da administração indireta, instituídas pelo Poder Público, mediante autorização de lei específica, sob qualquer das formas jurídicas admitidas em Direito e com capital exclusivamente público, para a exploração de atividades econômicas ou para prestação de serviços públicos², atuando como instrumento de ação do Estado³.

No âmbito federal, a União por meio do artigo 5º, inciso II, do Decreto-lei 200/1967, assim definiu as empresas públicas: “Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969).

Por outro lado, sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da administração indireta, instituídas pelo Poder Público, mediante autorização de lei específica, sob a forma de sociedade anônima, com participação obrigatória de capital privado e público⁴, cujas ações, com direito a voto, pertencem, em sua maioria ao ente político ou à respectiva entidade de sua Administração Indireta, podendo seu remanescente

¹ Assim disposto por ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 74; E, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 187.

² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19º. ed. rev. e atual. Forense. Rio de Janeiro. 2011. p. 74.

³ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2012. p. 149.

⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente., op. cit., p. 74.

acionário ser de propriedade privada, para exploração de atividades econômicas ou para a prestação de serviços públicos⁵.

Portanto, consideram-se suas diferenças unicamente formais, em relação ao seus conceitos, finalidades e constituição pois, mesmo sendo categorias distintas de entidades, não há diferença quanto ao objeto, nem em relação às possíveis áreas de atuação.

Anteriormente à Constituição Federal, o Decreto Lei 200/1967 previu as empresas públicas e as sociedades de economia mista como integrantes da Administração Pública Indireta Federal e a Constituição Federal de 1988 estendeu a todos os entes federados a mesma estrutura organizacional. Confira-se ambas legislações:

Decreto Lei 200/1967:

Art. 4º. A Administração Federal compreende:

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) Fundações Públicas.

Constituição Federal de 1988:

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

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

Dessa forma, para criá-las é necessária autorização legal. Contudo, depreende-se do termo “lei específica” que se trata de uma lei ordinária que terá a função de criar autarquias e autorizar a criação das demais entidades⁶. Em relação a isso, Marinela (2012, p.107), expõe que a lei não poderá cuidar de vários assuntos e da criação dessas pessoas, mesmo porque cada uma delas terá uma lei própria, com exceção do caso da fundação que, apesar de autorizada a sua criação por lei ordinária, a lei complementar deverá especificar as suas possíveis áreas de atuação, possíveis finalidades.

⁵ MARINELA, Fernanda., op. cit., p. 150.

⁶ Cumpre mencionar que no âmbito de Minas Gerais, a criação de Fundação Pública se dá de forma direta, ou seja, a lei ordinária a cria imediatamente, assim prevê o §4º, inciso II do artigo 14 da CEMG.

Ainda, no caso de autorização da lei para criação - caso das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista – elas só passarão a existir juridicamente com o registro de seus atos constitutivos no órgão competente, seja no Cartório de Registro das Pessoas Jurídicas, se ela tiver natureza civil, ou na Junta Comercial, quando possuir natureza comercial.

Ao passo que é exigida uma lei específica para autorizar a criação de uma empresa pública ou sociedade de economia mista pelo Poder Executivo, faz-se necessário também uma lei autorizando a sua extinção, em cumprimento ao princípio da simetria das formas jurídicas, Alexandrino e Paulo (2011, p.77).

Sintetizando esses aspectos, a dependência de lei é tanto para criação, quanto para a extinção das empresas públicas e sociedades de economia mista. Assim, seja para extinguir diretamente ou autorizar a extinção dessas estatais, depende de previsão legal.

Visto os conceitos basilares das empresas públicas e das sociedades de economia mista, faz-se necessário um estudo sobre o regime jurídico que as norteiam, abordagem esta que será discorrida no tópico seguinte.

2.2 Regime Jurídico

Neste capítulo será estudado o regime jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista. A importância de analisar o regime ao qual essas entidades se submetem, seja de direito público e/ou de direito privado, se justifica, principalmente, pela relação intrínseca deles com a atividade exercida por elas, visto que o ordenamento jurídico admite duas espécies de empresas públicas e de sociedades de economia mista, as prestadoras de serviços públicos e as exploradas de atividade econômica.

Essa determinação, interfere também na margem de atuação do Estado sobre elas, conforme explicitado nos tópicos seguintes.

2.2.1 Sujeição ao regime de direito privado x regime de direito público

Em razão da sujeição das empresas públicas e das sociedades de economia mista à algumas regras do direito público, a doutrina traz um estudo pormenorizado no que tange ao regime jurídico dessas pessoas, visto a relação intrínseca delas com as atividades que exercem, seja exploração de atividade econômica ou prestação de serviço público, para fins de diferenciar o regime a que se submetem.

A princípio são consideradas entidades sob a regência do direito privado, mas nenhuma delas atuam integralmente nesse regime, logo se entende que é mais apropriado considerá-las de natureza híbrida, pela não exclusividade de um único regime.⁷

Uma empresa pública ou sociedade de economia mista que tem por finalidade a exploração de atividades econômicas (de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços de natureza privada), aproxima-se mais das pessoas privadas. Isso se confirma pela redação do art. 173, §1º, da Constituição Federal alterado pela Emenda Constitucional (EC) nº 19/1998.

Anteriormente à EC nº 19/98, o texto original estabelecia que as empresas públicas e sociedades de economia mista e as demais exploradoras de atividade econômica estavam sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações tributárias e trabalhistas.⁸

Com o advento da emenda, passou-se a reconhecer a possibilidade de um regime especial para essas entidades, por intermédio de um estatuto jurídico próprio para sua função e formas de fiscalização, com regras quanto aos direitos civis, comerciais, trabalhistas e tributários, licitação e contratos, conselhos de administração e fiscal e mandatos dos administradores.⁹

Já as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, ainda que sejam consideradas pessoas jurídicas de direito privado, estão sujeitas a diversas regras e princípios do direito público, devido ao princípio da continuidade dos serviços públicos e à sua finalidade pública e também, por não estarem no rol do art. 173, da CF,

⁷ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente., op. cit., p. 79.

⁸ MARINELA, Fernanda., op. cit., p. 150.

⁹ MARINELA, Fernanda., op. cit., p. 152.

exclusivo das que exploram atividade econômica, mas na redação do art. 175, do mesmo ordenamento.

Em se tratando da prestação de serviços públicos não há um consenso doutrinário, dessa forma Marinela (2012, p.150) faz um paralelo entre alguns autores dispondo que, Maria Sylvia Zanella Di Pietro preceitua que essas empresas seguem o disposto no art. 175 da CF, segundo o qual o poder público prestará os serviços públicos diretamente ou por meio do regime de concessão ou permissão, sempre precedidos de licitação, formalizando-se com um contrato administrativo. Nesse contexto as empresas estatais que prestam serviços públicos não passam de concessionárias de serviços públicos, mas que recebem essa prestação por meio de lei, e não por contrato. Por outro lado, Celso Antônio Bandeira de Mello aborda que, as prestadoras de serviços públicos são concessionárias, porém essa regra não é absoluta. Segundo o autor, citando os ensinamentos de Geraldo Ataliba, seria “forçado considerá-las como concessionárias, quando forem formadas exclusivamente por recursos oriundos da mesma esfera governamental que as criou com o fito de secundá-las na prestação de serviço público de própria alçada”.

No que tange à titularidade do serviço, o entendimento parece mais consensual. O ente político detém a titularidade do serviço, enquanto a empresa pública ou sociedade de economia mista, concessionária ou não, mantém a descentralização para a sua execução.

Nesse diapasão, entre os diversos aspectos que norteiam as empresas públicas e as sociedades de economia mista, Alexandrino e Paulo (2011), expõe em um quadro sinóptico os principais pontos relativos aos regimes jurídicos dessas entidades, contendo as diferenças e semelhanças, enquanto exploradoras de atividades econômicas ou prestadoras de serviços públicos.

TABELA 1- EP e SEM atividades econômicas x EP e SEM prestador de serviços públicos.

EP e SEM – ATIVIDADES ECONÔMICAS	EP e SEM – PRESTADOR SERVIÇOS PÚBLICOS
Criação autorizada em lei específica (CF, art.37, XIX).	Criação autorizada em lei específica (CF, art.37, XIX).
Personalidade jurídica de direito privado.	Personalidade jurídica de direito privado.
Sujeição a controle finalístico (tutela) pela administração direta.	Sujeição a controle finalístico (tutela) pela administração direta.

Atividade sujeita predominantemente ao regime de direito privado (CF, art.173).	Atividade sujeita predominantemente ao regime de direito público (CF, art. 175).
Não podem gozar de privilégios fiscais não extensivos às empresas privadas (CF, art. 173, § 2º). Vedação não aplicável no caso de monopólio.	Podem gozar de privilégios fiscais exclusivos.
Não fazem jus à imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, “a”, e § 2º).	Fazem jus à imunidade tributária recíproca (STF).
Exigência de concurso público para contratação de pessoal (CF, art. 37, II).	Exigência de concurso público para a contratação de pessoal (CF, art. 37, II).
Pessoal permanente sujeito a regime trabalhista (empregados públicos, regidos pela CLT).	Pessoal permanente sujeito a regime trabalhista (empregados públicos, regidos pela CLT).
Remuneração do pessoal não sujeita ao teto constitucional, exceto se a entidade receber recursos públicos para pagamento de despesa de pessoal ou de custeio em geral (CF, art. 37, XI, e § 9º).	Remuneração do pessoal não sujeita ao teto constitucional, exceto se a entidade receber recursos públicos para pagamento de despesa de pessoal ou de custeio em geral (CF, art. 37, XI, e § 9º).
É inconstitucional a exigência de aprovação prévia do Poder Legislativo como condição para nomeação, pelo Chefe do Poder Executivo, de dirigentes da entidade (STF).	É inconstitucional a exigência de aprovação prévia do Poder Legislativo como condição para nomeação, pelo Chefe do Poder Executivo, de dirigentes da entidade (STF).
Sujeitas ao controle pleno pelo Poder Legislativo (CF, art. 49, X).	Sujeitas ao controle pleno pelo Poder Legislativo (CF, art. 49, X).
Todos os seus atos estão sujeitos a controle de legalidade ou legitimidade pelo Poder Judiciário, desde que provocado (CF, art 5º, XXXV).	Todos os seus atos estão sujeitos a controle de legalidade ou legitimidade pelo Poder Judiciário, desde que provocado (CF, art 5º, XXXV).
Sujeitas a controle pleno pelos tribunais de contas, inclusive à tomada de contas especial (CF, art. 71, II).	Sujeitas a controle pleno pelos tribunais de contas, inclusive à tomada de contas especial (CF, art. 71, II).
Não sujeitas ao art. 37, § 6º, da Constituição (responsabilidade civil objetiva).	Sujeitas ao art. 37, § 6º, da Constituição (responsabilidade civil objetiva).
Não sujeitas a licitação para contratos relativos a suas atividades-fim. Sujeitas a licitação nas demais hipóteses. Previsão constitucional de regime próprio de licitação a ser estabelecido em ordinária da União, de caráter nacional (art.173, § 1º,III).	Sujeitas a licitação sem quaisquer peculiaridades.
Não sujeitas a falência (Lei 11.101/2005, art. 2º, I).	Não sujeitas a falência (Lei 11.101/2005, art. 2º, I).
Seus bens não se enquadram como bens públicos; estão sujeitos ao regime de direito privado.	Seus bens não se enquadram como bens públicos, mas os que forem diretamente empregados na prestação do serviço

	público podem sujeitar-se a restrições próprias dos bens públicos.
--	--

Fonte: Alexandrino e Paulo (2011, p. 98-99)

Portanto, as empresas públicas dotam de capital exclusivamente público, de uma só ou de várias entidades. Sua personalidade jurídica é de Direito Privado e suas atividades se regem pelos preceitos comerciais. É considerada “uma empresa estatal por excelência” constituída, organizada e controlada pelo Poder Público.¹⁰ Diferentemente da sociedade de economia mista, não admite a participação de capital particular.

Por outro lado, as sociedades de economia mista admitem a captação de capitais privados, assim como a colaboração desse setor na direção da empresa. Revestem a forma das empresas particulares, admitem lucro e regem-se pelas normas das sociedades mercantis, com as adaptações impostas pelas leis que autorizarem sua criação e funcionamento.¹¹

Ainda que haja participação de capital privado, a supremacia votante terá de ser governamental. Veralice Meireles (2008, p. 375) endossa que “o que define a sociedade de economia mista é a participação ativa do Poder Público na vida e realização da empresa. Não importa seja o Estado sócio majoritário ou minoritário; o que importa é que se lhe reserve, por lei ou convenção, o poder de atuar nos negócios sociais”.

Por oportuno, há que se lembrar que as sociedades de economia mista, como as empresas públicas, mesmo sendo instituídas pelo poder público, não gozam de qualquer privilégio estatal, tributário, ou processual, a não ser os conferidos pela própria lei autorizadora ou por norma especial que expressamente lhe conceder.¹²

2.2.2 Controle

Sendo as empresas públicas e as sociedades de economia mista pessoas jurídicas formalmente integrantes da Administração Indireta, com personalidade jurídica própria, sujeitas de direitos e obrigações, logo são responsáveis pelos seus atos. Mas, ainda que gozem

¹⁰ MEIRELLES, Veralice Celidonio Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 371.

¹¹ *Ibid.*, p. 374.

¹² *Ibid.*, p. 377.

de autonomia administrativa, submetem-se aos instrumentos de controle previstos no âmbito do direito público, visto que são integrantes da administração pública brasileira.

Nesse aspecto, o controle poderá ser exercido de forma externa, aquele estranho à estrutura da entidade ou de forma interna, aquele realizado no âmbito da pessoa jurídica.

Segundo Marinela (2012, p.110), o controle externo poderá ser feito pela entidade da Administração Direta que a criou; pelo Tribunal de Contas, enquanto órgão auxiliar do Poder Legislativo, que tem a competência para julgar contas; pelo Poder Judiciário via inúmeras ações judiciais; ou até pelo cidadão por meio de alguns instrumentos constitucionais e legais de controle do povo, entre os quais estão a ação popular, a representação por ato de improbidade, a análise das contas municipais, com base no art. 31, § 3º, da Constituição Federal.

O controle exercido pela Administração Direta tem por finalidade: assegurar o cumprimento dos objetivos fixados em seus atos de criação; harmonizar sua atuação com a política e diretrizes do Governo; zelar pelo princípio da eficiência administrativa; zelar pela autonomia administrativa, política e financeira.

Esse controle é denominado como controle finalístico ou tutela administrativa ou supervisão, porque não há hierarquia entre a entidade e a pessoa política que a criou. A relação entre uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista e a administração direta da pessoa política instituidora é de vinculação administrativa e não de subordinação¹³.

O controle finalístico é disposto pela legislação e esta estabelece os limites e os instrumentos para operacionalizá-lo. Já o controle hierárquico independe de lei regulamentando e abrange todos os aspectos da atuação do órgão subordinado controlado¹⁴.

O intuito do controle hierárquico é assegurar que a entidade controlada esteja atuando em conformidade com os objetivos previstos na lei que a instituiu e verificar o cumprimento das finalidades para qual foi criada.

¹³ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19º. ed. rev. e atual. Forense. Rio de Janeiro. 2011. p. 81.

¹⁴ *Ibid.*, p. 81.

Por outro lado, o controle exercido pelo Tribunal de Contas se baseia, entre outros, no julgamento das contas dos administradores, apreciação das admissões de pessoal e concessões de aposentadoria, realização de auditorias e inspeções e aplicação de sanções previstas em lei, conforme dispõe o art. 71, da CF.

Por um tempo, pairaram dúvidas acerca da possibilidade de exercício do controle do Tribunal de Contas em face das sociedades de economia mista, mas em relação às empresas públicas o entendimento era pacífico quanto à sua possibilidade.

O STF entendia pela impossibilidade de controle nas sociedades de economia mista por parte do Tribunal de Contas, pela fundamentação de que os bens dessas entidades por serem considerados como bens privados, não se enquadravam na aplicação do art. 71, II, da CF, que fixa a competência do TCU para julgar as contas dos responsáveis por dinheiros, **bens e valores públicos**.¹⁵ Contudo, essa posição foi alterada quando do julgamento conjunto dos Mandados de Segurança – MS nºs 25.092 e 25.181, proferidos em 10 de novembro de 2005, passando a admitir esse controle, vedando apenas a interferência do Tribunal na política administrativa dessas empresas.

Tal decisão foi embasada no preceito de que um prejuízo causado a uma sociedade de economia mista atingiria, de certa forma, o capital do Poder Público, já que ele detém a maioria do capital com direito a voto, havendo assim, lesão ao erário e também considerando o regime híbrido dessas empresas. Assim se deu a decisão, atualmente em vigor:

[...] I. - Ao Tribunal de Contas da União compete julgar as contas dos administrados e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (CF, art.71, II; Lei nº 8.443, de 1992, art. 1º, I). II. - **As empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da administração indireta, estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, não obstante os seus servidores estarem sujeitos ao regime celetista.** [...] (MS 25.092/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ: 17.03.2006¹⁶. (*Grifos constantes no original*))

¹⁵ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2012. p. 153.

¹⁶ *Ibid.*, p. 153.

Portanto, toda e qualquer entidade da Administração Indireta, não importa o seu objeto, nem sua forma jurídica, sujeita-se integralmente ao controle externo previsto no inciso II do art. 71 da Carta Magna, inclusive à sua parte final, que trata do instituto da tomada de contas especial, aplicável a quem dê causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.¹⁷

Ainda que haja todos esses mecanismos de controle a fim de salvaguardar os princípios da administração pública, por outro lado, a própria legislação prevê uma forma de essas entidades ampliarem sua autonomia gerencial, orçamentária e financeira, através da celebração de um contrato de gestão com o Poder Público¹⁸. Assim dispõe o § 8º do art. 37 da Constituição Federal:

Art. 37, §8º- A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: (Incluído pela EC 19/1998).

- I- o prazo de duração do contrato;
- II- os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;
- III- a remuneração do pessoal.

Dessa forma o atingimento das metas estabelecidas será aferido pelo Poder Público segundo critérios objetivos de avaliação de desempenho descritos no próprio contrato de gestão.

2.2.3 Licitação

Conforme visto anteriormente, no caso de exigência de licitação, também deve-se distinguir a empresa pública e a sociedade de economia mista, se prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividades econômicas.

Enquanto prestadoras de serviços públicos, seguem as normas gerais para licitação, submetendo-se à Lei nº 8.666/93 e à Lei nº 10.520/02, em consonância com o art. 37, XXI, combinado com o art. 22, XXVII, ambos da CF.

¹⁷ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19º. ed. rev. e atual. Forense. Rio de Janeiro. 2011. p. 82.

¹⁸ Ibid., p. 81.

Por outro lado, quando exploram atividade econômica, torna-se um pouco diferente, pois poderão ter regime especial, mediante estatuto próprio, de acordo com a redação do art. 173, § 1º, III, da CF, mas sempre observando os princípios da administração pública.

Nesse sentido, tem-se hoje um entendimento¹⁹ de que essas empresas públicas e sociedades de economia mista podem se sujeitar a um regime simplificado para realização de licitações e contratos, visando a competição em condição de igualdade com as demais empresas privadas. O que não quer dizer, o não cumprimento de processo licitatório, mas sim a observância de um sistema mais simples do que o previsto na Lei nº 8.666/93. Apenas se ressalta, que a matéria requer previsão em lei, mesmo para o procedimento simplificado, fato que desde a promulgação da Constituição Federal de 1998 não tinha ocorrido.

A premência de instituir uma legislação específica para tratar do processo licitatório das empresas estatais exploradoras de atividade econômica era inevitavelmente necessária para amenizar as dificuldades a que essas empresas enfrentavam nas relações de competitividade de mercado em comparação com setor privado. Dentre esse e outros propósitos, foi criada a Lei 13.303/2016, denominada “Lei das Estatais”.

A referida lei trata do estatuto jurídico das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias e foi instituída, principalmente, sob o preceito de suprir a lacuna contida no artigo 173, §1º, da CF. Seu regime é aplicado a toda empresa pública e sociedade de economia mista (e suas subsidiárias) da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.²⁰ E, no que pertine à licitação, suas regras são aplicadas nas contratações realizadas com terceiros, qualquer que seja a sua natureza ou configuração.²¹

Além de incorporar a modelagem tradicional do direito brasileiro referente a contratação sem licitação previstas na Lei 8666/93, como dispensa e inexigibilidade, essa legislação instituiu uma terceira hipótese, denominada de inaplicabilidade.

Quando o §3º do artigo 28 da Lei 13303/16 preceitua que as empresas públicas e as sociedades de economia mista são **dispensadas** da observância dos dispositivos legais

¹⁹ MARINELA, Fernanda., op. cit., p. 154..

²⁰ Assim dispõe o artigo 1º da Lei 13303/2016.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS LEI 13.303/2016 - "Lei das Estatais"**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 291.

previstos no âmbito do capítulo sobre licitações (dispensas e inexigibilidade), não está tratando de “dispensa” propriamente dita, mas de uma determinação mais ampla, como inaplicabilidade de licitação.²²

A inaplicabilidade, por vezes, pode ser confundida com a inexigibilidade, mas há aspectos que as diferenciam claramente. Enquanto a inexigibilidade decorre da inviabilidade de competição e configura-se nas hipóteses em que a natureza do objeto, o interesse da Administração ou as características do mercado são incompatíveis com a realização de um certame licitatório formal, a inaplicabilidade nem se cogita de licitação porque não há exigência nesse sentido, vez que a relação contratual é dotada de peculiaridades que implicam a ausência de subsunção. Portanto, até pode existir viabilidade de competição, mas não existe obrigatoriedade de licitação.²³

Já a dispensa tem característica única, consiste na determinação legal de exclusão da adoção de procedimento licitatório. Tem por fundamento o juízo de proporcionalidade, já que o dispositivo legal que determina a dispensa produz um efeito constitutivo negativo, afastando a obrigatoriedade jurídica do processo licitatório. Portanto, consiste em restringir a amplitude de uma outra norma jurídica, que impunha a exigência de licitação. Assim, se não fosse a existência do dispositivo legal prevendo a dispensa, a contratação deveria subordinar-se à licitação.

²² JUSTEN FILHO, Marçal. **ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS LEI 13.303/2016 - "Lei das Estatais"**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 298.

²³ *Ibid.*, p. 299.

3 PESSOAL

3.1 Regime de Contratação nas Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista

É peculiar das entidades administrativas com personalidade jurídica de direito privado o regime de emprego público, tanto nas que tem como objeto a prestação de serviços públicos, quanto nas que se dedicam à exploração de atividade econômica, visto o vínculo funcional de natureza contratual do agente público com o ente administrativo e a sujeição à legislação trabalhista²⁴.

A expressão “agente público” é considerada gênero, engloba todos os indivíduos que exercem um tipo de função pública, seja ela remunerada ou gratuita, permanente ou transitória, política ou meramente administrativa. É considerado agente público “toda pessoa física que exerça, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo ou função pública.” (Alexandrino e Paulo, p.125)

Do gênero “agentes públicos” se desdobram algumas espécies e as mais exploradas pelo direito administrativo são “servidor público” e “empregado público”.

“Servidor público” corresponde àqueles titulares de cargos públicos, efetivos ou em comissão, que mantêm relação funcional com o estado em regime estatutário e, sujeitam-se ao regime jurídico de direito público²⁵.

Por outro lado, “empregado público”, cuja averiguação é mais relevante para o presente estudo, consiste nos agentes ocupantes de empregos públicos, ligados ao regime jurídico de direito privado e amparados pela legislação trabalhista, sob regime contratual²⁶.

Fernanda Marinela (2012, p. 609) define que os agentes das empresas públicas e sociedades de economia mista são denominados servidores de entes governamentais de direito

²⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente., op. cit., p. 93.

²⁵ Ibid., p. 125.

²⁶ Ibid., p. 125.

privado e seguem o regime contratual de emprego público por não admitir o regime de cargos para pessoas jurídicas de direito privado, portanto, o regime adotado é o celetista.

Assim, ainda que a observância seja à Consolidação das Leis do Trabalho-CLT, pelo fato de as empresas públicas e as sociedades de economia mista fazerem parte da administração pública indireta, devem cumprir certas regras do direito público, em razão do seu regime híbrido.

Nos preceitos de Marçal Justen Filho, essa questão fica bem elucidada:

“decorrente da natureza instrumental da entidade para o cumprimento de função administrativa. Ser dotada de personalidade jurídica de direito privado não significa ausência de natureza estatal, o que exige instrumentos de controle e vinculação à realização dos valores da democracia republicana”.²⁷

Ainda que os empregados públicos não sejam considerados servidores públicos, equiparam-se a eles em alguns aspectos, conforme explicitado por Marinela (2012, p. 609):

- a) estão sujeitos ao concurso público para preenchimento dos empregos, salvo as exceções expressas em nosso ordenamento jurídico (art. 37, II, da CF);
- b) submetem-se ao regime de não acumulação de cargos e empregos, salvo nas hipóteses permitidas pelo texto constitucional (art. 37, XVII, da CF);
- c) estão limitados ao teto remuneratório dos servidores previstos no art. 37, XI, da CF, salvo quando não receberem recursos da União, Estados, Municípios e Distrito Federal (da Administração Direta) para pagamento de despesas de pessoal ou para custeio em geral, conforme preconiza o art. 37, § 9º, da CF;
- d) respondem por improbidade administrativa, com base na Lei 8.429/92, art. 2º;
- e) são considerados funcionários públicos para fins penais, conforme previsão do art. 327 do Código Penal, por conseguinte respondem pelos crimes contra a Administração Pública;
- f) submetem-se aos remédios constitucionais, tais como, mandado de segurança, ação popular, mandado de injunção e outros.

A mais relevante dessas regras para o presente estudo, é a exigência de que a contratação se dê através de concurso público, em cumprimento ao disposto no inciso II, do art. 37 da Carta Magna, conforme exposto no tópico seguinte.

3.2 Concurso Público

²⁷JUSTEN FILHO, Marçal. **ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS LEI 13.303/2016 - "Lei das Estatais"**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 185.

O ordenamento jurídico pátrio previu a exigibilidade de concurso público como meio de ingresso em cargos e empregos públicos, conforme redação dada pelo artigo 37, II, da CF:

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

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

A observância de concurso público para provimento em empregos públicos, mesmo nas empresas públicas, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme aresto proferido no MS 21.322, rel. Ministro Paulo Brossard, em 03.12.1992:

A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da Lei e mediante concurso público é princípio constitucional explícito, desde 1934, art. 168. Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a iludir a regra, não só foi reafirmado pela Constituição, como ampliado, para alcançar os empregos públicos, art. 37, I e II. Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra que envolve a administração direta, indireta, fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, §1º. Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição.²⁸

Outro posicionamento semelhante, foi do Tribunal de Contas da União, através da Súmula nº 231:

231- A exigência de concurso público para admissão de pessoal se estende a toda a Administração Indireta, nela compreendidas as Autarquias, as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas e, ainda, as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, mesmo que visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada²⁹.

²⁸ ALEXANDRINO, Marcelo; Paulo, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19º. ed. rev. e atual. Forense. Rio de Janeiro. 2011. p. 94. **In:** STF – **Tribunal Pleno** – MS nº 21322/DF-Rel. Ministro Paulo Brossard, DJ, 03/12/1992.

²⁹ ALEXANDRINO, Marcelo; Paulo, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19º. ed. rev. e atual. Forense. Rio de Janeiro. 2011. p. 94. **In:** TCU – Súmula nº 231, 08/12/1994.

Embora o provimento se dê através de concurso público, Alexandrino e Paulo (2011. p. 94), preceitua que isso não confere a estabilidade de que trata o art. 41 da Constituição Federal pois, poderão, em tese, ser dispensados nos termos previstos na CLT. Assim também se posicionou o STF:

EMENTA: Empresa de economia mista: firme o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal não se aplica aos empregados de sociedade de economia mista: precedentes (AI 323346 AgR/CE, STF- Primeira Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ: 01.04.2005); e AI 987498 AgR/CE, STF, Min. Sepúlveda Pertence, DJ: 16.04.2004.³⁰

O Tribunal Superior do Trabalho, através da Súmula nº 390, de 20.04.05, também negou tal prerrogativa aos empregados públicos dessas estatais:

ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005
 I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)
 II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001).³¹

Em que pese a regra ser concurso público, Marinela (2012, p. 165) expõe uma exceção básica:

“Para admissão esses servidores 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 de 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 quando basta um procedimento seletivo simplificado”.

Tais justificativas se aparam no entendimento de que as empresas estatais que exploram atividade econômica aproximam-se do regime jurídico das empresas privadas.

³⁰ MARINELA, Fernanda., op. cit., p. 166.

³¹ Ibid., p. 610.

Porquanto, vale relembrar que o art. 173, §1º, II, da CF confere um regime especial próprio das empresas privadas a essas entidades, no que se refere a direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Conforme visto, é pacífico o posicionamento da não aplicabilidade do instituto da estabilidade aos agentes estatais, por outro lado, em relação à dispensa desses agentes, há divergências entre a doutrina e a jurisprudência³². Pois a doutrina entende pela equiparação aos servidores públicos, com cumprimento de processo administrativo, onde exista contraditório e ampla defesa.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello preceitua que “assim como não é livre a admissão de pessoal, também não se pode admitir que os dirigentes da pessoa tenham o poder de desligar seus empregados com a mesma liberdade com que o faria o dirigente de uma empresa particular”.³³

Para o referido mestre a dispensa não é livre, deve haver razão para fazê-la, com um processo regular que permita a ampla defesa e, caso não seja observado, confere o direito ao empregado de recorrer às vias judiciais trabalhistas e obter o direito à reintegração e, não somente à compensação indenizatória.

Mas, para o TST, em razão do fato de haver ausência de estabilidade prevista no art. 41 da CF, torna-se como lícita a dispensa sem motivação. Considera ainda que, apesar de essas empresas pertencerem à Administração Pública Indireta, possuem personalidade jurídica de direito privado logo, submetem-se à regra do § 1º do art. 173 da Constituição Federal, onde prevê que as empresas públicas e as sociedades de economia mista que exploram atividade econômica estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas. Portanto, que é inadmissível se falar em ato administrativo para se exigir que seja motivado, cumprindo a empresa o dever de observar as regras para demissão dispostas na CLT, com o respectivo pagamento das verbas indenizatórias.³⁴

³² Ibid., p. 166.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 220.

³⁴ MARINELA, Fernanda., op. cit., p. 167..

Enfatizando o entendimento, o TST editou a Orientação Jurisprudencial - SBDI-1 n° 247, que estabelece:

SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE (alterada – Res. n° 143/2007) - DJ 13.11.2007

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

II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.³⁵

Essa também é a posição do STF, conforme decisão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DISPENSA IMOTIVADA. POSSIBILIDADE.

I - Ambas as Turmas desta Corte possuem entendimento no sentido de que os empregados admitidos por concurso público em empresa pública ou sociedade de economia mista podem ser dispensados sem motivação, porquanto aplicável a essas entidades o art. 7º, I, da Constituição.

II - Agravo regimental improvido. (AI 648453 AgR/ES, STF – Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento: 20.11.2007, DJ: 19.12.2007, p. 00035).³⁶

A única hipótese em que os tribunais se posicionaram de forma diferente, exigindo a motivação para dispensa, se deu no âmbito da Empresa de Correios e Telégrafos – ECT.

Em 2007, o TST, alterou a Orientação Jurisprudencial n° 247 para introduzir a ressalva referente à essa empresa, reconhecendo que por ter recebido o mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública, tais como, regime de precatório, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, prerrogativas de foro, prazos e custas processuais, não poderia efetuar demissão sem justa causa como as demais empresas públicas. Assim conclui o TST:

(...) que a ECT não pode ter tratamento híbrido. Em outras palavras: ou se lhe dá prerrogativa de ente público com ônus de ente público, ou bem se lhe confere status de empresa privada e os deveres da atividade privada. Dessa

³⁵ Ibid., p. 610.

³⁶ MARINELA, Fernanda., op. cit., p. 610.

forma, é inevitável afastar o dever de motivação (Proc. n° 95.418/2003-900-02-00/RR, TST – Segunda Turma, DJ: 12.05.2006).³⁷

Da mesma forma, o STF quando da análise de diversas questões sobre a ECT, reconheceu a impossibilidade de dispensa imotivada. No âmbito da decisão proferida no Recurso Extraordinário n° 589.998, por exemplo, que teve o assunto considerado como de repercussão geral, a decisão foi parcialmente acatada, pois excluiu a prerrogativa da estabilidade, conforme teor da ementa:

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALEMENTE PROVIDO. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC n° 19/1998. Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.

Portanto, depreende-se da decisão que ela reconhece a necessidade de motivação para dispensa na ECT, o que não caracteriza nem legitima a possibilidade da estabilidade prevista no art. 41 da CF. Pois, a motivação abarca critérios objetivos, assim preconiza o ministro Ricardo Lewandowski, conforme trecho de seu voto, extraído do citado Recurso Extraordinário:

(...)“Ora, a motivação do ato de dispensa, na mesma linha de argumentação, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir, razão pela qual se impõe, na espécie, não apenas seja a despedida motivada como precedida de um procedimento formal, em que se garanta ao empregado o direito ao contraditório, quando lhe seja imputada conduta desabonadora, porquanto, além de conferir-se a necessária publicidade à demissão, ficará o ato devidamente documentado e arquivado na empresa, permitindo seja a sua fundamentação a qualquer momento contrastado às normas legais aplicáveis”.

³⁷ Ibid., p. 168.

Porquanto, a razão da motivação também se justifica a fim de evitar a atuação arbitrária do administrador, baseada em interesses pessoais ou em troca de favores e, garantir que o princípio da isonomia e da impessoalidade, intrínsecos ao concurso público no momento da contratação, também sejam respeitados no momento da dispensa.

Ainda, no entendimento do ilustre ministro, não só a ECT tem o dever de motivar o ato de despedida de seus empregados, mas todas as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos.

No que tange às demais regras de direito público a serem observadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, destaca-se a equiparação dos empregados dessas entidades aos funcionários públicos para fins penais. Essa previsão consta no artigo 327, §1º, do Código Penal:

Art. 327 – Considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§1º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

Da mesma forma, estão sujeitos à Lei nº 8429/92, conhecida como Lei de Improbidade administrativa, podendo ser penalizados por seus atos no mesmo rigor dos demais agentes públicos.

Cabe referir, também, que os dirigentes dessas empresas estatais podem figurar como autoridade coatora para fins de impetração dos remédios constitucionais, tais como, mandado de segurança, ação popular, mandado de injunção e outros. Nesse sentido já manifestou o STJ, cujo trecho da decisão segue transcrito:

(...) A turma, ao prosseguir o julgamento, entendeu, por maioria, que o dirigente da sociedade de economia mista tem legitimidade para figurar como autoridade coatora em mandado de segurança impetrado contra ato praticado em licitação. Isso porque, tal como aduzido pela Min. Denise Arruda em seu voto-vista, a sociedade de economia mista sujeita-se aos princípios da Administração Pública quando promove licitação (art. 173, §1º, III, da CF/1998) a que está obrigada por força do art. 37, XXI, daquela Carta. Assim, cuida-se, na específica hipótese, de ato de autoridade e não de gestão. Precedentes citados: REsp 598.534-RS, DJ: 19.9.2005; REsp 598.534-RS,

DJ:19.9.2005; REsp 470.783-MT, DJ: 28.10.2002; REsp 533.613-RS, DJ: 3.11.2003, e REsp 122.762-RS, DJ: 12.09.2005 (REsp 683.668-RS, Rel. originário Min. Teori Albino Zavascki, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux, julgamento: 4.5.2006 - Informativo 283 – STJ).³⁸

Ademais, Marinela (2012. p. 166), ressalta que o STJ reconhece que “Segundo doutrina e Jurisprudência, o conceito de autoridade coatora deve ser interpretado da maneira mais abrangente possível”.³⁹

Com efeito, analisadas algumas das diversas regras de direito público que recaem sobre os empregados públicos de entidades regidas pelo Direito Privado, convém explicitar o posicionamento crítico do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello em relação a essa temática, onde ele menciona que “o art. 173, §1º, II, da Lei Magna expressou-se de modo muito imperfeito ao estatuir que tais entidades, quando exploradoras de atividade econômica sujeitar-se-iam ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.⁴⁰

Para o ilustre, não procede tal menção do artigo uma vez que as regras previstas na Constituição são aplicadas independentemente da natureza, se exploradora de atividade econômica ou se prestadora de serviço público, pois, as próprias normas elencadas no texto, impedem a perfeita simetria de regime jurídico entre essas entidades⁴¹, demonstrando, somente pelo fato de essas normas estarem categoricamente previstas na Constituição, que o regime não é igual ao das pessoas jurídicas de Direito Privado.

Quando analisadas no âmbito do Direito, sob os preceitos da Administração Pública, essas estatais se tornam intituladas de todas as peculiaridades que norteiam o Estado. A observância ao regime jurídico de direito público garante o controle administrativo sobre as empresas públicas e as sociedades de economia mista, bem como a supervisão da atuação de seus dirigentes, a fim de buscar ao máximo, o princípio da eficiência e os demais princípios que regem a Administração Pública, resguardando, com isso, o interesse público.

³⁸ MARINELA, Fernanda., op. cit., p. 166.

³⁹ STJ – REsp 598.534/RS, Julgamento: 01.09.2005, DJ: 19.09.2005, p. 264.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., op. cit., p. 203.

⁴¹ Ibid., p. 201.

Em relação a essa atuação do gestor, Mello (2011. p. 221) ressalta como um “dever de bem curar um interesse que não é próprio, mas da coletividade, e em nome do qual lhe foi atribuído o poder, meramente instrumental, de bem servi-la”.

Nessa esteira, a necessidade de conceituar o regime jurídico dessas entidades se dá, em especial, pelo fato de elas terem um regime peculiar, ora perpassando pelo direito privado, ora pelo direito público e é, justamente sob o instituto desse último, que as tornam diferentes de qualquer outra pessoa jurídica de Direito Privado. Ainda que, a própria Carta Magna, em diversos dispositivos, faça previsão divergente da constante no art. 173, §1º II, vindo a contradizer o que ele preceitua, por demonstrar que a submissão ao direito privado não é exclusividade, não faria sentido enquadrá-las no campo dos estudos do Direito se não houvesse ligação com o direito público, mas sim na esfera da Ciência da Administração, daí a necessidade do aprofundamento.

3.3 Criação de Cargos, Empregos e Funções Públicas

O presente tópico abordará questões relativas aos cargos, empregos e funções públicas, consubstanciando seus conceitos e a análise do regime jurídico que lhes são aplicados, mas sobretudo, com enfoque nas normas que tratam de sua criação, extinção e transformação, principalmente, nos casos de empregos públicos nas empresas públicas e sociedades de economia mista.

3.3.1 Considerações gerais

Não obstante todas exemplificações, outro preceito constitucional aplicado no âmbito da Administração Direta e estendido à Administração Indireta diz respeito à regra para criação de empregos públicos nessas estatais, no qual terão de ser criados mediante Lei, por força do art. 48, X, da Constituição, que assim dispõe:

Art. 48, X - Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos art. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:
X- criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b;

Primeiramente, cabe elucidar, à luz doutrinária, o conceito de cargo, emprego e funções públicas, já que o artigo remete à criação desses institutos.

Em regra, na literatura do direito administrativo brasileiro, cargo público é considerado como um lugar dentro da organização funcional da Administração Pública direta, autárquica e fundacional. São vinculados às pessoas jurídicas de direito público que são responsáveis pela redistribuição da atividade desenvolvida, com regime jurídico definido em lei, denominado assim regime legal ou estatutário, de índole institucional, não contratual⁴².

Ainda que de forma minoritária, parte da doutrina traça um conceito abrangente, entendendo, por vezes, que cargo público não está associado exclusivamente a um servidor público, regido pelo regime estatutário, mas que também, sua denominação pode estar associada a um empregado público, ocupante de emprego público sob o regime celetista.

Neste trabalho, no início do capítulo, foi abordado como institutos diferentes, seguindo a corrente majoritária, sendo que servidor público ocupa “cargo” público e, empregado público ocupa emprego público, regidos respectivamente, pelos regimes estatutário e celetista.

Porém, cabe mencionar, a título de conhecimento, a posição dos doutrinadores que divergem desse conceito estrito e demonstram uma interpretação mais ampla, entendendo, inclusive, que cargo pode ser sinônimo de emprego. Em um trecho extraído de um artigo jurídico, fica claro a posição dessa corrente:

F

“Trata-se do sentido genérico de posto de trabalho, pura e simplesmente. A própria legislação trabalhista vale-se do termo cargo de forma a desmentir aqueles que supõem que ele denote, necessariamente, um vínculo estatutário; nela, a alusão a uma relação de emprego transparece nítida, como é o caso, por exemplo, do art. 450 da CLT, que refere o exercício de cargo em empresa. Na legislação societária também se encontram exemplos de utilização do termo cargo sem qualquer significado de vínculo estatutário com o empregador. Aliás, a terminologia encontrada na Lei das Sociedades Anônimas (aplicável às empresas estatais que revistam este figurino) é um exemplo eloquente de que a expressão cargo pode perfeitamente referir um posto cujo ocupante está sob regime de emprego”.⁴³

⁴² MARINELA, Fernanda., op. cit., p. 613.

⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **As empresas Estatais, o Concurso Público e os Cargos em Comissão**. Revista do Direito Administrativo. Rio de Janeiro. 2006. p. 34. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42539>>. Acesso em: 03.04.2017. *apud*

Não distante disso, é quando a Constituição Federal trata da exceção ao concurso público, possibilitando a contratação de *cargos em comissão* de livre nomeação e exoneração⁴⁴. A interpretação da conotação de cargo para essa definição, não é a mesma utilizada para classificar o regime jurídico que disciplina o vínculo de trabalho do agente público, mas pode, por hora, remeter também a um emprego público regido pela CLT.

Dessa forma, Veralice Meirelles (2008, p. 423), também não associa a servidor, nem faz menção ao regime jurídico quando preceitua que “cargo público é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei”.

Portanto, depreende-se dos posicionamentos elucidados que, por diversas vezes, a palavra *cargo* é usada no ordenamento jurídico sem estar correlacionada à classificação de servidores públicos enquanto ocupantes de cargos públicos⁴⁵.

Por outro lado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, atenta para uma denominação de cargo público usada anteriormente, mas que sofreu alteração com o advento da possibilidade de contratação de servidores sob o regime de legislação trabalhista e isso, elucida bem, o porquê dessa “confusão” entre cargo e emprego público. Consolidando o entendimento a autora expõe:

“Com efeito, as várias competências previstas na Constituição para a União, estados e Municípios são distribuídas entre seus respectivos órgãos, cada qual dispondo de determinado número de **cargos** criados por lei, que lhes confere denominação própria, define suas atribuições e fixa o padrão de vencimento ou remuneração.

Durante muito tempo, essa unidade de atribuições correspondia ao **cargo** e era atribuída ao **funcionário** público sob regime estatutário.

Quando se passou a aceitar a possibilidade de contratação de servidores sob o regime da legislação trabalhista, a expressão **emprego público** passou a ser utilizada, paralelamente a cargo público, também para designar, uma **unidade de atribuições**, distinguindo-se uma da outra pelo tipo de vínculo que liga o servidor ao Estado; 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 que, na União, está

⁴⁴ “CF, art. 37, II - A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.”

⁴⁵ MEIRELLES, Veralice Celidonio Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 419.

contido na lei que instituiu o regime único (Lei nº 8.112/90)⁴⁶. (*grifos do autor*)

Portanto, depreende-se dessas considerações que cargo público e emprego público designam a mesma coisa, são unidades de atribuições, porém o que difere um do outro é o vínculo jurídico entre o agente e o Estado.

Destarte, partindo para o conceito de cargo público discorrido pela corrente majoritária, na qual concentra uma definição mais restritiva, destaca o posicionamento de Odete Medauar (2012, p. 298), por exemplo, que apresenta uma definição semelhante a do estatuto federal quando observa que “cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um **servidor**, criado por lei, em número certo, com denominação própria, remunerado pelos cofres públicos”. Já que o estatuto dos servidores públicos da União - Lei 8112/90, preconiza em seu artigo 3º o seguinte:

Art. 3º - Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um **servidor**. Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.

Outro entendimento segue a mesma linha, Marcelo Alexandrino (2011. p. 346) classifica cargo público como:

“o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional da administração que devem ser cometidas a um servidor. Os cargos públicos são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão”.

No caso de cargo em comissão, que tem previsibilidade no art. 37, inciso, V, há o dever de cumprimento de um percentual mínimo de servidores de carreira para preenchimento das vagas, mas o remanescente pode ser exercido por qualquer agente. Possui natureza provisória, não admitindo a quem o exerce, o direito a continuidade permanente na função, visto o caráter de confiança com o superior hierárquico, sendo, portanto, de livre nomeação e exoneração.

⁴⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 589.

Por outro lado, a função pública é denominada a partir de dois preceitos, primeiramente, aquelas previstas no art. 37, inciso V, da CF, intuídas como funções de confiança. Essas só podem ser exercidas por servidores ocupantes de cargo efetivo⁴⁷ e destinam-se, exclusivamente a atribuições de direção, chefia e assessoramento, com natureza permanente⁴⁸.

A outra concepção, são as funções autônomas, que tem um caráter provisório e destinam-se a atender necessidades temporárias ou transitórias, por exemplo, as desempenhadas nos casos de contratação por tempo determinado. Por serem transitórias, podem ser exercidas por servidores designados, admitidos ou contratados precariamente⁴⁹.

Diferentemente dos cargos em comissão, que em parte são preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei e demais designados a critério do dirigente, as funções de confiança são inerentes aos ocupantes de cargo público em caráter efetivo, logo, aos que submeteram a concurso público. Mas, em outra situação, se assemelham aos cargos em comissão, por serem de livre nomeação e exoneração. Usualmente são chamadas de funções de confiança ou de funções gratificadas, em razão da pecúnia atribuída ao agente.

Pormenorizando a diferenciação desses termos elucidados, Fernanda Marinela (2012) sintetiza os principais aspectos que os envolvem:

TABELA 2: Cargo em Comissão x Função de Confiança

CARGO EM COMISSÃO	FUNÇÃO DE CONFIANÇA
Art. 37, V, CF	Art. 37, V, CF
- um lugar no quadro funcional da Administração que conta com um conjunto de atribuições e responsabilidades.	- somente um conjunto de atribuições e responsabilidades.
- utilizado para direção, chefia e assessoramento, antigamente denominado cargo de confiança.	- utilizado para direção, chefia e assessoramento.

⁴⁷ A Emenda Constitucional nº 19 delimita o exercício das funções de confiança apenas para o titular de cargo efetivo.

⁴⁸ De acordo com a Lei 8112/90, art. 9º, parágrafo único, as funções de direção, chefia e assessoramento têm natureza permanente.

⁴⁹ MEIRELLES, Veralice Celidonio Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 424.

- pode ser ocupado por qualquer pessoa, reservado um limite mínimo previsto em lei que só pode ser atribuído aos servidores de carreira.	- só pode ser ocupado por servidores titulares de cargos efetivos.
--	--

Fonte: Marinela (2012, p. 617)

Da mesma forma que Maria Sylvia Zanella Di Pietro definiu cargos como sendo uma unidade de atribuições do estado, Fernanda Marinela, também reporta a emprego como um conjunto de atribuições e responsabilidades. Para ela “emprego é terminologia utilizada para identificar uma relação funcional de trabalho; é um núcleo de encargo de trabalho permanente a ser preenchido por agente contratado para desempenhá-lo, portanto também conta com um conjunto de atribuições e responsabilidades”⁵⁰.

A expressão “empregado público” é usada tanto na Administração Direta, quanto na indireta como forma de denominação aos agentes que ingressam no estado sob o regime celetista, isto porque não são ocupantes de cargo público e, conseqüentemente não gozam da estabilidade constitucional prevista no art. 41. Veralice Meirelles define bem essa ideia dizendo que “os empregados públicos são todos os titulares de emprego público (não de cargo público) da Administração direta e indireta, sujeitos ao regime jurídico da CLT, daí serem chamados também de “celetistas”⁵¹.

Embora não seja o foco, convém mencionar a situação do regime jurídico do pessoal da Administração direta, das autarquias, e fundações.

A Constituição Federal, em sua redação original, artigo 39, *caput*, previu o regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da Administração direta, autárquica e fundações. A palavra “servidores” constante do texto, tem sentido amplo, portanto abrange tanto os titulares de cargos públicos (regime estatutário) quanto os ocupantes de empregos públicos (regime contratual, trabalhista).⁵²

Porém a norma constitucional não definiu qual regime jurídico deveria ser adotado, nem a obrigatoriedade de cumprir, por exemplo, o regime estatutário. Mas, impôs o

⁵⁰ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2012. p.

⁵¹ MEIRELLES, Veralice Celidonio Lopes., op. cit., p. 419.

⁵² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente., op. cit., p. 317.

uso de apenas um regime, que fosse igual para todos os agentes dentro do mesmo ente administrativo. Assim, ficava a critério da administração escolher pelo regime estatutário ou pelo regime contratual (celetista), ou até mesmo por um regime misto.

Em cumprimento à previsão do artigo, a União editou a Lei 8112/1990 que instituiu o regime jurídico único dos servidores públicos da União (administração direta), das autarquias e das fundações públicas federais. Sendo adotado o regime jurídico estatutário, por entender o legislador, que o vínculo estatutário é o mais adequado. Dessa forma, os empregos públicos que antes existiam na administração direta, nas autarquias e nas fundações públicas federais foram transformados em cargos públicos, na data da publicação da lei.⁵³

Posteriormente, com a promulgação da Emenda Constitucional nº19/1998, o *caput* do art. 39, da CF, teve sua redação alterada no intuito de não mais haver obrigatoriedade de adoção de um regime jurídico unificado, nem de estabelecer planos de carreiras. Mas, em relação à lei 8112/90 editada pela União, a emenda constitucional não fez menção. Portanto, a emenda alterou, apenas, a possibilidade de se adotar mais de um regime jurídico.

Com isso, por haver essa flexibilidade, a União por meio da Lei nº 9.962/00 disciplinou a contratação de pessoal na administração direta, autárquica e fundacional pelo regime de emprego público, sob as normas da CLT, sem exclusão de algumas normas do regime de direito público, por exemplo, exigibilidade de concurso público.

Porém, a alteração trazida pela EC nº19/98 ao *caput* do art. 39 da Constituição Federal teve sua eficácia suspensa. O Supremo Tribunal Federal, em 02/08/2007, no julgamento da ADI 2.135/DF, deferiu medida cautelar para suspender a eficácia do art. 39, *caput*, da CF., com redação dada pela EC19/98, voltando a vigorar a versão original do dispositivo e prevalecendo a adoção de um único regime jurídico⁵⁴.

Contudo, declarou que a decisão teria efeitos prospectivos (*ex nunc*), portanto toda legislação editada durante a vigência do art. 39, *caput*, da CF, com redação dada pela EC 19/1998, continuaria válida. Logo, a Lei 9.962/2000 permaneceu aplicável ao pessoal

⁵³ Ibid., p. 318..

⁵⁴ Ibid., p. 319.

contratado sob o regime de emprego público pela administração direta, autárquica e fundacional federal, antes de 02/08/2007.⁵⁵

O agente ocupante de emprego público, conforme já mencionado, está intrinsecamente ligado ao regime celetista, por conseguinte às normas da legislação trabalhista (CLT), sendo peculiar atribuí-lo às entidades administrativas com personalidade jurídica de direito privado, independente se prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica. Em razão disso, é mister conhecer a natureza do regime celetista face sua adoção pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

3.3.2 Regime Celetista

O regime celetista rege o vínculo das empresas públicas e sociedades de economia mista com seus agentes, tanto por serem pessoas jurídicas de direito privado quanto pela previsão legal constante no art. 182 do Decreto-lei 200 e ainda, no caso das exploradoras de atividade econômica, por imposição também do §1º, II do art. 173, da CF.⁵⁶

Odete Medauar (2011. p. 304) preceitua que no regime celetista os agentes recebem a denominação “empregados públicos” em analogia ao setor privado, que usa os termos empregado-empregador. Complementa ainda que “emprego público é o posto de trabalho de quem é contratado pela CLT. Esse é o regime de todos que trabalham nas empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme determina o art. 173, §1º, II, da CF”.⁵⁷

No mesmo sentido, Fernanda Marinela proclama que “o regime de emprego, independentemente de estar nas pessoas jurídicas de direito público ou privado e em qualquer ordem política, federal, estadual ou distrital, submete-se ao princípio da unicidade normativa, porque o conjunto das normas reguladoras está previsto em um único diploma legal, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)”.⁵⁸

Por estas razões, é a Justiça do Trabalho competente para conhecer das questões relativas a tais vínculos, por força do artigo 114, I, da CF.

⁵⁵ Ibid., p. 320.

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., op. cit., p. 220.

⁵⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 304.

⁵⁸ MARINELA, Fernanda., op. cit., p. 617.

3.3.3 Preceitos normativos para criação e extinção de cargos, empregos e funções públicas

A criação de cargos, empregos e funções públicas nas pessoas jurídicas de direito privado, especificamente nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista, dependem de lei, embora não haja uma estatuição constitucional específica, este é o entendimento doutrinário⁵⁹. Essa regra segue o critério atribuído à Administração direta cuja previsão consta no art. 61, §1º, II, “a”, da CF, que assim dispõe:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

No mesmo sentido, o artigo 48, X, da CF, dispõe que cabe ao Congresso Nacional dispor sobre todas as matérias da União, entre elas a criação de cargos, funções e empregos públicos. O exercício dessa competência é realizado por meio de lei, cuja iniciativa é privativa do Presidente da República.⁶⁰ Não obstante, também é dada interpretação ampla a esse dispositivo.⁶¹

Sendo assim, a propositura de lei para criação de cargos, empregos e funções públicas do Poder Executivo é de iniciativa privativa de cada representante da administração interessada, ou seja, ao Presidente da República, aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal e aos Prefeitos Municipais, cada qual na sua esfera governamental.⁶²

Porquanto é questionada a atuação do Legislativo na propositura dessas leis. Veralice Meireles (2008, p. 427) assevera que “a privatividade de iniciativa do Executivo torna inconstitucional o projeto oriundo do Legislativo, ainda que sancionado e promulgado pelo Chefe do Executivo, porque as prerrogativas constitucionais são irrenunciáveis por seus titulares”.

⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., op. cit., p. 219.

⁶⁰ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente., op. cit., p. 259.

⁶¹ Ibid., p. 219-220.

⁶² MEIRELLES, Veralice Celidonio Lopes., op. cit., p. 426.

Para tal, considera o princípio constitucional da reserva de administração, no qual impossibilita ingerência do Poder Legislativo em matéria administrativa de competência exclusiva do Poder Executivo ou, mesmo do Judiciário.⁶³

Posição semelhante a essa e que serve, inclusive, para reforçar tal preceito doutrinário, depreende-se da ADI 3061, proferida pelo STF em junho de 2006, momento em que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei estadual, proposta por iniciativa parlamentar, que dispunha sobre criação de cargos públicos. Dessa forma, dispõe a ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DIRIGIDA CONTRA A LEI Nº 538, DE 23 DE MAIO DE 2000, DO ESTADO DO AMAPÁ. - O § 1º do art. 61 da Lei Republicana confere ao Chefe do Poder Executivo a privativa competência para iniciar os processos de elaboração de diplomas legislativos que disponham sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração Direta e Autárquica, o aumento da respectiva remuneração, bem como os referentes a servidores públicos da União e dos Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria (alíneas "a" e "c" do inciso II do art. 61). - Insistindo nessa linha de opção política, a mesma Lei Maior de 1988 habilitou os presidentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça a propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízes que lhes forem vinculados, tudo nos termos da alínea "b" do inciso II do artigo 96. - A jurisprudência desta Casa de Justiça sedimentou o entendimento de ser a cláusula da reserva de iniciativa, inserta no § 1º do artigo 61 da Constituição Federal de 1988, corolário do princípio da separação dos Poderes. Por isso mesmo, de compulsória observância pelos Estados, inclusive no exercício do poder reformador que lhes assiste (Cf. ADI 250, Rel. Min. Ilmar Galvão; ADI 843, Rel. Min. Ilmar Galvão; ADI 227, Rel. Min. Maurício Correa; ADI 774, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; e ADI 665, Rel. Sydney Sanches, entre outras). - O diploma legislativo em foco é formalmente inconstitucional, dado que o Projeto de Lei nº 102/99, que deu origem à norma impugnada, foi de iniciativa parlamentar. - De outra parte, a Lei amapaense nº 538/02 é materialmente inconstitucional, porquanto criou um diferenciado quadro de pessoal na estrutura dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para aproveitar servidores de outras unidades da Federação, oriundos de qualquer dos três Poderes. Possibilitou, então, movimentação no espaço funcional em ordem a positivar um provimento derivado de cargos públicos. Mas tudo isso fora de qualquer mobilidade no interior de uma mesma carreira. E sem exigir, além do mais, rigorosa compatibilidade entre as novas funções e os padrões remuneratórios de origem. Violação, no particular, à regra constitucional da indispensabilidade do concurso público de provas, ou de provas e títulos para cada qual dos cargos ou empregos a prover na estrutura de pessoal dos Poderes Públicos (Súmula 685 do STF). - Ação direta julgada

⁶³ Ibid., p. 427.

precedente, para declarar a inconstitucionalidade do instrumento normativo impugnado. (STF – Tribunal Pleno – ADI n° 3061/AP – Rel. Min. Ayres Britto, DJ, 09/06/06.

Por outro lado, ainda que a regra para criação, transformação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos esteja adstrita ao Poder Executivo, as leis por ele criadas podem sofrer influências externas. Ao Legislativo, por exemplo, é conferido a prerrogativa de propor emendas, mas estas não poderão ultrapassar os limites qualitativos (natureza ou espécie) e quantitativos da proposta, nem desfigurar o projeto original.⁶⁴

Veralice Meireles justifica que negar totalmente o poder de emenda é suprimir uma prerrogativa institucional do Legislativo, mas também não lhe instituir limites é invalidar o controle de um Poder sobre seus serviços e seu orçamento, cuja competência lhe é conferida pela própria Constituição Federal.⁶⁵

Além do cumprimento do preceito legal que ordena a criação de cargos, empregos e funções públicas mediante lei, o constituinte deve observar as restrições do artigo 169, §1º, o qual prevê:

Art. 169, § 1º - A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Di Pietro (2012, p. 512), assevera que “essa norma coloca sob controle prévio da Administração Direta os atos que envolvem despesa com pessoal”, serve também de embasamento para o exercício do controle conferido ao Tribunal de Contas da União⁶⁶, conforme preceitua o art. 71, III, da CF:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

⁶⁴ MEIRELLES, Veralice Celidonio Lopes., op. cit., p. 427. **In:** STF, ADI 546-4-DF, DJU 16.5.2000.

⁶⁵ MEIRELLES, Veralice Celidonio Lopes., op. cit., p. 428.

⁶⁶ O controle exercido pelo Tribunal de Contas, bem como os demais controles a que as empresas públicas e sociedades de economia mista estão sujeitas, foram elucidados no Capítulo 2, seção 2.2.2., deste trabalho.

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

A disposição desse artigo, ainda que de cunho federal, é aplicada *mutatis mutandis*, na esfera estadual, municipal e do Distrito Federal, no que se refere à competência fiscalizatória dos Tribunais ou Conselhos de Contas.⁶⁷

No que pertine à extinção de cargos e funções públicas, primeiramente, deve levar em conta se encontram vagos, pois a regra difere quando dessa hipótese. Por força da EC 32/2001, a extinção de cargo ou função pública preenchidos somente poderá correr mediante lei (art. 48, X, da CF), já se o cargo estiver vago, a competência para sua extinção é privativa do Presidente da República, mediante decreto autônomo (não depende de lei), pois assim dispõe o art. 84, VI, alínea “b”, da CF, introduzido pela EC 32/2001.⁶⁸

Em relação ao emprego público, por não constar na redação do artigo 84 da CF, aplica-se integralmente a regra do art. 48, X, da CF, independentemente de o cargo se encontrar vago ou preenchido, pois da mesma forma que é conferido ao chefe do poder executivo dispor sobre a criação de empregos públicos, também lhe é imputado deliberar sobre a extinção.

⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., op. cit., p. 203.

⁶⁸ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente., op. cit., p. 259.

4 ADI 4844

Neste capítulo será traçado os principais desdobramentos da ADI nº 4844, começando pelo levantamento das informações constantes na petição inicial e, *a posteriori*, pela análise da defesa da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, do parecer da Advocacia Geral da União, da manifestação da Procuradoria Geral da República para que, com isso, ao final seja discutido os posicionamentos, bem como os argumentos jurídicos dessas entidades face às normas objeto de discussão na referida ação.

4.1 Principais aspectos da Petição Inicial

Em 21 de agosto de 2012, o então Governador de Minas Gerais, Antônio Anastasia, propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4844 a fim de tornar declarados inconstitucionais o inciso X, do artigo 61 e a alínea “d”, do inciso III, do artigo 66 da Constituição do Estado de Minas Gerais (CEMG).

O artigo 61, inciso X, da CEMG dispõe que cabe à Assembleia Legislativa, com a sanção do Governador dispor sobre a fixação do quadro de empregos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades sob controle direto ou indireto do Estado. Eis o teor do artigo:

Art. 61. Cabe à Assembleia Legislativa, com a sanção do Governador, não exigida esta para o especificado no art. 62, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, especificamente:

X – fixação do quadro de empregos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades sob controle direto ou indireto do Estado.

Já a alínea “d”, do inciso III, do artigo 66, atribui ao Governador, decidir privativamente sobre o quadro de empregos das empresas públicas:

Art. 66. São matérias de iniciativa privativa, além de outras previstas nesta Constituição:

III – do Governador do Estado:

d) o quadro de empregos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades sob o controle direto ou indireto do Estado.

O impetrante toma por base em suas alegações que a matéria tratada nesses dispositivos se insere no campo do direito comercial, pois o §1º do art. 173, da CF prevê que as empresas públicas e as sociedades de economia mista submetem-se ao regime jurídico

próprio das empresas privadas, inclusive em relação aos aspectos trabalhistas e tributários. E que, portanto, o regime jurídico das empresas privadas se situa no âmbito do direito civil ou comercial, cuja competência é exclusiva da União, já que o artigo 22, da CF assim dispõe.

Em razão disso, considera que não se pode atribuir ao legislador estadual, regulamentar a matéria atinente a estrutura e organização dessas sociedades, sob pena de invadir esfera de competência privativa da União. Ressalta ainda, que tais dispositivos ao conferirem à Assembleia Legislativa e ao Governador do Estado competência para disporem sobre o quadro de empregos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades sob o controle direto ou indireto do Estado, atentam contra o disposto no artigo 173, §1º, da CF, sob o aspecto da interferência no regime jurídico de entidade de direito privado, conferido às empresas públicas e sociedades de economia mista pela Constituição Federal.

Ressalta que, o constituinte decorrente do Estado-membro, nos termos da redação do art. 66, inciso, III, alínea “d”, incidiu em inconstitucionalidade material ao conferir competência ao Chefe do Poder Executivo para deflagrar o processo legislativo sobre a matéria em questão, pois entendeu haver uma ampliação dos limites, originariamente, estabelecidos no artigo 61, §1º, II, da CF, cujo preceito imputa ao Presidente da República a iniciativa privativa das leis que disponham sobre a criação de cargos, funções ou empregos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração.

Insiste que “os dispositivos da Constituição Estadual ora impugnados ampliam os requisitos exigidos pela lei comercial (Lei 6.404), em afronta ao disposto no artigo 22, I da Constituição Federal e amplia os limites originariamente estabelecidos no art. 61, §1º, II, “a” da Constituição Federal, cujo preceito imputa ao Presidente da República a iniciativa privativa das leis que disponham sobre a criação de cargos, funções ou empregos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração”.

A fim de embasar as alegações expostas, cita o voto do Ministro Maurício Corrêa no julgamento da ADI 1.281-9, em que o ilustre profere:

“A natureza jurídica dessas empresas- que guardam na forma do artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, verdadeira estrutura privada- não estaria a autorizar a manifestação prévia do Poder Legislativo Estadual, sob pena de

descaracterizar a essência do conceito de verdadeiras empresas privadas de que se revestem.

Os seus estatutos, a forma da publicidade de seus atos, as suas realizações orçamentárias e contábeis, a forma de convocação de suas assembleias, tudo isso está a indicar a total incompatibilidade de interferência para a formalização de ato complexo de que participe o Poder Legislativo, sem falar, evidentemente, dos privilégios fiscais, de que não podem esses entes ser beneficiários (art. 173, § 2º, da CF).

Suas relações com o mundo, são as relações da própria empresa privada, com a conotação da presença unipessoal, em alguns casos, ou da sua associação com diversas entidades públicas, diretas ou indiretas, em outros, e até com a participação de pessoas jurídicas privadas ou físicas, quando se trata de alguns tipos de sociedade de economia mista”.

Por fim, solicitou a notificação da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais para apresentar informações e, posteriormente, a citação do Advogado Geral da União e a oitiva do Procurador Geral da República, conforme previsão constitucional.

4.2 Manifestação da Assembleia Legislativa de Minas Gerais

Em defesa à impetração do pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo 61, inciso X; e 66, inciso III, alínea “d” da Constituição do Estado de Minas Gerais, a Assembleia Legislativa sustentou a constitucionalidade dos dispositivos atacados, tendo por base diversos preceitos.

Primeiramente, alegou que as matérias tratadas nos dispositivos em comento, não versariam sobre direito civil e comercial, “visto que nada estipulam acerca da natureza e atuação de empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades sob controle direto ou indireto do Estado de Minas Gerais”.

Que as regras ditadas pelos dispositivos têm, desde a sua criação, o único objetivo de que “o quantitativo de pessoal trabalhando em pessoas jurídicas de direito privado, vinculadas à Administração estadual, derive de projeto de lei de iniciativa privativa do Governador do Estado, a ser objeto de deliberação pela Assembleia Legislativa”.

Nesse contexto, alega que, por vezes, é comum a invocação do art. 173, §1º, da CF, para afastar das empresas estatais de direito privado a observância aos comandos constitucionais dirigidos à Administração Pública em geral.

Complementando essa ideia, fundamenta a posição do Prof. Celso Antônio Bandeira de Melo quando afirma que “o art. 173, § 1º, II, da Lei Magna expressou-se de modo muito imperfeito ao estatuir que tais entidades, quando exploradoras da atividade econômica, sujeitar-se-iam ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”, visto que essas entidades também se sujeitam à algumas normas de direito público previstas no próprio texto constitucional.

Dessa forma, preceitua que “por existirem estas balizas constitucionais à liberdade de atuação de empresas públicas e sociedades de economia mista, ainda que exploradoras de atividade econômica, em nada os dispositivos impugnados contrariam nem o §1º do art. 173 da Constituição da República nem a alínea “a” do inciso II do §1º do art. 61 da Constituição da República”.

Nesse sentido, a Assembleia também se manifestou em relação ao controle exercido pelo poder Legislativo, argumentando que “a apreciação pelo Legislativo de proposição de iniciativa privativa do Executivo referente à fixação do quadro de emprego das empresas estatais e paraestatais, em tudo atende ao disposto no inc. I do §1º do art. 173 da Constituição Federal, que impõe a lei instituidora do regime jurídico daquelas entidades dispor sobre sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela Sociedade.

E que, conseqüentemente atende à previsão do artigo 49, inciso X, da CF, que confere competência exclusiva ao Congresso Nacional de fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta. Logo, conclui que a fiscalização e o controle incluem, no âmbito local, deliberar sobre projeto de Lei de iniciativa privativa do Governador do Estado, relativo ao quadro de emprego das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades sob controle direto ou indireto do Estado.

Argumenta que não há afronta em relação ao art. 61, §1º, II, da CF, que determina ser de iniciativa do Presidente da República lei que disponha sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, ou seja, que não se pode extrair desse dispositivo a vedação de exigência de lei para fixação de quadro de emprego de empresas públicas, sociedades de economia mista e paraestatais.

Por fim, a Assembleia solicita que caso a Suprema Corte acate os fundamentos da requerida, entendendo que as empresas estaduais não devem ter os respectivos quadros de empregos fixados mediante lei, que seja aplicado interpretação conforme a Constituição apenas em relação às empresas públicas prestadoras de serviço público.

4.3 Manifestação do Advogado Geral da União em face da ADI nº4844

Em análise da matéria questionada pelo Governador de Minas Gerais através da ADI nº4844 e a defesa da Assembleia Legislativa, o Advogado Geral da República expos que “embora as estatais estejam submetidas ao exercício do controle administrativo, não cabe ao Poder Legislativo dispor sobre o quadro de empregos dessas entidades”⁶⁹.

Seguindo esta linha, afirma que os artigos 61, inciso X; e 66, inciso III, alínea “d”, da CEMG não guardam simetria com a Carta da República, que somente prevê a edição de lei acerca da criação de empregos públicos na Administração direta e autárquica e, não faz menção às entidades estatais de natureza privada.

Defende que pelo fato de a Constituição Federal conferir, privativamente, ao Chefe do Poder Executivo o exercício da direção superior da Administração⁷⁰, não cabe a esse Poder sofrer ingerência normativa do Legislativo.

Para tanto, cita diversas decisões do Supremo tribunal Federal⁷¹, em que a egrégia corte manifestou vedação ao Poder Legislativo de intervir normativamente em matérias cuja competência administrativa é atribuída ao Poder Executivo, em decorrência do princípio da reserva de administração e ao princípio da separação de Poderes.

Dessa maneira, entende que “a disciplina do quadro de empregos das empresas estatais constitui matéria submetida ao princípio da reserva de administração, de modo que as disposições hostilizadas, por permitirem a ingerência normativa do Poder Legislativo quanto

⁶⁹ Parecer da Advocacia Geral da República na ADI nº4844, p. 7.

⁷⁰ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

II – exercer, com auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;”

⁷¹ Decisões relatadas: STF – Segunda Turma - RE nº 427574 - Rel. Ministro Celso Antônio Bandeira de Mello, DJ, 13/12/2012; STF – Tribunal Pleno - ADI nº3343 – Rel. Ministro Ayres Britto, DJ, 22/11/2011; STF – Tribunal Pleno – ADI nº2364 MC – Rel. Ministro Celso de Mello, DJ, 14/12/2001; STF – Tribunal Pleno – ADI nº1642 – Rel. Ministro Eros Grau, DJ, 19/09/2008;

ao assunto, vulneram o disposto nos artigos 2º; 84, inciso II; e 173, §1º, inciso II, da Constituição Federal.⁷²

Assim, o Advogado-Geral da União conclui pela procedência do pedido impetrado pelo Governador de Minas Gerais, considerando que deva ser declarada a inconstitucionalidade dos artigos 61, inciso X; e 66, inciso III, alínea “d”, da Constituição Federal.

4.4 Parecer da Procuradoria Geral da República

A Procuradoria Geral da República introduz seu posicionamento sob o argumento da autonomia conferida ao estado de intervir na atividade econômica e a ligação dessa atividade com as regras de direito privado, mas sem deixar de lado o vínculo com o regime de direito público que lhe é peculiar.

Assim, preceitua que a interferência do Estado na economia resume a duas proposições, primeiramente, a de uma intervenção positiva da Administração Pública para atingir fins coletivos e depois, o dever de lidar com as mudanças e demandas céleres do mercado.

Com isso, entende que “a estrutura e organização exigida pelos artigos impugnados da Constituição do Estado de Minas não atentam a essa lógica híbrida e, por consequência, não respeitam o artigo 173, §1º, II, da CR.”⁷³

Isso porque, os dispositivos questionados não são compatíveis com as mudanças e complexidades frequentes no mercado, seja nas empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviço público, ou nas que exercem atividade econômica.

Outro fundamento exposto pela Procuradoria é de que a própria lógica de criação de uma empresa pública e de uma sociedade de economia mista indica que não cabe ao Legislativo determinar como elas funcionam, já que não é a lei em si que as criam, e sim autoriza a criação.

⁷² Parecer da Advocacia Geral da República na ADI nº4844, p. 11.

⁷³ Parecer nº 8939 da Procuradoria Geral da República, p. 5.

Em um último manifesto, a Procuradoria refuta o argumento utilizado pela Assembleia Legislativa quando menciona a legalidade dos dispositivos com base no exercício do controle público conferido ao Poder Legislativo, “isso porque o modelo adotado no Brasil é baseado na teoria dos *checks and balances*⁷⁴, o que exige controle frequente dos eventuais abusos de cada poder. Com isso, ressalta o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal de que os Tribunais de Conta possuem competência para fiscalizar os atos das empresas estatais.

Nessa esteira, cita a ADI n° 1642, cuja Suprema Corte declarou ser colidente com o princípio da harmonia e interdependência entre os poderes a intromissão do Poder Legislativo no processo de provimento das diretorias das empresas estatais, conforme texto da ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALÍNEA "d" DO INCISO XXIII DO ARTIGO 62 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. APROVAÇÃO DO PROVIMENTO, PELO EXECUTIVO, DOS CARGOS DE PRESIDENTE DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA ESTADUAL PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 173, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISTINÇÃO ENTRE EMPRESAS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO E EMPRESAS ESTATAIS QUE DESENVOLVEM ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO. REGIME JURÍDICO ESTRUTURAL E REGIME JURÍDICO FUNCIONAL DAS EMPRESAS ESTATAIS. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. 1. Esta Corte em oportunidades anteriores definiu que a aprovação, pelo Legislativo, da indicação dos Presidentes das entidades da Administração Pública Indireta restringe-se às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Precedentes. 2. As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. 3. Distinção entre empresas estatais que prestam serviço público e empresas estatais que empreendem atividade econômica em sentido estrito 4. O § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público. 5. A intromissão do Poder Legislativo no processo de provimento das diretorias das empresas estatais colide com o princípio da harmonia e interdependência entre os poderes. A escolha dos dirigentes dessas empresas é matéria inserida no âmbito do regime estrutural de cada uma delas. 6. Pedido julgado parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição à alínea "d" do inciso XXIII do artigo 62 da Constituição do

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, e MÁRTIRES COELHO, Inocência. Curso de Direito Constitucional. Saraiva. São Paulo. 2007. p. 145. -*apud*- Parecer n° 8939 da Procuradoria Geral da República, p. 7.

Estado de Minas Gerais, para restringir sua aplicação às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as empresas estatais, todas elas.

Portanto, a escolha dos dirigentes dessas empresas é matéria inserida no âmbito do regime estrutural de cada uma delas.

Ante aos embasamentos elucidados, a Procuradoria conferiu a procedência ao pedido de declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos.

4.5 Discussão a respeito dos principais argumentos jurídicos utilizados na ADI 4844

Conforme visto, é notória a divergência de entendimentos face a exigibilidade de lei para criação de empregos públicos nas empresas públicas de Minas Gerais, isso porque a legislação mineira estipula norma diversa do que preceitua a Constituição Federal. Esse impasse deu margem à impetração da ADI nº4844, que tem por objeto a análise pela Suprema Corte da compatibilidade dos artigos 61, inciso X e, 66, inciso III, alínea “d” da Constituição de Minas Gerais com os artigos 173, §1º e; 61, §1º, inciso II, alínea “a” da Constituição Federal.

O artigo 61, inciso X, da Constituição Mineira preceitua que é da competência da Assembleia Legislativa dispor sobre o quadro de empregos públicos nas empresas públicas de Minas Gerais. Sobre esse ordenamento, o requerente alegou, na petição inicial, que as empresas públicas e sociedades de economia mista estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, situado no âmbito do direito civil e comercial, cuja competência é exclusiva da União (CF, artigo 22, I).

A Advocacia Geral da União e a Procuradoria Geral da República, em seus pareceres, seguiram o mesmo entendimento, considerando que o regime jurídico das empresas públicas é de direito privado e que, portanto, a matéria tem que ser tratada no âmbito do direito civil e comercial, por força do artigo 173, § 1º, da CF, não cabendo ingerência do Poder Legislativo estadual.

Por outro lado, a Assembleia Legislativa, manifestando pela constitucionalidade dos os artigos 61, inciso X e 66, inciso III, alínea “d” da CEMG, alegou que a matéria tratada por esses dispositivos não se refere a direito civil e comercial, pois seus conteúdos não estipulam nada acerca da natureza e atuação das empresas estatais, tendo apenas o intuito de

estabelecer que o quantitativo de pessoal dessas empresas seja determinado por lei de iniciativa do Governador, sujeito a deliberação pela Assembleia Legislativa.

Porém, a questão é muito mais ampla, envolve conceitos que interferem diretamente na finalidade da criação dessas pessoas jurídicas, bem como na sua estruturação administrativa e no princípio da separação de poderes e não, meramente, na descrição do que dispõe o artigo, como posto pela Assembleia, porque isso já consta expressamente em seu texto e é de perfeito entendimento.

Quando da criação das empresas públicas ou sociedade de economia mista, o Estado tem de observar uma série de requisitos já impostos legalmente. A começar pelo regime jurídico, que necessariamente será o regime próprio das empresas privadas. Como visto no capítulo que trata do regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, é inquestionável a sujeição dessas estatais ao regime de direito privado. Ainda que devam observar certas regras de direito público, sua natureza é extremamente privada, pois atuam como instrumento de ação do Estado na intervenção da atividade econômica.

Da mesma forma, é estabelecida por lei a maneira com que o Estado se estrutura e gere as pessoas da administração indireta, sendo a prerrogativa da execução exclusiva do Poder Executivo.

Quando a Constituição Federal prevê que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros **na forma da lei**, está, estritamente, conferindo ao administrador a liberdade de organizar seu pessoal, mediante lei de iniciativa do Poder Executivo, ainda que esta tenha que passar pelo crivo do Legislativo. Assim, compete àquele poder a iniciativa de lei que trate de pessoal, incluindo a sua criação, a extinção e todos os atos relativos à carreira dos servidores públicos.

Dessa forma, permitir que o Poder Legislativo disponha sobre matéria atinente ao Poder Executivo fere claramente o princípio constitucional da reserva de administração e ao clássico modelo de tripartição de poderes consagrado pelo constituinte originário, que preza pela atuação independente e harmônica entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o

que quer dizer que cada um deles deva atuar em sua esfera, sem interferência do outro e, com isso, executar plenamente as competências que lhes são atribuídas.

Também, sob esse contexto, a Advocacia Geral da União e a Procuradoria Geral da República entenderam pela inconstitucionalidade dos artigos da Constituição Mineira que conferem legitimidade ao Governador do Estado para instaurar processo legislativo sobre o quadro de empregos das empresas públicas e sociedades de economia mista, visto que esta norma amplia os limites estabelecidos no art. 61, §1º, II, alínea “a” da CF, bem como à atribuição dada a Assembleia Legislativa para dispor sobre a estrutura e organização dessas pessoas jurídicas, pois interfere na competência privativa da União, nos termos do art. 22, da CF, vez que os artigos impugnados tratam de matéria de direito comercial.

Portanto, considerando as abordagens elucidadas, depreende-se que é bastante considerável o entendimento pela inconstitucionalidade dos dispositivos da Constituição do Estado de Minas Gerais.

5 CONCLUSÃO

Não é novidade no âmbito deste trabalho, dizer que a Administração Pública Federal é compreendida pela administração direta e indireta e que, as empresas públicas e sociedades de economia mista são entidades administrativas criadas para exercer de forma descentralizada alguma competência do ente político que as criou, determinação essa, que se estende a todos os entes federais.

Tal preceito, ainda que pareça simplório, serve de base para compreensão de todo o universo jurídico dessas entidades, precipuamente em relação à sua natureza, finalidade, personalidade jurídica e disposição de pessoal. Sobretudo, também, para análise da margem de atuação conferida a cada ente político e a sujeição às normas constitucionais que regem a administração pública indireta.

Assim, procurou-se neste trabalho, percorrer por essas nuances a partir de estudos legais, doutrinários e jurisprudenciais, com foco, principalmente, nas regras que, de alguma forma se relacionam com a temática de pessoal no âmbito das empresas estatais, visto a existência de impasse legislativo para tratar sobre a criação de empregos públicos nas empresas públicas e sociedades de economia mista de Minas Gerais.

Verificou-se, no contexto deste trabalho, que a Constituição Federal determinou que as empresas públicas e as sociedades de economia mista estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários e que, esse regime se insere no âmbito do direito civil e comercial, cuja competência para legislar é privativa da União.

Porém, controversamente a esse preceito constitucional, legislou o constituinte mineiro, conferindo na redação dos artigos 61, inciso X; e 66, inciso III, alínea “d” da CEMG, competência ao Chefe do Poder Executivo para instaurar processo legislativo sobre o quadro de empregos das empresas públicas e sociedades de economia mista e à Assembleia legislativa, prerrogativa para regulamentar a estrutura e a organização dessas entidades.

Dessa forma, essa monografia teve por objetivo geral discutir a (in)constitucionalidade tais dispositivos da Carta Mineira, o que foi feito, mediante a análise da ADI n°4844 e dos principais argumentos jurídicos por ela levantados.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; Paulo, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AMAPÁ. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº3061. 2003/AP. Ministro Relator: Ayres Britto. Disponível em:<
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2185578>>. Acesso em: 15 de março de 2017.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº2135/DF. Ministra relatora: Carmem Lúcia. 2000. Disponível em:<
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11299>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 16 de janeiro de 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5452 de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 18 de fevereiro de 2017.

BRASIL, Lei Federal nº 8112 de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Lei Federal nº 8429 de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. BRASIL. Decreto-Lei nº 2848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 18 de fevereiro de 2017.

BRASIL, Lei Federal nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 13 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Lei Federal nº 9962 de 22 de fevereiro de 2000. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9962.htm>. Acesso em : 20 de fevereiro de 2017.

BRASIL, Lei Federal nº 10520 de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Lei Federal nº 13.303 de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm>. Acesso em: 15 de março de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Mandato de Segurança nº 21322/DF. Ministro Relator: Paulo Brossard. Brasília, 03 de dezembro de 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85492>>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Mandato de Segurança nº 25092/DF. Ministro Relator: Carlos Veloso. Brasília, 17 de março de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86258>> Acesso em: 04 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 589.998/PI. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília 12 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=98742&caixaBusca=N_>. Acesso em: 15.03.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº390. In: MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2012. p. 610.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula 231. Disponível em:< <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/jurisprudencia/231>>. Acesso em 15 de março de 2017.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus. 2012. JUSTEN FILHO, Marçal. **ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS LEI 13.303/2016 - "Lei das Estatais"**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Veralice Celidonio Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MINAS GERAIS. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4844/MG. Ministra Relatora: Carmem Lúcia, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4293100>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2017.

MINAS GERAIS. Constituição (1989). Constituição do Estado de Minas Gerais promulgada em 21 de setembro de 1989. Belo Horizonte, Assembleia Legislativa. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70446>> . Acesso em: 15 de Janeiro de 2017.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.