

# REFLEXÕES SOBRE ENFRENTAMENTO DISCIPLINAR NAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Alcebíades Tavares Dantas

**SUMÁRIO:** *I Introdução; II Descentralização administrativa, ato administrativo e repercussões no enfrentamento disciplinar de empregados celetistas; III O uso do processo na prática disciplinar; IV Importância da questão processual no enfrentamento disciplinar; V Evolução do processo administrativo, sua relação e conseqüências quanto às Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista; VI Controvérsias Doutrinárias sobre as garantias de emprego; VII Aspectos do direito disciplinar do trabalho; VIII Conclusões.*

## ***I Introdução***

O presente trabalho intenta fazer reflexões sobre a descentralização administrativa e seus reflexos no enfrentamento disciplinar e a garantia do emprego nos entes da administração direta e indireta, especificamente quanto às Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista, Autarquias e Fundações Públicas, e, ainda, quanto ao regramento previsto nos arts. 37 e 173 da Constituição Federal, bem como efetuar estudos sobre a importância das questões processuais e sua relação com os direitos dos empregados celetistas e a garantia ao emprego, além de comentar e questionar as orientações legais e jurisprudenciais sobre a matéria.

## ***II Descentralização administrativa, ato administrativo e repercussões no enfrentamento disciplinar de empregados celetistas.***

O *caput* do art. 37 da Constituição Federal ao estabelecer uma série de princípios de cumprimento obrigatório à administração pública refere indistintamente aos entes da administração indireta sem especificar os tipos, ou excluir qualquer um deles, determinando que “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”, afora outras regras previstas nos incisos, mas é no art. 4º do Decreto-Lei 200, de 25/2/1967, que vamos encontrar às distinções entre os tipos e a organização da Administração Pública Federal, bem como ao estabelecer que a administração federal compreende:

“I A administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;

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.

O parágrafo único do aludido artigo estabeleceu, ainda, que as entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

O art. 5º, no inciso I, por sua vez, definiu **autarquia** como “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

Definiu, ainda, nos incisos II e III do mesmo artigo, o que são **Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista** da seguinte forma: “**Empresa Pública** – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, **com patrimônio próprio e capital exclusivo da União**, criada 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”; “**Sociedade de Economia Mista** – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, **sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidades da administração indireta**”.

Por fim, definiu no inciso IV o que seja **Fundação**: “**Fundação Pública** – a entidade de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

As definições e distinções legais têm repercussões práticas e jurídicas. Quanto aos entes da administração indireta encontramos a separação em dois grandes grupos com reflexos no disciplinamento legal na área do Direito do Trabalho: Autarquias e Fundações de um lado e, do outro, as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista.

A distinção também tem provocado várias repercussões práticas em matéria de enfrentamento disciplinar não só quanto ao alcance dos direitos legais concedidos, mas também quanto à proteção contra a demissão ou, ainda, quanto à questão da exigência do uso ou não do processo administrativo.

Por exemplo, o art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que garante estabilidade aos empregados que preencham os requisitos que menciona, refere tão-somente aos empregados da administração direta, autarquias e fundações, portanto deixando de fora do seu alcance e da estabilidade os empregados de dois outros entes da administração indireta, os das Empresas Públicas e os das Sociedades de Economia Mista.

Na prática judiciária as questões começam a surgir quando examinamos o que foi estabelecido nos arts. 37 e 173, II, § 2º, da Constituição Federal, ou mesmo quanto ao que é disciplinado na Lei Federal nº 9.874/99, ou, ainda, quanto às obrigações e limites previstos na Lei nº 9.962, de 22/2/2000, bem como quanto ao disciplinamento dos aspectos relacionados com a necessidade ou não do uso do processo na questão do enfrentamento disciplinar.

As questões têm origem nas causas da descentralização, forma de solução política e administrativa para atender as necessidades do Poder Público, que ora exige a criação de vários entes públicos, ora por ser necessária no âmbito interno da própria administração, sendo realizada nesta hipótese em três planos principais: inicialmente dentro dos próprios quadros da Administração Federal, onde se distingue claramente o nível de direção do de execução; depois, para as unidades federadas, quando estão devidamente aparelhadas e mediante convênio; e, por fim, quando a Administração Federal necessita avançar para a órbita privada, mediante a criação de outros entes, ou ainda mediante contratos ou concessões.

A distinção entre os entes para os objetivos do presente trabalho é também necessária em decorrência da estreita ligação que mantêm com o direito administrativo, como pode ser visto no § 2º do art. 10 do mesmo Decreto-Lei 200 quando estabelece que “em cada órgão da Administração Federal, os serviços que compõem a estrutura central de direção, em cada órgão, devem permanecer liberadas das rotinas de execução e das tarefas de mera formalização de atos administrativos, **para que possam concentrar-se nas atividades de planejamento, supervisão, coordenação e controle**”. Também porque, segundo ensina Meirelles (1990, p. 125), a Administração Pública realiza sua função executiva por meio de atos jurídicos que recebem a denominação especial de atos administrativos, bem como porque temos [...] “na atividade pública geral três categorias de atos inconfundíveis entre si: atos legislativos, atos judiciais e atos administrativos”.

Afirma Meirelles (1999, pp. 125-126), ainda, que “a prática dos atos administrativos cabe, em princípio, e normalmente, aos órgãos executivos” e que, “além das autoridades públicas propriamente ditas, podem os dirigentes de autarquias, **os administradores de entes paraestatais e os executores de serviços delegados praticar atos que, por sua afetação pública, se equiparam aos atos administrativos típicos**, tornando-se passíveis de controle judicial por mandado de segurança e ação popular, tais sejam as lesões que venham a produzir” .

Embora as Empresas Públicas e as Sociedades da Economia Mista sejam, no fundo, uma forma ou roupagem de que se reveste o ente público, uma parcela de si próprio voltada para objetivos públicos e sociais escolhidos, um meio usado pela administração para a execução de fins públicos, o conceito do que seja ato administrativo, e não a noção genérica de administração, é que tem sido usado como um elemento diferenciador dos entes acima mencionados, considerando-se que, a rigor, não praticam atos administrativos.

Define Meirelles (1999, p.126) ato administrativo como *“toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”*.

Nas Empresas Públicas e nas Sociedades de Economia Mista não há, a rigor, uma manifestação unilateral da vontade da administração segundo o conceito acima, embora sejam atos administrativos a escolha e a criação dos entes mencionados, a forma jurídica escolhida que venha a ser adotada para sua criação, assim como é ato administrativo a escolha dos seus objetivos e dirigentes, o da destinação de recursos por via orçamentária, o controle, a supervisão, mas, ainda assim, diante da personalização que assumem, é feita a distinção entre o público e o privado, entre ato jurídico e ato administrativo praticados, embora este último seja espécie de ato jurídico e mesmo executores de serviços públicos delegados podem praticar atos com afetação pública.

É requisito para que se saiba se estamos diante de um ato administrativo que a administração aja nessa qualidade, usando de sua supremacia de Poder Público, mas, quando se nivela ou se equipara ao particular, o ato perde essa qualidade, igualando-se ao ato jurídico privado. E isso porque, embora a administração, na origem, ao criar os entes acima mencionados, aja na qualidade de Poder Público, decorrente do desempenho de Poder Público, para fins públicos, perseguindo objetivos públicos, o que vai posteriormente definir o ato de administração do não administrativo é a atividade material e a desvinculação que se processou por decisão legal, o que, no fundo, é uma mera ficção legal e doutrinária, para efeito de ordenação didática, diante do que se convencionou distinguir entre o público e o privado, mas,

ainda assim, é o que é corriqueiramente aceito sem maiores questionamentos.

Como essa diferenciação ou desvinculação, contudo, não se faz de forma plena e ampla, surgem dificuldades e questões oriundas de zonas limítrofes de difícil apreensão e solução, quer pelos laços que mantém com a administração pública, oriundos de políticas públicas, de poder, de controle, supervisão, orçamentária, quer por força do que dispõe o art. 37 da Constituição Federal, quer porque, mesmo em razão da separação e da desvinculação do que era público e que se privatiza, ainda se aplica um conjunto de regras como se fossem entes da administração direta, criando problemas quanto à aplicação prática, inclusive quanto ao enfrentamento em matéria trabalhista, especialmente no que diz respeito às Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas, objetivo para onde se dirige o exame e estudos do presente trabalho.

### ***III – O uso do processo na prática disciplinar***

A primeira questão que surge é a relacionada com o uso do processo.

É pacífico na administração pública direta, e também quanto à administração indireta no que concerne tão-somente às autarquias e fundações, o uso de sindicância, ou mesmo do inquérito, ou do processo administrativo, quando há necessidade de apuração de fatos para punição do servidor público estatutário estável, cuja disciplina é regulada nos artigos 144 a 168 da Lei 8112/90. Excepcionam-se, contudo, da aplicação da Lei 8112/90 os empregados celetistas.

Contudo, a Lei 9.962, de 22/2/2000, que disciplina o regime de emprego do pessoal da administração federal direta, autárquica, no artigo 3º estabelece que o “contrato de trabalho por prazo indeterminado **somente será rescindido por ato unilateral da administração pública nas seguintes hipóteses:** I – prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT; II – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; III – necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesas, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição Federal; IV – insuficiência de desempenho, **apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo**, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas” (grifo nosso).

De igual modo a Lei nº 11.350, de 5/10/2006 (D.O.U de 6.10.2006), que regulamenta o art. 5º do art. 198 da Constituição Federal e que dispõe sobre o aproveitamento de pessoal

amparado pelo parágrafo único do art. 2º da Emenda Constitucional nº 51, de 34, de 14/ 2/2006, quando estabelece o seguinte:

“Art. 10 – A administração pública somente poderá rescindir unilateralmente o contrato do Agente Comunitário de Saúde ou do Agente de Combate às Endemias, de acordo com o regime de trabalho adotado, na ocorrência das seguintes hipóteses:

I – prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT;

II – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

III – necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesas, nos termos da Lei nº 9.801, de 14 de junho de 1999, ou

IV – insuficiência de desempenho, **apurada em procedimento no qual se assegurem pelos menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em 30 (trinta) dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para a continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas.**

Parágrafo único – No caso do Agente Comunitário de Saúde, o contrato também poderá ser rescindido unilateralmente na hipótese de não- atendimento ao disposto no inciso I do *caput* do art. 6º desta Lei, ou em função de apresentação de declaração falsa de residência”.

O inciso I do art. 6º trata da obrigação de residir na área da comunidade em que atuar, desde a data da publicação do edital de processo seletivo público.

Já a obrigatoriedade dos procedimentos previstos no que concerne às contratações de pessoal decorrentes da autonomia de gestão de que trata o § 8º da 37 da Constituição Federal, que estabelece a possibilidade da “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 a lei dispor sobre: I- o prazo de duração de contrato; II – os controles e criteriosa avaliação de desempenho, direito, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III – a remuneração de pessoal”, contudo, é excluída pelo parágrafo único do art. 3º da Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, do seguinte teor: “Excluem-se da obrigatoriedade dos procedimentos previstos no *caput* as contratações de pessoal decorrentes da autonomia de gestão de que trata o § 8º do art. 37 da Constituição Federal”.

Permanece, contudo, a indagação da aplicação das regras contidas no art. 37 e mesmo o conflito com uma lei infraconstitucional não afasta a aplicação da Lei Maior.

Já quanto às Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista não é possível afirmar que o assunto seja pacífico uma vez que aos seus servidores não se aplica a Lei 8112/90, que é o atual Estatuto dos Funcionários Públicos Federais e que veio substituir a Lei 1711 de 1952, nem mesmo a Lei 9962/2000. Mas, quanto a essas empresas, o exame da matéria disciplinar não se resume a uma simples negação da aplicação das leis citadas, obrigando, em primeiro plano, o exame da necessidade ou não do uso prévio do processo para o procedimento disciplinar por causa da Lei Federal nº 9.784/99, bem como porque muitas vezes adotam nos seus Regulamentos Internos regras exigindo sindicâncias ou processos, como requisito formal para apuração e punição do empregado, assim como obriga ao exame e à definição de haver necessidade ou não do cumprimento das mesmas exigências legais estabelecidas no art. 37 da Constituição Federal, previstas e exigidas indistintamente quanto à administração pública direta e indireta, para, só então depois, permitir o exame das questões relacionadas com a aplicação de penalidades e seu controle judicial, quanto ao mérito e legalidade dos atos praticados.

A necessidade do estudo surge do relacionamento da questão disciplinar com o processo, até mesmo porque os processos administrativo e judicial transformaram-se em direitos subjetivos e instrumentos de garantia dos direitos fundamentais, sendo ela, a necessidade do estudo, também oriunda de dois princípios gerais inscritos na Constituição Federal, precisamente nos incisos LIV e LV do art. 5º, do seguinte teor: LIV *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*; e LV *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes”*.

O princípio do devido processo legal disciplinado no inciso LIV do art. 5º da CF, que se encontra no direito constitucional brasileiro de forma expressa, clara e límpida, e que se encontra imbricado de certa forma com o que dispõe o inciso LV que refere ao processo administrativo, é um velho princípio que, segundo José Afonso da Silva (1989), além de construir a sociedade democrática da Grã-Bretanha e dos Estados Unidos da América do Norte, exprimiu em primeiro lugar a garantia de que ninguém seria julgado senão por um juízo pré-constituído e competente para conhecer do caso (juiz natural), e somente por fato que fosse previamente definido como crime (*nullum crimen sine lege*), mas depois evoluiria para presidir a regularidade de qualquer processo, manifestando-se, assim, como requisito de validade da atividade jurisdicional. Também é, segundo ele, “princípio que adquire substância. Deixa de ser mera garantia processual. Transmuda-

se num princípio garantidor da realização da justiça. Adjunta aos princípios da legalidade e liberdade, o da igualdade” .

Decorre a necessidade do estudo, também, da disciplina estabelecida pelo art. 1º da Lei 9874/90 (art. 1º -“Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da administração”), lei que regula o processo administrativo no âmbito da administração federal direta e indireta, mas sem distinguir os tipos dos entes como faz o Decreto-Lei 200 ou o art. 19 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, e, ainda, do fato de que muitas vezes são pedidas liminares, antecipações de tutelas, ou a reintegração no emprego por causa do descumprimento pelas empresas dos aspectos formais relacionados com o processo, o que pode ser demonstrado com os seguintes exemplos de decisões judiciais sobre a matéria:

*“Empregado público. Período Eleitoral. Garantia do Emprego. Justa Causa. Desnecessidade de Inquérito Judicial para apuração de Falta Grave. A aplicação de justa causa ao empregado no período eleitoral proibitivo, prescinde da realização de inquérito judicial, bastando para tanto que no procedimento administrativo interno, lhe seja assegurado direito de defesa. Recurso desprovido (TRT 13ª Região, Acórdão nº 57.601, decisão de 11/2/2000, ano 1999, Relatora Ana Clara de Jesus Maroja Nóbrega).*

*“Servidor Estável. Art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Inquérito para apuração de Falta Grave. Não há lei que exija o inquérito para apuração de falta grave, quando se trata da estabilidade prevista no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Se a lei não exige, não se pode criar essa formalidade não prevista em lei” (Ac. RR nº 450213, ano 1998, 1ª Turma do TST/99, Relatora Maria de Fátima Montandon Gonçalves).*

A necessidade do uso do processo administrativo, no que concerne às empresas públicas e sociedades de economia mista, tem provocado divergências doutrinárias e jurisprudenciais no âmbito trabalhista, quer porque ora entendem que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não praticam, a rigor, atos administrativos, embora sejam obrigadas a usar, nos mesmos moldes da administração direta, o processo nas licitações, o processo para realização de concursos para admissão de empregados, os processos para prestação de contas quando submetidas à fiscalização contábil, financeira, orçamentária e operacional, legalidade, economicidade (art. 70 da CF), quer por causa da dicotomia legal que distingue o que é público e o que é privado, assim como levou a uma interpretação estanque e a existência de regimes jurídicos diferentes para os empregados, bem como porque ora se entende que os aspectos do público e do privado não estão entremeados na área trabalhista, sem observar que o texto constitucional brasileiro consagrou vários



princípios de caráter geral que são aplicáveis não só como direitos de cidadania, como consagrou princípios para os administradores da administração direta e indireta e servidores, entre os quais encontram-se o direito de petição e de representação, a serem exercidos, necessariamente, pela via do processo administrativo, além, também, da consagração das exigências e princípios estabelecidos no art. 37 para a administração indireta, bem como porque, desde a promulgação da Constituição de 1988, o processo administrativo recebeu consagração e reconhecimento expresso, além de ter sido estabelecido o princípio de que nenhuma ameaça ou lesão a direito pode ser subtraída da apreciação do poder judiciário (inciso XXXV do art. 5º da CF/88), obrigando o uso de três tipos de processo: o administrativo, o processo civil ou o trabalhista.

Por sua vez, o art. 1º da Lei 9.784, de 29/1/1999, além de estabelecer normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta”, no art. 2º, parágrafo único, incisos I a XIII, manda que a Administração Pública obedeça, entre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, **motivação**, **razoabilidade**, proporcionalidade, moralidade, **ampla defesa**, **contraditório**, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência, bem como determina que, nos processos administrativos, sejam observados os critérios de atuação conforme a lei e o direito, atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, objetividade no atendimento ao interesse público, divulgação oficial dos atos administrativos, atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e **boa-fé**, observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados, **garantia dos direitos de comunicação**, **produção de provas**, **interposição de recursos**, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio (grifo nosso).

A verdade é que sempre tem havido uma estreita relação entre o direito disciplinar e a questão processual, tanto nos procedimentos internos adotados nas empresas públicas e sociedades de economia mista, estes muitos vezes decorrentes de regulamentos internos, como na fase jurisdicional, esta exercitada através do que se convencionou distinguir como processo de conhecimento, processo cautelar e processo executivo, o que é de fácil comprovação porque é o judiciário quem dá a última palavra, bem como porque tornou-se uma prática no exercício da cidadania procurar os direitos na justiça.

Surge uma relação da prática disciplinar com o processo cautelar quando os empregados demitidos, ou ameaçados com demissão, ingressam com ações cautelares, formulam pedidos de liminares ou mesmo pedidos de antecipação de tutela; também com o processo de conhecimento quando o pedido tem como fundamento as discussões quanto às questões da legalidade ou não das punições que não observaram o devido processo legal; já a relação com o processo executivo é oriunda dos pedidos de reintegração no emprego, suspensões de transferências, ou mesmo nas execuções para pagamento de verbas

indenizatórias nas despedidas sem justa causa cujo fundamento é a falta de observância do processo legal.

Muitas vezes, por outro lado, são os regulamentos internos das empresas ou sociedades de economia mista que estabelecem limites ao poder do empregador quando fixam regras para apuração de faltas disciplinares, sendo incontroverso que o regulamento, como norma interna da empresa, torna-se de cumprimento obrigatório uma vez que adere ao contrato de trabalho. Outras vezes é a própria lei que exige o inquérito judicial quando se trata de empregados estáveis ou coloca limites à forma e ao modo de demissão nas chamadas garantias do emprego para os integrantes de CIPAs, dirigentes sindicais, ou portadores de estabilidade por tempo de serviço, ou, ainda, exigindo o processo e a motivação para demissão.

Reflexões que possam ser feitas sobre a matéria atraem, ainda, o exame das principais controvérsias doutrinárias, incidentes processuais, o exame da prescrição e da decadência, até mesmo porque quanto a esses dois temas, a disciplina legal envolve regras jurídicas diferentes (leis administrativas específicas sobre prescrição e decadência, como serve de exemplos o art. 6º do Decreto 20.910; o art. 109, I, da Lei 8666/93; Decreto-Lei 4957/42; art. 21 da Lei 4717/65; art. 1º C da Lei 9.494/97; Código Civil — art.189 a 211 —; Constituição Federal no art. 7º, XXIX), além de atrair a observância das cautelas que devem ser adotadas pelas empresas.

A matéria, contudo, é vasta, impossibilitando o exame de todos os temas com o detalhamento desejável, razão pela qual o presente estudo vai ser direcionado de forma geral para as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

#### ***IV- Importância da questão processual no enfrentamento disciplinar***

O exame da importância do processo no enfrentamento da questão disciplinar pode ser visto de três vertentes: o processo como instrumento de garantia de liberdade, o processo como garantia de direitos e, por fim, as garantias do seu uso nas esferas administrativa e judicial.

A tomada de consciência da autonomia da relação jurídica processual, distinta da do direito material dos seus sujeitos, seus pressupostos, seu objeto, ou mesmo a descoberta da autonomia da ação e do processo, portanto do uso da forma, não afasta a constatação de que o processo é não só autônomo, mas é também instrumento de garantia de liberdade, de proteção e de defesa de direitos, posto à disposição do indivíduo a fim de ser protegido contra abusos e conflitos e não ser privado dos seus bens sem o devido processo legal. O rompimento dessa garantia violaria a própria estrutura do Estado de Direito e do princípio da legalidade, fazendo prevalecer o

arbítrio, até mesmo porque o Estado tomou para si a obrigação de resolver os conflitos e garantir a legalidade que adota.

Embora seja considerado um direito instrumental, autônomo, quando visto sob o aspecto científico, torna-se também direito material e direito subjetivo quando observado sob o prisma das ações e direitos que são postas à disposição do indivíduo, ou dos prazos, ou dos recursos que podem exercer, sem que possam ser suprimidos ou afastados. Sob o ponto de vista de garantia formal, ou da técnica, constitui-se um sistema que serve ao homem, ao qual ele precisa adequar o seu comportamento.

Estevão Mallet ensina que todos sabem que, no âmbito do Processo Civil, modificou-se a concepção do direito de ação por causa da exigência de novos e distintos instrumentos para o exercício da função jurisdicional, bem como porque os velhos institutos e instrumentos processuais, que eram adequados à sociedade individualista, não atenderiam às novas idéias ou exigências oriundas da coletivização, sendo substituídos por outras idéias mais condizentes com as novas necessidades.

Revela ele que três momentos dessas transformações podem ser registrados:

1. Inicialmente, prevalecia a idéia de que não havia diferença entre direito material e direito de ação, o que levava a que o direito de ação fosse tratado como mero apêndice ou desdobramento do direito material. Para os romanos, o processo era uma emanção, uma continuação do direito civil. A referência naquela época é da ação como direito porque toda ação tinha como pressuposto um direito e, sem ele, não se concebia a necessidade da ação, gerando-se então a autonomia do direito de ação.

O processo não significava mais do que um meio para fazer cumprir, mediante certas formalidades judiciais, as obrigações que não eram satisfeitas espontaneamente.

Não é, portanto, surpreendente que o art. 75 do Código Civil de 1916 conceituasse a ação como elemento assecuratório de todo direito, assim como no plano legislativo fosse enfatizado o aspecto formal do processo que privilegia o procedimentalismo.

2. Com o declínio do individualismo e o fortalecimento do poder estatal, o processo passa a ser visto como instrumento dos particulares para a tutela dos seus direitos e como veículo do poder público de aplicação das normas do direito objetivo.

Admitiu-se que a ação poderia até mesmo servir para o reconhecimento de inexistência de uma relação material entre os litigantes, como é o caso da ação declaratória, e com as polêmicas entre Windscheid e Mutter e a obra de Oscar Von Bulow ocorre o surgimento

do direito processual como ciência, sendo a ação transformada em direito autônomo.

A doutrina passa, então, a elaborar os conceitos fundamentais do processo, estudando a ação, o interesse de agir, a legitimação, a coisa julgada, e, no que se chama fase do conceitualismo, ou abstracionismo, período em que vemos a preocupação com o rigor das definições, a fidelidade às concepções doutrinárias e as soluções técnicas, mas sem dar atenção a uma maior eficácia à tutela jurisdicional, até mesmo porque esse período histórico não objetivava atender às novas exigências que se apresentam atualmente.

Foi um período importante na evolução doutrinária porque, sem o estabelecimento de conceitos, não haveria como progredir, mas o esgotamento desse período, o reconhecimento da sua insuficiência levava o processo a se afastar dos seus objetivos sociais, fazendo com que houvesse uma mudança para o instrumentalismo, passando então a doutrina a se esforçar por tornar efetiva a tutela dos direitos.

Na época do conceitualismo, a garantia de acesso ao judiciário é encarada como a possibilidade da propositura das ações, enquanto, na do instrumentalismo, as garantias passam a ser também a observância de procedimentos que permitiam a tutela efetiva do direito violado ou ameaçado, com as medidas necessárias à realização dessa tutela.

Surge, então, a previsão das medidas liminares para tutela de direitos ameaçados de dano irreparável ou de difícil reparação, a antecipação da tutela, as ações coletivas para fazer frente às necessidades de proteção dos direitos difusos e coletivos.

Proibindo o Estado à auto-tutela, não poderia, nos casos de demora e da possibilidade de dano irreparável, deixar de prever mecanismos para uma rápida prestação jurisdicional. Num outro momento, e como decorrência da proibição da auto-tutela, o processo surge como direito para proteção e efetivação das garantias constitucionais, dos direitos humanos e dos direitos em geral.

Dinamarco (1993, p.25) afirma que “o processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático do Estado de Direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório) em clima de legalidade e responsabilidade”.

Di Pietro (2001, p. 492) quando estuda o processo administrativo ensina que se pode falar de processo num sentido muito amplo, de modo a abranger os instrumentos de que se utilizam os três poderes do Estado — judiciário, legislativo e executivo —,

cada um desempenhando funções diversas e utilizando-se de processos próprios, algumas vezes comuns, outros totalmente diferenciados.

A fonte criadora dos princípios e regras fundamentais do processo é a Constituição Federal, não só quando estabelece a competência, a forma, os órgãos, a definição de atribuições, as prerrogativas, mas também quando disciplina o processo legislativo ou as Comissões Parlamentares de Inquérito.

Segundo ela (p.492, 2001) cada um dos processos estatais está sujeito a determinados princípios e regras, adequados à função que lhes é própria. O processo legislativo não é igual ao judicial, ou igual ao processo oriundo de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, assim como não são iguais ao processo administrativo, ao processo civil, ao processo penal, ao processo do trabalho. Menciona (p. 494) que em todos os processos que envolvem solução de controvérsia ou que resultem em alguma decisão por parte da administração, compreendem pelo menos três fases: instauração, instrução e decisão. A Lei nº 9.784, de 29/1/99 estabelece normas pertinentes aquelas três fases.

Para Bandeira de Mello (2006), o processo administrativo “é um procedimento apurador, desde logo instruído pelos autos de sindicância e obediente ao princípio da ampla defesa”.

A expressão “processo administrativo”, no dizer de Di Pietro (2001, p. 496-497) é usada em vários sentidos:

1. “O técnico e o jurídico, que é uma classificação adotada por Guimarães Menegale (in RDA, 2. fasc. 2:473), podendo ser provocado pela administração, onde existem duas fases: a decisória e a executória. A primeira fase é a da escolha de meios, sendo uma operação técnica, como a que ocorre com os estudos que antecedem a realização de uma obra pública; a segunda coloca a administração frente aos administrados, sendo por isso mesmo, uma fase jurídica, porque exige adaptação da vontade da Administração aos interesses dos administrados; surgem relações jurídicas e a escolha dos meios de ação deve ser feita de acordo com a lei”.

2. Num sentido amplo, designa o conjunto de papéis e documentos organizados numa pasta e referentes a um dado assunto de interesse do administrado, do funcionário ou da administração.

3. É ainda usado como sinônimo de processo disciplinar, pelo qual se apuram as infrações administrativas e se punem os infratores, e nesse sentido é empregado no art. 41, § 1º, da Constituição Federal, quando afirma que o servidor público só perderá o cargo em virtude da sentença judicial transitada em julgado, **ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.**

4. Em sentido mais amplo, designa o conjunto de atos coordenados para a solução de uma controvérsia no âmbito administrativo.

5. Como nem todo processo administrativo envolve controvérsia, também se pode falar em processo no sentido mais amplo de modo a abranger uma série de atos preparatórios de uma decisão final da administração .

O estudo do processo revela que a forma, o modo, ou procedimento como as coisas devem ser conduzidas, é garantia de liberdade e de preservação de direitos, em síntese, é instrumento para equilibrar a crença na infalibilidade da administração, para afastar o autoritarismo, o arbítrio, ou a leviandade dos que só procuram seus interesses egoístas. É também a forma e o meio de registrar e conservar, ou mesmo examinar, em síntese, os meios utilizados pela administração para consecução dos seus fins, além de instrumento de controle, ou de equilíbrio entre autoridade e liberdade. Revela, ainda, a superação de uma fase na qual o poder público tem uma atitude autocrática na exclusividade da direção estatal, no exercício da atividade administrativa, assim como revela a tentativa de superação de distorções no controle da ação governamental.

Não só a praxe do regime administrativo de direito público como também o regime jurídico estatutário correspondem a um sistema normativo regulador das relações jurídicas que tem como cerne o processo, em especial no campo disciplinar quanto ao regime estatutário, o qual exige a realização de sindicância e de processo, e, ainda, exigida a aplicação dos princípios da legalidade e da motivação.

No campo disciplinar trabalhista, no entanto, o processo é quase inexistente no âmbito da maioria das empresas privadas, mas não deixa de assumir importância nos seguintes aspectos:

1. Quando os regulamentos das empresas privadas ou das empresas públicas e sociedades de economia mista, criando exigências de inquéritos ou de processos para justificar a demissão, ou mesmo estabelecendo certas garantias ao empregado.

2. Por causa da hibridez dos regimes das empresas públicas, como foi anteriormente exemplificado, exigindo a aplicação da lei federal sobre o processo ( Lei nº 9.784/99);

3. Por causa do inquérito regulado nos arts. 853 e 855 da CLT, o primeiro estabelecendo que “para a instauração do inquérito para apuração de falta grave contra empregado garantido com estabilidade, o empregador apresentará reclamação por escrito à Junta ou Juízo de Direito, dentro de trinta dias, contados da data de suspensão do empregado”, e o outro estabelecendo que “se tiver havido prévio

reconhecimento da estabilidade do empregado, o julgamento do inquérito pela Junta ou Juízo não prejudicará a execução para pagamento dos salários devidos ao empregado, até a data da instauração do mesmo inquérito”.

4. Por causa do próprio processo judicial no qual o empregado pede indenizações ou mesmo a reintegração;

#### **V- EVOLUÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO, SUA RELAÇÃO E CONSEQÜÊNCIAS QUANTO ÀS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA**

O processo administrativo também passa por transformações e evolução, cuja consumação na nossa sociedade encontra-se atualmente retratada em várias disposições constitucionais e leis infraconstitucionais em vigor, manifestando-se como um sistema de exigências, as quais devem ser adequadas a administração pública e os administrados, constituindo-se em garantia e uma forma de direito subjetivo e de proteção, além de um sistema de regulação para as atividades da administração.

É importante registrar como dados indicativos das transformações ocorridas o direito de petição e de representação, a serem exercitados por via do processo (art. 5º, XXXIV, a, da CF), a proibição de lei excluindo da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), o asseguramento aos litigantes em processo administrativo ou judicial do contraditório, o direito a ampla defesa, com os meios e o recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF), o mandado de segurança (art. 5º, LXIX e LXX, da CF) contra violação de direito líquido e certo, o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, da CF), estes dois últimos na esfera judicial mas consagrados como garantia individual fundamental contra abusos da administração, instrumentos que revelam não só a preocupação com o processo.

As transformações não deixam de desnudar o atraso que existia no sistema processual, tanto que data de 1999 a primeira lei que veio tratar especificamente de processo administrativo, portanto, 11 anos depois da Constituição de 1988 ter consagrado o processo administrativo, embora de forma limitada encontremos leis esparsas, cujo exemplo é o antigo Estatuto dos Funcionários Públicos (Lei 1711/52), ou leis sobre prescrição e decadência, leis que contêm regras sobre matéria processual, mas sem tratar especificamente ou unicamente sobre esse assunto.

É, contudo, na Constituição Federal de 1988, que encontramos várias disposições que revelam e atraem o exercício, de forma direta ou indireta, de um Direito de Processo Administrativo autônomo, necessário à garantia e à preservação de direitos. Leiamos algumas das regras constitucionais sobre a matéria:

Art. 5º:

XXXIII– “Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo em geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

XXXIV– são a todos assegurados, independentemente de taxas:

a) “o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos e esclarecimentos de situações”;

LIII– “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV– “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”;

LX– “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando da defesa da intimidade, ou o interesse social o exigirem”.

Encontramos, ainda, além dos princípios e garantias contidos no *caput* do art. 37, outras regras constitucionais relacionadas com o processo administrativo necessário à realização de concurso público (inciso II), o necessário para o processo de licitação (inciso XXI), o relacionado com o procedimento para a desapropriação (inciso XXIV), afora as regras relacionadas com os processos judiciais, como é o caso da proibição de penhora em processo judicial (art. 5º, XXVI), imprescritibilidade da prática do racismo e da ação de grupos armados (art. 5º, XLII e XLIV).

O processo administrativo, como conjunto ordenado de atos e termos administrativos, objetiva e tem como pressuposto regular, disciplinar e limitar os poderes da administração, desde o Chefe do Poder Executivo até as autoridades de menor hierarquia, fixando competências, prazos, condições, obrigações, para o exercício de suas competências, ou mesmo objetivando proteger os indivíduos contra o poder arbitrário quando fornece os instrumentos e o meios necessários para pedidos, defesas, prazos para impugnações, recursos, reivindicações, denúncias, sugestões, críticas.

Era exigido o processo, quanto à questão disciplinar, sob a égide da Lei 1711/52, e continuou a ser exigido na Lei 8112/90, para punição de funcionário público pela Constituição Federal de 1934 (art. 169, hoje art. 41 da Constituição Federal de 1988, este com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4/6/1998).



O processo, portanto, é tido como instrumento necessário ao Estado de Direito, desempenha um papel fundamental no direito administrativo, inclusive fixando as competências decisórias da administração em geral, encontrando-se, ainda, regras estabelecidas no Código Tributário Nacional (arts. 141 a 151), a previsão sobre contencioso administrativo, e regras processuais administrativas até mesmo no âmbito da Previdência Social (art. 126 da Lei 8213/91).

Contudo o que é tão amplamente assegurado e parece tão simples no campo processual, já não se torna tão simples com a idéia da existência de dois regimes jurídicos distintos disciplinando a situação dos servidores públicos — o estatutário e o celetista —, além de levar a aplicação de regimes jurídicos diversos no âmbito da administração direta e indireta, bem como com a recusa em aplicar aos celetistas as regras relacionadas com o processo administrativo nas Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, ou mesmo aplicar outros institutos do direito administrativo .

Também não se simplifica com a modificação da paisagem legal processada com a Constituição Federal de 1988, cujo art. 37 passou a exigir também da administração indireta a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, preenchimento por concurso, proibição de acumulação de empregos (inciso XVII do art. 37), e, posteriormente, com as inovações trazidas com a Lei 9.874/99, lei que se aplica à administração federal direta e indireta, portanto também aos empregados da administração direta e indireta, findando por retirar dos dirigentes das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista o que é conhecido como poder potestativo, que é aquele que não exige motivação ou justificação, ou que não está limitado pelo princípios da legalidade, cuja essência seria a vontade soberana, teoria comumente acolhida sem maior aprofundamento, embora as leis limitem os poderes das empresas e do empregador ao campo da legalidade existente, quando, por exemplo, disciplina os contratos por prazo indeterminado e só autoriza a rescisão dos contratos por prazo indeterminado por justa causa (art. 482 da CLT), ou mesmo prevê a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I, da CF).

Não é essa, contudo, a orientação do TST, que, apesar da convivência híbrida de princípios legais e doutrinários diferentes, ou mesmo da orientação quanto à publicização das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista, preferiu adotar a orientação radical contida nas decisões abaixo transcritas:

*“SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA-DESPEDIDA IMOTIVADA. O ART. 173, § 1º, da Constituição de República de 1988 é de clareza meridiana ao afirmar que a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. Extrai-se, portanto, do referido mandamento*

*constitucional, que a empresa de economia mista deve observar, para a contratação e demissão de seus empregados, as regras estabelecidas pela CLT e legislação complementar” (ERR nº 427090, ano 1978, embargante Eudásio Fernandes Cezar, embargada Caixa Econômica Federal, relator Ministro José Luiz Vasconcellos).*

*AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 173, § 1º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A natureza constitucional da matéria repele a incidência da Súmula 343 do STF e do Enunciado nº 83 do TST. DEMISSÃO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. Da exegese do art. 173, § 1º, da Constituição Federal depreende-se que a reclamada, sociedade de economia mista, deve observar, para contratação e demissão de seus empregados, o que estabelece a CLT e a legislação complementar, razão por que, **usando da prerrogativa do exercício do direito potestativo que o já mencionado dispositivo constitucional lhe confere, pode dispensá-los imotivadamente.** Recurso Ordinário a que se dá provimento. (ROAR nº 646016, ano 2000, DJ 01/6/2001, p. 477, recorrente Cia. Energética do Ceará – COELCE, recorridos Gerardo Soares da Silva e outro, relator Ministro Gelson de Azevedo)(grifo nosso).*

Privilegia a mais alta corte do Poder Judiciário do Trabalho a aplicação nua e crua do § 1º do art. 173 sem lhe dar uma interpretação sistemática e sem observar as outras regras existentes no texto constitucional que foram anteriormente citadas, assim como não observa o alcance do art. 175 da CF quando estabelece que “**incumbe ao Poder Público**, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, **a prestação de serviços públicos**”, prestação que significa o desempenho, o exercício, a atividade, enquanto o modo pelo qual a prestação é exercida é o regime jurídico, que é de direito público derogatório do direito comum, uma vez que o regime jurídico de direito público é informado por princípios publicísticos, derogatórios e exorbitantes de direito privado, ou, então, pelo regime de direito privado.

No dizer de Cretella Junior (p. 4074, 1992), prestação de serviços públicos sob estrito regime de direito privado é a própria negação da ordem jurídica.

O TST também deixa de aplicar o art. 2º da Lei do Processo Administrativo (Lei 9784/99) onde está estabelecido que “a administração pública — e aqui a lei inclui a administração indireta — obedecerá, entre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”, assim como exigiu no inciso VII do art. 2º “a observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados”, a “garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações em litígio” (inciso X do art. 2º).

A obediência ao comando do que está contido na Lei 9874/99, no Decreto-Lei 200 e no art. 37 da CF, que incluem as empresas públicas e sociedades de economia mista como entes da administração indireta, e enquanto não foi alterada a legislação torna inquestionável que os entes da administração indireta estejam também obrigados à aplicação dos princípios contidos no art. 37 da CF, onde consta previsão expressa de que “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”, assim como estão também sujeitas as disposições contidas nos incisos subseqüentes, bem como a aplicação da Lei 9.784/99.

Cretella Junior (1992, p.4075), contudo, tem o entendimento de que “não importa que a lei classifique a empresa pública e a sociedade de economia mista como entidades da administração indireta, pois administrar indiretamente é gerir, por interposta pessoa, serviços públicos. Ora, comércio e indústria não são serviços públicos, mas privados. A lei não tem a virtude mágica de alterar, pela nomenclatura, a natureza das coisas. Atividades econômicas são prestações típicas de particulares, motivadas pelo lucro. Serviços públicos, ao contrário, proporcionando lucro ou não, devem ser mantidos em contínuo e perfeito funcionamento”.

Acrescenta que, “no caso da empresa pública e da sociedade de economia mista, o Estado, vestindo a roupagem do particular, exerce atividades concorrentes, prestando serviços privados. Não há aqui nem descentralização, nem administração indireta, porque serviços privados são atividades “atípicas”, não podendo irradiar do centro aquilo que neste não se situa”.

O autor acima, que ora privilegia a doutrina do direito administrativo, ora a dicotomia público e privado, não acolhe o entendimento de que, a rigor, o Estado não presta serviços privados uma vez que os fins públicos não decorrem apenas da lei ou da forma jurídica escolhida para o ente descentralizado, mas sim das necessidades sociais e das necessidades de políticas públicas que forem escolhidas e que não podem ser exercidas pelos particulares, como foi o caso da criação da Petrobrás num momento em que não existia capital privado com capacidade para construir toda a estrutura nacional na área produção e de refino de petróleo, ou mesmo da criação do Banco do Brasil que passou a ser o banco responsável pelo fluxo do tesouro nacional, ou, ainda, do Banco Central do Brasil que é uma autarquia federal.

Há, contudo, um outro “porém” que decorre do fato de que o art. 173 da Constituição Federal determinou que **“a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica** de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”, estatuto que não foi aprovado por

causa da omissão do Congresso Nacional em elaborar a lei ali prevista, bem como por causa das transformações por que passa o nosso direito.

O art. 173 da CF, por sua vez, reforçando o entendimento de que os fins públicos são escolhidos por razões sociais e políticas, estabelece que “a exploração da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional **ou a relevante interesse coletivo**, conforme definido em lei”, enquanto o § 3º do art. 173 determina que “a lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade”, portanto expressamente prevendo fins públicos, fins coletivos, até mesmo imperativos de segurança nacional (o grifo é nosso).

Ensina Cretella Junior (p.4001, 1992) que, num primeiro momento, os serviços públicos e privados eram partilhados entre o Estado que desempenhava exclusivamente os primeiros, e o particular que exercia tão somente os privados, entre os quais estão os de natureza comercial e industrial. Num segundo momento, o Estado partilha os serviços públicos entre os seus próprios órgãos e pessoas, transferindo para as autarquias aquilo que o “centro”, a administração direta, não conseguia gerir. Num terceiro momento, o Estado recorre aos particulares e outorga serviços públicos, mediante concessão ou permissão, transferindo-os às empresas com personalidade de direito privado. Mas, percorrendo o sentido inverso, os serviços privados da economia, comércio e indústria, que eram desempenhados pelo particular, passam a ser exercidos pelo Estado, que se torna sócio de empresas privadas, adquirindo ações, depois sócio majoritário (a sociedade de economia mista) ou sócio absoluto e único (empresas públicas).

Arnaldo Wald *et al* (2004) alertam para o fato de que o nosso direito revela duas faces, uma obsoleta e outra moderna, assim como afirmam que, diante da multiplicidade das suas tarefas e da conseqüente falta de recursos que enfrenta, o Estado deixou de cumprir adequadamente as suas funções básicas, inclusive relativas à segurança, educação e saúde, de tal modo que os serviços públicos essenciais estão funcionando mal, em virtude da própria sobrecarga de atribuições que o Poder Público aceitou, afastando, muitas vezes, a iniciativa privada, ou com ela competindo indevidamente.

Registram, também, que a evolução realizou-se no sentido da utilização da economia pelo poder, muitas vezes para atender finalidades político-partidárias ou até interesses individuais dos governantes. Em vez de o Estado assegurar ao cidadão o bom funcionamento dos serviços públicos, os usuários deixaram de ser os seus beneficiários, numa incontestável inversão de valores. A idéia de fortalecer o poder do Estado passou a dominar a sociedade e a impedir a existência e o crescimento das forças que independiam das autoridades públicas. Estávamos voltando, por um caminho indireto, ao absolutismo do passado, em que todos os centros de produção e comercialização

deviam ser verdadeiros vassallos do Estado, por ele autorizados, controlados, regulamentados, numa economia fechada.

Não são questões, portanto, que possam ser facilmente respondidas quer pela parte obsoleta do nosso direito, quer pelas dificuldades em conciliar público e privado, quer simplificando a matéria com a aplicação pura e simples do direito administrativo, ou, então, do direito do trabalho. E isso porque, na forma da regulação legal atual, há um nível de publicização estabelecido em lei que não pode deixar de ser reconhecido e respeitado.

A verdade é que, no momento, a regulação legal dessas empresas e sua relação com o Estado e com a sociedade são estabelecidas por várias leis:

1) **NORMAS PÚBLICAS:** a) licitação e contratação de obras, serviços, compras, alienações (inciso XXI do art. 37 da CF e Lei 8666/90; b) criação por lei (inciso XIX do art. 37 da CF/88); c) autorização legislativa para criação de subsidiárias e participação delas em empresa privada (inciso XX do art. 37); d) preenchimento por concurso (inciso I do art. 37); e) proibição de acumulação (inciso XVI do art. 37); f) teto remuneratório (inciso XI do art. 37); g) lei sobre processo administrativo – Lei 9874/99; h) fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial a cargo do Tribunal de Contas da União (arts. 70 e 71 da Constituição Federal)

2) **NORMAS PRIVADAS** – Código Civil, Código Comercial, Consolidação das Leis do Trabalho, Código Tributário Nacional.

No julgamento dos Embargos em Recurso de Revista nº 522150, de 1998, proferido antes da promulgação e edição da Lei 9874/99, e na vigência da redação do art. 173 da Constituição Federal, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu sobre a aplicação do art. 41 da Constituição Federal, que disciplina tão-somente a estabilidade do funcionário público ocupante de cargo público e estabelece o modo como poderá perder o cargo:

*“EMPREGADO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ESTABILIDADE DO ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. A estabilidade prevista no art. 41 da Constituição, antes da Emenda Constitucional nº 19/98, inserido em seção cujos preceitos referem-se especificamente aos servidores públicos civis da administração, das autarquias e das fundações públicas, destinava-se não só aos servidores públicos, também denominados funcionários públicos, submetidos ao regime estatutário e investidos em cargos criados por lei, que lhes confere denominação própria, define suas atribuições e fixa o padrão de vencimento ou remuneração, como também aos empregados públicos. Realmente, o Supremo Tribunal Federal veio a consagrar a referida tese de que o servidor-empregado,*

*contratado após prévia aprovação em concurso público, independentemente de ser optante pelo FGTS, goza a estabilidade do art. 41 da Constituição Federal, beneficiando-se assim do direito de, somente após regular apuração de falta que lhe seja imputada, ser dispensado por justa causa, quando seu empregador é a administração pública direta, autárquica ou fundacional. Registre-se, no entanto, que o art. 41 da Constituição Federal foi alterado pela Emenda Constitucional nº 19/98, e hoje já não mais subsiste dúvida, ante a clareza de sua atual redação, de que é destinatário da estabilidade, no serviço público, somente o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público, após estágio probatório de três anos. A hipótese em exame, no entanto, como já assinalado, é de empregado que prestou serviços à empresa de economia mista, daí porque a relação jurídica não encontra abrigo no art. 41 da Constituição Federal, mas, sim, no art. 173 da CF e legislação complementar. Recurso de embargos provido” (Relator Ministro Milton de Moura França).*

A decisão do Supremo Tribunal Federal mencionada no acórdão acima citado tem como relator o Ministro Moreira Alves e o seguinte conteúdo:

*“Inexistem as alegadas ofensas à Constituição. Com efeito, tratando-se de empregado de sociedade de economia mista, não se aplica a ele o disposto no art. 41 da Constituição Federal que somente disciplina a estabilidade dos servidores públicos civis. Por outro lado, por negar, corretamente, essa estabilidade a empregado de sociedade de economia mista, e por entender que o regulamento interno de pessoal do Banco em causa não confere estabilidade em favor dos seus empregados, não ofendeu o acórdão recorrido o art. 37, II, da Constituição, que diz respeito à investidura por concurso público, nem o caput desse mesmo artigo por haver aplicado, também corretamente, as normas de dispensa trabalhista que se aplicam aos empregados de pessoas jurídicas de direito privado, em consonância, aliás, com o que preceitua o art. 173, § 1º, da Carta Magna (AG-AI- 245.235-9/PE, Agravantes Renata de Azevedo Oliveira e outra e agravado o Banco do Estado de Pernambuco S/A, Relator Min. Moreira Alves, DJ de 12/11/99).*

O Tribunal Superior do Trabalho adotou idêntico posicionamento nos julgamentos dos seguintes processos: E-RR 329.807/96, Relator Ministro Wagner Pimenta, DJ de 22/9/2000, Prodam – Cia de Processamento de Dados do Município de São Paulo; E-RR – 292.039/96, Relator Ministro Moura França, DJ de 7/4/2000, Prodam – Cia. de Processamento de Dados do Município de São Paulo; E-RR- 45.463/92, Relator Ministro Afonso Celso, DJ de 9/2/96, Nossa Caixa-Nosso Banco S/A.

As decisões acima estão corretas quanto à interpretação do alcance da redação do art. 41 da CF. Contudo decisões judiciais que afastam outros princípios constitucionais também

aplicáveis à administração indireta e que, ao mesmo tempo, mantêm princípios contidos no texto constitucional, entre os quais o do concurso, autorizam que sejam questionadas porque afastam o próprio princípio da legalidade.

Quando, por outro lado, as decisões adotam a tese do poder potestativo para permitir a demissão imotivada do empregado, demissão decorrente tão-somente da vontade soberana do empregador, afastando a regra legal que exige **a motivação para a prática do ato**, mas, ao mesmo tempo, não afasta a regra da exigência de concurso, ou a regra que estabelece a proibição de acumulação, assim como não afastam as demais regras que estabelecem as relações que as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista devem manter com o poder público, também autorizam que sejam questionadas, quer por um posicionamento dúbio, quer por ora aplicarem ora não aplicarem o princípio da legalidade.

A orientação seguida pela jurisprudência decorre da interpretação que tem sido dada ao art. 173 da CF/88, bem como ao que deve ser entendido como serviço público, embora seja noção que, segundo o ensinamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro, tem sofrido transformações no decurso do tempo, quer no diz respeito aos seus elementos constitutivos, quer no concernente à sua abrangência.

Alguns autores, diz ela, definiam serviço público em sentido amplo para abranger todas as funções e atividades do Estado. No direito brasileiro Mário Masagão, por exemplo, define serviço público como “toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins”, embora ele também forneça uma definição restrita.

Cretella Junior define o serviço público como “toda atividade que o estado exercer, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico de direito público”.

Hely Lopes Meirelles define serviço público como “todo aquele prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”. Adota, portanto, conceito mais restrito do que o de Cretella Junior porque faz referência à administração e exclui as atividades legislativa e jurisdicional.

Conceito restrito de serviço público nos dá Celso Antonio Bandeira de Mello quando exige o aspecto formal, o do regime jurídico de direito público, consistente em um regime de direito público, composto por princípios e regras caracterizadoras da supremacia do interesse público sobre o particular.

Afirma Maria Sylvia Di Pietro que os autores adotam três critérios para definir o serviço público:

I O subjetivo, que considera a pessoa jurídica prestadora da atividade. O serviço público seria aquele prestado pelo Estado;

II O material, que considera a atividade exercida: o serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas;

III O formal, que considera o regime jurídico: o serviço público seria aquele exercido sob regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.

Ela ensina, ainda, que era validada a combinação dos três elementos, mas quando o Estado foi se afastando dos princípios do liberalismo e começou a ampliar o rol das atividades próprias, definidas como serviços públicos, passou a considerar determinadas atividades comerciais e industriais que antes eram reservadas à iniciativa privada, no que se trata dos serviços comerciais e industriais do Estado, ou empresas de pesquisas, como é o caso da Embrapa, enquanto paralelamente o Estado percebia que não dispunha de organização adequada à realização desse tipo de atividade e, em consequência, passou a delegar sua execução a particulares, por meio dos contratos de concessão dos serviços públicos e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de direito privadas criadas para esse fim (empresas públicas e sociedades de economia mista), para execução sob regime jurídico predominantemente privado; a partir daí, diz ela, o elemento subjetivo ficou afetado porque não mais se pode considerar que as pessoas jurídicas públicas são as únicas que prestam serviços públicos, bem como o elemento formal uma vez que nem todo serviço público é restado sob regime jurídico exclusivamente público” (DI PIETRO, 2001).

Mostra ela, ainda, que a noção de serviço público não permaneceu estática no tempo, havendo ampliação de suas abrangências, para incluir atividades de natureza comercial, industrial e social, sendo que o Estado escolhe, por meio da lei, em determinado momento, quais as atividades que são consideradas como serviço público.

Prossegue dizendo que, no direito brasileiro, a Constituição faz essa indicação nos artigos 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII, e 25, § 2º, o que leva a excluir a possibilidade de distinguir mediante critérios subjetivos, o serviço público da atividade privada, esta permanecendo privada enquanto o Estado não assumir como própria (obra cit. pp. 97/98).

As regras constitucionais citadas são as seguintes:

Art. 21 – Compete à União:



X- manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

XI- explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei...” ;

XII – os serviços da radiodifusão sonora e de sons e imagens, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos, a navegação aérea, aeroespacial e infra-estrutura aeroportuária, os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, os portos marítimos, fluviais e lacustres.

O art. 25, § 2º, por sua vez, estabelece que compete aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado.

Vamos encontrar, ainda, na atividade bancária o Banco Central como autarquia, o Banco do Brasil como sociedade de economia mista, a Caixa Econômica Federal como empresa pública, todos com fins de natureza pública ligados ao sistema financeiro nacional, ou até mesmo políticas públicas habitacionais. A Embrapa, por exemplo, desenvolve atividades de pesquisas suprimindo carências da própria atividade privada, mas necessárias para que o país não se atrase tecnologicamente. Em síntese, considerá-las pura e simplesmente como empresas privadas decorre de uma visão que particulariza e isola o fenômeno jurídico e social.

Embora a matéria seja controvertida, a minha opinião é no sentido do cumprimento das regras que estabelecem a aplicação à administração indireta do art. 37 da Constituição Federal, o qual exige a aplicação dos princípios da motivação, moralidade, impessoalidade, eficiência, além da aplicação dos princípios instituídos da nova lei do processo administrativo.

Estou convencido de que muitas decisões judiciais simplificaram em demasia o que não é tão simples, mas estou na contramão da jurisprudência.

## ***VI Controvérsias doutrinárias sobre as garantias de emprego***

O enfrentamento da matéria disciplinar no campo administrativo, ou judicial, poderia ser estudado isoladamente quanto aos órgãos da administração direta, quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista e, ainda, quando às empresas privadas, mas o objetivo será centrado nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista, uma vez que são entes que se encontram numa zona

limítrofe entre o público e o privado, bem como porque a matéria disciplinar apresenta aspectos diferenciados, além de controvérsias doutrinárias que precisam ser realçadas.

Vamos inicialmente encontrar, quanto ao exercício do poder de demissão nas Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, por estarem elas submetidas ao regime de direito privado trabalhista por força do que estabelece o inciso II do § 1º do art. 173 da Constituição Federal, a doutrina que tem como objetivo a aplicação pura e simples do poder potestativo de que é detentor o empregador privado, poder que finda por afastar a necessidade de procedimento administrativo e se fundamenta no pressuposto de que a denúncia do contrato é uma declaração de vontade abstrata, válida por si, não causal, independente ou não de justa causa.

Essa é uma doutrina que decorre de antigos princípios do Código Civil de 1916 que asseguravam ao proprietário do direito de usar e gozar seus bens e dispor deles, bem como do princípio de que o domínio presume-se exclusivo e ilimitado (arts. 524 e 527 do CC), e, ainda, da ideologia liberal pura e sem a influência das doutrinas que levaram ao conceito de estado social e que gradativamente corroeram o caráter absoluto da propriedade e levaram a limitação do direito de propriedade e uma visão de que o uso e gozo da propriedade não pode opor-se aos interesses gerais. O conceito antigo da propriedade privada oponível contra todos e contra o Estado já não existe, podendo o Estado, para realizar o bem comum, nela intervir, sendo então estabelecido que, para assegurar o cumprimento do princípio da função social da propriedade, cabe ao Estado impor limites e prescrever regras que dificultem ou mesmo obstem o comportamento anti-social do proprietário, procurando assim satisfazer as exigências sociais da comunidade.

No sistema de livre iniciativa, por outro lado, com todo seu dinamismo, liberdade, dificuldades, equívocos, em especial numa era de globalização com invasão de mercados, percebe-se que as estruturas empresariais estratificadas, inclusive no que concerne à mão-de-obra, incapazes de dinamismo e adaptações, ou mesmo incapazes de alterações exigidas pela concorrência, não podem subsistir porque são incapazes de adaptações, modificações, ou mesmo atender às exigências impostas pela concorrência e flutuações surgidas no mercado, levando ao crescimento da doutrina neoliberal, as teorias no campo do direito do trabalho relativas à flexibilização do direito, bem como a desestruturação do sistema de proteção ao emprego.

Para a doutrina que acolhe a teoria do poder potestativo, após o advento do FGTS e a extinção do regime de emprego garantido pela estabilidade de 10 anos prevista no art. 492 da CLT, o rompimento contratual é um ato de mera denúncia vazia, tornando-se um direito potestativo de natureza receptícia, cabendo ao empregador pré-avisar ao seu empregado que exercitará o seu direito, principalmente quando não existe a garantia de permanência no emprego, o que aliás

ocorre na maioria das vezes, ou quando não existe o direito à estabilidade.

O poder potestativo também pode ser exercitado por causa da falta de regulamentação, por Lei Complementar, do inciso I do art. 7º da Constituição Federal, dispositivo que assegura a existência de **“relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar”**, que preverá indenização compensatória, entre outros direitos, principalmente quando é combinado com o inciso II do § 1º do art. 173 da Constituição Federal, o qual sujeita as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista ao regime das empresas privadas. Os dispositivos onde estão inseridos o inciso citado têm a seguinte redação:

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

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

I Sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II A sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias”.

Essa corrente doutrinária está amparada por forte corrente jurisprudencial que afasta, na maioria das vezes, das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, não só a garantia do emprego, mas os limites ao poder de demissão, assim como afasta a necessidade de motivação nas despedidas sem justa causa.

Essa é uma doutrina que se apóia nos princípios da propriedade privada, livre iniciativa, livre concorrência, o livre exercício de qualquer atividade econômica, estabelecidos no art. 170 da Constituição Federal quando disciplina a atividade econômica.

Há, no entanto, entendimento doutrinário contrário, defendendo não só a necessidade de motivação mas também o da imposição de limites ao poder demissório e, ainda, defendendo a estreita relação do processo administrativo com a questão disciplinar, portanto, de uma tríplice exigência: motivação, limites do poder de demissão, exigência de processo. O fundamento é a existência de publicização e, ainda, da manutenção das empresas mencionadas numa zona cinzenta entre o público e o privado.

Essa corrente doutrinária apóia-se nos seguintes dispositivos legais:

1. Inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal, o qual estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”;

2. Inciso LV do mesmo art. 5º, o qual estabelece que “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”, sendo que, com relação ao processo administrativo, afastado desde logo a crítica que possa ser lançada no sentido de que as empresas privadas não estão obrigadas a adotar e não tem processo administrativo, em decorrência da Lei 9874/90 que se aplica aos entes da administração indireta, considerados como tais os previstos no Decreto-Lei 200;

3. Inciso I do art. 7º da Constituição Federal quando estabelece limites ao poder de demissão e dispõe sobre a “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, entre outros direitos”;

4. Inciso XXXIV do art. 5º da Constituição Federal quando estabelece que “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos poderes públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”;

5. Inciso XXXV do art. 5º da CF onde está previsto que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão”;

6. Art. 37 da Constituição Federal, que obriga a administração pública a agir dentro dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, portanto afastando o ato arbitrário e obrigando à observância das leis sobre processo administrativo que são aplicáveis;

7. Lei Federal nº 9.874/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal direta e indireta (art. 1º) e que manda obedecer aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 2º), além de vedar a imposição de sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (inciso VI do art. 2º) e, ainda, manter observância quanto às formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (inciso VIII do art. 2º).

No que concerne aos empregos no âmbito da administração federal direta, autárquica e fundacional, contudo, temos as obrigações e limites previstos na Lei nº 9.962, de 22/2/2000, quando disciplina a matéria no art. 3º, estabelecendo que “o contrato de trabalho por prazo indeterminado somente será rescindido por ATO UNILATERAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS SEGUINTE HIPÓTESES:

1. prática de falta grave, entre as enumeradas no art. 482 da CLT;
2. acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;
3. necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos de lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição Federal;
4. insuficiência de desempenho, apurada EM PROCEDIMENTO NO QUAL SE ASSEGUREM pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas.

Fora das aludidas hipóteses, portanto, não pode a administração demitir.

A própria Lei nº 9962, de 22/2/2000, trouxe em um parágrafo disposição no sentido de que “excluem-se da obrigatoriedade dos procedimentos previstos no *caput* as contratações de pessoal decorrentes da autonomia de gestão de que trata o § 8º do art. 37 da CF, onde foi estabelecido que “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: 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 de pessoal”.

A expressão “contratos de gestão e administração indireta” tem sido utilizada para designar acordos celebrados com entidades da administração indireta. Os primeiros contratos desse tipo foram celebrados com a Companhia Vale do Rio Doce e a Petrobrás, tendo como objetivo obter maior autonomia, procurando um distanciamento do controle previsto e disciplinado pelo Decreto-Lei 200, no título que trata da supervisão ministerial.

Pietro, na obra *Parcerias na Administração Pública*, 2ª edição, Editora Atlas, SP, 1997, afirma que a constituição de

*1988 teve, com relação à administração indireta, uma tendência para a publicização que se caracteriza com os seguintes aspectos:*

*1. regime jurídico sob muitos aspectos igual ao das entidades de direito público;*

*2. todas as entidades, independentemente da natureza jurídica e do tipo de atividade que exercem, estão sujeitas à exigência de concurso público para admissão de pessoal, às mesmas normas sobre licitação, ao mesmo tipo de controle e tantas outras normas que emperram a atividade das entidades que, por sua natureza jurídica e pela natureza da atividade que exercem, deveriam realmente ter maior autonomia de gestão.*

Ela menciona que o Tribunal de Contas da União, analisando o contrato de gestão celebrado pela Cia. Vale do Rio Doce (in RDA 201/311-319) estabelece que as empresas estão sujeitas a todas as exigências constitucionais e legais, da mesma forma que as demais entidades integrantes da Administração Pública Federal.

O contrato de gestão revela a profunda ligação das empresas com o Poder Público, além de demonstrar que as controvérsias doutrinárias têm sua razão de ser uma vez que refletem os choques das tendências que foram mencionadas.

Para demonstrar como têm se refletido esses embates doutrinários nos tribunais, cito dois acórdãos do TRT da 8ª Região:

O primeiro acórdão, oriundo da 2ª Turma (RO 1736/2000), em que são recorrentes Helena Ramos de Araújo e Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, tem o seguinte teor:

*“A empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT é uma sociedade de economia mista integrante, portanto, da administração pública indireta, estando nos termos do disposto do § 1º do art. 173, da CF/88, sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias e, obviamente, quando contrata, pratica atos de gestão como qualquer empregador comum, equipara-se ao empregador privado. Contudo, para dispensar empregado que não possua estabilidade no emprego, basta utilizar-se de seu poder potestativo, não havendo necessidade de motivação, haja vista que os empregados das empresas públicas não gozam estabilidade especial, prevista no art. 19, do ADTC da atual Carta da República”.*

O segundo acórdão do mesmo tribunal é oriundo do julgamento de Agravo de Instrumento em Recurso Ordinário de nº 2501/2000, em que é agravante Arnélio Guedes de Sá e agravada a Empresa de Navegação da Amazônia S/A – ENASA, tendo decidido matéria semelhante de modo diverso:

*“PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. A sociedade de economia mista está submetida aos princípios reitores da administração pública (art. 37 da Constituição Federal), pelo que deve motivar seus atos, não podendo promover despedida arbitrária de empregado, devendo ser compelida a reintegrá-lo quando assim proceder.”*

Na fundamentação do Julgamento do Recurso Ordinário foi estabelecido o seguinte:

I Que o empregado da empresa estatal não pode sofrer despedida arbitrária ou imotivada. Por ser a recorrida empresa pública, as despedidas de seus empregados devem ser sempre motivadas, em atenção ao princípio da legalidade. Essa é a posição tradicional desta Egrégia Turma, a partir da primeira decisão adotada nos autos da Ação Civil Pública em que eram partes o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas do Estado Pará e as Centrais Elétricas do Pará S/A – CELPA, Processo TRT-RO 8438/95, em que foi relator o Juiz Sólon Lima Peralta (julgado em 10/5/1996, publicado no DO do Estado em 9/7/91”);

II “Os atos de desligamento de empregados de empresa estatal praticados sem processo regular e desprovidos de motivação são ilegítimos e devem ser invalidados pelo Poder Judiciário”;

III Ficou também estabelecido que “embora não goze o reclamante da estabilidade do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias — de duvidosa constitucionalidade — está amparado pelo art. 7º, inciso I, combinada com a regra do art. 37 da Constituição Federal. Ou seja, embora não beneficiado por estabilidade, goza proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa”.

No âmbito do TRT da 16ª Região, no acórdão nº 3967/2000, Processo RO 894/2000, do qual fui relator, tive que decidir entre a prevalência do aspecto fático sobre a exigência da forma processual, da seguinte forma:

*“REPRESENTANTE SINDICAL. DEMISSÃO POR COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. Impossível determinar a reintegração do reclamante tão-somente com fundamento na inexistência de inquérito, uma vez que todos os fatos relacionados com a falta grave foram examinados, e constatada a falta por ele praticada. RO conhecido e improvido”.*

A tese defendida pelo representante sindical foi no sentido de que o TST, quando apreciou matéria semelhante, decidiu da seguinte forma:

*“INQUÉRITO JUDICIAL. EXIGIBILIDADE PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE A ELE ATRIBUÍDA. NA*

*CONFORMIDADE DO ART. 543, § 3º, DA CLT, O EMPREGADO INVESTIDO EM MANDATO SINDICAL NÃO PODE SER DESPEDIDO DIRETAMENTE PELO EMPREGADOR, DEVENDO O ILÍCITO DO TRABALHO A ELE IMPUTADO SER APURADO EM INQUÉRITO JUDICIAL, QUE AUTORIZARÁ OU NÃO, SEGUNDO CONCLUSÃO DO DECIDIDO, A RESOLUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. EMBARGOS CONHECIDOS POR DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO, NA FORMA DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE E DA SÚMULA Nº 197 DO EGRÉGIO STF (TST-E-RR-6790/89, AC. SDI 2128/92), RELATOR MINISTRO ERMES PEDRASSANI”.*

O fundamento do acórdão do qual fui relator, entre outros aspectos, foi no sentido de que o próprio § 3º do art. 543 da CLT autoriza o direito de demitir se houver o cometimento de falta grave, que tinha sido apurada em inquérito administrativo no âmbito dos correios e telégrafos e, inclusive, reexaminada com ampla instrução no curso da reclamação trabalhista. Caracterizada e comprovada a falta grave em duas ocasiões, não se justificava a reintegração por causa de uma discussão sobre o cumprimento de requisitos formais quanto ao procedimento no âmbito da empresa, bem como porque o processo na esfera judicial, em que se apura e discute a existência ou não de justa causa, serve para garantia contra abusos e não necessariamente para manter no emprego servidor que praticou ato ilícito.

Vários aspectos, portanto, quanto à questão do enfrentamento da matéria disciplinar na esfera judicial findam por se apresentar para exame e estudo:

- a) a questão processual;
- b) a questão da garantia do emprego ou a da estabilidade;
- c) a questão da necessidade ou não de processo disciplinar no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como a questão da necessidade ou não de motivação e cumprimento do princípio da legalidade;
- d) a questão do alcance do poder potestativo do empregador para demitir, independentemente do exame da motivação, porque, embora as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista adotem o regime e a disciplina das empresas privadas, embora sejam criadas pelo Estado com fins públicos, são obrigadas ao cumprimento de muitos princípios adotados pela administração direta, inclusive o da licitação, impossibilidade de acumulação de cargos com empregos, exigência de concurso para admissão dos seus empregados, além de estarem submetidas à intervenção, prestação de contas perante os Tribunais de Contas, ou da União ou dos Estados;



A exigência da motivação, que é uma das características do ato administrativo *stricto sensu*, mas exigida no art. 37 da CF também para os entes da administração indireta, tem sido empobrecida, reduzida e afastada, diante da prevalência da orientação que adota o princípio da liberdade que tem o empregador de demitir sem necessidade de justificação, mas com isso também é abandonado os princípios da proibição de dispensa arbitrária (art. 7º da CF), o do fim social da propriedade (inciso III do art. 170), ou mesmo o princípio de que a livre iniciativa deve estar voltada para assegurar a todos uma existência digna (*caput* do art. 170), além dos outros princípios contidos no art. 37 da CF, privilegiando-se a doutrina do poder potestativo e assegurando a idéia de um capitalismo livre, sem peias, arrogante, mas que leva a que o próprio Estado não aplique os princípios e as leis que adota, ou os princípios e valores constitucionais estabelecidos.

A tensão entre a liberdade do empregador, retratada no poder potestativo, ou nos limites que são impostos à propriedade pelo Estado Social, forma de convivência escolhida para combater um certo tipo de absolutismo e de arbítrio, ou estabelecer limites ao exercício do poder, direcionando as preocupações para a função social que deve ter a propriedade, obriga a que, neste arcabouço, se examine e se defina se existe ou não incompatibilidade entre os arts. 37 e 173 da Constituição, suas possíveis antinomias, ou mesmo a forma de superá-las.

A advogada Sayonara Grillo Coutinho (2001) em trabalho publicado na Revista do TRT da 1ª Região, afirma que “o afastamento do primado dos princípios constitucionais das relações de trabalho sujeitas ao regime celetista torna-se ainda mais inconsistente após a reforma administrativa promovida pela Emenda Constitucional nº 19 [...] ao extinguir a obrigatoriedade da existência de um regime jurídico único para regular as relações entre funcionários públicos e os entes da administração direta, autárquica e fundacional. O poder reformador restaurou a possibilidade de servidores públicos serem contratados pelo regime jurídico trabalhista. Ou seja, estendeu à própria administração pública direta o regime jurídico trabalhista previsto no art. 173 da Constituição. E perguntamos: a adoção do regime trabalhista retirará dos empregados servidores públicos da União o regime de deveres e direitos instituídos no art.37 da Carta Magna? ***A resposta unânime dos constitucionalistas e administrativistas é pela negativa, porque o regime de deveres estatuído pelo art. 37 da Constituição Federal guarda obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência***”.

Prossegue ela afirmando que, “quanto às empresas privadas, regime jurídico adotado pelas Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, o fundamento político da dispensa é a chamada liberdade econômica. Repousa no direito de propriedade, de natureza privatística, do qual é titular o empregador. Este, como dono do negócio para o qual trabalha o empregado, pode despedir o prestador de

serviços como forma de expressão da liberdade econômica. A dispensa do empregado representa uma forma de manifestação da tal liberdade, sendo ato capitalista. É no direito de propriedade que reside todo poder hierárquico e disciplinar, assim como no “valor social da livre iniciativa (inciso IV do art. 1º e art. 170 da CF/88) e na propriedade privada (inciso II do art. 170 da CF/88).

Menciona, ainda, que “o chamado poder diretivo empresarial decorre ainda do fato de o empresário correr os riscos do negócio e, em conseqüência, a ele cabe a prerrogativa de ditar ordens. Ele está estabelecido no art. 2º da CLT onde está dito que o empregador “dirige a prestação pessoal do serviço” e assume os riscos da atividade econômica. O poder diretivo decorre da necessidade de coordenação, harmonia, interdependência e confluência das ações na vida da empresa, para que possa alcançar seus fins técnico-econômicos”

Salienta ela também que “os elementos que compõem a empresa são heterogêneos, tendo a função diretiva o objetivo de homogeneizar-lhe as disponibilidades e as ações, o que levou Barassi a afirmar que “o empregador com a própria unilateral potestade diretiva incide diretamente sobre o trabalhador”, enquanto Orlando Gomes fala em “*senhorialidade*”, como manifestação de vontade pessoal sobre vontade pessoal”.

Continua afirmando que “a liberdade econômica, contudo, não assegura, de forma absoluta, o direito de despedir por causa de certas medidas proibitivas de dispensa abusiva, medidas que são mencionadas adiante. Há, ainda, diferenças profundas entre o público e o privado, mesmo quando a atividade estatal toma a forma privada” e, no que concerne “às empresas públicas e sociedades de economia mista, outra controvérsia decorre do fato de que o constituinte de 1988 elevou ao patamar constitucional vários princípios reconhecidos pelo direito administrativo como fundamentais para a atuação estatal sob o império do Estado de Direito, princípios que devem orientar todas as condutas do poder público, independentemente da forma jurídica organizacional adotada, entre os quais o art. 37 anteriormente citado. **Neste artigo não se faz a distinção quanto à aplicação dos princípios ali estatuídos, entre o ‘Estado público’ e o ‘Estado que assumiu a forma privada’, até mesmo porque os valores e objetivos são diferentes”.**

Ela ensina, ainda, que, como os princípios foram retirados do direito administrativo e elevados à estatura constitucional e, ainda, em decorrência dos princípios do devido processo legal, a exigência de motivação finda por atender a dois aspectos do devido processo legal: a formal, da própria exigência do processo, e a substancial porque, sem motivação, não há possibilidade de aferição da legalidade ou ilegalidade declarada, da justiça ou injustiça.

Contudo, para a corrente doutrinária contrária, e para tanto ainda cito a Dra. Sayonara Grillo Coutinho (2001), “a

ausência de motivação, ou dos fundamentos de fato ou de direito que sustentam a decisão, revelam sua irrazoabilidade, sendo ilegítima. Portanto a motivação é de exigir mesmo quando a lei não a preveja expressamente, porque não se concebe que possa a administração permitir a alguns o que nega a outros, sem qualquer motivação”.

Para a mesma autora, erigidos em sede constitucional como princípios, justifica-se sua plena incidência em todas as relações jurídicas estabelecidas entre os cidadãos e os agentes que lidam com o patrimônio público. Já não se aceita que os princípios sejam tidos apenas como declarações de intenção, esvaziados de normatividade. Princípios, afirma ela, são normas jurídicas, dotadas de supremacia, com função ordenadora e estruturante. Segundo Jorge Miranda, constitucionalista português, os princípios “exercem uma ação imediata, enquanto diretamente aplicáveis ou diretamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais. E exercem também uma ação mediata tanto num plano integrativo e construtivo como num plano essencialmente prospectivo”.

Para Jorge Miranda os princípios não estão acima ou além do direito, inserindo-se no ordenamento. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos”.

Também se posiciona a autora que estou citando que “os princípios constitucionais prevalecem sobre os preceitos constitucionais e orientam a interpretação do sistema constitucional. Dessa forma, o preceito de submissão ao regime trabalhista próprio das empresas privadas estatuído no art. 173 da Constituição Federal prevalecerá naquilo que não contrariar os princípios constitucionais. O art. 173 não institui nenhum princípio, antes determina a edição de um estatuto jurídico da empresa pública e sociedade de economia mista que, como qualquer norma jurídica, deverá estar adstrita aos princípios previstos no art. 37 da CF.

Portanto, em quaisquer contratos de trabalho firmados pelo poder público, seja no âmbito das entidades de direito público ou das entidades de direito privado, deverão ser observados os princípios da impessoalidade, da moralidade, da motivação, da legalidade, da eficiência, da publicidade, além do respeito ao teto máximo fixado para remuneração (inciso IX), da proibição de acumular (inciso XVII) e da obrigatoriedade de concurso público para admissão” (COUTINHO, 2001).

Entende a autora citada que “presentes todos os elementos do contrato de trabalho, se não cumprido o inciso II do art. 37 da CF, a relação de emprego não se instaura em sua plenitude. Por consequência lógica, não se aplicam as normas que possibilitam a dispensa sem motivação, por força do *caput* do mesmo art. 37.

Para ela, devemos evitar a decomposição do direito constitucional e impedir que seja um conjunto de normas e

institutos isolados, motivo pelo qual a aceitação da tese da aplicação de um preceito (art. 173) não pode ser capaz de excluir a aplicação dos princípios contidos no *caput* do art. 37.

Ela também afirma que “alguns doutrinadores entendem que a submissão das empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime trabalhista, previsto no art. 173 da Constituição, tem o condão de retirar da incidência do direito público e das normas que regulam a atuação da administração os empregados contratados pela égide da Consolidação das Leis do Trabalho, afastando a compreensão de tais empregados como servidores públicos”, mas conclui dizendo que, apesar de concordar com aqueles que entendem “não serem os empregados das empresas públicas e sociedade de economia mista servidores públicos, *stricto sensu*, a atrair a incidência da estabilidade prevista no art. 41 da CF, não podemos concordar com a interpretação que entende haver uma incompatibilidade entre os princípios instituídos no art. 37 com o art. 173 da CF” .

A administração pública, portanto, adotaria dois tratamentos diferenciados para os que trabalham sob o regime jurídico da CLT, os que estão sob a égide da Lei 9.962 (os que trabalham na administração direta, nas autarquias e fundações públicas), e os que estariam sob a égide do art. 173 da CF (empresas públicas e sociedades de economia mista).

Existem aqueles que se encontram sob a disciplina da Lei 9.962, na qual se estabeleceu exigências, procedimentos e certas garantias ao emprego. Existem, também, aqueles que se encontram sob a égide do art. 173, também com as exigências do art. 37 e demais leis pertinentes ao tema, revelando que não é possível exigir concurso para a admissão e, ao mesmo tempo, entender que os outros princípios estabelecidos no art. 37 e outras normas constitucionais não são aplicáveis.

No que concerne às empresas públicas e sociedades de economia mista, além dos limites instituídos no inciso I do art. 7º da CF — quais sejam, relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, embora muitos defendam que a norma não é auto-aplicável e depende de lei disciplinadora —, temos os limites impostos pela Lei Federal nº 9874/99, esta referente ao processo administrativo.

O art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, contudo, estabeleceu que “até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição, fica limitada a proteção nele referido ao aumento, para quatro vezes, da percentagem prevista no art. 6º, *caput*, e § 1º, da Lei 5107, de 13/9/1966, bem como estabeleceu que fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) do emprego eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato; b) da empregada gestante, desde a

confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, o que levou a muitos a defender a necessidade de lei complementar para aplicar a proteção da relação de emprego, embora a expressão “relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária” tenha conteúdo completo impedindo as despedidas que tenham essa natureza.

O art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não é exaustivo, não revoga e nem se contrapõe aos princípios estatuidos no art. 37 da CF, apenas antecipando parte do sistema protetivo previsto no inciso I do art. 7º, inciso auto-aplicável na parte em que já define e estabelece dois critérios protetivos do emprego: o primeiro contra a dispensa arbitrária e a despedida sem justa causa; depois quando regula as hipóteses do inciso II, quais sejam: empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes e da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Se o dispositivo fosse exaustivo teríamos a inconstitucionalidade de outras garantias previstas em leis infraconstitucionais, como é o caso das previstas na própria Lei 99.962, de 22/2/2000, ou da estabilidade dos dirigentes sindicais.

Portanto, além das exigências de obediência aos aspectos formais relacionados com as regras do processo, há necessidade de examinar o grau de proteção à relação de emprego que é dado pelo inciso I do art. 7º da Constituição Federal, o qual proíbe a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar.

Despedida arbitrária é despedida sem motivo, excedente de limites e dos bons costumes, não justificada por justa causa e que não encontra amparo nas hipóteses elencadas no art. 482 da CLT, ou a que não encontra fundamento em razões econômicas ou por motivos técnicos, assim como a que decorre do abuso moral, também chamada de “mobbing”.

Há, portanto, necessidade de saber e definir até que ponto a sujeição das empresas públicas e sociedades de economia mista, integrantes da administração indireta, sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, pode afastar a aplicação dos princípios constitucionais contidos no art. 37 e de vários outros dispositivos constitucionais, por causa da forte publicização de que se encontram revestidas, em especial porque é aceito de forma unânime que a elas são aplicados os princípios da proibição de acumulação, da exigência de concurso, do teto remuneratório, da fiscalização dessas entidades pelo Tribunal de Contas da União, além de estarem submetidas às leis de licitação, supervisão ministerial, tornando o regime jurídico que as disciplina híbrido, bem como porque não é possível aplicar parcialmente as regras constitucionais sobre o assunto.

O velho provérbio popular de que “a corda sempre rebenta no lado mais fraco” tem aqui ampla aplicação porque, como os administradores não podem furtar-se a todas as exigências

acima citadas, no entanto, com o beneplácito do judiciário, podem deixar de cumprir as outras exigências quando a matéria é relacionada com o empregado, no caso a parte fraca.

Não tem sido claramente percebido, por outro lado, o fato de que o § 1º do art. 173 da CF determina que **“a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens”**, bem como que a ausência de lei regulamentadora cria lacunas no disciplinamento da matéria, trazendo as dificuldades doutrinárias que são mencionadas. Acrescente-se, ainda, também o fato de que até hoje não foi publicada a Lei Complementar prevista no art. 7º da Constituição Federal, obrigando a que juízes e advogados tenham que trabalhar com várias disposições legais esparsas, aparentemente contraditórias, dificultando a escolha de uma orientação adequada.

## ***VII- Aspectos do direito disciplinar do trabalho***

O processo disciplinar, segundo o art. 148 da Lei 8112/90, é o instrumento destinado a apurar a responsabilidade do funcionário público federal por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontra vinculado. Assim, deverá haver falta administrativa, catalogada como tal, para que possa ter início o procedimento disciplinar.

O mesmo procedimento, contudo, não é exigido quanto aos empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, com exceção das limitações impostas aos administradores da administração direta, autarquias e fundações públicas pela Lei 9962/2000 e com as infrações disciplinares sendo catalogadas de forma assemelhada ao direito do trabalho, mas não absolutamente iguais.

O direito disciplinar tem estreita relação com a dispensa do empregado, pelo seu significado para o trabalhador e as conseqüências econômicas que podem projetar-se sobre este e sua família quando é demitido. Amauri Mascaro Nascimento (2004, p. 483) ensina que “a dispensa do empregado é conceituada à luz de dois princípios opostos e que caracterizam duas épocas diferentes: a fase da elaboração do direito do trabalho e a fase do aperfeiçoamento dos seus institutos. Naquela, predomina o princípio da dispensa como direito potestativo do empregador, portanto um ato jurídico contra o qual o empregado nada poderá opor, ainda que imotivado. Nesta, desenvolveu-se o princípio da conservação do contrato, tendo como conseqüência a caracterização da dispensa imotivada como ato nulo, insuscetível de

produzir efeitos, mantendo-se em vigor o contrato de trabalho se a dispensa não se fundar em causa jurídica relevante”.

Ensina, ainda, sobre a natureza jurídica da dispensa, que para uns é direito potestativo e para outros é direito relativo, bem como que, para muitos, a dispensa é uma forma de sanção.

O direito disciplinar do trabalho, apesar das decisões que admitem a denúncia vazia, daquilo que a doutrina civil chama de ato jurídico abstrato, não causal, isto é, sem necessidade de invocação de uma causa, bem como de que a demissão dos empregados pode ocorrer sem que sejam vistas como pessoas participantes de um contrato legitimamente celebrado por prazo indeterminado, de boa-fé, mantém estreita relação com os princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade e da motivação, além de manter relação com os fins sociais da propriedade, sobretudo, com a previsão de indenização quando o empregado sofrer um dano, assim como mantém relação com os mecanismos de proteção e tutela diante da iminência de lesão.

As questões econômicas e financeiras dos empregadores, as questões da concorrência e de mercado que afetam as atividades empresariais, por sua vez, têm estreita relação com a possibilidade ou não da manutenção do emprego.

Há uma relação do direito disciplinar, no que concerne as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista, com os princípios da legalidade e da motivação, oriunda não só do disposto no art. 37 da CF e do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29/1/99, mas também da existência das hipóteses arroladas em *numerus clausus* contidas nos artigos 482 e 483 da CLT, o primeiro disciplinando a demissão por iniciativa do empregador decorrente de ato do empregado que impede a manutenção da relação de emprego, o segundo por iniciativa do empregado quando o empregador pratica atos que impedem a fluência da relação contratual.

Fora dessas hipóteses a regra geral deveria ser a da manutenção do contrato por prazo indeterminado, até mesmo porque a demissão não deixa de penalizar o empregado, em especial diante de um quadro social adverso, embora o dinamismo da economia e das relações humanas não admitam ou aconselhem uma regra geral tão ampla no que concerne a manutenção da relação de emprego, como a que foi mencionada, até mesmo porque são muitos os fatores que impedem ou desautorizam a manutenção do contrato de trabalho.

A dispensa do empregado, comumente, tem ocorrido ou por ato imotivado do empregador, ou então diante das hipóteses catalogadas nos artigos 482 e 483 da CLT. Outras vezes, por fechamento das empresas, dificuldades empresariais.

No campo estrito do direito disciplinar alguns ensinamentos podem ser lembrados e servir de guia quando estudamos a matéria.

Cesare Beccaria (2000, p.42) no seu “Dos Delitos e das Penas” ensina que “toda pena que não derive da necessidade absoluta, diz o grande Montesquieu, é tirânica; proposição essa que pode ser assim generalizada: TODO ATO DE AUTORIDADE DE HOMEM PARA HOMEM QUE NÃO DERIVE DA NECESSIDADE ABSOLUTA É TIRÂNICO. Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos; sobre a necessidade de defender o depósito do bem comum das usurpações particulares; e tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável. É a segurança a maior liberdade que o soberano garante aos súditos”.

O direito justiniano, por sua vez, distinguia três tipos de culpa, segundo a gravidade. No Digesto, 50, 16, 213, segundo Ulpiano, “culpa lata” (culpa grave) é a negligência excessiva, isto é, compreender o que todos compreendem. A “culpa lata” é equiparada ao dolo; a “culpa levis” consistiria em não haver agido como agiria o diligente pai de família. Segundo Paulo “constitui culpa o não haver previsto, quando pode ser previsto por uma pessoa diligente. Nesse tipo, o agente é comparado ao bom administrador. Ocorre responsabilidade se o seu ato ou omissão danosos forem aquém dos cuidados que ele põe normalmente em seus negócios.

Já a culpa levíssima, próxima do caso fortuito, torna responsável, segundo a *Lex Aquilia*, pelos fatos que poderiam ter sido evitados se houvesse usado de excepcional vigilância, isto é, da exatíssima diligência.

Podemos, portanto, a exemplo dos romanos, classificar as faltas do empregado em grave, leve, levíssima, segundo os diversos graus de periculosidade ou dano, tornando a necessidade da avaliação da falta importante para definir e decidir se se justifica ou não a rescisão do contrato. De igual modo, as faltas do empregador, entre as quais encontram-se as que são arroladas no art. 483 da CLT, a justificar a chamada rescisão indireta do contrato por iniciativa do empregado, bem como, atualmente, acrescentando-se às hipóteses previstas no artigo acima aludido, os abusos morais ou mesmo as tentativas de abuso sexual.

A rigor, só constituirá falta grave aquela que importe em dolo ou culpa grave, porque só elas justificam a ruptura do contrato por falta grave, havendo absoluto acordo na doutrina e na jurisprudência sobre isso. Torna-se necessário, por outro lado, que a falta imputada ao empregado atinja os limites máximos de tolerância, levando a que desapareça a confiança no contrato de trabalho.

Nas faltas de menor gravidade agirá o empregador de acordo com a proporcionalidade da falta, punindo o



culpado de maneira mais branda, correspondente ao menor grau de ofensa cometida, mas sem chegar ao extremo absoluto da rescisão da relação de emprego, com a aplicação das penas de advertência ou de suspensão.

O cuidado em proteger o trabalhador no seu emprego, a justificação da despedida, decorre do fato de que a maior parte das pessoas trabalha em serviços subordinados, vivem exclusivamente de salários e podem, numa sociedade com grande oferta de mão-de-obra, ou em situações de crise, ficar na miséria caso percam o emprego.

O empregado, que só detém a força de trabalho, com a perda do emprego, perde tudo, tornando-se necessário colocá-lo a salvo dos abusos, ou de arbítrios maliciosos e censuráveis, não motivados. Ocorre, porém, que ninguém deve ser obrigado a contratar ou a manter-se indefinidamente vinculado a um contrato, uma vez que um ônus dessa natureza violaria os princípios da liberdade, da autonomia e de se autodirigir e governar, tornando a pessoa um escravo, razão pela qual os sistemas de garantia de emprego têm sofrido limitações com o legislador, preferindo adotar um sistema de indenizações diante dos abusos porventura cometidos.

O empregador, como detentor de poderes hierárquicos, diretivo e disciplinar, pode aplicar certas e determinadas penalidades, que vão da advertência, suspensão até a demissão, mas não pode aplicar multa por força do que dispõe o art. 462 da CLT: “ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, saldo quando este resultar de adiantamento de dispositivos de lei ou de contrato coletivo”. Parágrafo único: “Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado”.

Evaristo de Moraes Filho, diante do disposto no art. 462 da CLT, ensina que só se admite a multa como pena disciplinar em texto expresso do contrato coletivo em que seja parte o sindicato dos empregados, uma vez que o contrato coletivo tem a vantagem de afastar qualquer vício ou perigo de coação ou abuso patronal.

A segunda Turma do TST, em acórdão de 1955, do qual foi relator o Ministro Thelio Monteiro (1957, p.67.) decidiu que “não estando prevista na legislação do trabalho, como penalidade, é inadmissível a aplicação da multa pelo empregador”.

São três os requisitos da falta grave:

a) gravidade;

b) imediatidade;

c) determinatividade.

Para Barassi é necessário a existência de:

a) dolo;

b) culpa grave;

c) amoralidade administrativa;

d) infidelidade.

Temos, ainda, os casos de a) negligência habitual; b) habitual indisciplina.

Mas não basta que haja a falta. É preciso que ela seja grave, cause um prejuízo, torne impossível a manutenção da relação de emprego, quebre a fidúcia.

Os juízes de mérito podem e devem perquirir se a falta é de gravidade tal que o empregador esteja em situação de suprimir o aviso prévio, bem como evitar certos pagamentos, como por exemplo a indenização de 40% do FGTS.

A rescisão do contrato deve ser imediata, uma vez que a sua continuação tornaria impossível ou inconciliável a manutenção do contrato.

A justa causa deve ter com a rescisão uma relação de causa e efeito. Deve tratar-se de causa conexa com o trabalho, com a empresa e com a oficina, e não a fatos realizados fora da empresa, embora alguns fatos realizados fora, como a concorrência, a atitude desleal, a embriaguez habitual, possam e devam ser tomadas em consideração se afetam a confiança no empregado ou se estão em relação com a atividade da empresa. Dependendo da natureza da falta ora a jurisprudência aceita ou não a falta praticada fora do estabelecimento. Quando a conduta do empregado leva a perda da fidúcia, a jurisprudência aceita a falta grave.

A causa que é expressa não pode ser sucessivamente substituída por uma ou causas diversas, ainda que dela se tenha adquirido conhecimento em época posterior, a não ser fato desconhecido de natureza grave.

O fenômeno “justa causa” deve sempre preceder e determinar, de maneira precisa e inequívoca, o fenômeno “despedida”. O contrário seria um contra-senso filosófico, não sendo aceita na doutrina a mera existência de falta grave perdida no tempo e no espaço porque tornaria a faculdade da rescisão unilateral do contrato um abuso de direito, uma vez que permitiria ao empregador dispensar o

empregado à mais leve suspeita e levando à descoberta de falta para evitar indenizações.

Também é vedado o *bis in idem*, que se caracteriza pela dupla punição da mesma falta, o que é vedado pela jurisprudência: “ É injusta a dispensa que decorre de fatos pelos quais o empregado já havia sido punido (*bis in idem*) (TRT/SP – 02870198145-Ac. 1ª Turma, 26.531/88, Relator Floriano Correa Vaz da Silva, DJ 19/12/88), ou então: “A dupla penalidade pela mesma falta é inaceitável no direito trabalhista nacional (TRT 11ª Região- RO 2004/94 – Ac. 2684/95, 13.6.95, Relator Juiz Benedicto Cruz Lyra, Ltr 59-11/1562).

O direito disciplinar procura um equilíbrio ético nas relações entre empregados e empregadores, evitando os abusos e arbítrios de ambos, mas uma economia predatória tem levado as pessoas a agirem contra esse equilíbrio e tem transformado as relações numa luta pela busca de recursos, muitas vezes a qualquer custo ou sem limites.

Admitir que os entes públicos, sejam eles da administração direta ou indireta, possam, como empregadores, agir da mesma forma e do mesmo modo que os empregadores privados, levaria ao entendimento que se equiparam e que têm os mesmos objetivos e os mesmos princípios, o que é falso diante do papel assumido pelo Estado Moderno, até mesmo porque todos os regramentos legais voltam-se para os fins sociais do Estado, da propriedade e da necessidade de uma harmoniosa convivência humana. Mas, da mesma forma que aos servidores públicos concursados, ocupantes de cargos públicos, podem ser aplicadas as penas de advertência, suspensão e demissão (art. 127 da Lei 8112/90), é correta aplicação do sistema punitivo previsto no direito do trabalho, cabendo ao legislador, e não ao magistrado, decidir se aproxima ou não os sistemas, ou se dará ou não aos empregados celetistas dos entes públicos idênticas garantias.

Enquanto isso não acontece, continuarão a ocorrer as tensões entre interesses contrapostos, as dificuldades doutrinárias mencionadas, a eterna procura por justiça e pelo que possa ser momentaneamente considerado correto.

#### VIII- CONCLUSÃO

Entre os modos diversos de distribuição de poder político e administrativo, encontra-se o processo de descentralização, que tem levado, tanto os entes da administração direta como os entes da administração indireta, a um tratamento legal diferenciado no campo do direito do trabalho, quer quanto à questão do uso do processo administrativo, quer quanto aos direitos relacionados com a garantia do emprego.

A jurisprudência optou pela aplicação pura e simples do art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal, mas adota uma posição dúbia quando não faz uma interpretação sistemática ou quando

aplica certas regras constitucionais (proibição de acumulação, exigência de concurso, obediência ao teto remuneratório), mas, ao mesmo tempo, não aplica as exigências de motivação e admite a denúncia vazia do contrato de trabalho.

No campo legislativo, observa-se um tratamento diferenciado entre os empregados da administração direta e os das fundações e autarquias, quando comparados com os empregados da administração indireta relacionados com as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, tratamento que decorre das dificuldades de disciplinar o assunto de forma adequada, bem como da ausência das leis regulamentares previstas no § 1º do art. 173 e no 7º, I, da CF.

Não é possível fazer a aplicação apenas parcial de regras legais, sejam constitucionais ou infraconstitucionais, acolhendo algumas e excluindo outras, razão pela qual entendo que as garantias processuais e de motivação devem ser, por força da obediência ao princípio da legalidade, aplicadas aos empregados da administração indireta de forma ampla e sem distingui-los entre os das Fundações Públicas e Autarquias e os das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

No entanto não tem sido essa a orientação adotada pelos Tribunais.

#### REFERÊNCIAS

CESARE, Beccaria. **Dos delitos e das penas**. Trad. de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

COUTINHO, Sayonara Grillo. Considerações sobre a exigência de motivação para a realização de dispensas de empregados na administração pública à luz da Lei 9.874/99. **Revista do TRT - 1ª Região**, Rio de Janeiro, n. 29, jan./abr., 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

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

\_\_\_\_\_. **Parcerias na administração pública**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MALLET, Estevão – Bibliografia não recuperada.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

NASCIMENTO, Amaury Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, José Afonso da. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

WALD, Arnaldo; MORAES, Luis Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a Lei de Concessões**. São Paulo: Saraiva, 2004.