

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Felipe Gonçalves Fernandes

**O REGIME JURÍDICO DOS EMPREGADOS DAS EMPRESAS
ESTATAIS – UMA ANÁLISE À LUZ DO ARCABOUÇO
NORMATIVO-AXIOLÓGICO DE DIREITO PÚBLICO**

DOCTORADO EM DIREITO

São Paulo
2022

Fernandes, Felipe Gonçalves

O Regime Jurídico dos Empregados das Empresas Estatais – Uma Análise à Luz do Arcabouço Normativo-Axiológico de Direito Público / Felipe Gonçalves Fernandes. -- São Paulo:[s.n.], 2022.

281 p ; 15 cm.

Orientador: Ricardo Marcondes Martins.

Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.

1. Regime Jurídico. 2. Empregados. 3. Empresas Estatais. 4. Direito Público. I. Martins, Ricardo Marcondes. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Felipe Gonçalves Fernandes

**O REGIME JURÍDICO DOS EMPREGADOS DAS EMPRESAS
ESTATAIS – UMA ANÁLISE À LUZ DO ARCABOUÇO
NORMATIVO-AXIOLÓGICO DE DIREITO PÚBLICO**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Ricardo Marcondes Martins.

São Paulo
2022

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Felipe Gonçalves Fernandes

**O REGIME JURÍDICO DOS EMPREGADOS DAS EMPRESAS
ESTATAIS – UMA ANÁLISE À LUZ DO ARCABOUÇO
NORMATIVO-AXIOLÓGICO DE DIREITO PÚBLICO**

Aprovado em: ____ de _____ de ____.

BANCA EXAMINADORA:

*Aos meus pais, em eterno
agradecimento.*

*À minha esposa, Priscila, e à minha
filha, Maria, luzes no meu caminho.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha esposa, Priscila, pelo eterno companheirismo.

Agradeço aos meus pais, por tudo que me proporcionaram.

Agradeço ao meu orientador, professor Doutor Ricardo Marcondes Martins, por quase uma década de valiosas lições.

RESUMO

Conforme tradicionalmente interpretado pela doutrina brasileira, o vínculo formado entre a Administração Pública e seus profissionais permanentes é o jurídico-administrativo, comumente chamado de estatutário. No entanto, existem situações nas quais se admite o ingresso de pessoal no ambiente estatal sob a égide de outros diplomas, a exemplo da Consolidação das Leis do Trabalho. Dentre essas hipóteses, destaca-se aquela referente aos empregados das empresas estatais. Utilizando isso como premissa, o presente trabalho se debruçou sobre o regime jurídico atinente a esses liames, mas não sem antes investigar no que consiste o vínculo empregatício na iniciativa privada, quais as hipóteses válidas de emprego no âmbito público, bem como o contexto normativo das próprias companhias estatais. Em análise complementar, concluímos que, à falta de um fundamento racional, o ente público deve se submeter integralmente ao regime jurídico de direito público. Estabelecida essa baliza, analisamos as características de institutos de direito público e de direito privado, sob uma perspectiva científica. Neste diapasão, apontamos a existência classes de institutos próprias a cada âmbito: como regra, à atuação da Administração Pública imputam-se os institutos pertencentes às classes de direito público e aos particulares competem aqueles referentes às categorias de direito privado. Além desse critério, identificamos um componente axiológico que opõe, imbricativamente, os instrumentos de âmbito a outro, de sorte que eventual transposição entre campos deve respeitar certas regras: ou existe um instituto análogo ou o instituto de um âmbito deve se acoplar a estrutura preexistente no outro para que assim seja corretamente internalizado. Neste sentido, apontamos que a utilização do termo “contrato”, no contexto do direito público, tem significado diferente de seu homônimo de direito privado. Sendo assim, quando se utiliza o signo “contrato de trabalho” na Administração Pública, torna-se claro que a significação do termo não será a mesma daquela empregada no âmbito de uma empresa privada. Especificamente no que tange às empresas estatais, foi necessário um corte: em se tratando de empresas estatais prestadoras de serviços públicos, o regime imputável será integralmente o regime jurídico administrativo, haja vista a falta de um fundamento racional para a utilização de forma privada. Já nas exploradoras de atividade econômica, utilizam-se contratos públicos de trabalho os quais, todavia, consistem efetivamente em atos administrativos bilaterais de forma privada e vestes celetárias. Dessarte, preconizamos uma releitura dos vínculos em questão à luz de uma teoria do direito público, proposta que implica densa revisão, sobretudo da doutrina laboral, quando aplicável às empresas estatais, cujas soluções foram apontadas com o fim de corrigir equívocos hermenêuticos históricos e conformá-la ao arcabouço normativo-axiológico do Estado brasileiro.

Palavras-chave: Emprego público. Empresas estatais. Releitura. Regime jurídico administrativo.

ABSTRACT

As traditionally interpreted by Brazilian doctrine, the bond formed between the Public Administration and its permanent professionals is the legal-administrative one, commonly called “statutory”. However, there are situations in which the entry of personnel into the state environment is allowed under the aegis of other diplomas, such as the Labor Laws. Among these hypotheses, the one referring to employees of state-owned companies stands out. Using this as a premise, the present work focused on the legal regime related to these bonds, but not without first investigating what the employment relationship in the private sector consists of, what are the valid hypotheses of employment in the public sphere, as well as the normative context of the state companies. In a complementary analysis, we conclude that, in the absence of a rational argument, the public entity must submit itself fully to the legal regime of public law. Having established this goal, we analyzed the characteristics of public and private law institutes, from a scientific perspective. In this vein, we point out the existence of classes of institutes specific to each scope: as a rule, the actions of the Public Administration are imputed to the institutes belonging to the classes of public law and those referring to the categories of private law are incumbent on the private people. In addition to this criterion, we identified an axiological component that opposes, imbricatively, the instruments of scope to another, so that any transposition between fields must respect certain rules: either there is an analogous institute, or the institute of a scope must be coupled to the preexisting structure in the other so that it is properly internalized. In this sense, we point out that the use of the term “contract”, in the context of public law, has a different meaning from its homonym in private law. Therefore, when the sign “employment contract” is used in Public Administration, it becomes clear that the meaning of the term will not be the same as that used in the context of a private company. Specifically about state-owned companies, a cut was necessary: in the case of state-owned companies providing public services, the attributable regime will be entirely the administrative legal regime, given the lack of a rational basis for using it privately. On the other hand, in the exploitation of economic activity, public employment contracts are used, which, however, effectively consist of bilateral administrative acts in a private form and labor garment. Thus, we advocate a revision of the links in question in the light of a theory of public law, a proposal that implies a dense review, especially of labor doctrine, when applicable to state-owned companies, whose solutions were pointed out in, order to correct historical hermeneutical misunderstandings and conform them to the normative-axiological framework of the Brazilian State.

Keywords: Public employment. State companies. Revision. Administrative legal regime.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 O EMPREGO PÚBLICO	15
1.1 Introito.....	15
1.2 O vínculo de emprego e o contrato de trabalho na iniciativa privada	16
1.2.1 Elementos caracterizadores da relação de emprego	17
1.2.1.1 Pessoa física	18
1.2.1.2 Pessoalidade	19
1.2.1.3 Onerosidade.....	23
1.2.1.4 Subordinação.....	24
1.2.1.5 Habitualidade ou não eventualidade	33
1.2.1.6 Ausência de risco	35
1.2.2 Natureza jurídica da relação de emprego	36
1.2.3 O contrato de trabalho	39
1.2.3.1 Elementos essenciais do contrato de trabalho	40
1.2.3.2 Elementos acidentais do contrato de trabalho	43
1.2.3.3 Elementos naturais do contrato de trabalho	44
1.3 A adoção do emprego público: plano pragmático	44
1.4 A adoção do emprego: análise dogmática.....	52
1.4.1 O fundamento do vínculo estatutário no regime jurídico administrativo	52
1.4.2 Hipóteses válidas de emprego público	55
1.4.2.1 Empregados de empresas estatais exploradoras de atividade econômica.....	56
1.4.2.2 Empregados estabilizados nos termos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.....	56
1.4.2.3 Funções que independem de imunização	59
1.4.2.4 Servidores temporários	60
1.5 Conclusão do capítulo.....	67
2 AS EMPRESAS ESTATAIS	68
2.1 Introito	68

2.2	Domínio público e domínio privado	68
2.3	Subsidiariedade e intervenção estatal na ordem econômica	73
2.4	Esforço histórico das empresas estatais no Brasil.....	76
2.5	Empresas estatais na Constituição da República de 1988	78
2.5.1	Empresas públicas e sociedades de economia mista	81
2.5.2	Fases de compreensão das empresas estatais	84
2.5.3	Empresas estatais prestadoras de serviços públicos	86
2.5.4	Empresas estatais exploradoras de atividade econômica	89
2.5.4.1	Relevante interesse coletivo e imperativos de segurança nacional..	91
2.5.4.2	Empresas estatais exploradoras de atividade econômica e o lucro.....	97
2.5.5	Patrimônio	101
2.5.6	Responsabilidade civil	102
2.5.7	Controle pelos Tribunais de Contas.....	105
2.5.8	Imunidade tributária.....	106
3	A UTILIZAÇÃO DE FORMAS DE DIREITO PRIVADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	110
3.1	Introito	110
3.2	A necessidade de uma abordagem científica do direito	110
3.3	Direito e ciência.....	113
3.3.1	Objeto formal: princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público	120
3.3.1.1	Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.....	120
3.3.1.2	Princípio da indisponibilidade do interesse público.....	124
3.4	A discricionariedade na escolha das formas	125
3.5	Classes de direito público e classes de direito privado	129
3.5.1	Breves apontamentos sobre a Teoria das Classes	130
3.5.2	Apresentação dos critérios classificatórios.....	134
3.5.3	Ato <i>versus</i> contrato	137
3.5.3.1	O “contrato” de emprego no direito público.....	141
3.5.4	Cargo <i>versus</i> emprego	147
3.5.4.1	O ato administrativo bilateral de forma privada e vestes celetárias.....	154

3.5.5	Autarquias <i>versus</i> empresas	156
3.6	Axiologia no direito público e no direito privado	158
3.6.1	O ato de valoração legislativa	159
3.6.2	Os valores como referenciais	160
3.6.3	Breves apontamentos sobre a utilização da linguagem	164
3.6.4	Atos e contratos sob a ótica dos valores	167
3.7	Classes de direito privado na Administração Pública: necessidade de releitura à luz de uma teoria geral do direito público	171
3.8	Conclusão do capítulo.....	175
4	O REGIME JURÍDICO DO VÍNCULO FUNCIONAL NAS EMPRESAS ESTATAIS	177
4.1	Introito.....	177
4.2	O regime jurídico do vínculo funcional dos empregados das empresas estatais prestadoras de serviços públicos.....	178
4.2.1	Admissão.....	179
4.2.2	O regime na constância do vínculo.....	181
4.2.2.1	Estabilidade.....	183
4.2.2.2	Disponibilidade.....	185
4.2.2.3	Outras formas de provimento.....	187
4.2.2.4	Irredutibilidade de vencimentos.....	189
4.2.2.5	Regime previdenciário.....	192
4.2.2.6	Cumulação de cargos e vencimentos.....	196
4.2.3	Término do vínculo.....	198
4.3	O regime jurídico do vínculo funcional dos empregados das empresas estatais prestadoras exploradoras de atividade econômica	203
4.3.1	Admissão.....	203
4.3.1.1	O concurso público como requisito essencial.....	204
4.3.1.2	Situação excepcional: agentes de fato.....	206
4.3.1.3	A acessibilidade e as regras trabalhistas.....	207
4.3.1.4	Restrições da legislação eleitoral.....	208
4.3.1.5	Irrupções do regime jurídico administrativo: a competência para julgamento de ação que questiona concurso público.....	209
4.3.2	O vínculo.....	211

4.3.2.1 Habitualidade vs investidura.....	212
4.3.2.1.1 A teoria do fato consumado e a habitualidade.....	213
4.3.2.2 Subordinação vs sujeição especial.....	215
4.3.2.2.1 As relações especiais de sujeição.....	216
4.3.2.2.2 Consequências da sujeição especial.....	218
4.3.3 O regime na constância do vínculo.....	222
4.3.3.1 Ausência de estabilidade e o dever de motivar o ato de dispensa..	223
4.3.3.2 A principiologia do direito do trabalho em contato com a coluna normativa do regime jurídico administrativo.....	226
4.3.3.2.1 O princípio da condição mais benéfica.....	227
4.3.3.2.2 O princípio da norma mais favorável.....	229
4.3.3.2.3 O princípio do <i>in dubio pro operario</i>	236
4.3.3.3 Aspectos remuneratórios.....	238
4.3.3.3.1 Irredutibilidade salarial.....	238
4.3.3.3.2 Cumulação remunerada de cargos, empregos e funções.	242
4.3.3.3.3 Ascensão funcional.....	244
4.3.4 Término do vínculo.....	246
4.3.4.1 Inexistência de perdão tácito.....	249
4.3.4.2 Reconsideração do aviso prévio.....	251
4.3.5 Aposentadoria.....	253
4.3.6 Prescrição.....	256
4.4 Conclusão do capítulo	259
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	260
REFERÊNCIAS	263

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se debruça sobre o regime jurídico dos empregados das empresas estatais, tema que se justifica pela contribuição científica que pode representar a análise do emprego estatal sob a ótica de uma Teoria Geral do Direito Público. Nesse mister, vislumbraremos como esse instituto se materializa junto a um ente estatal e de que maneira seu regime jurídico pode se ver alterado pela presença da Administração Pública (ainda que sob a forma de direito privado) em um dos polos da relação. A investigação é norteadada pelos parâmetros a seguir expostos.

Como ponto de partida, rememoramos que a Constituição da República de 1988, em seu artigo 173, autorizou que a Administração Pública explore atividade econômica em casos de relevante interesse coletivo ou de imperativos de segurança nacional. No entanto, para o ingresso no campo privado, que não lhe é próprio, é preciso que o ente público adote formas específicas. Neste sentido, para explorar atividade econômica, a Administração Pública deve se valer de pessoas jurídicas peculiares, as empresas estatais, as quais, por sua vez, deverão submeter-se ao regime próprio das empresas privadas quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, tributários e *trabalhistas*. É importante acrescentar que legislação, assim como doutrina e jurisprudência majoritárias, também admitem a utilização desses entes para a prestação de serviços públicos, o que, tal como os demais temas, será analisado de forma crítica nesta pesquisa. Diante das disposições constitucionais, as empresas públicas e sociedades de economia mista (espécies de empresas estatais) deverão admitir servidores sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho. Essa determinação conduz ao problema que consiste no ponto nodal da presente pesquisa: qual é, essencialmente, o regime jurídico do emprego na Administração Pública, em especial nas empresas estatais? Ou, em outras palavras, o que significa o signo “emprego” quando inserido no seio estatal, analisado a partir dos cânones do direito público.

A problemática explorada se mostra relevante, pois o instituto do contrato possui uma série de caracteres próprios que merecem um exame detido, especialmente quando confrontados pelas normas do regime jurídico administrativo. É notória a determinação constitucional de submissão da Administração Pública à legislação trabalhista quando institui empresas, o que se justifica pela necessária imposição de óbice ao poder público quanto à criação de condições que o deixem em situação de vantagem em relação aos demais agentes, o que, por sua vez, é imposto para fins de evitar a concorrência desleal para com os particulares,

os verdadeiros senhores do domínio econômico. No entanto, há uma série de condicionantes que precisam ser investigadas, sobretudo quanto aos limites impostos ao avanço das normas de direito privado, bem como a sua contraface, ou seja, até onde se mostra constitucionalmente exigível a manutenção do arcabouço institucional administrativo.

Dessarte, em termos metodológicos, o objeto material da presente pesquisa são as normas do regime jurídico administrativo, com ênfase no arcabouço normativo-axiológico cristalizado no texto constitucional, bem como as regras e princípios referentes à legislação trabalhista, com foco nos pontos de toque entre esses sistemas. A partir da identificação do conjunto referente a cada espectro normativo, faremos um cotejo com o fim de observar a compatibilidade de institutos do direito laboral em relação aos pressupostos de direito público. Outrossim, o trabalho é pautado em método analítico, por meio da investigação das premissas necessárias a uma correta interpretação do direito público para que, num segundo momento, seja analisado o regime jurídico dos servidores públicos e, especificamente, do emprego público.

Em termos pragmáticos, iniciaremos a pesquisa pelo escrutínio do instituto do emprego, primeiramente em âmbito privado e, num segundo momento, das hipóteses constitucionalmente válidas de adoção dessa espécie de vínculo funcional na Administração Pública. Posteriormente, investigaremos o regime jurídico das empresas estatais, entes intrinsecamente ligados a esta pesquisa, haja vista que são elas as pessoas jurídicas que albergam os vínculos sob análise. A partir disso, verificaremos pressupostos para a correta análise científica do fenômeno jurídico em questão para, ao fim, analisar eventuais ressignificações que se tornaram necessárias após as premissas fixadas nos tópicos anteriores.

1 O EMPREGO PÚBLICO

1.1 Introito

Antes de ingressar na análise do emprego público propriamente dito, é preciso situar essa figura dentre os demais agentes estatais. Para tanto, utilizaremos a doutrina do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que sistematizou a tese originariamente desenvolvida por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello¹, para dividir os agentes públicos em quatro categorias: a) agentes políticos, “titulares de cargos estruturais à organização política do país²”; b) agentes honoríficos, os quais se ligam ao Estado sem vínculo profissional, mas “não ocupam cargos políticos próprios da condução suprema da vida das entidades governamentais³”; c) servidores estatais, pessoas ligadas à Administração Direta ou Indireta por meio de “relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência⁴” e; d) particulares em colaboração, “sujeitos que, sem perderem sua qualidade de particulares – portanto, de pessoas alheias à intimidade do aparelho estatal (com exceção única dos recrutados para serviço militar) – exercem função pública, ainda que às vezes apenas em caráter episódico⁵”. A categoria dos servidores estatais é, por sua vez, subdividida entre servidores públicos e servidores de pessoas governamentais de direito privado. Esta se refere, por exemplo aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, objeto da presente pesquisa, enquanto aquela (servidores públicos), se subdivide entre os titulares de cargos públicos da Administração Direta, autarquias e fundações de direito público, Poder Judiciário e âmbito administrativo do Poder Legislativo, bem como os *empregados* dessas pessoas, servidores que exercem funções subalternas, servidores remanescentes do regime constitucional anterior e temporários, com vínculo formado nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal⁶. Conforme previamente estabelecido, analisaremos o regime jurídico dos empregados das empresas estatais de forma mais detida a seguir.

¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Teoria dos servidores públicos. *Revista de Direito Público*, Rio de Janeiro, v.1, n. 1, p. 40-53, jul.-set., 1967, p. 40 e ss.

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 205.

³ Idem, *ibidem*.

⁴ Idem, 206.

⁵ Idem, 208.

⁶ Idem, p. 206-208.

Neste diapasão, fixamos que o presente trabalho se propõe a investigar a natureza jurídica do vínculo dos empregados das pessoas governamentais de direito privado, mais especificamente das empresas estatais. Esses servidores são admitidos sob a égide de da Consolidação das Leis do Trabalho, de modo que, antes de analisar como esse liame opera efeitos no seio dos entes em questão, é preciso identificar sua gênese no campo de origem, ou seja, como o vínculo de emprego e o contrato de trabalho são estudados no Direito do Trabalho e nas relações privadas. Após essa verificação, escrutinaremos as hipóteses constitucionalmente válidas da utilização desse vínculo na Administração Pública para, ao final (capítulos 3 e 4), investigar as interferências do regime jurídico de direito público sobre seus caracteres. É o que passa a ser exposto a seguir.

1.2 O vínculo de emprego e o contrato de trabalho na iniciativa privada

Conforme dito acima, antes da investigação acerca do emprego público, é preciso verificar no que consiste o emprego, segundo estabelecido na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, e largamente utilizado na iniciativa privada. Ou seja, neste primeiro momento, analisaremos os caracteres da relação empregatícia firmada entre particulares. Nos termos delineados ao longo deste subtópico, segundo a doutrina majoritária, a relação de emprego é uma espécie do gênero relação de trabalho, caracterizada pela presença da figura do empregado. Segundo leciona Maurício Godinho Delgado, existe uma distinção entre relação de trabalho e relação de emprego, tendo aquela um caráter genérico, referente a “toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível”⁷, ao passo que a relação de emprego, “do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas”⁸. Neste diapasão, diversas são as possibilidades de prestação de labor humano a outrem⁹, sendo essas compreendidas no gênero

⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 333.

⁸ Idem, p. 334.

⁹ Sobre o tema, válida a lição de José Martins Catharino: “É verdade banal ser *trabalhador* quem trabalha, laborioso, ativo. E quem trabalha dispense energia humana (n.1.2.2,b). Trabalhador, por definição, é a pessoa natural, razão de ser do Direito do Trabalho. Tomando-se por base a atual sociedade, o regime de produção compreende: o trabalhador autônomo ou independente, o trabalhador dependente ou subordinado, o trabalhador capitalista, e o capitalista que não é trabalhador. São os agentes da produção, organizada, mais a mais, sob a forma de empresa. Todos eles *materialmente interessados* em obter vantagens, seja pelo trabalho, seja pelo capital, seja por ambos” (CATHARINO, José Martins. *Compêndio universitário de Direito do Trabalho*. Vol 1. São Paulo: Editora Jurídica Universitária, 1972, p. 179).

*relação de trabalho*¹⁰. Por sua vez, a relação de emprego é caracterizada pela presença da figura do empregado, cujo liame é dotado de alguns elementos diferenciadores, os quais, quando conjugados, constituem o vínculo empregatício. Os elementos em questão passam a ser expostos no subtópico seguinte.

1.2.1 Elementos caracterizadores da relação de emprego

Os requisitos para a configuração da relação de emprego são extraídos do artigo 3º da CLT, que considera empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. A partir da redação do dispositivo, a doutrina extrai os “elementos fático-jurídicos¹¹” necessários à configuração da relação de emprego, quais sejam a prestação de trabalho por pessoa física, com pessoalidade, onerosidade, subordinação e habitualidade. É oportuno destacar que diversos são os autores que, a par de algumas pequenas variações hermenêuticas, reconhecem nuclearmente esses elementos (ou pelo menos parte deles) como essenciais à relação de emprego, dentre os quais mencionamos Mauricio Godinho Delgado¹², Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹³, Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento¹⁴, Henrique Correia¹⁵, Délio Maranhão¹⁶, Vólia Bomfim Cassar¹⁷, Pedro Paulo Teixeira Manus¹⁸, Sérgio Pinto Martins¹⁹, Francisco Meton Marques de Lima²⁰ e

¹⁰ Leciona Rodrigo de Lacerda Carelli: “O mercado de trabalho já não é homogêneo, encontrando-se segmentado e díspar, com uma multiplicidade de tipos de trabalho, antes centrado no típico trabalho subordinado a tempo indeterminado, figura que atravessou todo o século XX com intensa e completa hegemonia [...]. Assim, vemos que o grupo central ainda se organiza da forma de ‘trabalho subordinado’, quase nos mesmos moldes do modelo fordista (acrescentando-se somente uma maior flexibilidade funcional, ou seja, maior flexibilidade nas funções a serem exercidas na empresa), sendo que ao seu redor surgem as formas chamadas ‘novas’, ‘atípicas’ ou ‘contingenciais’. Encontramos entre essas formas o trabalho temporário, o estágio, trabalho em tempo parcial, autônomos, falsos autônomos, cooperados, trabalhadores organizados em forma empresarial, eventuais, avulsos, ‘free-lancers’, domésticos, diaristas, horistas, empreiteiros, subempreiteiros, trabalhadores em tempo parcial, trabalhadores com emprego partilhado (*job sharing*), trabalhadores a distância, contrato de solidariedade externo ou expansivo, trabalhadores engajados por contratos civis etc.” (CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, pp. 15-17).

¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 337.

¹² Idem, p. 337-354.

¹³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Manual de Direito do Trabalho*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 206.

¹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 667.

¹⁵ CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 174-184.

¹⁶ MARANHÃO, Délio. Contrato de Trabalho. In: MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 222.

¹⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 250.

¹⁸ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 1993, p. 57-58.

¹⁹ MARTINS, Sergio Pinto. *Manual de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 87.

²⁰ DE LIMA, Francisco Meton. *Elementos de Direito do Trabalho e processo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1989, p. 58.

Octavio Bueno Magano²¹. Por derradeiro, lembramos que parte da doutrina também inclui a alteridade como elemento essencial, dentre os quais podemos citar Vólia Bomfim Cassar²² e Henrique Correia²³. Vejamos cada um dos elementos detalhadamente a seguir.

1.2.1.1 Pessoa física

Nos termos expostos, para que se configure relação de emprego, é necessário que em um dos polos da relação esteja uma pessoa física²⁴. Com efeito, ensina a doutrina que “a lei trabalhista foi criada para proteger o ser humano” de modo que “excluem-se da figura do empregado a pessoa jurídica (empresa, associação, cooperativa etc.) e a prestação de serviços por animais²⁵”. Neste sentido, lembramos a doutrina de Orlando Gomes e Elson Gottschalk, que afirmam que o direito do trabalho “protege o trabalhador sobretudo pela energia pessoal que despende na prestação de serviço, que consiste em energia humana de trabalho²⁶”, ressaltando que “as pessoas jurídicas são absolutamente privadas da capacidade jurídica de trabalho e por isso não podem assumir a posição de devedoras de trabalho subordinado²⁷”.

Este requisito pressupõe, portanto, um indivíduo, uma pessoa natural²⁸. É comum, todavia, observarmos a contratação de obreiros como pessoas jurídicas com o fito unicamente de afastar as normas protetivas do direito do trabalho e, assim, sonegar direitos legalmente previstos. Sobre esse ponto, forçoso lembrar que no direito do trabalho vige o princípio da

²¹ MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho: direito individual do trabalho*. 4. ed. Vol. 2. São Paulo: LTr, 1993, p. 110.

²² CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 272-275.

²³ CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 182.

²⁴ Sobre o tema, ensina José Martins Catharino: “Empregado é a pessoa humana que se obriga a trabalhar por remuneração, para outra pessoa, e a esta ficar subordinado. Em síntese: o trabalhador subordinado. A pessoa jurídica jamais é empregada. Pode empregar. Sendo empregado pessoa humana, e não sendo possível separar-se o trabalho a que se obriga dela própria, a obrigação que assume é pessoal e patrimonial, de fazer, a de trabalhar pessoalmente para outra pessoa, natural ou jurídica, em troca da remuneração, resultante, quase sempre de uma obrigação de ar, a cargo de quem se beneficia com o produto do trabalho alheio” (CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*. Vol 1. São Paulo: Editora Jurídica Universitária, 1972, p. 190).

²⁵ CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 174.

²⁶ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 75.

²⁷ Idem, ibidem.

²⁸ Acerca do tema, Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento: “Em princípio, o empregado poderá ser: a) Toda pessoa física, excluindo-se, portanto, a pessoa jurídica, porque esta jamais poderá executar o próprio trabalho, fazendo-o por meio de pessoas físicas, e porque o direito do trabalho protege o trabalhador como ser humano e pela energia de trabalho que desenvolve na prestação de serviços. Seria impróprio cogitar, por exemplo, da aplicação de leis de salário mínimo, de duração diária de trabalho, de riscos profissionais às pessoas jurídicas, como lembra Mario de la Cueva” (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 667).

primazia da realidade²⁹, de modo que eventuais contratações realizadas por meio de pessoas jurídicas fraudulentas deverão ser desconsideradas para que reste efetivamente reconhecido o vínculo empregatício, desde que presentes os demais elementos. No mesmo sentido, dispõe a CLT, em seu artigo 9º, que serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na legislação consolidada. Assim, mesmo se tratando de ramo do direito privado, não é possível invocar a autonomia da vontade para afastar alguns elementos da legislação trabalhista. Com isso “o trabalho se constitui numa obrigação de fazer inseparável da pessoa humana, o que consequentemente acarreta a intervenção do Estado, minimizando a autonomia das partes³⁰”. Diante do exposto, verificamos que empregado é pessoa física e prevalecem os fatos sobre eventual formalidade que busque mascarar a relação empregatícia.

1.2.1.2 Pessoalidade

O segundo elemento essencial à configuração da relação de emprego é a pessoalidade, ou seja, os contratos de emprego são considerados avenças *intuitu personae*³¹, de modo que o empregado não pode se fazer substituir livremente por outrem³². Considera-se que ele é contratado em virtude de suas características pessoais e essas se fazem relevantes no dia a dia da execução do contrato, haja vista o elemento confiança, uma vez que, conforme ensina Délio Maranhão, “a relação de trabalho é uma relação patrimonial e o dever de fidelidade, em que se pretende descobrir o fundamento da natureza ‘pessoal’ do vínculo, é mera decorrência do

²⁹ Sobre o princípio da primazia da realidade, afirma Américo Plá Rodriguez: “O princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos”. (RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 339).

³⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 251.

³¹ Lembra José Martins Catharino: “Por ser pessoal – patrimonial a obrigação de trabalhar, a relação de emprego estabelece-se *intuitu personae*, isto é, o empregado obriga-se a trabalhar pessoalmente”. (CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*. Vol 1. São Paulo: Editora Jurídica Universitária, 1972, p. 190)

³² Sobre o tema, Vólia Bomfim Cassar: “O contrato de emprego é pessoal do empregado. Isto quer dizer que aquele indivíduo foi escolhido por suas qualificações pessoais ou virtudes (formação técnica, acadêmica, perfil profissional, personalidade, grau de confiança que nele é depositada etc.). É contratado para prestar pessoalmente os serviços, não podendo ser substituído por outro qualquer de sua escolha, aleatoriamente. Todavia, pode o empregador pôr um substituto de sua escolha ou aquiescer com a substituição indicada pelo trabalhador. Isto quer dizer que o contrato é firmado com certa e determinada pessoa” (CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 251).

elemento confiança inerente ao contrato de trabalho³³”. A relação de trabalho é, portanto, infungível.

Em contrapartida, “presentes os demais requisitos da relação empregatícia, mas ausente a pessoalidade do empregado na prestação de serviços, não há como ser reconhecido o vínculo de emprego³⁴”. Assim, “se o empregado faz-se substituir constantemente por outra pessoa, como por um parente, inexistente o elemento da pessoalidade na referida relação³⁵”. Dessa maneira, a pessoalidade é um pressuposto da relação de emprego, de maneira que o contrato dotado de fungibilidade consubstanciará outra relação laboral, mas não a de emprego. É o caso, por exemplo, de contratos de prestação de serviços de natureza civil, por meio dos quais as partes podem acertar apenas a entrega de determinado resultado, sem condicionar aquilo à figura de um prestador específico. Contratante e contratado almejam a prestação de um serviço, não importando quem venha a executá-lo, podendo ser a equipe, o próprio contratante ou um preposto. O contratado, nesses termos, não será empregado. Outro exemplo digno de nota, referente a contratos firmados sem pessoalidade são os avulsos³⁶. Trabalhador avulso é aquele que tem por característica principal a existência de um intermediador de mão de obra, que pode ser o Sindicato ou o Órgão Gestor de Mão de Obra – OGMO. O primeiro caso versa sobre os trabalhadores avulsos não portuários, que trabalham no transporte de mercadorias em geral, regidos pela Lei nº 12.023/2009 e tem suas escalas organizados pelo Sindicato. Já os avulsos portuários são regidos pela Lei nº 12.815/2013 e suas escalas são organizadas pelo OGMO. Esses trabalhadores prestam serviços a vários tomadores distintos. Conforme Rodrigo de Lacerda Carelli, esses trabalhadores não são empregados, pois lhes faltam a não eventualidade (que será estudada no item 1.2.1.5) e a pessoalidade. Inexiste essa, pois “ao tomador da mão-de-obra não é facultada a escolha ou a recusa do trabalhador indicado pelo Órgão Gestor de Mão-de-Obra³⁷”, de maneira que “repassado ao órgão gestor o número de trabalhadores que se faz necessário à atividade proposta, não cabe ao tomador qualquer

³³ MARANHÃO, Délio. Contrato de Trabalho. In: MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 182.

³⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 201.

³⁵ MARTINS, Sergio Pinto. *Manual de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 88.

³⁶ Sobre o termo *avulso*, José Martins Catharino: “No sentido vulgar *avulso* significa separado, desligado, insulado. Trabalhador avulso: aquele separado, não inserido em uma organização empresária assemelhada, mas de qualquer maneira, trabalhando para e por ela remunerado” (CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*. Vol 1. São Paulo: Editora Jurídica Universitária, 1972, p. 186).

³⁷ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 122.

ingerência quanto à escala, que deve levar em conta somente os critérios adotados pela lei e pelo órgão escalador³⁸”.

Ademais, tema deveras polêmico que exsurge quando se trata da pessoalidade é a chamada terceirização de serviços. Expliquemos. Nos termos do art. 5º-A da Lei nº 6.019/74, a relação em questão envolve três sujeitos: um tomador de serviços (que pode ser pessoa física ou jurídica), uma empresa prestadora de serviços e um trabalhador. No caso, o trabalhador firma contrato de emprego com a empresa prestadora de serviços. Esta, por sua vez assina com o tomador de serviços um contrato de natureza civil³⁹ ou um contrato administrativo, a depender de quem seja aquele (se uma empresa privada ou pessoa física ou se a Administração Pública). Nesses casos, é importante notar que o empregado não forma vínculo de emprego com o tomador de serviços, justamente por trabalhar junto a ele sem pessoalidade e sem subordinação. Com efeito, em tese, ele apenas receberá ordens de representante da empresa prestadora de serviços e poderá ser livremente substituído por seu empregador, haja vista que a avença firmada se refere à prestação de um *serviço*, e não à mera intermediação de pessoas (assim, os serviços podem ser prestados por qualquer trabalhador). No entanto, caso o contrato se desvirtue, passando o empregado terceirizado a trabalhar com pessoalidade e subordinação junto ao tomador, aquele será considerado empregado deste⁴⁰. Essa é a redação insculpida no inciso I da Súmula nº 331 do TST, segundo a qual a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário. O inciso II do mesmo enunciado, todavia, ressalva que a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego

³⁸ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 122.

³⁹ Sobre o contrato em questão, válida a doutrina: “A contratante firma com a empresa de prestação de serviços a terceiros um contrato de prestação de serviços. Trata-se de ajuste com nítida natureza civil e que tem como objeto, por óbvio, a prestação de serviços determinados e específicos. (...) A empresa a que se refere o *caput* do dispositivo é a empresa de prestação de serviços – EPS, definida no art. 4º-A da Lei n. 6.019/94, incluído pela Lei n. 13.429/2017, como a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante (pessoa natural ou jurídica), serviços determinados e específicos” (MIZIARA, Raphael; PINHEIRO, Iuri. *A regulamentação da terceirização e o novo regime do trabalho temporário – Comentários analíticos à Lei n. 6.019/74*. São Paulo: LTr, 2017, p. 87).

⁴⁰ Neste sentido leciona Gustavo Filipe Barbosa Garcia: “De todo modo, na terceirização lícita não há pessoalidade e subordinação direta entre o empregado da empresa prestadora de serviços e o tomador. No que se refere à empresa tomadora, não deve importar a *pessoa* de quem está efetivamente prestando os serviços terceirizados, mas sim a atividade especializada contratada, sendo irrelevante a substituição de trabalhadores da prestadora. O ente tomador, na terceirização, contrata o serviço empresarial especializado, mas não a mão de obra ou certo trabalhador. O trabalho humano, protegido constitucionalmente, não pode ser objeto de intermediação, nem ter tratamento semelhante ao de mercadoria, sob pena de afronta ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana” (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Terceirização*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 56).

com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional⁴¹. Essa impossibilidade ocorre em razão do óbice imposto pelo art. 37, II da Constituição da República, referente ao concurso público como requisito essencial à formação da relação de emprego na Administração Pública, tema que será analisado com maior atenção no item 4.3.1.1 desta pesquisa. Por ora, registramos apenas como um dos fundamentos para afastar o vínculo de emprego nas relações de terceirização de serviços, além da ausência de subordinação (trataremos do tema no item 1.2.1.4), é a falta de pessoalidade.

Seguindo adiante para destacarmos que, na relação de emprego, uma vez estabelecida a pessoalidade, o empregado não poderá se fazer substituir livremente (lembramos ainda que, caso o empregador concorde com isso de maneira habitual e pressuposta, tornando-a fungível, a relação de emprego estará descaracterizada). Desse modo, caso venha a desrespeitá-la (ainda que seu substituto preste serviços com qualidade técnica superior aos seus), o obreiro estará a desrespeitar as obrigações contratuais, incorrendo em falta grave, passível de demissão por justa causa, com base no artigo 482 da CLT.

Conforme apresentado, chegamos a duas conclusões: caso estejamos diante de contrato que não tenha a pessoalidade como elemento característico, este será uma espécie diversa de contrato de prestações de serviços, mas não um contrato de emprego (ainda que atenda a todos os outros requisitos). Doutra ponta, caso se trate de contrato de emprego e o empregado tente se fazer substituir livremente, ele estará, a princípio, desrespeitando as obrigações contratuais, que pressupõem que as funções serão desempenhadas por ele mesmo, contratado em virtude de suas características pessoais e da relação de confiança estabelecida com o empregador.

⁴¹ É difícil tratar da questão da terceirização de serviços sem realizar um breve aparte para mencionar, pelo menos parcialmente, as polêmicas que essa forma de contratação envolve quando inserida na Administração Pública. Destacamos um deles. Como sabido, a Lei nº 13.467/2017, que alterou a Lei nº 6.019/74 inseriu autorização expressa para que a terceirização se desse tanto nas atividades-meio quanto nas atividades-fim. A terceirização das atividades principais, todavia, merece rechaço quando se trata de órgãos da Administração Pública. Primeiramente, porque não se vislumbra válida a admissão de pessoal para a realização de funções essenciais do Poder Público sem o respeito à regra do concurso público. Outrossim, esses empregados não gozam das prerrogativas atinentes ao regime jurídico administrativo, tornando-os vulneráveis a investidas não republicanas, conforme discurremos no item 1.4.1. Outrossim, ter um empregado sem qualquer vinculação direta com o Poder Público tendo contato com seu patrimônio fere os deveres de proteção da coisa pública. Por derradeiro, importante notar que o empregado “terceirizado” não possui subordinação junto ao tomador de serviços. Nesses moldes, seria totalmente impensável que um agente trabalhasse perante Administração Pública sem qualquer tipo de sujeição. Eis um outro argumento para afastar a terceirização de atividades-fim no seio de entes estatais, seja de direito público, seja de direito privado. Diante disso, atentamos, em breves palavras, para a problemática que envolve a terceirização de atividades-fim na Administração Pública.

1.2.1.3 Onerosidade

Outrossim, é requisito da relação empregatícia a onerosidade⁴², ou seja, o contrato de emprego é firmado sob a expectativa de que o empregador pague uma contraprestação em favor do empregado. O contrato de trabalho é, portanto, um contrato oneroso, representando o salário, conforme ensina o saudoso professor Pedro Paulo Teixeira Manus, “o fator de maior importância do contrato de trabalho, pois é em razão dele que o empregador coloca sua força de trabalho à disposição do empregador⁴³”.

A ausência de onerosidade descaracteriza a relação de emprego, transmutando-a, em outra espécie de vínculo que se insere entre as relações de trabalho, mas não se confunde com o empregatício. Neste sentido, sem expectativa de contraprestação, estaremos diante de um vínculo de trabalho voluntário, contrato de natureza civil⁴⁴, “dependendo da celebração de vontades entre as partes convenientes, sendo que, no caso brasileiro, esse contrato, ou termo, deve ser escrito⁴⁵”. Tais avenças são regidas pela Lei nº 9.608/1998, a qual define como serviço voluntário a atividade não remunerada prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou a instituição privada de fins não lucrativos que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência à pessoa⁴⁶. Noutras palavras, configurados todos os elementos da relação de emprego, mas ausente a onerosidade, não há

⁴² Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento observam no salário um elemento fundamental da relação de emprego, o que gera algumas consequências, como a *alienação*. Vejamos: “Outro requisito, o *salário*, é por alguns doutrinadores estudado de modo mais amplo, a *onerosidade*. Onerosidade é um *encargo bilateral próprio da relação de emprego*. Significa, para o empregado, o dever de exercer uma atividade por conta alheia cedendo antecipadamente ao beneficiário os direitos que eventualmente teria sobre os resultados da produção, em troca de uma remuneração. [...] Assim, o empregado que originariamente teria como seus os frutos do seu trabalho, pelo contrato de trabalho transfere essa titularidade ao destinatário ou empregador recebendo uma retribuição, aí o caráter oneroso do trabalho regulamentado pelas normas jurídicas trabalhistas. De um lado, a denominada alienação ou trabalho por conta alheia, de outro lado, a remuneração ou salário pago porque há essa alienação. Consequência prática é a impossibilidade de reconhecimento de contrato de trabalho sem salário. Note-se, portanto, que o salário transfere, automaticamente, a propriedade sobre os produtos confeccionados pelo empregado, fenômeno que é denominado *alienação*” (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 671-672).

⁴³ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 1993, p. 59.

⁴⁴ Cf. CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, pp. 80.

⁴⁵ Idem, *ibidem*.

⁴⁶ Neste sentido, Carlos Henrique Bezerra Leite: “O empregado tem que receber remuneração, seja salário fixo, comissões ou utilidades, cujo pagamento pode ser estabelecido por dia, hora ou mês. O trabalho prestado a título gratuito, voluntário, por caridade, não é protegido pelo direito do trabalho. Uma advertência: o fato de o salário não ser pago não desfigura a relação de emprego, pois pode caracterizar mora salarial do empregador” (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 203).

relação de emprego, visto que a pessoa que trabalha para outrem sem contraprestação é trabalhador voluntário, e não empregado.

Por derradeiro, lembramos que tão somente a sonegação da contraprestação por parte do empregador, por si só, não descaracteriza automaticamente a relação de emprego. Explicamos: a onerosidade pode ser analisada sob um plano objetivo, o qual se manifesta “pelo pagamento, pelo empregador, de parcelas dirigidas a remunerar o empregado em função do contrato empregatício pactuado⁴⁷”, ou seja, é o efetivo pagamento ao empregado; e, por outro lado, em plano subjetivo, onde se manifesta “pela intenção contraprestativa, pela intenção econômica (intenção onerosa, pois) conferida pelas partes – em especial pelo prestador de serviços – ao fato da prestação de trabalho⁴⁸”. Dessarte, a falta de contraprestação pode representar um descumprimento das obrigações por parte do empregador (caracterizando mora salarial). No entanto, o que efetivamente tem o condão de desnaturar a relação empregatícia é a apenas a inexistência da própria *expectativa* de percepção de qualquer vantagem financeira, tal como no trabalho voluntário. Neste sentido, afirma Délio Maranhão que “não é a falta de estipulação do ‘quantum’ do salário ou o seu pagamento sob forma indireta que desfiguram a condição de empregado, e sim a intenção de prestar o serviço desinteressadamente, por mera benevolência⁴⁹”. Assim, se o empregador descumpre sua obrigação de pagar salários, não transforma a relação em trabalho voluntário, mas comete falta grave⁵⁰, passível de rescisão indireta, nos termos do artigo 483 da CLT.

1.2.1.4 Subordinação

Outro elemento importante da relação de emprego é a subordinação. Com efeito, o empregado contratado deve cumprir as ordens impostas pelo seu empregador, ou seja, aquele, “inserido na organização da atividade do empregador, deve seguir as suas determinações e

⁴⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 346.

⁴⁸ Idem, p. 347.

⁴⁹ MARANHÃO, Délio. Contrato de Trabalho. In: MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 222.

⁵⁰ É importante notar essa noção de reciprocidade de ônus na relação empregatícia, conforme destacam Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento: “Conclua-se, portanto, que a onerosidade implica a reciprocidade de ônus a que estão sujeitas as partes do contrato de trabalho, essenciais para a sua existência, tanto assim que, se o salário não for pago pelo empregador nas condições legais e contratuais e se o trabalhador não prestar a sua atividade nos termos em que deve fazê-lo, pode ser rescindido o contrato, pela inexistência mesma de requisito fundamental de seu desenvolvimento. Portanto, a onerosidade é a própria bilateralidade da relação jurídica de trabalho” (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 674.

orientações, estabelecidas dentro dos limites legais⁵¹”. Da relação de emprego, portanto, emergem posições jurídicas distintas, de maneira que ao empregador cabe idealizar os serviços que serão desenvolvidos e ao empregado o cumprimento das ordens emitidas pelo contratante⁵².

Desse modo, o ordenamento jurídico reconhece ao empregador o poder de emitir ordens ao empregado. No entanto, quanto a isso cabe uma ressalva: essas ordens se limitam a aspectos relacionados ao trabalho em si, e não a aspectos pessoais. Isso se dá, pois a subordinação admitida pela legislação consolidada é apenas a objetiva⁵³, atinente estritamente a aspectos relacionados à prestação de serviços. Esta difere da subordinação subjetiva, que envolve ordens e cunho pessoal, a qual, ressaltamos, não é admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro⁵⁴. Assim, ao empregador não cabe proferir ordens que eventualmente afetem aspectos referentes a crença, convicções políticas ou posições alheias ao trabalho do empregado. Em outros termos, o patrimônio jurídico individual do empregado, no que tange a sua esfera pessoal, deve ser preservado. Ainda, para além dos aspectos pessoais, caso as ordens do empregador extrapolem os limites do contrato e da ordem jurídica, poderá o empregado exercer o *jus resistentiae*, recusando-se a cumprir, por exemplo, comandos que o ponham em grave risco, que fujam à

⁵¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Manual de Direito do Trabalho*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 127.

⁵² Acerca dessa dinâmica ensina Délio Maranhão: “Como se explica esta subordinação de um contratante a outro? O empregador, que exerce um empreendimento econômico, reúne, em sua empresa, os diversos fatores de produção. Esta, precisamente, sua função social. Desses fatores, o principal é o trabalho. Assumindo o empregador, como proprietário da empresa, os riscos do empreendimento, claro está que lhe é de ser reconhecido o direito de dispor daqueles fatores, cuja reunião forma uma unidade técnica de produção. Ora, sendo o trabalho, o melhor, a força de trabalho, indissolivelmente ligada à sua fonte, que é a própria pessoa do trabalhador, daí decorre, logicamente, a situação subordinada em que este terá que ficar relativamente a quem pode dispor do seu trabalho” (MARANHÃO, Délio. *Contrato de Trabalho*. In: MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 182).

⁵³ Conforme Mauricio Godinho Delgado: “De qualquer modo, hoje a compreensão dominante acerca da dualidade ‘poder de direção versus subordinação não mais autoriza o recurso a qualquer matiz subjetivista no tratamento desse tema. Por essa razão, interpreta-se tal elemento sob a perspectiva essencialmente objetiva. Mais: considera-se que a intenção da lei é se referir à ideia de *subordinação* quando utiliza o verbete *dependência* na definição celetista de empregado. Para o consistente operador jurídico onde a CLT escreve ‘...sob dependência deste...’ deve-se interpretar ‘mediante subordinação’ (*caput* do art. 3º do diploma consolidado)” (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 350).

⁵⁴ Sobre o tema, ensina Vólia Bomfim Cassar: “Quando o comando do empregador recai sobre a pessoa do empregado, a subordinação é subjetiva; quando recai sobre os serviços executados pelo trabalhador é objetiva. A subordinação subjetiva existia no trabalho escravo, na servidão, quando a pessoa do trabalhador estava sujeita ao amo, ao senhor feudal ou à terra. Também era denominada de dependência, expressão utilizada pelo art. 3º da CLT. O legislador trabalhista adotou, por motivos óbvios, o enfoque objetivo da subordinação, que atua de modo como o serviço deve ser executado e não sobre a pessoa do trabalhador” (CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 257).

natureza do contrato, que o humilhem ou o diminuam moralmente, que consagrem ilicitudes ou sejam extraordinariamente difíceis⁵⁵.

Sob outro ângulo, a subordinação ora tratada não é econômica⁵⁶, nem técnica⁵⁷, moral ou social. Neste sentido, o sistema trabalhista não pressupõe que o empregador seja mais rico (não obstante normalmente o seja), tenha mais conhecimento que o empregado ou que o vínculo obrigacional decorra de deveres éticos personalíssimos. Expliquemos. A subordinação técnica, ensina José Martins Catharino⁵⁸, foi adotada na França, nos idos de 1905, sob influência da legislação Suíça, pressupondo que existiria contrato de trabalho quando alguém, no exercício de atividade industrial, utilizasse o trabalho de outrem, que ficaria sob sua direção e orientação *técnica*. Já a subordinação econômica foi critério utilizado em outros tempos, sobretudo pelo fato de o Direito do Trabalho ter surgido para compensar desigualdades econômicas⁵⁹, situando-se o trabalhador em situação de hipossuficiência. Neste sentido, a doutrina⁶⁰ identificava dois critérios para que essa se configurasse: a) que o empregado tivesse no trabalho sua única ou principal fonte de subsistência e; b) que o empregador absorvesse integral e regularmente a atividade do empregado. Outrossim, a doutrina já utilizou o critério da dependência moral para justificar a posição do empregado frente ao empregador, a qual adviria do fato de que aquele assumiria a posição personalíssima de cooperar, com eficiência e lealdade, para com os fins do empreendimento para o qual fora contratado⁶¹. Por derradeiro, registramos o critério da subordinação social, originária de uma decisão criminal de tribunal francês, de 1922, segundo a qual, “todas as vezes que uma relação de direito é fundada sobre a condição social das partes,

⁵⁵ Cf. MARANHÃO, Délio. Contrato de Trabalho. In: MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 186.

⁵⁶ Sobre a subordinação econômica ensina Vólia Bomfim Cassar: “A subordinação econômica (origem alemã) está ligada à necessidade de subsistência do trabalhador, pois depende dos salários para sobreviver, dependendo economicamente do patrão. O critério é inaceitável porque pode ocorrer de o trabalhador ter suficiência econômica, com renda e patrimônio superiores aos do patrão (fato incomum) e mesmo assim estar subordinado ao patrão. Ademais, pode ocorrer dependência econômica sem existir relação de emprego, como ocorre com o empreiteiro de labor e o representante comercial”. (CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 256).

⁵⁷ Pedimos vênha para citar novamente Vólia Bomfim Cassar: “O critério da subordinação técnica (nascido na França) é realçado pelo necessário comando técnico do patrão dirigido ao empregado. Parte da premissa que o empresário detém o total domínio da técnica da produção ou do serviço. Entretanto, é possível o empregado ter maior conhecimento técnico que o empregador e, por isso, ter ampla liberdade na execução de suas tarefas. Logo, este critério não é completo, é insuficiente para explicar a subordinação da relação de emprego”. (CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 256).

⁵⁸ CATHARINO, José Martins. *Compêndio universitário de Direito do Trabalho*. Vol 1. São Paulo: Editora Jurídica Universitária, 1972, p. 244.

⁵⁹ Idem, p. 247.

⁶⁰ Idem, p. 248.

⁶¹ CATHARINO, José Martins. *Compêndio universitário de Direito do Trabalho*. Vol 1. São Paulo: Editora Jurídica Universitária, 1972, p. 246.

é esta condição social da pessoa que deve servir de critério para sua aplicação (da lei social), mais que as características jurídicas do contrato realizado⁶². No entanto, essas posições se encontram superadas⁶³, eis que, conforme adiantado, a subordinação adotada pela legislação pátria é a jurídica⁶⁴. Conforme a doutrina, essa é jurídica, pois “a pessoa natural por ato de sua livre vontade assume a obrigação de trabalhar para outro sujeito de direito, que a remunera⁶⁵” e é *subordinação* jurídica, vez que “não se trata apenas de obrigação de trabalhar, mas de fazê-lo *sob as ordens de outrem*, o empregador⁶⁶”. Essa advém, portanto, do fato de os contratantes firmarem uma avença, configurada no contrato de trabalho, da qual emerge o direito de o empregador emitir ordens ao empregado e a este, a obrigação de cumpri-las. Ou seja, a subordinação decorre de um acordo de vontades, que é sustentado pelo ordenamento jurídico, e não de aspectos externos, como a condição financeira das partes, o seu conhecimento acerca do objeto do contrato ou de um dever de lealdade (não obstante esse deva existir em alguma medida).

Hodiernamente, a doutrina identifica ainda outras formas de expressão da relação de submissão jurídica do trabalhador frente ao tomador, tais como a parassubordinação e a subordinação estrutural. Acerca da primeira, Vólia Bomfim Cassar aponta três correntes⁶⁷: a) seria o estado de sujeição sentido pelos trabalhadores que não são empregados; b) representaria um instituto que não se confunde com a subordinação dos empregados nem com a liberdade dos autônomos, mas pela coordenação entre prestador e tomador de serviços e; c) poderia

⁶² HERZOG, J. L. *Les Représentants de Commerce et les Accidents du Travail*, Paris : 1946. *apud*. CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*. Vol 1. São Paulo: Editora Jurídica Universitária, 1972, p. 253.

⁶³ Por todos, citamos Mauricio Godinho Delgado: “A *natureza jurídica* do fenômeno da subordinação é hoje, portanto, entendimento hegemônico entre os estudiosos do Direito do Trabalho. A subordinação que deriva do contrato de trabalho é de caráter jurídico, ainda que tendo por suporte e fundamento originário a assimetria social característica da contemporânea sociedade capitalista. A *subordinação jurídica* é o polo reflexo e combinado do poder de direção empresarial, também de matriz jurídica. Ambos resultam da natureza da relação de emprego, da qualidade que lhe é ínsita e distintiva perante as demais formas de utilização do trabalho humano que já foram hegemônicas em períodos anteriores da história da humanidade: a escravidão e a servidão” (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 350).

⁶⁴ A respeito da forma como se dá a subordinação, oportuna a doutrina de Carlos Henrique Bezerra Leite: “Há quem sustente que a subordinação decorre de ‘dependência’ (CLT, art. 3º) do empregado em relação ao empregador. Todavia, parece-nos que o empregado não é ‘dependente’ do empregador, e sim, a sua atividade laboral (física, mental ou intelectual) é que fica num estado de sujeição ao poder (diretivo, regulamentar e disciplinar) do empregador, sendo que este critério é, para a maioria dos doutrinadores, o mais relevante, dentre os demais, para caracterizar a relação empregatícia” (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 201).

⁶⁵ CATHARINO, José Martins. *Compêndio universitário de Direito do Trabalho*. Vol 1. São Paulo: Editora Jurídica Universitária, 1972, p. 252.

⁶⁶ Idem, *ibidem*.

⁶⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 258.

representar, ainda, a subordinação mais leve - tanto de empregados como de não empregados. Concordamos com a autora, no sentido de que a parassubordinação seria aquela existente nos casos em que o trabalhador não é empregado. Nesses termos, “a parassubordinação é a subordinação dos não empregados que têm características de empregado, normalmente apresentada de forma tênue, leve⁶⁸”. Seria, portanto, a leve submissão existente em relações de trabalho que não são relação de emprego⁶⁹. Doutra ponta, a subordinação estrutural, ensina Mauricio Godinho Delgado, seria aquela que se expressa “pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento⁷⁰”. Segundo a jurisprudência pátria, “a subordinação estrutural é aquela que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica da atividade econômica do tomador de seus serviços, pouco importando se receba ou não ordens diretas deste, mas, sim, se a empresa o acolhe, estruturalmente, em sua dinâmica de organização e funcionamento, caso em que se terá por configurada a relação de emprego⁷¹”. Em nosso entender, a parassubordinação não é uma forma de subordinação tal como tratado neste tópico, referindo-se à posição que possui o tomador de serviços nas relações de trabalho *lato sensu*. Assim, representaria a prerrogativa que remanesce àquele de apontar algumas diretrizes em relação aos serviços prestados, mas que não se confunde com a subordinação propriamente dita, não gerando, dessarte, vínculo empregatício. Já a subordinação estrutural é uma forma de subordinação, em consonância com a forma de prestação de serviços nos tempos modernos, nos quais as ordens diretas já não são da essência do trabalho subordinado, bastando a inserção do empregado na estrutura prestacional, de maneira que induz a formação do vínculo empregatício caso presentes os demais requisitos da relação de emprego.

Nesta toada, aspecto polêmico nos dias de hoje se refere ao tipo de subordinação existente nas relações firmadas entre prestadores de serviços e plataformas digitais, fenômeno que popularmente ficou conhecido por “uberização”. Nessas relações, a plataforma costuma fazer a cobrança ao usuário e, após o desconto de uma taxa, repassa os valores aos trabalhadores. As Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, tratando de casos de motoristas de aplicativos,

⁶⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 258.

⁶⁹ CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 177.

⁷⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 352.

⁷¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário n. 00118972120165030110. Recorrente: Márcia Valéria do Nascimento Lovisi. Recorrida: Natura Cosméticos S/A. Relatora: Des. Taisa Maria Macena de Lima. Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2019. Disponível em < <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011897-21.2016.5.03.0110/2#b964601>>. Acesso em: 05 set. 2022.

já proferiram julgados divergentes sobre o tema. A título de ilustração, mencionamos excerto da 4ª Turma do TST, no qual restou decidido que o enquadramento da relação em questão “deve se dar com aquela prevista no ordenamento jurídico com maior afinidade, como é o caso da definida pela Lei nº 11.442/2007, do transportador autônomo, assim configurado aquele que é proprietário do veículo e tem relação de natureza comercial⁷²”. Dessa maneira, decidiu-se, basicamente, que inexistiria subordinação por parte do motorista (afastando-se o vínculo empregatício), haja vista que ele pode “dispor livremente quando e se disponibilizará seu serviço de transporte para os usuários-clientes, sem qualquer exigência de trabalho mínimo, de número mínimo de viagens por período, de faturamento mínimo, sem qualquer fiscalização ou punição por esta decisão do motorista⁷³”. Doutra ponta, é digno de registro julgado da 3ª Turma da Corte Laboral, no qual essa reconheceu a existência de vínculo empregatício entre o usuário-motorista e a plataforma, pois, além de presentes os demais requisitos da relação empregatícia, estaria configurada a *subordinação algorítmica*, que “consiste naquela efetivada por intermédio de aferições, acompanhamentos, comandos, diretrizes e avaliações concretizadas pelo computador empresarial, no denominado algoritmo digital típico de tais empresas da Tecnologia 4.0⁷⁴”. Com efeito, registrou o Colegiado que a prestação de serviços ocorria diariamente, com sujeição do motorista às ordens da plataforma por meio remoto e telemático, havia risco de sanção disciplinar (exclusão do aplicativo) em face da falta de assiduidade e das notas atribuídas pelos clientes/passageiros, além de inexistir liberdade ou autonomia do

⁷² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento no Recurso de Revista n. 105758820195030003. Agravante: Ricardo Ramos de Sá. Agravado: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Relator: Min. Alexandre Luiz Ramos. Brasília, 11 de setembro de 2020. Disponível em <<https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&cons csjt=&numeroTst=10575&digitoTst=88&anoTst=2019&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0003&submi t=Consultar>>. Acesso em: 15 mai. 2022.

⁷³ Idem.

⁷⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 1003530220175010066. Recorrente: Elias do Nascimento Santos. Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado, 11 de abril de 2020. Disponível em <<https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&consc sjt=&numeroTst=100353&digitoTst=02&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=01&varaTst=0066&submi t=Consultar>>. Acesso em: 15 mai. 2022.

⁷⁵ A expressão em tela se refere à Quarta Revolução Industrial, marcada pela sua velocidade, amplitude e falta de linearidade, período histórico que estaríamos vivenciando e as empresas em questão são atores importantes. vejamos a doutrina: “As revoluções industriais ocorridas a partir do Século XVIII – cada uma à sua maneira e com intensidade própria – mudaram esse cenário, inaugurando uma época de muitas possibilidades, mas também de muitas incertezas sobre o futuro. Atualmente, parece uma missão quase impossível prever como será o mundo no ano que vem ou no ano seguinte. Assim, as alterações são tão constantes e os caminhos tão amplos e variados, que os estudiosos qualificam a atual revolução industrial de modo próprio. A sociedade está vivendo a Quarta Revolução Industrial ou a Revolução 4.0, como também é conhecida” (COUTINHO, Raianne Liberal. *Subordinação algorítmica: há autonomia na uberização do trabalho?*. São Paulo: Dialética, 2021, p. 31).

usuário-motorista para definir os preços dos serviços prestados nem a escolha dos passageiros, não se verificando, dessarte, o mínimo de domínio do trabalhador sobre a organização da atividade empresarial, que era centralizada no algoritmo da empresa. Sobre a forma de controle exercível por meio de algoritmos, ensina Raianne Liberal Coutinho⁷⁶ que esse tipo de tutela difusa não é realizada por uma pessoa, mas por um aplicativo. Neste sentido, pontua a autora que, por meio do sistema de *Global Positioning System*, o GPS, pode ser exercida total vigilância sobre o prestador de serviços: com o auxílio desse mecanismo, a plataforma pode controlar o seu tempo (tempo despendido em cada viagem, por exemplo), pode constatar lugares em que há pouca oferta de corridas e oferecer incentivos aos motoristas para que se dirijam a eles, além de verificar reunião de trabalhadores, com o fito de evitar organizações coletivas, bem como a retenção de dados de motoristas e usuários. Na busca por dar um enquadramento adequado a essas novas relações, a doutrina também já refletiu sobre elas como uma espécie de parassubordinação qualificada pela dependência econômica⁷⁷, sendo esta um fenômeno pré-jurídico a ser utilizado como critério hermenêutico para a identificação em concreto da relação de emprego. De nossa parte, entendemos que a análise do fenômeno dependerá da situação fática: caso reste comprovado que a plataforma emitia ordens ao usuário-motorista (ainda que por meio de algoritmos digitais), exercia fiscalização, com a prerrogativa de aplicar sanções e organizava a atividade, poderá restar configurada a subordinação algorítmica.

Seguindo adiante, lembramos que a contraface à subordinação tradicional do empregado são os poderes do empregador. Ora, se este assume os riscos do empreendimento, ele tem, por outro lado, a prerrogativa de dirigir o negócio, a fim de atingir os resultados almejados (em geral, o lucro). Desse modo, na lição de Henrique Correia, o empregador goza do poder de organização, do poder de controle e do poder disciplinar⁷⁸. Segundo o poder de organização, o empregador poderá dirigir o dia a dia da relação de emprego, por meio da fixação de horários e determinação da utilização de uniformes⁷⁹, por exemplo. Dele decorre o poder regulamentar, pelo qual aquele que contrata alguém poderá expedir normas gerais e abstratas de cumprimento obrigatório no âmbito da empresa. Já o poder de controle se refere à fiscalização das tarefas executadas e, havendo o descumprimento exsurge o poder disciplinar, pelo qual o empregador

⁷⁶ COUTINHO, Raianne Liberal. *Subordinação algorítmica: há autonomia na uberização do trabalho?*. São Paulo: Dialética, 2021, p. 144.

⁷⁷ ALVES, Eliete Tavelli. *Parassubordinação e uberização do trabalho: algumas reflexões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, pp. 57-70.

⁷⁸ CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 335 e ss.

⁷⁹ Idem, p. 338.

poderá aplicar ao empregado as penas de advertência, suspensão disciplinar de no máximo 30 (trinta) dias ou dispensa por justa causa, nos termos do art. 482 da CLT⁸⁰. Délio Maranhão⁸¹ divide os poderes do empregador entre os poderes de direção (referentes à determinação das “condições para a utilização e aplicação concreta da força de trabalho do empregado, nos limites do contrato⁸²”), poderes de controle (atinentes à verificação do exato cumprimento da prestação de trabalho) e poderes de aplicar penas disciplinares (exercitáveis em caso de descumprimento contratual). Já Francisco Meton Marques de Lima⁸³ destaca como efeitos do contrato de trabalho a obrigação do empregado de prestação de serviços e o poder hierárquico do empregador, subdividido entre diretivo e disciplinar. Neste sentido, pontua o autor que “ao contrário dos contratos em geral, no contrato de trabalho, a ordem jurídica confere ao empregador a faculdade de utilizar a mão-de-obra contratada da forma que melhor aproveite à empresa⁸⁴”, de maneira que o empregador teria “um direito de direção contínua sobre o trabalho do empregado enquanto durar a relação empregatícia⁸⁵”. Por derradeiro, registamos a lição de Octavio Bueno Magano⁸⁶, segundo quem o empregador tem o direito de dirigir seus empregados, desdobrando-se essa potestade em poder diretivo *stricto sensu*, poder de organização e poder disciplinar. O poder diretivo *stricto sensu* se refere à “capacidade atribuída ao empregador de dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando à realização das atividades da empresa”. Segundo o autor, este é subdividido em poder de controle (atinente à “fiscalização da atividade do empregado para verificar sua conformidade com as ordens dadas⁸⁷”) e poder de modular (referente à “legitimidade do ajustamento da prestação obrigacional do empregado às alterações estruturais e conjunturais da empresa⁸⁸”). Já o poder de organização se refere à capacidade do empregador de determinar a estrutura técnica, econômica e as estratégias do negócio, enquanto o poder disciplinar consiste na prerrogativa de aplicar sanções. Registradas todas essas posições, seja qual for a classificação adotada, fato é que da relação de emprego exsurtem poderes ao empregador, que terá a prerrogativa de dirigir

⁸⁰ CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 354.

⁸¹ MARANHÃO, Délio. Contrato de Trabalho. In: MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 184-185.

⁸² Idem, p. 184.

⁸³ DE LIMA, Francisco Meton. *Elementos de Direito do Trabalho e Processo Trabalhista*. São Paulo: LTr, 1989, p. 89.

⁸⁴ Idem, ibidem.

⁸⁵ Idem, ibidem.

⁸⁶ MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho: Direito Individual do Trabalho*. 4 ed. Vol 2. São Paulo: LTr, 1993, p. 50.

⁸⁷ Idem ibidem.

⁸⁸ Idem, ibidem.

os trabalhos, fiscalizar o cumprimento das tarefas e, eventualmente, punir o empregado que não cumprir as ordens emitidas. Disso observamos que poderes do empregador e subordinação são institutos interligados e essenciais à regular prestação do fazer humano referente ao contrato de trabalho.

Doutro giro, ressaltamos que, assim como ocorre em referência aos demais elementos já tratados, ausente a subordinação, o vínculo deixa de ser empregatício, situando-se a relação dentre as outras formas de vínculo de trabalho. Ou seja, ausente a subordinação jurídica, desnatura-se a relação de emprego. Um exemplo de relação de trabalho na qual inexistente a subordinação é a do trabalho autônomo⁸⁹, típico dos profissionais liberais, não regulamentado pela Consolidação das Leis do Trabalho, mas pela legislação civil. Segundo José Martins Catharino, trabalhador autônomo é aquele que “dirige o seu próprio trabalho, e se o executa utilizando trabalho alheio por si remunerado e dirigido, é também empregador⁹⁰”. Dentre esses⁹¹, dignos de nota são aqueles que firmam contratos de representação comercial, regidos pela Lei nº 4.886/65, que estabelece exercer a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios. Segundo Rodrigo de Lacerda Carelli⁹², a representação comercial possui a natureza jurídica de contrato civil para a realização de contratos mercantis e tem a autonomia como um de seus requisitos. Por derradeiro, lembramos

⁸⁹ Acerca do trabalhador autônomo, ensina a doutrina: “Em nosso país a figura do autônomo está dividida entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho, naquele pelo contrato de prestação de serviços, neste pelo direito de sindicalização, e na previdência social como segurado. Melhor seria a unificação da legislação sobre o autônomo. O contrato de trabalho do autônomo é denominado *contrato de prestação de serviços* e é regido pelos arts. 593 a 609 do Código Civil. O contrato do autônomo tem por objeto a prestação de serviços por conta própria. Ex.: o dentista em relação ao tratamento dentário de alguém; o médico, à cirurgia do paciente; o consultor à assessoria eventual do cliente. O poder de direção exercido sobre o trabalho e alguém é fundamental para a definição de duas formas de atividade profissional. Esse poder inexistente no trabalho autônomo e está presente no contrato de emprego ou na relação de emprego do direito do trabalho. O autônomo autodirige-se” (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1082).

⁹⁰ CATHARINO, José Martins. *Compêndio universitário de Direito do Trabalho*. Vol 1. São Paulo: Editora Jurídica Universitária, 1972, p. 183.

⁹¹ Lembramos que a gama de profissionais liberais que podem ser considerados autônomos é muito vasta. Sobre isso, vejamos a lição de José Martins Catharino: “Autônomos são, em tese, os profissionais liberais estabelecidos, os agentes e representantes comerciais, os mediadores em geral, os simples sócios-gerentes e diretores de sociedades anônimas, os mandatários exclusivos, os empreiteiros, principalmente sendo a empreitada mista, de labor e material, os parceiros, meeiros ou não, etc” (CATHARINO, José Martins. *Compêndio universitário de Direito do Trabalho*. Vol 1. São Paulo: Editora Jurídica Universitária, 1972, p. 183).

⁹² CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, pp. 65-66.

que a legislação consolidada traz disposição acerca desse vínculo, em seu artigo 442-B, o qual dispõe expressamente que a contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º da CLT.

1.2.1.5 Habitualidade ou não eventualidade

Na esteira do quanto acima exposto, observamos a habitualidade⁹³ como outro requisito essencial à relação de emprego, vez que, para ser considerado empregado, é preciso que o trabalhador compareça perante o pretense empregador com alguma regularidade, não sendo suficiente a prestação de serviços casual, episódica, eventual. Três correntes tratam da não eventualidade⁹⁴: a) a teoria dos fins da empresa; b) a teoria do evento e; c) a teoria da permanência do trabalhador. Segundo a primeira, “a utilização da mão-de-obra como fator de produção deve corresponder às necessidades normais da atividade em que é empregada⁹⁵”. As tarefas do eventual estão, portanto, distantes da atividade-fim e das necessidades normais do empreendimento. Já os defensores da teoria do evento consideram que o trabalhador eventual é contratado em razão de determinado acontecimento episódico. Por derradeiro, a teoria da permanência do trabalhador não faz diferença entre atividade-fim e atividade-meio, pouco importando sua natureza. Para os defensores dessa corrente, majoritária, “trabalho não eventual será o trabalho habitual, não importando quantas horas por dia venha a ser prestado e se está ligado ou não à atividade-fim do tomador⁹⁶”. Nesses termos o que importa é a expectativa de

⁹³ Novamente, nos valem da doutrina: “O contrato de trabalho exige uma prestação de serviço de forma habitual, constante e regular, levando-se em conta um espaço de tempo ou uma tarefa a ser cumprida. Assim, o trabalho eventual, esporádico, a princípio, não tipifica uma relação empregatícia. Geralmente, o critério da não eventualidade é extraído a partir da identificação do trabalho realizado pelo trabalhador e atividade econômica desenvolvida pela empresa” (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 201-202).

⁹⁴ Cf. GRANCONATO, Márcio Mendes. *Análise conceitual e aplicada dos requisitos caracterizadores da relação de Emprego à luz dos direitos fundamentais: a adequação constitucional da interpretação e aplicação dos artigos 2º e 3º da CLT*. 2014. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, p. 127.

⁹⁵ Idem, p. 128

⁹⁶ GRANCONATO, Márcio Mendes. *Análise conceitual e aplicada dos requisitos caracterizadores da relação de Emprego à luz dos direitos fundamentais: a adequação constitucional da interpretação e aplicação dos artigos 2º e 3º da CLT*. 2014. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, 128-129.

que o empregado retornará à empresa, contando ela com seus serviços, de forma continuada e habitual, ainda que de maneira fracionada, como, por exemplo, apenas nos finais de semana⁹⁷.

Consideramos que o aspecto mais relevante referente a esse requisito diz respeito ao fato de que “a utilização da força de trabalho, como fator de produção, deve corresponder às necessidades normais da atividade econômica em que é empregada⁹⁸”. Ou seja, não necessariamente deve ocorrer a prestação por muitas horas ou dias seguidos, mas essa deve ocorrer de modo regular, não excepcional, inserida nas atividades regulares da empresa, não se fazendo diferenciação entre atividade-fim e atividade-meio.

Não obstante, Mauricio Godinho Delgado elucida que “a noção de permanência também é relevante à formação sócio-jurídica da categoria básica que responde por sua origem e desenvolvimento (a relação de emprego)⁹⁹”. Isso porque o contrato de trabalho “é um contrato de pacto sucessivo, de duração, que não se exaure numa única prestação, como ocorre com a compra e venda, em que se paga o preço e se entrega a coisa¹⁰⁰”. Deve haver, portanto, uma expectativa de que o empregado retornará à empresa, eis que integrado ao seu desenvolvimento normal. Segundo Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento, é eventual o trabalho que “embora exercitado continuamente e em caráter profissional, o é para destinatários que variam no tempo, de tal modo que se torna impossível a fixação jurídica do trabalhador em relação a qualquer deles¹⁰¹”. O labor é exercido regularmente pelo trabalhador, portanto, mas de forma episódica do ponto de vista dos tomadores. Em conclusão, podemos afirmar que a habitualidade é verificada sob dois ângulos: a integração do empregado às atividades do empregador (quaisquer delas) e a prestação sucessiva de suas tarefas (não necessariamente de forma continuada). Ausente esse elemento, estaremos diante de um trabalhador eventual, e não de empregado.

Por derradeiro, é oportuno lembrar a diferença feita entre habitualidade e continuidade, a qual durante muito tempo suscitou discussões na doutrina. Referida celeuma foi pacificada

⁹⁷ Nesses termos, Henrique Correia: “Cabe ressaltar que a doutrina majoritária sustenta que o termo ‘não eventualidade’ não pode ser confundido com continuidade da relação de emprego. Para os autores, a utilização do termo ‘não eventual’ reforça que a CLT permite que o reconhecimento do vínculo ocorra mesmo que haja fracionamento da prestação de serviços, como, por exemplo, o trabalho apenas aos finais de semana. Por sua vez, o trabalho contínuo é aquele que não admite referido fracionamento, exigindo certa regularidade na prestação dos serviços. O trabalho contínuo está previsto na legislação do trabalho doméstico” (CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 174).

⁹⁸ MARANHÃO, Délio. Sujeitos do Contrato de Trabalho. In: MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 222.

⁹⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 341.

¹⁰⁰ MARTINS, Sergio Pinto. *Manual de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 87.

¹⁰¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 674.

com a edição da Lei Complementar nº 150, do ano de 2015, que dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico e estabelece a continuidade como um de seus requisitos. Essa, por sua vez, é caracterizada pelo trabalho a partir de três vezes por semana, o que se extrai do artigo 1º do referido diploma, que dispõe ser considerado empregado doméstico, aquele que presta serviços de forma *contínua*, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas¹⁰², por mais de 2 (dois) dias por semana¹⁰³. Ou seja, a continuidade é um requisito dos empregados domésticos, ao passo que aos empregados em geral é exigida a habitualidade (ou não eventualidade). A propósito, este ponto suscita uma reflexão: é possível que determinado trabalhador doméstico não atenda ao requisito da continuidade (trabalho por mais de dois dias por semana). No entanto, é cogitável que seu labor se dê com habitualidade e todos os demais requisitos da relação de emprego, o que, pelo menos em tese tornaria possível o reconhecimento de seu vínculo empregatício na modalidade prevista na CLT, a despeito de não podê-lo ser nos termos da Lei Complementar nº 150/2015.

1.2.1.6 Ausência de risco

Por derradeiro, parcela da doutrina invoca também requisito que chama de *alteridade* como caractere essencial à configuração da relação de emprego. Trata-se de elemento referente à situação de que os riscos econômicos da atividade não serão suportados pelo empregado. Ou seja, independentemente dos resultados financeiros da empresa, salários e demais benefícios dos trabalhadores deverão ser preservados, salvo situações excepcionais (constitucionalmente autorizadas), como no caso de acordos e convenções coletivas¹⁰⁴. Neste sentido, o requisito sob

¹⁰² Sobre a predominância o trabalho em ambiente residencial, válida a lição de Otavio Bueno Magano: “Empregado doméstico é aquele que presta serviços de natureza não econômica no âmbito residencial do empregador. Assim, a cozinheira de pensão, cujos serviços se utilizem para o sucesso do negócio, não pode ser tida como doméstica. A mulher de limpeza de um escritório, não trabalhando em ambiente residencial, não poderá sê-lo. Em oposição a isso reputar-se-ão domésticos: - a cozinheira, a arrumadeira, o ‘chauffeur’ a serviço exclusivo de patrão e familiares, jardineiro, o guarda etc” (MAGANO, Octávio Bueno. *Lineamentos de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1972, p. 64).

¹⁰³ Nesses termos a doutrina: “Destarte, o art. 1º da LC 150/2015, ao inserir a notação ou a noção temporal ‘por mais de 02 (dois) dias por semana’, objetivou estabelecer, juridicamente, a distinção entre o trabalhador doméstico e a diarista, demarcando a característica peculiar da continuidade da relação empregatícia doméstica. Também Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado esclarecem que a LC 150/2015, ‘com sensatez e técnica, incorporou as lições da doutrina e jurisprudência do País, esclarecendo, taxativamente, que o conceito de continuidade resolve-se pela extensão e intensidade temporal do trabalho efetivado pelo obreiro doméstico, ou seja, por mais de 02 (dois) dias por semana’”. (CALSING, Renata de Assis; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Trabalho decente doméstico: a nova Lei Complementar 150/2015. *Revista Fórum Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, ano 33, n. 395, p. 17-46, nov. 2016).

¹⁰⁴ A Constituição da República, em seu art. 7º, VI, garante a irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.

testilha “obriga que todos os riscos do empreendimento sejam suportados exclusivamente pelo empregador¹⁰⁵”, de modo que “em momentos de crise financeira mundial, os prejuízos das empresas serão exclusivos do empregador, não podendo dividi-los com os trabalhadores¹⁰⁶”. Como é possível observar, o requisito em questão se refere à imunização dos empregados frente a interferências de ordem econômica.

Quanto à terminologia utilizada, todavia, é preciso apontar a ressalva feita por Octavio Bueno Magano¹⁰⁷, a qual influenciou a nomenclatura aqui adotada. Segundo o autor, o signo *alteridade* se refere à prestação de serviço por conta alheia. Interpretado dessa maneira, ele não poderia ser considerado um elemento essencial à relação de emprego ou ao contrato de trabalho. Isso porque vários outros tipos de trabalho diferentes do emprego, tais como o mandato e a empreitada são exercidos dessa maneira. O traço diferencial a ser considerado como nota essencial, portanto, é a ausência de risco. Ou seja, trata-se de “trabalho prestado sem risco, risco este que se transfere para o empregador¹⁰⁸”, e não simplesmente prestado por conta alheia. Por concordarmos com o autor, utilizamos o termo “ausência de risco” para tratar daquilo que muitos autores chamam “alteridade”, o que, todavia, não condiz com o sentido técnico da palavra. Não obstante, seja qual for o signo utilizado (*alteridade* ou *ausência de risco*), o mais importante neste tópico é ressaltar que os riscos do empreendimento correm por conta do empregador.

1.2.2 *Natureza jurídica da relação de emprego*

Conforme observamos acima, o vínculo de emprego pressupõe a coexistência de alguns requisitos essenciais. No entanto, para além desses elementos fático-jurídicos, é possível caminhar num segundo plano para investigar a natureza jurídica dessa relação.

Conforme ensina Maurício Godinho Delgado¹⁰⁹, num primeiro momento histórico, a tendência foi a de tentar subordinar a relação de emprego aos cânones do direito civil, sendo essas reunidas sob a alcunha de “teorias contratualistas tradicionais”. Elas buscaram compreender a relação de emprego a partir dos institutos preexistentes no direito civil, tais como

¹⁰⁵ CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 182.

¹⁰⁶ Idem, *ibidem*.

¹⁰⁷ MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho: Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. Vol 2. São Paulo: LTr, 1993, p. 54.

¹⁰⁸ Idem, *ibidem*.

¹⁰⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 357.

os contratos de arrendamento, compra e venda, mandato e de sociedade¹¹⁰. Essas teorias sustentavam que “a relação empregatícia é de natureza contratual, porquanto ninguém é empregado ou empregador se não manifestar livremente a sua vontade em tal sentido¹¹¹”. Conforme lembram Orlando Gomes e Elson Gottschalk, “para criar uma nova ordem sobre as ruínas do Feudalismo, os homens da Renascença volveram as vistas para a antiguidade clássica¹¹²”, não inovando o Direito, mas buscando estruturas antigas para enquadrar novos fenômenos. Isso encontrou seu apogeu após a Revolução Francesa, com a consagração do liberalismo e do individualismo. Esse ideário foi albergado pelo Código Napoleônico onde seria possível encontrar as principais diretrizes da organização do trabalho a partir do Direito Civil¹¹³.

Num segundo momento, houve a tentativa de romper completamente com a acepção civilista, emergindo daí as teorias anticontratualistas¹¹⁴, dentre as quais se destacam a teoria da relação de trabalho¹¹⁵ e a teoria institucionalista. Conforme a primeira, “a vontade – e, desse modo, a liberdade – não cumprem papel significativo e necessário na constituição e desenvolvimento do vínculo de trabalho subordinado¹¹⁶”, de modo que o elemento formador da relação seria a prática de atos de emprego no mundo fático, e não a vontade das partes. Essa teoria “desconsidera qualquer ato entre empregado e empregador, pois a relação se origina do próprio fato do trabalho¹¹⁷”. Já as teorias institucionalistas “compreendem a empresa como uma instituição, um corpo social que se impõe objetivamente a um certo conjunto de pessoas e cuja

¹¹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 358-361.

¹¹¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 189.

¹¹² GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 115.

¹¹³ Idem, *ibidem*.

¹¹⁴ Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite: “Para os defensores das *teorias anticontratualistas* ou *acontratualistas* o vínculo que une empregado e empregador independe de contrato. Na verdade, os anticontratualistas buscam fundamentar a relação empregatícia fora dos âmbitos do direito civil, de índole liberal. O empregado, aqui, simplesmente se insere no contexto empresarial, independentemente de sua vontade, em face da natureza de ordem pública das normas que regem a relação entre empregado e empregador. Em decorrência da redução (e até da ausência) da manifestação livre de vontade do tomador e do prestador do trabalho subordinado tanto na formação quanto no desenvolvimento da relação empregatícia, os defensores das teorias anticontratualistas preferem a substituição da expressão *contrato de trabalho* por *relação de trabalho*. Daí a adoção dos termos *inserção*, *engajamento* ou *ocupação* do trabalhador na empresa, uma vez que para os adeptos das teorias anticontratualistas empregado e empregador não firmam contrato, antes se tornam membros de uma empresa” (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 189).

¹¹⁵ A doutrina aponta alguns desdobramentos da teoria da relação de trabalho: “Como desdobramento deste teoria surgiram outras, como a *teoria da inserção*, defendida pelo próprio Molitor, *teoria da ocupação* (Nikisch) e *teoria da incorporação* (Siebert). Evaristo de Moraes Filho esclarece que, ‘Por qualquer dessas teorias, muito assemelhadas, refletindo o mesmo regime político-social, não há contrato, mas simples relação de fato, de inserção, de ocupação, de incorporação, pela qual nasce o *status de empregado*. Tudo se inicia e se aperfeiçoa com a efetiva prestação de trabalho”, ou como preferem os alemães, ‘*relação de ocupação fática*’” (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 191).

¹¹⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 364-365.

¹¹⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 191.

permanência e desenvolvimento não se submetem à vontade particular de seus membros componentes¹¹⁸”. Para seus defensores, “a relação de trabalho, não esgota o conjunto das relações entre empregados e empregadores, pois ambos se integram numa comunidade econômica constituída pela empresa¹¹⁹”. Carlos Henrique Bezerra Leite cita ainda a teoria do contrato-realidade, segundo a qual “a relação jurídica de trabalho somente se forma com a prestação efetiva do serviço em determinada empresa, ou seja, só existiria esta espécie de ‘contrato-realidade’ quando houvesse condições reais de prestação de serviço¹²⁰”.

Na atualidade, impera a *teoria contratual moderna* que apresentou, conforme ensina Mauricio Godinho Delgado, “uma síntese teórica mais equilibrada e complexa, hábil a apreender não só os elementos aproximativos, mas também os diferenciadores da relação de emprego perante o universo conceitual existente¹²¹”. É relevante notar que essa linha doutrinária majoritária reconheceu as peculiaridades atinentes ao contrato de trabalho, vez que esse não versa sobre uma mercadoria qualquer, mas sobre o labor humano¹²². Não obstante, manteve-se o entendimento de que, sim, a relação de emprego tem natureza de *contrato*, de modo que a vontade é um elemento *essencial* a ela. Assim, “a presença da liberdade – e sua projeção na relação concreta – a vontade – é, a propósito, o elemento nuclear a separar o trabalho empregatício dos trabalhos servis e escravos, que lhe precederam na história das relações de produção ocidentais¹²³”. No mesmo sentido, reforça Sergio Pinto Martins que “o contrato de trabalho tem natureza contratual, pois não deixa de ser um ajuste de vontades entre as partes, pois o empregado e o empregador fazem a contratação porque querem e não por obrigação legal¹²⁴”.

Nesses termos, conforme aponta a doutrina majoritária, a relação de emprego, a partir do quanto extraído das disposições da Consolidação das Leis do Trabalho, tem natureza

¹¹⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 367.

¹¹⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 191.

¹²⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 192.

¹²¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 358.

¹²² Sobre a peculiaridade do objeto do contrato de trabalho, ensinam Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento: “O contrato de trabalho, geneticamente ligado à locação de serviços, mas dela sendo uma evolução, é um contrato à parte, isto é, não equiparável aos demais, como o de compra e venda, o de aluguel, o mútuo etc. A dignidade humana, frisa Fernando Guerrero, é dificilmente assimilável a uma coisa, sob o ponto de vista ético. O trabalho é algo inerente o trabalhador, ao seu próprio ser. Quando o homem trabalha para outrem, dá um pouco de si. Não é o mesmo que ocorre quando alguém fornece a outrem uma mercadoria. A matéria ou objeto do contrato de trabalho, portanto, é muito especial. ‘Não é uma mercadoria qualquer, senão uma coisa do homem’, diz Jollivet. É o rendimento humano do operário que o empregador utiliza; e essa riqueza pertence a um ser humano que pretende viver e cumprir o seu destino”. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 569).

¹²³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 361.

¹²⁴ MARTINS, Sergio Pinto. *Manual de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 75.

essencialmente *contratual*, o que é sustentado por autores como Carlos Henrique Bezerra Leite¹²⁵, Vólia Bomfim Cassar¹²⁶, Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹²⁷, Mauricio Godinho Delgado¹²⁸, Pedro Paulo Teixeira Manus¹²⁹, Délio Maranhão¹³⁰, Hugo Gueiros Bernardes¹³¹ e José Martins Catharino¹³². Diante das razões expostas, chegamos à conclusão de que, no estado da arte atual, prevalece amplamente o entendimento no sentido de que a relação de emprego constitui vínculo que se forma e tem como requisito morfológico essencial a *liberdade* das partes para contratar.

1.2.3 O contrato de trabalho

Nos termos fixados no subtópico anterior, a relação de emprego é dotada de natureza contratual. Desse modo, para dar início ao vínculo empregatício, é preciso que as partes firmem uma avença, o contrato de emprego (ou contrato de trabalho, conforme consagrado pela doutrina majoritária¹³³ e pela legislação pátria). Para estabelecer as premissas que serão

¹²⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 194.

¹²⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 242.

¹²⁷ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Manual de Direito do Trabalho*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 116-117.

¹²⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 358.

¹²⁹ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 1993, p. 56.

¹³⁰ MARANHÃO, Délio. Contrato de Trabalho. In: MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 175-176.

¹³¹ BERNARDES, Hugo Gueiros. Introdução. In: BERNARDES, Hugo Gueiros (Coord.). *O contrato de trabalho e sua alteração*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1986, p. 14.

¹³² Quanto a este autor, é válida a citação, pois sintetiza com maestria o raciocínio aplicável à espécie: “Definitivamente, o contrato de emprego constitui a relação correspondente. É a sua causa, sempre, por imperativo da própria liberdade de trabalho. Considerar-se que a relação é a causa, e não seu efeito, não faz sentido, pois, no mínimo, quem a produziu foi o acordo tácito. Considerar-se um e outra desconexados, afirmando-se a existência de relação de emprego, independente e puramente fática, é negar-se a liberdade do trabalhador. Seria dar-se cobertura jurídica a um fato, desmentindo-se a própria razão de ser do Direito do Trabalho” (CATHARINO, José Martins. *Compêndio universitário de Direito do Trabalho*. Vol 1. São Paulo: Editora Jurídica Universitária, 1972, p. 240-241).

¹³³ Não é equivocado falar em contrato de trabalho ao nos referirmos ao contrato de emprego, eis que se trata de fato sociocultural consagrado pela própria legislação. Vejamos as considerações de Mauricio Godinho Delgado: “A segunda objeção comumente produzida argumenta que a expressão *trabalho* tem amplitude muito maior do que o efetivo conteúdo do contrato em exame, já que compreende não só a relação de emprego como também a relação de trabalho autônomo, eventual, avulso e inúmeras outras que não seja, tecnicamente, de natureza empregatícia. Nessa linha, seria mais precisa e adequada a expressão *contrato de emprego*, porque atada à estrita e tipificada relação jurídica envolvida por esse contrato, a relação de emprego. Não obstante a segunda objeção seja, do ponto de vista técnico, irreparável – dado que o epíteto contrato de trabalho pretende referir-se estritamente à relação de emprego e não à relações de trabalho em geral –, consagrou-se inquestionavelmente, a expressão *contrato de trabalho*. Essa consagração, como fato sociocultural, suplanta as restrições classicamente opostas ao epíteto. É que hoje se sabe da delimitação estrita ao objeto do contrato de trabalho tipificado pela CLT; sabe-se que quando se fala contrato de trabalho, no *sentido estrito*, quer-se referir à noção técnico-jurídica de contrato de emprego”. (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 609).

utilizadas posteriormente no presente estudo, analisaremos neste ponto os principais aspectos referentes ao contrato de trabalho. Vejamos a seguir.

1.2.3.1 Elementos essenciais do contrato de trabalho

Dado o caráter social da avença sob escrutínio, notamos que o contrato de trabalho se reveste de certas peculiaridades se comparado aos contratos em geral. Neste sentido, os requisitos de agente capaz, objeto lícito, possível e determinado ou determinável, bem como forma prescrita ou não defesa em lei são observados sob um viés particular.

Rapidamente, sobre o agente capaz, a própria Constituição da República relativiza tal imposição, pois admite o trabalho do menor de dezoito anos, proibindo a estes apenas o trabalho noturno, perigoso ou insalubre, ressaltando a vedação de qualquer trabalho a menores de dezesesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos¹³⁴. Assim, observamos que, para o contrato de trabalho, a capacidade é estabelecida de maneira peculiar, vez que ao menor é permitido pactuá-lo, bem como, nos termos do artigo 439 da CLT, firmar recibo pelo pagamento dos salários, ressalvado apenas que, tratando-se de rescisão, é vedado ao menor de dezoito anos dar quitação ao empregador pelo recebimento da indenização que lhe for devida sem assistência dos seus responsáveis legais. Ademais, lembramos que contra esses não corre a prescrição das verbas trabalhistas, haja vista o estabelecido no artigo 440 da CLT que estabelece que contra os menores de dezoito anos não corre nenhum prazo de prescrição.

No que tange ao objeto do contrato de trabalho, esse se refere à constituição de uma obrigação, mas não se vincula a um conteúdo específico, referindo-se apenas a uma obrigação de fazer em estado de subordinação¹³⁵. Conforme ensinam Orlando Gomes e Elson Gottschalk,

¹³⁴ Sobre as demais restrições ao trabalho do menor, digna a lição de Henrique Correia: “De acordo com o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, há a necessidade de proibição de empregos que comprometam a moral e a saúde das crianças. No mesmo sentido, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 prevê que os Estados devem estabelecer idades mínimas para a admissão em empregos. Para essa convenção, são crianças as pessoas com menos de 18 anos de idade, pois não há diferenciação entre crianças e adolescentes. Além disso, as normas de proteção legal de crianças e adolescentes não podem ser objeto de convenção e acordo coletivo de trabalho, conforme dispõe o art. 611-B, XXIV, da CLT, acrescentado pela Reforma Trabalhista” (CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 379-380).

¹³⁵ Acerca do objeto do contrato de trabalho ensina Délio Maranhão: “O que acontece – de acordo com a exata observação de CORRADO, já referida – é que o contrato de trabalho não tem conteúdo específico. Nele se compreende qualquer obrigação de fazer, desde que realizada em um estado de subordinação. Esta situação peculiar, este modo de ser da prestação é que o distingue, assim, de outros contratos afins, como a empreitada e o mandato. Qualquer contrato que importe uma obrigação pessoal de fazer, pode transformar-se, pois, em um contrato de trabalho. O objeto do contrato de trabalho, como dos contratos, em geral, é constituir uma obrigação. Do ponto de vista teórico não há como confundir o objeto do contrato e o objeto das obrigações por

a natureza da obrigação não influi no contrato de trabalho, de maneira que “tanto pode ser empregado na indústria, como no comércio, na agricultura, na pecuária ou em serviços domésticos¹³⁶”, não importando, outrossim, se se trata de trabalho técnico, manual ou intelectual. Não obstante, o objeto deve ser *lícito*, pois o fim da relação precisa estar de acordo com o Direito. Em contrapartida, eventuais irregularidades, desde que não consubstanciem a ilicitude do objeto em si, não prejudicarão os direitos do trabalhador. Sobre essa diferenciação (entre a irregularidade no contrato e a ilicitude do objeto), há dois entendimentos paradigmáticos cristalizados na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho – TST, que diferenciam claramente o trabalho ilícito do trabalho proibido. No primeiro, o próprio objeto da avença é ilegal, de modo que não se formarão direitos daquela relação. Exemplo clássico disso é uma contratação para a exploração de jogo do bicho¹³⁷. Assim, haja vista a ilicitude do objeto, o chamado apontador do jogo do bicho não poderá requerer a formação do vínculo empregatício com quem o contratou. Por outro lado, é possível que a avença, de alguma maneira, ofenda o direito, mas não de modo a obstar a formação de direitos. É o caso, por exemplo, de policiais militares, aos quais é proibido o trabalho em empresas de segurança privada. Eles poderão, eventualmente, ter seu vínculo empregatício reconhecido com o respectivo contratante, eis que o objeto da contratação, de per si, era lícito¹³⁸. É ressalvada, no entanto, a possibilidade de eles sofrerem punição em âmbito disciplinar junto à corporação, mas, conforme dito, isso não afetará a relação laboral com terceiros.

Quanto à forma prescrita ou não defesa em lei, esclarecemos que o contrato de trabalho não é revestido de solenidade¹³⁹, conforme se extrai do artigo 442 da CLT que dispõe apenas

ele criadas. O objeto da obrigação é uma prestação (‘dare’, ‘facere’, ‘praestare’). No contrato de trabalho, o objeto da prestação do empregado – como ficou dito – traduz-se em um fazer (prestação de trabalho); o objeto da contraprestação do empregador em um dar (prestação de salário). Como observa MESSINEO, a lei, ao tratar do objeto do contrato, refere-se, realmente – via de regra – ao objeto da obrigação, à prestação. Neste sentido é que se diz que o objeto do contrato deve ser lícito”. (MARANHÃO, Délio. *Contrato de Trabalho*. In: MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 181).

¹³⁶ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 75.

¹³⁷ Neste sentido, a Orientação Jurisprudencial nº 199 da SDI-I do TST: “OJ 199, SDI-I. É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico”.

¹³⁸ Neste sentido, a Súmula nº 386 daquela Corte: “Súmula nº 386 do TST. Preenchidos os requisitos do art. 3º da CLT, é legítimo o reconhecimento de relação de emprego entre policial militar e empresa privada, independentemente do eventual cabimento de penalidade disciplinar prevista no Estatuto do Policial Militar”.

¹³⁹ Dada essa ausência de solenidade, Orlando Gomes e Elson Gottschalk nem mesmo inserem a forma prescrita ou não defesa em lei como pressuposto do contrato de trabalho. Vejamos: “Como todo negócio jurídico, o contrato de trabalho requer, para sua validade, a conjunção de elementos extrínsecos e intrínsecos, modernamente distinguidos, respectivamente, sob a denominação de *pressupostos* e *requisitos*. São

que “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Dessa maneira, basta que as partes acordem, ainda que tacitamente, quanto às obrigações de fazer (prestação de serviços) e dar (contraprestação remuneratória) compreendidas pelo contrato laboral, que, uma vez presentes os demais elementos, a relação estará formada, independentemente de eventuais disposições em contrário.

Por derradeiro, a doutrina aponta a higidez da manifestação da vontade como um quarto requisito essencial ao contrato de trabalho, vez que “a ordem jurídica exige a ocorrência de livre e regular manifestação de vontade, pelas partes contratuais, para que o pacto se considere válido¹⁴⁰”. Não obstante o contrato de trabalho possa ser firmado tacitamente, o importante é que a vontade das partes seja hígida, apesar de não ser expressa, devendo, assim, estar livre de vícios, como o erro, o dolo ou a coação.

Do quanto fixado nos parágrafos anteriores, é possível afirmar que, embora tenha natureza contratual, a configuração da relação de emprego acaba por revestir-se de contornos eminentemente *fáticos*, sobretudo em razão da possibilidade de firmação de contrato tácito. Ou seja, apesar de as partes não discutirem expressamente as cláusulas e não assinarem um instrumento formal, caso uma pessoa física passe a trabalhar para alguém, de forma pessoal, com onerosidade, subordinação e habitualidade, assumidos os riscos do empreendimento pelo contratante, estaremos diante de uma relação contratual de emprego. Desse modo, observamos que o direito do trabalho incidirá independentemente das declarações expressas dos respectivos atores, com a formação do vínculo e incidência de todo o conjunto normativo relativo à relação de emprego, o que, a título de vislumbre, seria inadmissível na Administração Pública. As intercorrências do direito do trabalho no Poder Público, todavia, serão tratadas de maneira autônoma nos tópicos posteriores. Por ora, basta apontar que os elementos em questão não serão suficientes quando se tratar de uma relação com o Poder Público, haja vista as balizas estabelecidas no regime jurídico administrativo.

pressupostos do contrato de trabalho: a) a capacidade das partes; b) a idoneidade do objeto. Com o acordo de vontades dos que o celebram, como agentes capazes, esses elementos extrínsecos integram-se na relação jurídica, que o consentimento propulsiona. Os *requisitos*, isto é, os elementos intrínsecos, são: a) o consenso; b) a causa. Entre esses elementos, não deve ser incluída a forma, porque a lei não a prescreve para o contrato de trabalho, salvo no limitado setor do contrato marítimo” (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 158).

¹⁴⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 622.

1.2.3.2 Elementos acidentais do contrato de trabalho

Antes de passar aos tópicos específicos referentes à Administração Pública, é pertinente uma breve exposição sobre elementos que podem estar presentes nos contratos de trabalho, apesar de não lhes serem essenciais. São os elementos acidentais, os quais, segundo Mauricio Godinho Delgado, “são aqueles que, embora circunstanciais e episódicos no contexto dos pactos celebrados, alteram-lhes significativamente a estrutura e efeitos, caso inseridos em seu conteúdo¹⁴¹”. Conforme Vólia Bomfim Cassar, esses seriam “cláusulas acessórias acrescentadas facultativamente pela vontade das partes aos negócios jurídicos que alteram ou modificam sua consequência natural¹⁴²”. São, portanto, elementos que podem estar presentes ou não em um contrato de trabalho, mas que, uma vez constantes, modificam-lhe a feição.

São exemplos deles o termo e a condição. O termo se refere ao estabelecimento de evento futuro e certo¹⁴³, normalmente uma data final para a avença. Via de regra, os contratos são fixados por prazo indeterminado¹⁴⁴, mas a CLT admite a formação de contratos por prazo determinado, a exemplo do fixado no §3º do seu art. 443, que considera de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

Doutra ponta, segundo o art. 121 do Código Civil, considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto. Trata-se de hipótese incomum no Direito do Trabalho, mas que pode ser identificada, por exemplo, no art. 475 da CLT, que trata do empregado que for aposentado por invalidez e admite que, se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato de trabalho sem indenização, desde que tenha havido ciência inequívoca da interinidade ao ser celebrado o contrato.

¹⁴¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 624.

¹⁴² CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 562.

¹⁴³ Idem, *ibidem*.

¹⁴⁴ Vige no Direito do Trabalho o princípio da continuidade. Vejamos a lição de Américo Plá Rodriguez sobre o tema: “Para compreender este princípio, devemos partir da base que o contrato de trabalho é um contrato de trato sucessivo, ou seja, que a relação de emprego não se esgota mediante a realização instantânea de certo ato, mas perdura no tempo. A relação empregatícia não é efêmera, mas pressupõe de uma vinculação que se prolonga. [...] Tudo o que vise à conservação da fonte de trabalho, a dar segurança ao trabalhador, constitui não apenas um benefício para ele, enquanto lhe transmite uma sensação de tranquilidade, mas também redundar em benefício e, através dela, da sociedade, na medida que contribui para aumentar o lucro e melhorar o clima social entre as partes” (RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 239-240).

1.2.3.3 Elementos naturais do contrato de trabalho

Por fim, são considerados elementos naturais do contrato de trabalho aqueles que, segundo Vólia Bomfim Cassar, “decorrem da natureza do contrato, de sua razão de ser, sem que haja necessidade de menção expressa na contratação¹⁴⁵”. Conforme a autora, são exemplos desses elementos a jornada máxima de oito horas diárias e o pagamento de, pelo menos, um salário-mínimo¹⁴⁶. Para Mauricio Godinho Delgado esses são os elementos que “embora não caracterizando como imprescindíveis à própria formação do tipo contratual examinado, tendem a comparecer recorrentemente em sua estrutura e dinâmica concretas¹⁴⁷”. A título de exemplo, citamos o art. 460 da CLT, que fixa que, na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquela que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante. Assim, mesmo que não haja uma menção expressa ou acordo sobre sua existência, esses elementos estarão *naturalmente* presentes nos contratos.

1.3 A adoção do emprego público: plano pragmático

Identificados os requisitos essenciais à relação de emprego, bem como a natureza jurídica dessa, passamos a analisar a existência, no plano da pragmática, de vínculos celetistas junto à Administração Pública brasileira. É preciso ressaltar, todavia, que nem sempre a situação fática analisada corresponde àquilo a que se chegaria a partir de uma interpretação cientificamente correta da Constituição. Por essa razão, escrutinaremos primeiramente o panorama atual, ou seja, onde é possível identificar empregos junto a órgãos e pessoas estatais para, num segundo momento, indicar os vínculos válidos segundo a correta interpretação da dogmática constitucional

Aprioristicamente, é importante notar que a Constituição da República de 1988 estabelece o chamado regime jurídico único, conforme redação originária de seu artigo 39, que impôs à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a instituição, no âmbito de sua competência, de um mesmo regime de planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas (esse tema será examinado de forma mais detida à frente). No entanto, tal previsão não existia no regime constitucional anterior, de

¹⁴⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 562.

¹⁴⁶ Idem, *ibidem*.

¹⁴⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 623.

modo que remanesceram na Administração Pública brasileira empregados contratados sob a égide dos Constituições de 1967 e de 1969. A propósito, importante fazer um aparte para lembrar que, conforme leciona Ana Cláudia Nascimento Gomes¹⁴⁸, naquele momento histórico, havia o entendimento corrente de que as contratações realizadas pela forma celetista não estariam submetidas às mesmas restrições a que se sujeitariam aquelas aperfeiçoadas sob o regime jurídico-administrativo. Neste sentido, considerava-se que, em relação aos celetários, não haveria necessidade de prévia aprovação em concurso público¹⁴⁹ nem limitação numérica, a fixação de remuneração era livre e inexistia estabilidade para esses, o que levou o Poder Público a optar por aquele tipo de contratação. Assim, verificava-se a coexistência de uma Administração Burocrática formal e a perpetuação de práticas patrimonialistas que encontravam no regime celetista a sua forma de exercício. Esse tipo entendimento se manteve sob o manto da Constituição de 1969, de maneira que continuou vigente a ampla “liberdade/discrecionalidade/arbitrariedade administrativa¹⁵⁰” na contratação sob o manto trabalhista, o que era justificado com base em suposta “necessidade de flexibilização para atender às exigências de agilidade e adequação às situações que não se enquadravam no estatuto¹⁵¹”. Obviamente, não concordamos com referido entendimento, entendendo se fazer necessária a imposição dos limites do regime jurídico administrativo tanto às admissões realizadas pela via estatutária quanto pela celetista. Não obstante, fato é que boa parte desses servidores permaneceu em atividade até o advento da Constituição da República de 1988, a qual no artigo 19 do seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou que os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação daquela, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tivessem sido admitidos por meio de

¹⁴⁸ GOMES, Ana Cláudia Nascimento. *Emprego público de regime privado – A laborização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 91.

¹⁴⁹ Sobre essa burla indevida à regra do concurso público, registramos a lição do professor Márcio Cammarosano que: “Todavia, equívocos exegéticos e até mal disfarçadas práticas nepotistas, supedaneadas, não raras vezes, em legislação ordinária amesquinhadora de princípios constitucionais maiores, ou formuladora de definições indevidamente adotadas para desvendar o sentido e alcance de normas constitucionais, ensejaram sistemática burla à regra do concurso público. Assim é que, tomando-se a expressão *cargo público*, do caput do art. 97 da Constituição de 1969, no seu sentido mais estrito, consoante formulado pelo legislador ordinário, cujo titular é qualificado como *funcionário público*, e mediante indevida utilização do argumento *a contrario sensu*, chegou-se à seguinte conclusão: A exigência de prévia aprovação em concurso diz respeito a investidura em *cargo público*. Logo, para a investidura em *emprego* ou *função* não é necessária a prévia aprovação em concurso público” (CAMMAROSANO, Márcio. Servidores Públicos. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 172).

¹⁵⁰ GOMES, Ana Cláudia Nascimento. *Emprego público de regime privado – A laborização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 93.

¹⁵¹ GOMES, Ana Cláudia Nascimento. *Emprego público de regime privado – A laborização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 93.

concurso público, seriam considerados estáveis no serviço público. Esses se tornaram, assim, servidores dotados de estabilidade excepcional, inclusive os empregados públicos albergados por essa regra transitória.

Quanto aos servidores beneficiados pela estabilidade excepcional, é importante lembrar que esses puderam ter sortes distintas: alguns permaneceram sob o regime celetista até o ocaso de sua atividade funcional, enquanto outros tiveram seus vínculos convertidos em jurídico-administrativos. Quanto a estes últimos, é importante ressaltar que eles não tiveram seus vínculos convertidos em efetivos. Neste sentido, importante lembrar os julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 180¹⁵² e 1.150¹⁵³, ao analisar a Lei Complementar nº 10.098/1994, do estado do Rio Grande do Sul, que estabelecia ficarem submetidos ao regime jurídico administrativo, na qualidade de servidores públicos, os servidores estatutários da Administração Direta, das autarquias e das fundações de direito público, inclusive os interinos e extranumerários, *bem como os servidores estabilizados vinculados à Consolidação das Leis do Trabalho*. Segundo a Suprema Corte, até seria possível

¹⁵² Para melhor entendimento citamos a ementa oficial do julgado: “Ementa: Constitucional. Administrativo. Artigo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul que assegura aos servidores públicos civis estabilizados nos termos do art. 19 do ADCT/CF, a organização em quadro especial em extinção. Equiparação de vantagens dos servidores públicos estatutários aos então celetistas que adquiriram estabilidade por força da CF. Ofensa ao art. 37, II, da CF. Ação julgada procedente” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 180 RS. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, 30 de abril de 2003. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1493584>>. Acesso em: 10 mai. 2022).

¹⁵³ Cite-se a ementa do julgado: “EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade, §§ 3º e 4º do artigo 276 da Lei 10.098, de 03.02.94, do Estado do Rio Grande do Sul.- Inconstitucionalidade da expressão "operando-se automaticamente a transposição de seus ocupantes" contida no § 2º do artigo 276, porque essa transposição automática equivale ao aproveitamento de servidores não concursados em cargos para cuja investidura a Constituição exige os concursos aludidos no artigo 37, II, de sua parte permanente e no § 1º do artigo 19 de seu ADCT.- Quanto ao § 3º desse mesmo artigo, é de dar-se-lhe exegese conforme à Constituição, para excluir, da aplicação dele, interpretação que considere abrangidas, em seu alcance, as funções de servidores celetistas que não ingressaram nelas mediante concurso a que aludem os dispositivos constitucionais acima referidos.- Por fim, no tocante ao § 4º do artigo em causa, na redação dada pela Lei estadual nº 10.248/94, também é de se lhe dar exegese conforme à Constituição, para excluir, da aplicação dele, interpretação que considere abarcados, em seu alcance, os empregos relativos a servidores celetistas que não se submeteram a concurso, nos termos do artigo 37, II, da parte permanente da Constituição ou do § 1º do artigo 19 do ADCT. Ação que se julga procedente em parte, para declarar-se inconstitucional a expressão "operando-se automaticamente a transposição de seus ocupantes" contida no artigo 276, § 2º, da Lei 10.098, de 03.02.94, do Estado do Rio Grande do Sul, bem como para declarar que os §§ 3º e 4º desse mesmo artigo 276 (sendo que o último deles na redação que lhe foi dada pela Lei 10.248, de 30.08.94) só são constitucionais com a interpretação que exclua da aplicação deles as funções ou os empregos relativos a servidores celetistas que não se submeteram ao concurso aludido no artigo 37, II, da parte permanente da Constituição, ou referido no § 1º do artigo 19 do seu ADCT” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1510 RS. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimados: Governador do Estado do Rio Grande do Sul e Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 25 de setembro de 1997. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1600860>>. Acesso em: 10 mai. 2022).

submeter os servidores estabilizados inicialmente celetistas ao regime estatutário, mas isso não significaria a sua efetivação. Dessa maneira, seria válida a sua conversão de regime, mas não a efetivação ou a equiparação com os servidores ocupantes de cargos efetivos. Recentemente, o Pretório Excelso, em sede de repercussão geral (Tema nº 1.157¹⁵⁴), reiterou esse entendimento para afirmar que servidores admitidos sem concurso público antes de 1988 não poderiam ser reenquadrados em planos de cargos efetivos. Segundo a Suprema Corte, essa diretriz vale também para aqueles beneficiados pela regra contida no art. 19 do ADCT, vez que esses não fazem jus à efetividade.

Neste ponto, importante registrar que foi proposta, pelo Procurador Geral da República, Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁵⁵ em face do art. 243 da Lei nº 8.112/90, segundo o qual ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esse diploma, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas regidos pelo antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952) ou pela CLT, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação. O dispositivo em questão, no limite, terminou por dar regime de servidores efetivos a todos aqueles contratados no regime anterior (salvo os contratados prazo determinado), inclusive os estabilizados nos termos do art. 19 do ADCT. Ressalvamos que o mérito de referida ação ainda não foi julgado, o que não impede de, com base no que fora exposto, apontarmos a inconstitucionalidade de referido dispositivo, haja vista a impossibilidade de simples migração de regime. Não se vislumbra válida a efetivação de servidores que não foram admitidos para ocuparem cargos efetivos. Nesses moldes, o estabelecimento de quadros especiais em extinção se mostra a solução mais técnica.

De qualquer modo, não obstante a situação dos servidores que tiveram seus vínculos convertidos (de maneira válida ou inválida), conforme dito acima, parcela deles remanesceu submetida ao regime celetista, sendo este o primeiro exemplo de emprego público admitido pelos Tribunais que trazemos à baila (trataremos do tema com rigor científico no item 1.4.2.2).

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.306.505 AC. Recorrente: Estado do Acre. Recorrido: Juarez Generoso de Oliveira Filho. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 04 de abril de 2022. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350463556&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2022.

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2968. Requerente: Procurador-Geral da república. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 19 de agosto de 2003. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2155268>>. Acesso em: 05 set. 2022.

Ou seja, subsiste no regime jurídico brasileiro uma série de servidores contratados sob a égide da CLT que transpuseram o regime constitucional pretérito até o atual.

Doutro giro, é preciso lembrar que, já no curso do texto de 1988, houve a tentativa de extinguir o regime jurídico único do ordenamento jurídico brasileiro. Nesta empreitada, a Emenda Constitucional nº 19/98 alterou a redação do artigo 39 da Constituição Federal para franquear, em tese, a pluralidade de regimes. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135 reconheceu a existência de vício formal em referida emenda e determinou a suspensão de seus efeitos. A decisão em questão foi proferida em caráter liminar, conferidos a ela efeitos não retroativos (*ex nunc*), de modo que os empregados contratados pela Administração Pública, entre os anos de 1998 e 2007 (ano da prolação do *decisum*), permanecem até a presente data no seio estatal, de modo a representar mais uma hipótese de admissão, no plano pragmático, de servidores sob a égide da CLT¹⁵⁶.

Há ainda situações decorrentes da indefinição do que seria propriamente o regime jurídico único. Respeitável doutrina, à qual nos filiamos, defende que esse é necessariamente o regime estatutário¹⁵⁷, pois é ele o sistema apto a proteger a coisa pública¹⁵⁸, aspecto que será

¹⁵⁶ Acerca da decisão em questão, oportuna a lição de Rafael Carvalho Rezende Oliveira: “É importante tecer duas considerações a respeito da decisão do STF: a) a declaração de inconstitucionalidade se referiu apenas ao art 39 da CRFB e levou em consideração vício formal no processo de votação da PEC (Proposta de Emenda Constitucional) que deu origem à EC 19/1998, inexistindo, portanto, análise da questão de fundo (não se afirmou a impossibilidade material de extinção do regime jurídico único); b) trata-se de decisão cautelar do STF com efeitos *ex nunc*, ou seja, com efeitos prospectivos e não retroativos. Portanto, até o julgamento do mérito da ação, os agentes públicos celetistas, contratados (por concurso) durante a vigência da redação atribuída pela EC 19/1998 ao art. 39 da CRFB continuam regidos pela CLT e, em âmbito federal, pela Lei 9.962/2000”. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 686-687).

¹⁵⁷ Sobre o regime jurídico único e seu caráter estatutário, citamos a lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha: “Aliás, os próprios termos constitucionalmente vazados na norma do art. 39 deixava clara a adoção do único regime jurídico próprio aos servidores públicos: o estatutário. Leia-se, portanto, na norma contida na versão originária do texto constitucional brasileiro, promulgado em 1988, não apenas as entidades públicas ali descritas teriam de instituir um mesmo regime jurídico para todos os seus servidores, mas que esse regime teria de ser o único, a dizer, aquele que, diversamente dos demais que se pudessem encontrar no sistema jurídico em vigor, pode ser aplicado nas relações administrativas vigentes entre as pessoas jurídicas públicas e os seus servidores e que é exatamente o estatutário” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 127).

¹⁵⁸ Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello: “Não cabe a menor hesitação em concluir que o regime previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja, o de emprego – embora sem estar proscrito de modo absoluto – é radical e definitivamente incompatível com a regência da generalidade dos servidores públicos civis, servidores que são das pessoas jurídicas de direito público. Desde logo, a disciplina trabalhista foi concebida para dispor sobre relações entre particulares, em atenção, pois, a interesses desta ordem, perfeitamente estranhos à problemática que está em causa quando se trata de proteger e resguardar interesses públicos”. E arremata: “É indubitavelmente certo que o regime comum, normal dos servidores públicos civis terá de ser um regime de direito público; o regime de cargo de *funcionário público* – não o de emprego. Portanto, terá de ser o regime designado, entre nós, como estatutário”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime constitucional dos servidores da Administração Direta e Indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 106-107).

trabalhado com maior primor ao longo deste trabalho. Por ora, ressaltamos a lição do professor Márcio Cammarosano, quando afirma que o regime previsto no artigo 39 da Constituição é o regime de *cargo* público, eis que nele o seu ocupante “desfruta de direitos e garantias constitucionais indispensáveis a que possa resistir a interesses outros que não os relativos à consecução, nos termos da ordem jurídica, daqueles que constituem a própria razão de ser da Administração Pública¹⁵⁹”. No entanto, doutrinadores de escol, a exemplo de José dos Santos Carvalho Filho, entendem que esse poderia ser tanto trabalhista quanto estatutário, desde que fosse único¹⁶⁰. Existe ainda uma terceira corrente, segundo a qual seria possível a adoção de um sistema para a Administração Direta (estatutário, por exemplo) e outro para a Administração Indireta (celetista), a exemplo do que ensina Toshio Mukai¹⁶¹.

Outrossim, além das discussões acerca do próprio conteúdo do regime jurídico único (acima exposta), é corrente a celeuma quanto à aplicabilidade imediata (ou não) do art. 39 da Constituição da República, ou seja, se ele demandaria o intermédio da legislação local ou se seria dotado de autoaplicabilidade¹⁶². Neste sentido, fazemos referência a decisão recente proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo da qual este julgou válidas as Leis

¹⁵⁹ CAMMAROSANO, Márcio. Servidores Públicos. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 182.

¹⁶⁰ Por todos, citamos José dos Santos Carvalho Filho: “De qualquer modo, pensamos que o constituinte nem quis obrigar à adoção exclusiva do regime estatutário, nem, por outro lado, desejou admitir a cisão de regimes entre a Administração Direta, de um lado, e as autarquias e fundações de direito público, de outro. No primeiro caso, não houve expresso mandamento constitucional que conduzisse àquela conclusão; no segundo, a cisão retrataria uma ruptura na lógica criada para a unicidade do regime. Por via de consequência, reiterando pensamento que já adotávamos em edições anteriores, consideramos que a *inertio* do Constituinte foi a de que o regime de pessoal fosse apenas único, seja o estatutário, seja o trabalhista – tese sufragada pela segunda corrente doutrinária já mencionada – com o que se poderiam evitar os velhos confrontos entre servidores da mesma pessoa federativa, tendo por alvo normas diversas estabelecidas por cada um daqueles” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 555).

¹⁶¹ MUKAI, Toshio. *Administração Pública na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 62.

¹⁶² A discussão em questão envolve discussão acerca da classificação desenvolvida por José Afonso da Silva, que, no que tange à “tríplice característica das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade” as divide em normas de eficácia plena, as quais dispensam regulamentação para o seu exercício; normas de eficácia contida, que dariam ensejo ao exercício de imediato dos preceitos nela contidos, mas estariam sujeitas a limitações quando da regulamentação infraconstitucional, e normas de eficácia limitada, as quais, demandariam complementação por norma infraconstitucional, divididas essas em declaratórias de princípios institutivos e declaratórias de princípio programático. Sobre as normas programáticas, é importante notar que o autor reconhece a elas importantes efeitos, como o estabelecimento de um dever para o legislador ordinário, o condicionamento da legislação futura, elas informam a concepção de Estado e sociedade que a ordem jurídica almeja, constituem sentido teleológico para interpretação e podem criar situações jurídicas subjetivas (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 81-85). Não obstante a utilização clássica dessa nomenclatura, a qual já se espalhou pela doutrina, é preciso registrar que, em obra mais recente, o autor rejeita parte dessa enunciação para dizer que “não há regras constitucionais de valor meramente moral ou de conselhos, avisos ou lições”. Nesses termos toda disposição inserida no Texto Constitucional teria “dimensão jurídica”, de maneira que “todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a ordenação instaurada” (SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 559).

Complementares estaduais nº 1.074/2008 e 1.202/2013 de São Paulo, que criaram empregos públicos na Universidade de São Paulo (USP), uma autarquia. Esse *decisum* foi proferido no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.615¹⁶³, julgada improcedente, na qual prevaleceu o voto do relator, ministro Alexandre de Moraes, segundo o qual o artigo 39 da Constituição da República não seria dotado de autoaplicabilidade, de maneira que demandaria a complementação por parte do legislador infraconstitucional, o que ainda não ocorrera. Assim, ausente a intermediação legislativa do Estado de São Paulo para instituir um único regime de servidores, considerou-se que as leis impugnadas não afrontariam o texto constitucional.

Outro exemplo em que foi admitida a aplicação da legislação trabalhista a pessoas jurídicas estatais de direito público foi a decisão proferida no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 367, julgada em conjunto com a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 36 e com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.367, por possuírem objetos semelhantes. Nessas, foram impugnados dispositivos de diversas leis instituidoras de Conselhos Profissionais¹⁶⁴ os quais, basicamente, permitem a contratação de empregados por tais entidades. Na oportunidade, prevaleceu mais uma vez o voto do ministro Alexandre de Moraes, segundo o qual, apesar de reconhecida a incidência de normas de direito público aos conselhos profissionais, deveria ser considerada a sua natureza peculiar, de pessoa jurídica de direito público *sui generis* que recebe a outorga para o exercício de atividade típica do Estado, o que lhe conferiria maior grau de autonomia administrativa e financeira que aquele reconhecido às autarquias comuns. Segundo o ministro, por mais que os entes em questão se encaixem na categoria de autarquia, seriam autarquias *sui generis*. Em razão dessa singularidade, seriam dotadas de regime peculiar, o que admitiria o afastamento de algumas regras impostas ao Poder Público em geral. Diante disso, reconheceu a possibilidade de o legislador infraconstitucional conformar o regime aplicável aos Conselhos Profissionais,

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5615 SP. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Governador do Estado de São Paulo. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 29 de maio de 2020. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5078733>>. Acesso em: 10 mai. 2022.

¹⁶⁴ Foram objeto da ADPF: (i) o art. 35 da Lei 5.766, de 20 de dezembro de 1971, que criou os Conselhos Federal e Regionais de Psicologia; (ii) o art. 19 da Lei 5.905, de 12 de julho de 1973, que criou os Conselhos Federal e Regionais de Enfermagem; (iii) o art. 20 da Lei 6.316, de 17 de dezembro de 1975, que criou os Conselhos Federal e Regionais de Fisioterapia e Terapia Ocupacional; (iv) o art. 22 da Lei 6.530, de 12 de maio de 1978, que regulamenta a profissão de corretor de imóveis; (v) o art. 22 da Lei 6.583, de 20 de outubro de 1978, que criou os Conselhos Federal e Regionais de Nutricionistas, e (vi) o art. 28 da Lei 6.684, de 3 de setembro de 1979, que criou os Conselhos Federal e Regionais de Biologia. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental n. 367 DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Presidente da República. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Redator do Acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 08 de setembro de 2020. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4838268>>. Acesso em: 05 set. 2021).

declarando válida a formação de seus quadros por pessoas admitidas pelo vínculo celetista. Respeitosamente, ousamos discordar de referido posicionamento. Como fundamento para tal divergência, destacamos inicialmente que os misteres desenvolvidos por essas entidades são atividades de polícia administrativa, as quais, conforme ensina Ricardo Teixeira do Valle Pereira, por representam “a mais clara expressão do poder estatal, não podem ser delegadas a particulares, mesmo porque, como reconhece a doutrina, gozam elas de coercibilidade e autoexecutoriedade, atributos que são desconhecidos, como regra, nas relações de direito privado¹⁶⁵”. Coerentemente, esse plexo de atividades atrai um regime normativo que se expressa na natureza jurídica dos entes em questão, destacando-se, que “os conselhos de fiscalização do exercício profissional eram, são e necessariamente continuarão a ser, enquanto vigente a atual ordem constitucional, autarquias corporativas¹⁶⁶”. Assim, tendo em vista que desempenham funções típicas do regime jurídico administrativo, os Conselhos Profissionais estão sujeitos às formas típicas de tal regime (este argumento será trabalhado de forma mais aprofundada adiante). Essas balizas são respeitadas na sua forma jurídica, constituídas elas, pois, em Autarquias. Como tais, gozam de uma série de prerrogativas e sujeições específicas, o que inclui seu regime de pessoal¹⁶⁷, que necessita da devida imunização para a hígida persecução de seus misteres (trataremos do tema com atenção no item 1.4.1). Nesses moldes, não há que se falar em uma espécie de singularização para fins de afastamento do regime jurídico administrativo. Assim, faz-se imperiosa a adoção do regime estatutário, por ser o mais apto ao desempenho dos misteres a eles incumbidos.

Por derradeiro, o último exemplo de admissão de empregados no âmbito de pessoas estatais se refere às empresas estatais, objeto do presente estudo, razão pela qual teceremos considerações mais profundas no decorrer da pesquisa. Apresentado o estado da arte em relação

¹⁶⁵ PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle. Histórico dos Conselhos de Fiscalização do Exercício Profissional. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Conselhos de fiscalização profissional: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 50.

¹⁶⁶ Idem, p. 56.

¹⁶⁷ Sobre o regime de pessoal das Autarquias Profissionais, é conveniente fazer apenas um esclarecimento. Não há dúvidas que, atualmente, é imperiosa a aplicação do regime institucional ao seu vínculo de pessoal. No entanto, é oportuna a linha temporal traçada por Ricardo Teixeira do Valle, que lembra que quem já estava há mais de 5 anos em exercício nesses entes, quando da promulgação da Constituição de 1988, foi estabilizado nos termos do art. 19 do ADCT e quem já tinha vínculo estatutário assim permaneceu. No entanto, aqueles ingressos após a Constituição de 1988 e antes da edição da Lei nº 8.112/90, que instituiu o regime jurídico único em âmbito federal, permaneceu sob a égide celetista, ao passo que aqueles que ingressaram após referida Lei deveria sê-lo, obrigatoriamente, pelo regime estatutário (PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle. Regime Jurídico dos Profissionais que Prestam Serviços aos Conselhos de Fiscalização do Exercício Profissional. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Conselhos de fiscalização profissional: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 95-105). Discordamos apenas no que tange quanto à exigência do vínculo jurídico-administrativo imediatamente a partir da promulgação da Constituição de 1988, por entender que assim deveria ser, mas esse tema será tratado com mais atenção adiante.

aos empregos públicos no estamento brasileiro, passemos a uma análise científica das hipóteses válidas de adoção do vínculo celetista.

1.4 A adoção do emprego público: análise dogmática

Conforme evidenciado acima, há diversas hipóteses em que a adoção do emprego público foi admitida pelos tribunais pátrios. No entanto, conforme dito, a análise realizada no tópico anterior se deu a partir do mundo do “ser”, ou seja, de como a pragmática dos tribunais a abordou. Neste trabalho, todavia, escrutinaremos esses fatos a partir das razões do “dever ser” a fim de propor uma análise científica do fenômeno jurídico. Dessa forma, passamos a investigar as hipóteses nas quais é válida a contratação pelo vínculo celetista para, em segundo momento (ponto nodal dessa pesquisa), investigar *como* esse vínculo será deformado pelo contato com a Administração Pública. Antes disso, todavia, necessário um breve aparte para destacar a importância do vínculo estatutário ao regime jurídico administrativo.

1.4.1 O fundamento do vínculo estatutário no regime jurídico administrativo

Em rápida análise, apenas a título de fixação de premissas, é importante destacar que o sistema idealizado a partir da Constituição da República de 1988 se deu pela adoção de um conjunto de regras e princípios aptos a reger as relações e a atuação da Administração Pública, o regime jurídico administrativo. Esse é formado pela reunião de um conjunto normativo a partir de duas “pedras de toque”, a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público¹⁶⁸. Registramos neste momento termos ciência das discussões acerca desses princípios como elementos aglutinadores do regime jurídico administrativo, informando que essa será tratada de forma apurada no item 3.3.1, quando abordaremos o objeto formal da presente pesquisa. Por ora, destacamos a importância desses princípios para parte da doutrina e como isso influenciou classicamente o direito público brasileiro.

Pois bem. Sob o aspecto normativo, dentro desse todo coerente e lógico, há uma série de institutos pressupostos para o bom desempenho da função pública. Dentre esses, destacamos o vínculo estatutário, espécie de liame formado entre particulares e a Administração Pública para o desempenho das funções a ela incumbidas. É possível afirmar que esse foi o vínculo

¹⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, v.1, p. 347-374, abr.-jun., 2017.

idealizado para o regime jurídico administrativo, haja vista ser ele o mais apto a imunizar os agentes públicos frente a eventuais interferências indevidas de terceiros¹⁶⁹. Neste diapasão, da mesma forma que existem as imunidades parlamentares e os predicamentos da magistratura, os servidores estatutários gozam de certas prerrogativas para que sua atuação seja pautada apenas pelo interesse da coletividade. Neste ponto, oportuna a reflexão do professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷⁰, quando se pergunta como seria se os agentes do aparelho estatal não dispusessem de um estatuto jurídico e de um regime jurídico que lhes desse o mínimo de independência perante os ocasionais detentores do poder. Pondera o autor que, se tais salvaguardas não existissem, eventual detentor do poder conseguiria conduzir os destinos da sociedade a seu bel prazer, assegurando a sua continuidade, quando, pelo princípio republicano, deveriam ser transitórios. Diante disso, expõe que apenas uma máquina preparada para ser isenta, imparcial, leal, e que trate isonomicamente os indivíduos pode garantir a realização dos objetivos do Estado de Direito. Se assim não fosse, a Administração Pública estaria aberta ao uso desatado do poder em prol de facções que se eternizariam no comando por meio do uso de perseguições e favorecimentos. Como bem ressalta, as disposições constitucionais atinentes aos servidores públicos são instrumentos análogos aos predicamentos da magistratura e às imunidades parlamentares. Se as imunidades parlamentares são concedidas aos membros do Congresso para que esses possam representar, genuinamente, a vontade de seus eleitores, os predicamentos da magistratura são instrumentos defensivos dos cidadãos para que os homens

¹⁶⁹ Sobre as características desse sistema, é notória a influência de Max Weber, que teorizou os pressupostos de uma burocracia racional, caracterizada da seguinte maneira: “A burocracia moderna funciona da seguinte forma específica: I. rege o princípio de áreas de jurisdição fixas e oficiais, ordenadas de acordo com regulamentos, ou seja, por leis ou normas administrativas. [...] II. Os princípios da hierarquia dos postos e dos níveis de autoridade significam um sistema firmemente ordenado de mando e subordinação, no qual há uma supervisão dos postos inferiores pelos superiores. [...] III. A administração de um cargo moderno se baseia em documentos escritos (‘os arquivos’, preservados em sua forma original ou um esboço. [...] IV. A administração burocrática, pelo menos toda a administração especializada – que é uma característica moderna – pressupõe habitualmente um treinamento especializado e completo. [...] V. Quando o cargo está plenamente desenvolvido, a atividade oficial exige plena capacidade de trabalho do funcionário, a despeito do fato de ser rigorosamente delimitado o tempo de permanência na repartição, que lhe é exigido. [...] VI. O desempenho do cargo segue regras gerais, mais ou menos estáveis, mais ou menos exaustivas, e que podem ser aprendidas. O conhecimento dessas regras representa um aprendizado técnico especial, a que se submetem esses funcionários. Envolve jurisprudência, ou administração pública ou privada. A redução do cargo moderno a regras está profundamente arraigada à sua própria natureza. A teoria da moderna administração pública, por exemplo, sustenta que a autoridade para ordenar certos assuntos através de decretos – legalmente atribuídos às autoridades públicas – não dá à repartição o direito de regular o assunto através de normas expelidas em casa caso, mas tão-somente para regulamentar a matéria abstratamente. Isso contrasta de forma extrema com a regulamentação de todas as relações através dos privilégios individuais e concessão de favores, que domina de forma absoluta no patrimonialismo, pelo menos na medida em que essas relações não são fixadas pela tradição sagrada” (WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Tradução de Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982, p. 229-232).

¹⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Servidores públicos: aspectos constitucionais. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, v.14, p. 439-450, jul.-set., 2020.

investidos nas funções de magistrados possam atuar independentes às pressões, garantindo-se a necessária neutralidade. Esse mesmo intento, lembra o professor, é buscado pelo texto constitucional ao tratar dos servidores públicos. Não obstante a forma protetora se expresse de maneira diferente, traduz igualmente um mecanismo que se propõe a assegurar a igualdade de todos os cidadãos no acesso aos cargos públicos administrativos e a garantia de um comportamento isento, neutro, imparcial, dos que neles sejam providos.

Com efeito, os servidores do chamado regime estatutário são profissionais da Administração que desempenham função pública, cujo ingresso no seio estatal se deu após a prévia aprovação em concurso público para a ocupação de cargo efetivo, gozam de estabilidade após três anos de efetivo exercício¹⁷¹, fazem jus à irredutibilidade de vencimentos, ficam em disponibilidade caso extinto ou declarada a desnecessidade do cargo que ocupam e têm acesso a um regime próprio de previdência¹⁷². É importante notar que todo esse sistema de garantias não foi estabelecido de maneira arbitrária, mas para garantir, frisamos, a isenção necessária ao bom exercício da função pública. Neste sentido, importante lembrar a lição de Ricardo Marcondes Martins¹⁷³, quando afirma que a adoção do regime celetista (salvo nas hipóteses autorizadas, que serão vistas adiante) é uma forma comum de fuga para o direito privado. Segundo o autor, o regime estatutário não foi pensado para atribuir privilégios arbitrários aos servidores por ele abarcados, mas para imunizá-los frente à influência política para que, assim, possam desempenhar suas funções de modo obediente à legalidade, à impessoalidade e à moralidade administrativa. Por essa razão, pondera o professor, ao perceber o verdadeiro fundamento do regime estatutário, logo se conclui que nem a Administração nem o Legislador são livres para aderir ao regime celetista. Dessa maneira, a submissão arbitrária ao regime trabalhista privado e o afastamento ou enfraquecimento das imunidades à influência política

¹⁷¹ Importante lembrar que, na redação originária do artigo 41 da Constituição da República de 1988, o lapso temporal necessário para a aquisição da estabilidade era de dois anos de efetivo exercício.

¹⁷² Conforme afirmamos em outra oportunidade: “A fim de garantir o bom desempenho da função pública e a isenção do aparelho estatal, protegendo-o dos ataques promovidos por agentes norteados por móveis não republicanos, o Texto Maior assegura determinadas garantias aos servidores públicos, que fazem parte do seu regime jurídico, na condição de prerrogativas. Nesse sentido, estatuiu o constituinte, por exemplo, que o acesso aos cargos públicos se dará mediante a realização de concurso público, garantindo-se ainda a estabilidade dos servidores após o interstício de 3 (três) anos, bem como a irredutibilidade de vencimentos e aposentadoria mediante regime próprio. Cada uma dessas prerrogativas possui uma razão de ser e componentes específicos. O regime institucional, como regime protetor da coisa pública traz uma série de mecanismos para garantir a continuidade do serviço público, higidez da atuação estatal e o bom funcionamento da Administração”. (FERNANDES, Felipe Gonçalves. *A tipicidade e o regime disciplinar de servidores públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 20).

¹⁷³ MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; DA ROCHA, Silvio Luís Ferreira; SAAD, Amauri Feres. (Coord.). *Direito Administrativo e Liberdade – Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 641-687.

configuram evidente fuga para o direito privado. Analisando sob outro ângulo, se o regime estatutário foi o sistema idealizado para a consecução dos misteres estatais, há uma conclusão lógica no sentido de que outro não deve ser utilizado, sobretudo quando existe a determinação de adoção de um único regime. Sendo assim, não há liberdade para a escolha do regime. Não obstante, existem situações em que a adoção do emprego público é uma imposição do sistema, tal como nas empresas estatais. Em outras, todavia, haveria, a princípio, discricionariedade do legislador, sendo que, mesmo nessas, “o sistema jurídico exige, entre as possíveis alternativas vislumbradas no plano abstrato, que o agente público escolha sempre a opção *ótima* para a realização do interesse público¹⁷⁴”.

Diante do exposto, concluímos que a adoção do emprego público possui caráter excepcional, o que vai de encontro aos posicionamentos pragmáticos acima explanados. *Ex positis*, apontamos abaixo as hipóteses nas quais o sistema jurídico efetivamente admitiu a utilização do regime celetário pelo Poder Público.

1.4.2 Hipóteses válidas de emprego público

À vista do quanto acima declinado, como regra, é imposto o regime estatutário aos profissionais da Administração Pública. No entanto, dada a complexidade da máquina estatal, existem certas situações nas quais o sistema franqueia a utilização válida do emprego público. É o caso, por exemplo, a) dos servidores de empresas estatais exploradoras de atividade econômica, objeto do presente estudo; b) dos servidores oriundos do regime constitucional anterior, estabilizados nos termos do art. 19 do ADCT; c) dos servidores ocupantes das funções ditas subalternas, para as quais é desnecessária a imunização do regime estatutário e; d) as hipóteses de contratação temporária para atender a necessidade de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, IX, CF¹⁷⁵. Sobre essas situações, tecemos alguns comentários.

¹⁷⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; DA ROCHA, Silvio Luís Ferreira; SAAD, Amauri Feres. (Coord.). *Direito Administrativo e Liberdade – Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 641-687.

¹⁷⁵ Para a sistematização em questão, nos valem da doutrina do professor Ricardo Marcondes Martins: “O direito público, contudo, admite excepcionalmente a adoção do *regime celetista* nas seguintes hipóteses: a) exploração da atividade econômica pelo Estado, autorizada por lei, em concorrência com os particulares, nos termos do *caput* do art. 173 da CF/1988; b) estabilização – e não efetivação – dos servidores públicos civis da administração direta, autárquica e fundacional, em exercício na data da promulgação da Constituição há pelo menos cinco anos continuados, que não tenham sido admitidos por concursos, nos termos do art. 19 do DCT; c) contratação sem concurso para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da CF/1988; d) desnecessidade de imunização à influência política diante do

1.4.2.1 *Empregados de empresas estatais exploradoras de atividade econômica*

No caso dos servidores das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, desnecessário o aprofundamento neste tópico, eis que se trata do objeto do presente trabalho, de modo que será esmiuçado com maior atenção nos capítulos subsequentes. Por ora, basta registrar que, conforme artigo 173 da Constituição da República, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei, e os entes aptos a esse mister (empresas estatais) sujeitar-se-ão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, tributários e *trabalhistas*. Ou seja, a fim de que a exploração não se dê em condição de vantagem indevida em relação aos particulares, o regime das empresas estatais não poderá gozar de prerrogativas distintivas, no que tange ao objeto concorrencial, de modo que é *obrigatória* a adoção do regime celetista dos seus servidores.

Doutra ponta, é sabido também que doutrina majoritária, em entendimento consolidado na Lei nº 13.303/2016, compactua também com a admissão de empregados em empresas estatais prestadores de serviços públicos. Esse, todavia, é um ponto sensível quer será explorado com profundidade em tópico específico.

1.4.2.2 *Empregados estabilizados nos termos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*

Outra hipótese na qual o regime celetista se mostra válido se refere aos servidores oriundos do regime constitucional erigido sob as Constituições de 1967 e 1969, dentre os quais havia uma vasta gama de empregados públicos. É importante destacar que os diplomas em questão foram editados sob o manto de um regime ditatorial, em que o Estado brasileiro era gerido sob lógica patrimonial e antidemocrática. Neste sentido, à época, até existia a previsão do vínculo estatutário de servidores, nos termos do regime jurídico administrativo. No entanto, conforme já dito acima, a partir de interpretação *sui generis*, consolidou-se naquele momento

caráter subalterno da atividade” (MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio *et al.* (Coord.). *Direito Administrativo e Liberdade – Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 641-687).

histórico a percepção de que o regime jurídico administrativo e suas restrições eram impositivos apenas ao vínculo estatutário, de maneira que o liame trabalhista, por se tratar de ligação de vocação supostamente privada, dispensaria todos aqueles entraves, tais como limitação numérica, prévia aprovação em concurso público e a impossibilidade de dispensa imotivada, dada a ausência de estabilidade¹⁷⁶. Neste sentido, haja vista o déficit de amarras reconhecido ao vínculo celetista, esse se tornou o regime preferencial naquele momento histórico¹⁷⁷, criando uma massa de servidores admitidos sob essa égide¹⁷⁸.

Conforme dito acima, a fim de compatibilizar as situações preexistentes, o Constituinte de 1988 garantiu a permanência e a estabilidade aos servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não haviam sido admitidos por concurso público. Interpretando a regra *a contrario sensu*, aqueles que não satisfizessem esses requisitos deveriam ser exonerados. No que tange aos estabilizados, importante destacar alguns pontos. Primeiramente, que esses empregados foram considerados estáveis no serviço público, não passando, todavia, à condição de servidores efetivos¹⁷⁹, conforme exposto acima, sendo estes apenas os ocupantes de cargos

¹⁷⁶ Cf. GOMES, Ana Cláudia Nascimento. *Emprego público de regime privado – A laboralização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 91-93.

¹⁷⁷ A afirmação em questão se baseia na doutrina de Ana Cláudia Nascimento Gomes: “Finalmente, o art 3º da Lei nº 6.185/74 assentava que todas as relações profissionais envolvidas nas atividades federais não excetuadas pelo art. 2º poderiam ser regidas pela legislação do trabalho, não tendo direito os correlativos ‘empregados públicos’ à sindicalização e ao exercício do direito de greve, porém, com direito ao depósito do FGTS. O resultado da Lei nº 6.185/74 não poderia ser outro: a elevação bastante substancial do número de ‘celetistas’ na AP não empresarial da União, ‘que se tornaram muito mais numerosos do que os regidos pelo estatuto próprio – os chamados estatutários’. O âmbito subjetivo alcançado pelo Estatuto de 1952 (federal) tornou-se cada vez mais escasso, ‘por mais que se afirmasse que o regime próprio para o servido do Estado era o estatutário’ e paradoxal que isso possa se afigurar. A situação também se verificou em muitos Estados-membros e na maioria absoluta dos Municípios” (GOMES, Ana Cláudia Nascimento. *Emprego público de regime privado – A laboralização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 95).

¹⁷⁸ Sobre essa situação fática, lembramos a lição de Márcio Cammarosano: “Os titulares de cargo em comissão sempre foram, por definição, exoneráveis *ad nutum*, e os submetidos tanto a regime especial quanto a CLT também sempre puderam ser dispensados, dentre outras razões, por interesse do serviço. [...] E experiência demonstra que essa precariedade de vínculo sempre fascinou muitos agentes políticos, porque era vista como propiciadora, de um lado, da livre admissão de pessoal, e de outro, da possibilidade de dispensa dos que se revelassem ‘inconvenientes’ ou maus servidores, sem maiores formalidades ou justificações. Assim é que na administração pública usou-se e abusou-se da faculdade de admissão sob o regime especial ou da CLT” (CAMMAROSANO, Márcio. Servidores públicos. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 187).

¹⁷⁹ Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Como se verifica pela redação do artigo 19 das disposições transitórias, os servidores referidos pelo dispositivo foram considerados ‘estáveis no serviço público’. Se alguma dúvida houvesse quanto à estabilidade constituir garantia de permanência no cargo ou no serviço público, no caso do artigo 19 essa dúvida desapareceria por diferentes razões: (a) em primeiro lugar, pela interpretação literal do dispositivo, que se refere à estabilidade no serviço público; (b) em segundo lugar, porque o §1º do dispositivo permite que o tempo de serviço seja contado quando tais servidores prestarem

públicos previamente aprovados em concurso público. Não obstante, legislações locais posteriores instituíram o regime jurídico único na esfera dos respectivos entes, de modo que esses empregados passaram a ser regidos por vínculo jurídico-administrativo, o que, repisamos, não se confunde com a sua efetivação. Nesses casos, a posição que nos parece mais adequada foi a daqueles entes que criaram um regime transitório a tais servidores, que passaram à regência do regime jurídico-administrativo, em *quadro especial em extinção*, sem, todavia, gozar de equiparação com os servidores efetivos¹⁸⁰.

A propósito, são oportunas as críticas tecidas pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸¹ ao analisar a forma como foi realizada a conversão de regime efetuada pelo artigo 243 da Lei nº 8.112/90, o qual, erroneamente, tornou efetivos os servidores por ela abrangidos. Segundo o autor, tais servidores deveriam ter sido incluídos em um ‘quadro em extinção’, de maneira que desapareceriam caso fossem aprovados em concurso público, se desligassem, se aposentassem ou falecessem com o decurso do tempo. O professor tece duras críticas ao fato de que junto com esses foram também integrados em cargo público, sem concurso público, os que não eram estáveis, (aqueles que não contavam os cinco exigidos pelo art. 19 do ADCT).

‘concurso para fins de efetivação’, significando, com isto, que o servidor recebe a garantia da estabilidade, mas nem por isso se torna efetivo no cargo; (c) se o servidor é contratado pelo regime da CLT, ele não ocupa cargo público, razão pela qual a estabilidade não poderia ocorrer em cargo que não existe” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Estabilidade do Servidor Público. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores públicos na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 178).

¹⁸⁰ A título de reforço argumentativo, apontamos jurisprudência do Supremo Tribunal Federal neste sentido, ou seja, que reconhece a validade da conversão de regime, mas nega que isso signifique a efetivação daqueles servidores: “EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade, §§ 3º e 4º do artigo 276 da Lei 10.098, de 03.02.94, do Estado do Rio Grande do Sul.- Inconstitucionalidade da expressão "operando-se automaticamente a transposição de seus ocupantes" contida no § 2º do artigo 276, porque essa transposição automática equivale ao aproveitamento de servidores não concursados em cargos para cuja investidura a Constituição exige os concursos aludidos no artigo 37, II, de sua parte permanente e no § 1º do artigo 19 de seu ADCT.- Quanto ao § 3º desse mesmo artigo, é de dar-se-lhe exegese conforme à Constituição, para excluir, da aplicação dele, interpretação que considere abrangidas, em seu alcance, as funções de servidores celetistas que não ingressaram nelas mediante concurso a que aludem os dispositivos constitucionais acima referidos.- Por fim, no tocante ao § 4º do artigo em causa, na redação dada pela Lei estadual nº 10.248/94, também é de se lhe dar exegese conforme à Constituição, para excluir, da aplicação dele, interpretação que considere abarcados, em seu alcance, os empregos relativos a servidores celetistas que não se submeteram a concurso, nos termos do artigo 37, II, da parte permanente da Constituição ou do § 1º do artigo 19 do ADCT. Ação que se julga procedente em parte, para declarar-se inconstitucional a expressão "operando-se automaticamente a transposição de seus ocupantes" contida no artigo 276, § 2º, da Lei 10.098, de 03.02.94, do Estado do Rio Grande do Sul, bem como para declarar que os §§ 3º e 4º desse mesmo artigo 276 (sendo que o último deles na redação que lhe foi dada pela Lei 10.248, de 30.08.94) só são constitucionais com a interpretação que exclua da aplicação deles as funções ou os empregos relativos a servidores celetistas que não se submeteram ao concurso aludido no artigo 37, II, da parte permanente da Constituição, ou referido no § 1º do artigo 19 do seu ADCT”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1150 RS. Requerente: Procurador-Geral da República. Intdo: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 17 de abril de 1998. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1600860>>. Acesso em: 28 set. 2021).

¹⁸¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regime constitucional dos servidores da Administração Direta e Indireta. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 16-17.

Por oportuno, esclarecemos que o §7º de referido dispositivo fixou apenas que os servidores públicos não amparados pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias poderiam, no interesse da Administração e conforme critérios estabelecidos em regulamento, ser exonerados mediante indenização de um mês de remuneração por ano de efetivo exercício no serviço público federal. *A contrario sensu*, não havendo tal ato, eles poderiam permanecer na Administração Pública. Ressalvada a possibilidade que reconhecemos da criação de quadros especiais em extinção (regidos por vínculo jurídico-administrativo), concordamos com as críticas do professor, eis que a efetivação depende da prévia aprovação em concurso público, de maneira que a lei que assim opera o faz em afronta ao texto constitucional. Não obstante, existem hipóteses em que não houve a conversão de vínculo nos termos acima expostos, de maneira que parcela desses servidores remanesceu ligado à Administração Pública sob o vínculo celetista, o que, dadas as peculiaridades históricas e o próprio texto constitucional, representa uma hipótese cientificamente válida de manutenção de vínculo celetário.

1.4.2.3 Funções que independem de imunização

No que tange aos servidores das funções ditas subalternas, forçoso notar que carece a esses o pressuposto lógico da necessária imunização¹⁸². Isso porque, com efeito, tais profissionais da Administração não desempenham funções que dependam da proteção frente a investidas arbitrárias de superiores hierárquicos. Importante ressaltar que os considerados aqui subalternos não são necessariamente todos aqueles que possuem funções abaixo dos demais: é possível que um servidor que desempenhe atividades tidas como de menor hierarquia dependa da devida imunização. Suponhamos o caso de um agente público que tem o dever de perfurar e juntar as folhas aos autos de um processo administrativos. É possível que esse sofra pressões para se desfazer de alguma parte importante do documento. Neste sentido, não obstante não

¹⁸² Não obstante defendamos tal posição, é imprescindível citar a valiosa doutrina do professor Márcio Cammarosano em sentido oposto: “Ora, essa garantia de neutralidade e impessoalidade da administração não se pode restringir aos que exerçam o poder extroverso, de que fala Alessi. Não raras vezes, a execução material de atos ou decisões também se agride a ordem jurídica mediante abusos de toda sorte. E execuções materiais de atos administrativos são fatos administrativos, juridicamente relevantes - fatos jurídicos, portanto -, pelos quais responde até mesmo objetivamente o próprio Estado. Atividades materiais da administração, ainda que atribuídas a pessoal subalterno, também se prestam, enfim, a servir de instrumentos de favoritismos e perseguições, razão pela qual entendemos que o regime próprio dos cargos públicos a servidores subalternos também é obrigatório aplicar, objetivamente, em última análise, resguardar os direitos dos administrados” (CAMMAROSANO, Márcio. Servidores Públicos. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 182).

desempenhe funções de alto escalão, esse servidor também precisa de salvaguardas para o bom desempenho de suas funções.

Segundo o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, poderia eventualmente, a lei estabelecer o emprego a essas funções nas quais “mesmo desempenhadas sem as garantias específicas do regime de cargo - não comprometeriam os objetivos (já referidos) em vista do que se impõe o regime de cargo como sendo o normal, o prevalente¹⁸³”. Neste sentido, corresponderiam à prestação de serviços materiais, “próprios dos serventes, motoristas, artífices, jardineiros ou mesmo de mecanógrafos, digitadores etc.¹⁸⁴”. Não obstante possível, esse não é, todavia, o regime desejável, vez que “o vínculo contratual é incompatível com a falta de *liberdade* própria da situação de função pública¹⁸⁵”.

1.4.2.4 Servidores temporários

Além das situações acima apontadas, a Constituição da República, em seu art. 37, IX, prevê a admissão de servidores temporários, para os quais a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Esses servidores serão admitidos por meio de processo seletivo simplificado, que não se confunde com o concurso público. Não obstante, conforme ensina Rafael Carvalho Rezende de Oliveira¹⁸⁶, isso não quer dizer que a Administração Pública possa contratar livremente tais agentes. Isso porque, ainda que inaplicável a regra do concurso público, a contratação deve respeitar os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, concretizados na seleção em questão.

Acerca da situação fática habilitadora de tais admissões, segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha, essas somente podem ocorrer quando haja, “eventualmente, necessidade temporária que não impõe, pela sua provisoriedade, a existência de cargos, mas que importa em imprescindibilidade de desempenho¹⁸⁷”, ressalvando que “a excepcionalidade não está na

¹⁸³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 219.

¹⁸⁴ Idem, *ibidem*.

¹⁸⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio *et al.* (Coord.). *Direito Administrativo e Liberdade – Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 641-687.

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 683.

¹⁸⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 241.

singularidade da atividade ou no seu contingenciamento, mas na imprevista, porém imprescindível, prestação, que impõe que o interesse tenha de ser atendido, ainda que em circunstância excepcional¹⁸⁸”. Gustavo Alexandre Magalhães destaca que “pela sistemática da Constituição atual, a contratação de agentes públicos para prestar serviços técnicos especializados, em caráter não efetivo, pressupõe a transitoriedade do vínculo e a excepcionalidade do interesse público¹⁸⁹”. Já Wallace Paiva Martins Junior, ao comentar a Lei nº 8.745/93, que rege as contratações temporárias na esfera federal, destaca que “não se trata de qualquer necessidade, nem de genérico interesse público, senão daquela portadora de transitoriedade e deste radicado na excepcionalidade¹⁹⁰”. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal¹⁹¹ fixou que a natureza permanente de algumas atividades públicas não afasta, de plano, a autorização constitucional para contratar servidores destinados a suprir demanda eventual ou passageira, de maneira que necessidade circunstancial agregada ao excepcional interesse público na prestação do serviço para o qual a contratação se afigura premente autorizaria a contratação nos moldes do art. 37, inc. IX, da Constituição da República. Dessa maneira, decidiu que a contratação destinada a atividade essencial e permanente do Estado não conduz, por si, à invalidade do ato.

Numa primeira análise, entendemos que a excepcionalidade que autoriza a contratação temporária reside na própria atividade. Ou seja, apenas funções dotadas de intermitência habilitariam, em primeiro momento, esse tipo de contratação. São situações em que, dada a sua transitoriedade, não haveria a necessidade de provimento de cargos permanentes, sendo que, em determinado momento, tendo em vista excepcional interesse público restou necessário o ingresso de servidores¹⁹². No entanto, existem situações em que a realidade dos fatos se impõe, de modo a se fazer necessária uma segunda análise desse fenômeno jurídico. Seria o caso, por

¹⁸⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 244.

¹⁸⁹ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Contratação temporária por excepcional interesse público – Aspectos polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 18.

¹⁹⁰ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Contratação por prazo determinado – Comentários à Lei nº 8.745/93*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 4.

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3247 MA. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Governador do Estado do Maranhão e Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 18 de abril de 2014. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2227233>>. Acesso em: 10 mai. 2022.

¹⁹² Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho: “Depois, temos o pressuposto da transitoriedade da função: a necessidade desses servidores deve ser sempre temporária. Se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes. Está, por isso, descartada a admissão de servidores temporários para o exercício das funções permanentes; se tal ocorrer, porém, haverá indistigável simulação, e a admissão será inteiramente inválida” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 552-553).

exemplo, de uma pandemia que causasse uma explosão de demanda nos hospitais públicos de determinado Município. Nesse caso, não faria sentido impor à população a espera do trâmite de um concurso público, ressaltando-se que passada a situação pandêmica, aquela demanda voltaria aos patamares anteriores. Em casos como esse, de excepcional interesse público, justifica-se a contratação temporária, ainda que para funções permanentes. Dessa maneira, entendemos que o escopo da norma é um tanto mais amplo do que a literalidade do dispositivo poderia insinuar numa primeira leitura. Sobre a referida excepcionalidade, frisamos que ela se expressa em situações dotadas de eventualidade e relevância¹⁹³, a exemplo dos estados de calamidade, quando não seria razoável aguardar todo o trâmite de um concurso público para a contratação de servidores, os quais, por sua vez, provavelmente se veriam esvaziados de funções com o término do lapso calamitoso. Assim, “a excepcionalidade do interesse público corresponde à excepcionalidade do próprio regime especial¹⁹⁴”.

No entanto, o fenômeno em questão também pode ser analisado sob outros prismas. Existe, por exemplo, a possibilidade de determinado Município realizar concurso público para o provimento do cargo de médico, mas não apareçam interessados. Em situações como essa, a excepcionalidade reside na própria necessidade de continuidade dos serviços públicos. Assim, comprovada a ausência de interessados, far-se-ia justificável a contratação de servidores temporários, *provisoriamente* (eis aqui o sentido do instituto), até que aquelas funções fossem providas. Isso não se confunde, por óbvio, com a formalização de contratações temporárias de maneira arbitrária, como subterfúgio para a não realização de concursos públicos.

Não obstante, podem existir óbices de outra natureza, tal como registrado pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2229/ES¹⁹⁵, na qual o Pretório Excelso declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei nº 6.094, de 20 de janeiro de 2000, do estado do Espírito Santo, que autorizava a contratação temporária de

¹⁹³ Sobre o conceito de excepcionalidade, leciona Márcio Cammarosano: “Excepcional, anômala, portanto, há de ser a situação. Se a situação for excepcional, a necessidade será também de excepcional interesse público, ainda que não direta e indiretamente referida a prestação de serviços de mais relevante natureza, como são os denominados serviços essenciais. A necessidade é de excepcional interesse público quando for premente, imperiosa para que determinado serviço funcione em condições satisfatórias mínimas, seja ele essencial ou não” (CAMMAROSANO, Márcio. Servidores Públicos. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 196).

¹⁹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 553.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2229/ES. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Governador do Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 09 de junho de 2004. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1827801>>. Acesso em: 06 set. 2022).

Defensores Públicos, sem a previsão de concurso público. Dentre os fundamentos para o ajuizamento da ação, sustentou o requerente, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que as atividades de defensor público não poderiam ser realizadas por servidores temporários despidos de um mínimo de garantias. O pedido foi acolhido, decidindo o relator, Ministro Carlos Velloso, que a Defensoria Pública, como órgão permanente, não admitiria o desempenho de suas atividades por defensores contratados de forma precária. Caberia ao Estado, assim, organizar sua Defensoria racionalmente, provendo seus cargos por meio de concurso público. A reflexão que extraímos de tal julgado opera no sentido de que, não obstante a excepcionalidade da situação, existem certas funções que não podem ser exercidas em caráter temporário, pelos fundamentos já destacados no item 1.4.1 deste trabalho (a necessidade de um rol completo de prerrogativas para o bom exercício das funções). Assim, não se mostra admissível a contratação temporária para o exercício, por exemplo, do múnus típico de magistrados ou membros do Ministério Público (o que não impediria eventual credenciamento para o exercício de atividades auxiliares). Eis, portanto, mais um óbice às contratações temporárias.

Ressalvadas nossas divergências acima expostas, a doutrina aponta como requisitos para a contratação temporária, a existência de lei regulamentadora com a previsão dos casos de contratação temporária, o prazo determinado, a necessidade temporária e a excepcionalidade do interesse público¹⁹⁶. A contratação de ditos servidores se dará com base na legislação de cada entidade federativa¹⁹⁷, sendo tratada, em âmbito federal, pela Lei nº 8.745/93, que dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências. Segundo esse diploma, considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público a assistência a situações de calamidade pública, assistência a emergências em saúde pública, realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, dentre outras.

¹⁹⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 683.

¹⁹⁷ Acerca da necessidade da legislação específica de cada ente, ensina Wallace Paiva Martins Junior: “Os demais entes federativos (Estados, Distrito Federal e Municípios) devem ter suas próprias leis de regência da matéria, na conformidade do disposto no art. 37, IX, da Constituição Federal de 1988, não lhes sendo lícito o emprego ou a adoção da Lei nº 8.745/93, cujo âmbito de aplicação é restrito a União. De fato, por se tratar de assunto pertencente à autonomia administrativa de cada ente federativo, Estados, Distrito Federal e Municípios devem editar suas próprias leis” (MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Contratação por prazo determinado – Comentários à Lei nº 8.745/93*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3).

Sobre a determinação do prazo, a própria literalidade do texto constitucional a impõe, de modo que referidas contratações não poderão ser firmadas a termo indeterminado, sendo necessário, portanto, o estabelecimento do advento final. A título ilustrativo, a lei federal fixa lapsos diferenciados a depender da atividade desempenhada, determinando, por exemplo, o prazo máximo de 06 (seis) meses para as contratações referentes a assistência a situações de calamidade pública e de 01 (um) ano para a realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, “o tempo máximo do contrato deve ser previsto, ou tem de ser expressa, pelo menos, a situação cuja pendência impõe a sua continuação¹⁹⁸”. Gustavo Alexandre Magalhães pondera que, “quanto à fixação do prazo contratual, é importante destacar que o fato de o Poder Legislativo estabelecer limites máximos não quer dizer que o administrador poderá contratar sempre pelo período mais longo¹⁹⁹”. Concordamos com este, eis que os prazos máximos são apenas formas de garantir a temporariedade. No entanto, isso não significa que o administrador deva utilizá-los de forma ampla e infundada. Insubsistente a razão de excepcional interesse público que levou à contratação temporária, carece o ato de motivo, devendo ser retirado do mudo jurídico.

Outrossim, importante tratar dos limites à discricionariedade do legislador para fixar os prazos para contratações temporárias. É notório que o texto constitucional reservou ao Poder Legislativo a prerrogativa de estabelecer os lapsos em questão, conforme a sua conveniência e oportunidade. No entanto, é preciso atentar, por outro lado, para o atendimento a alguma razoabilidade nesse intento. Nesses termos, não se mostra razoável a fixação de prazos deveras extensos, que ultrapassem o lapso normalmente utilizado de até 02 (dois) anos, admitida a prorrogação em caso de persistência da situação que justificou a contratação. Pela fixação de prazos máximos mais exíguos, evita-se transformar o provisório em permanente, com burla à regra do concurso público. Nesses termos, lembramos que, quanto mais extensos os prazos, mais a regra do concurso público resta mitigada. Como se trata de situação excepcional, torna-se imperiosa a fixação de prazos legislativos mais curtos para que, a cada ato de análise da necessidade de prorrogação, o administrador possa verificar se a situação que justificou aquela contratação temporária persiste (sem prejuízo, obviamente, do auditamento dia a dia do arcabouço fático). Assim, análises periódicas garantem a imposição de verificação do contorno

¹⁹⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 243.

¹⁹⁹ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Contratação temporária por excepcional interesse público – Aspectos polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 132.

fático-jurídico com maior frequência, evitando que o motivo venha a se exaurir, mas a contratação se prolongue no tempo.

Por fim, é importante registrar que as contratações temporárias são muitas vezes utilizadas na pragmática brasileira como formas de burlar a regra do concurso público. Neste sentido, servidores são contratados a esmo e seus vínculos são sucessivamente renovados, transformando em permanentes funções que deveriam ser temporárias. Tais situações não são albergadas pelo Direito. Não obstante, acerca das verbas devida aos servidores submetidos a essa situação, interessante mencionar decisão do Supremo Tribunal Federal, na qual a Suprema Corte negou a servidores temporários o pagamento de férias e décimo terceiro salário, condicionando isso à previsão legal ou contratual²⁰⁰. No entanto, decidiu que, tratando-se de notório desvirtuamento da finalidade da contratação temporária, haveria o reconhecimento do direito ao 13º salário e às férias remuneradas, acrescidas do terço. Esse posicionamento diverge daquele tradicionalmente adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho que, diante da nulidade do vínculo empregatício, reconhecia ao empregado admitido sem concurso público apenas o pagamento de saldo de salários e FGTS, nos termos da Súmula nº 363 do TST²⁰¹. Neste caso, adotamos linha semelhante à do Supremo Tribunal Federal para afirmar que, aos servidores contratados irregularmente por meio da prorrogação de contratos temporários, são devidos, além do saldo de salários e FGTS, as verbas insculpidas no art. 7º da Constituição da República.

No que tange à natureza jurídica do vínculo dos agentes temporários, há certa divergência. Segundo Fabrício Motta²⁰², o elo desses servidores “não é propriamente trabalhista nem estatutário, já que o regime jurídico é caracterizado pela lei de cada entidade federativa”. Já Cármen Lúcia Antunes Rocha leciona que a relação funcional dos servidores contratados sob essa alcunha será estabelecida na lei específica, sendo que “seja qual for o conjunto de direitos, deveres e responsabilidades firmadas legalmente para as partes, será aquela sempre uma relação de direito público, firmando-se nos princípios e regras do direito administrativo²⁰³”. Em sentido

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1066677 MG. Recorrente: Estado de Minas Gerais. Recorrido: Beatriz Saleh da Cunha. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 1º de julho de 2020. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5240485> >. Acesso em: 10 mai. 2022.

²⁰¹ Súmula nº 363 do TST. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

²⁰² MOTTA, Fabrício. Contratação temporária por excepcional interesse público. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores públicos na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 92.

²⁰³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 245.

distinto, Celso Antônio Bandeira de Mello inclui esses servidores dentre os empregados públicos, os quais seriam “contratados, nos termos do art. 37, IX, da Constituição, sob o vínculo trabalhista, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, sob regime jurídico específico previsto na Lei 8.745, de 9.12.1993²⁰⁴²⁰⁵”. Entendemos que referido vínculo poderá se dar pela forma jurídico-institucional ou celetista, a depender da legislação de regência. De qualquer forma, esses serão uma subespécie de servidor público da Administração Direta, autarquias e fundações de direito públicos, Poder Judiciário e esfera administrativa do Poder Legislativo, com forma específica de ingresso e temporariedade, admitida apenas excepcionalmente, em situações de “necessidade temporária de excepcional interesse público”. Caso sejam celetistas, haverá uma faceta contratual sustentada por todo um regime jurídico próprio subjacente, o regime jurídico administrativo. Não obstante, conforme ressaltado acima, apesar, em tese, de possível, o vínculo celetista não é o mais desejável.

Por derradeiro, lembramos que o Supremo Tribunal Federal definiu ser da Justiça Comum a competência para processar e julgar as ações ajuizadas por servidores contratados sob essa alcunha, por considerar que o vínculo referente a eles seria jurídico-institucional, não se confundindo, pois, nem com o trabalhista nem com o estatutário²⁰⁶. Seria, portanto, uma

²⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 207-208.

²⁰⁵ Registramos também o posicionamento do professor Márcio Cammarosano, que, no mesmo sentido, afirma ser o regime desses servidores necessariamente o trabalhista: “A Constituição vigente não exige que o regime jurídico dos servidores temporários seja estabelecido *em lei especial*. Se assim é, e se o regime dos servidores temporários não pode ser o mesmo dos servidores permanentes, como visto, o regime daqueles só pode ser o trabalhista, já que é de competência privativa da União legislar sobre o direito do trabalho (art. 22, I), entendido este como aquele que disciplina relações de emprego de natureza contratual” (CAMMAROSANO, Márcio. *Servidores Públicos*. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 194).

²⁰⁶ Para melhor elucidação, citamos julgado da Suprema Corte sobre o tema: “A justiça comum é competente para processar e julgar causas em que se discuta a validade de vínculo jurídico-administrativo entre o poder público e servidores temporários. Esse o entendimento do Plenário que, em conclusão e por maioria, deu provimento a agravo regimental e julgou procedente pedido formulado em reclamação ajuizada com o objetivo de suspender ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho perante vara trabalhista. No caso, o “parquet” pretendia a anulação de contratações e de credenciamentos de profissionais – ditos empregados públicos – sem a prévia aprovação em concurso público. Alegava-se afronta ao que decidido pelo STF na ADI 3.395 MC/DF (DJU de 10.11.2006), tendo em conta que o julgamento da lide competiria à justiça comum — v. Informativo 596. O Colegiado asseverou que a orientação firmada na decisão paradigma seria no sentido de competir à justiça comum o julgamento de litígios baseados em contratação temporária para o exercício de função pública, instituída por lei local em vigência antes ou depois da CF/1988. Isso não atrairia a competência da justiça trabalhista a alegação de desvirtuamento do vínculo. Assim, a existência de pedidos fundados na CLT ou no FGTS não descaracterizaria a competência da justiça comum. Por fim, o Tribunal deliberou anular os atos decisórios até então proferidos pela justiça laboral e determinar o envio dos autos da ação civil pública à justiça comum competente. Vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator) e Rosa Weber, que negavam provimento ao agravo”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação n. 4351 PE*. Agravante: Município de Recife. Agravado: Juiz do Trabalho da 4ª Vara do Trabalho de Recife. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli Brasília, Brasília, 11 de

espécie de vínculo jurídico-administrativo, mas que, por óbvio, não se confundiria com o estatutário. Apenas a título de informação, o julgado em tela foi proferido no contexto de Administrações que contratavam servidores com base no art. 37, IX da Constituição, supostamente de modo temporário, mas que renovavam tais contratações por anos a fio. Os servidores acabavam por ajuizar reclamações na Justiça do Trabalho para requerer o reconhecimento de vínculo empregatício, decidindo a Suprema Corte que, não obstante a situação fosse dotada dessas peculiaridades, tais ações deveriam ser julgadas pela Justiça Comum, haja vista a institucionalidade do liame em questão. Em sentido diverso, entendemos que a competência será estabelecida de acordo com o regime previsto na legislação local. Assim, caso a legislação do respectivo ente estabeleça que se trata de admissão temporária pelo vínculo jurídico-estatutário, ainda que haja desvirtuação, será competente a Justiça Comum (federal, caso se trate da União ou suas entidades e estadual, caso de trate de estados e municípios). Não obstante, na hipótese de a legislação prever contratação pela via da CLT, será competente a Justiça do Trabalho.

1.5 Conclusão do capítulo

Conforme demonstrado acima, o vínculo constitucionalmente estabelecido para profissionais da Administração Pública é, regra geral, o estatutário. Não obstante, existem situações excepcionais em que é admissível o ingresso válido de pessoal no Poder Público sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho. No presente capítulo, demonstramos que a jurisprudência pátria aquiesce com esse ingresso em espectro mais amplo do que o paradigma adotado em nossa pesquisa, o qual reputamos fruto de investigação científica conforme o texto constitucional. No entanto, a par das discussões acima trazidas, é assente que o vínculo a ser adotado nas empresas estatais é o celetista, ponto nodal da presente pesquisa. Dada a importância dos entes em questão, esses passam a ser analisados especificamente no próximo capítulo.

novembro de 2015. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2381795>>. Acesso em: 11 out. 2021).

2 AS EMPRESAS ESTATAIS

2.1 Introito

O presente trabalho investiga o regime jurídico dos empregados das empresas estatais. Dessarte, para uma melhor compreensão do tema, faz-se necessário o escrutínio do regime jurídico desses entes, com o fito de verificar as normas e a lógica que os atendem para, num momento posterior, estudar o arcabouço normativo específico referente a seus profissionais. Passemos à análise.

2.2 Domínio público e domínio privado

O âmbito das atividades realizáveis no corpo social pode ser dividido em dois grandes conjuntos: o conjunto de atividades referentes aos particulares, o domínio econômico, e o conjunto de atividades atinentes à Administração Pública, o domínio público, que envolve a execução de obras públicas, o exercício da função pública e a prestação de serviços públicos. É comum que a doutrina identifique genericamente, por sinédoque, as atividades estatais que não sejam atividades econômicas como “serviços públicos¹”. Dada a limitação da presente obra, nos ateremos propriamente aos serviços públicos como espécie, atendo-nos às atividades materiais desempenhadas em cada um dos campos estudados. Assim, esclarecemos que, por consequência, este trabalho terá seu escopo restrito às empresas estatais que prestam serviços públicos propriamente ditos e às empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Não obstante se cogite que as demais empresas estatais que realizam atividade distinta da exploração da atividade econômica possam vir a ter regime muito semelhante àquele incidente sobre prestadoras de serviços públicos em sentido estrito, o corte metodológico em questão se deu em

¹ Neste sentido, Ricardo Marcondes Martins: “Apesar de todos esses textos normativos restringirem a previsão das empresas estatais à exploração da *atividade econômica*, foram criadas dezenas, senão centenas, de entidades para exercer outro tipo de atividade estatal: prestar serviços públicos, executar obras públicas, exercer função pública. O fato teve o apoio de Hely Lopes Meirelles, que defendeu a possibilidade de todas as entidades federativas criarem empresas estatais para prestar serviços públicos; a única restrição seria a ditada pelo princípio da livre-concorrência, pois as empresas estatais não poderiam ser criadas para explorar atividade econômica quando não fosse necessária. Pode-se, assim, dividir as empresas estatais em dois grupos: a) *exploradoras de atividade econômica*; b) e, por *sinédoque*, as *prestadoras de serviço público*, que abrangem não apenas as que prestam serviços públicos, mas as que realizam toda atividade estatal diversa da exploração da atividade econômica” (MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das Empresas Estatais à Luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; (Org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 40).

razão de um paralelismo: a oposição aqui realizada foi feita em função das atividades (materiais) exercidas. Como não serão analisados, de forma minuciosa, o regime das obras públicas ou o exercício do poder de polícia², mostrar-se-ia açodado trazer conclusões nas respectivas searas. Desse modo, foram excluídas da abrangência desta pesquisa o exercício da função pública (empresas estatais que exercem poder de polícia³) e a realização de obras públicas⁴, nos termos adrede delineados.

Fixado isso, destacamos que ao Poder Público incumbe a prestação dos serviços públicos, o que pode se dar de forma direta ou indireta, nos termos do artigo 175 da Constituição da República. Doutra ponta, aos particulares está reservada a exploração da atividade econômica. Referidos campos são decisivos à análise da forma de atuação de cada um desses atores, evidenciando os misteres essenciais ao Estado em contrapartida ao campo reservado à iniciativa privada. Nesse intento, identificaremos primeiramente o conceito de serviço público para, na sequência, analisar sua clivagem em relação às atividades econômicas e as eventuais formas de intervenção do Estado nesse domínio. Para este primeiro momento, registremos apenas que são esses campos profundamente distintos entre si, norteados por valores

² Sobre a noção de polícia administrativa, pertinente mencionar a germinal obra de Otto Mayer, que assim a define: “La noción de policía, que em el derecho actual se libera de todo esto, aparece como la combinación de un fin especial, hacia el cual debe tender esa actividad, con las formas determinadas que le sirven de medios. La policía es la actividad del Estado que tiene por fin la defensa del buen orden de la cosa pública, mediante los recursos del poder de la autoridad, contra las perturbaciones que las existencias individuales pueden ocasionar” (MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Tomo II. Tradução de Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1950, p. 8).

³ Acerca da distinção entre serviço público e poder de polícia, válida a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “A distinção entre serviço público e polícia administrativa, entretanto, é óbvia. Basta atentar para o fato de que um e outra têm sentidos, direcionamentos, antagônicos. Enquanto o serviço público visa a ofertar ao administrado uma utilidade, *ampliando*, assim o seu desfrute de comodidades mediante *prestações* feitas em prol de cada qual, o poder de polícia, inversamente (conquanto para a proteção do interesse de todos), visa a *restringir, limitar, condicionar*, as possibilidades de sua atuação livre, exatamente para que seja possível um bom convívio social. Então, a polícia administrativa constitui-se em uma atividade orientada para a *contenção* dos comportamentos dos administrados, ao passo que o serviço público, muito ao contrário, orienta-se para a *atribuição* aos administrados de comodidades e utilidades materiais” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, pp. 667-668).

⁴ Sobre a distinção entre obras e serviços públicos, pedimos vênias para citar novamente doutrina do professor Celso Antônio Bandeira de Mello: “Obra pública é a construção, reparação, edificação ou ampliação de um imóvel pertencente ou incorporado ao domínio público. Obra pública não é serviço público. De fato, serviço público e obra pública distinguem-se com grande nitidez, como se vê da seguinte comparação: a) a obra é, em si mesma, um produto estático; o serviço é uma atividade, algo dinâmico; b) a obra é uma coisa: o produto cristalizado de uma operação humana; o serviço é a própria operação ensejadora do desfrute; c) a fruição da obra, uma vez realizada, independe de uma prestação, é captada diretamente, salvo quando é apenas o suporte material para a prestação de um serviço; a fruição do serviço é a fruição da própria prestação; assim, depende sempre integralmente dela; d) a obra, para ser executada, não presume a prévia existência de um serviço; o serviço público, normalmente, para se prestado, pressupõe uma obra que lhe constitui o suporte material” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 666).

específicos e lógicas próprias, o que não poderia ser diferente, haja vista a razão de existir de cada um deles.

Pois bem. Acerca do âmbito dos serviços públicos⁵, leciona Dinorá Grotti⁶ que cada povo escolheria o que o instituto abarca em seu sistema jurídico, de maneira que se trata de uma escolha política a indicação de quais atividades serão assim enquadradas, cabendo à Constituição, às leis, à jurisprudência e aos costumes dizer do que se tratam. Ou seja, haveria certa discricionariedade na escolha das atividades consideradas serviços públicos. Já Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que “serviço público, do ponto de vista jurídico, é aquele que se substancia através de regime jurídico especial, instituído pelo Estado no interesse direto dos fins que consagrar como próprios⁷”. Nesses termos, leciona que esse regime institui um regime de exorbitância em favor de uma das partes (o Estado), derogando normas de direito privado⁸. Nos mesmos moldes, estabelece restrições especiais ao desempenho daquela atividade, impondo limitações tanto ao agente que atua em nome do Estado por meio de outorga quanto ao Estado prestador direto. Assim, serviço público, segundo o autor, é um fenômeno normativo, “conquanto seja certo que este lhe é atribuído, como regra quase que geral, ante o reconhecimento de que se trata de uma realidade socialmente identificada como relevante e cujo bom cumprimento demanda que seja assumida pelo Estado como pertinente a si próprio⁹”.

Analisando o fenômeno a partir de outra ótica doutrinária, é possível afirmar que, interpretando o texto constitucional, extrai-se dele um *conceito de serviço público*, o qual, segundo a lição de Ricardo Marcondes Martins aglutinaria quatro traços fundamentais¹⁰: a) são atividades de titularidade estatal; b) são atividades materiais, de maneira que não se confundem

⁵ A título de registro, lembramos a doutrina de Eros Roberto Grau, que considera as atividades econômicas um gênero, do qual os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito seriam espécies. Conforme exposto no decorrer do texto, não adotamos referida concepção, por considerarmos que os campos em oposição mais possuem diferenças do que semelhanças, não pertencendo ao mesmo gênero, mas a gêneros distintos. De qualquer modo, dada a importância da obra, segue a citação do autor: “Salientei, no próprio texto, o fato de no trecho aqui transcrito, utilizar-me da expressão *atividade econômica* em distintos sentidos: ‘Ao afirmar que *serviço público* é tipo de *atividade econômica*, a ela atribuí a significação de gênero no qual se inclui a *espécie*, *serviço público*. ‘Ao afirmar que o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado, a ela atribuí a significação de *espécie*’. Daí a verificação de que o *gênero* – *atividade econômica* – compreende duas *espécies*: o *serviço público* e a *atividade econômica*”. (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 94).

⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017, p.18.

⁸ Idem, *ibidem*.

⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 201-211.

com a função pública, entendida esta como atividade *normativa*, atinente à concretização de princípios constitucionais, cuja delegação, diferentemente dos serviços públicos, é, como regra, vedada; c) são, por definição, *uti singuli*¹¹, de maneira que todo serviço público pode ser objeto de outorga aos particulares, o que se dará na forma de concessão ou permissão; d) os serviços públicos possuem um elemento substancial, ou seja, são revestidos de “imprescindibilidade, necessidade ou utilidade”, referindo-se essas características não à atividade em si (no limite, toda atividade econômica, em maior ou menor grau, é útil à sociedade), mas à prestação pelo Estado¹². Para efeitos desta pesquisa, consideramos que serviços públicos são as atividades dotadas dos caracteres conforme trazidos na doutrina do professor Ricardo Marcondes Martins.

Dos traços acima apontados, um aspecto merece ser ressaltado para fins desta exposição. Conforme adrede delineado, ao Estado cumpre a prestação dos serviços públicos, o que, no entanto, pode se dar de maneira direta ou indireta, conforme a literalidade do artigo 175 da Constituição da República que estabelece incumbir ao Poder Público, na forma da lei, *diretamente ou sob regime de concessão ou permissão*, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. A partir dessa redação, vislumbramos a possibilidade de particulares prestarem serviços públicos. Isso, todavia, não ocorre de maneira livre, de sorte que esses (particulares que desejam prestar serviços públicos) carecerão de outorga especial para o exercício de referidas atividades, consistente em uma concessão ou uma permissão. Tal imposição respeita uma lógica que se coaduna com as afirmações formuladas acima: serviços públicos são de domínio estatal, de modo que, caso o particular queira se imiscuir naquela seara, deverá gozar de outorga específica. Apenas após esse franqueamento do Poder Público é que o particular poderá desempenhar referidas atividades, as quais, ressaltamos, não lhe são típicas, encontrando-se, como tais, fora de seu domínio.

¹¹ Em relação a esta característica, reconhecemos que considerável parcela da doutrina considera a possibilidade de serviços públicos *uti universi*. É o caso, por exemplo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que aduz poderem ser os serviços públicos classificados em *uti singuli*, aqueles de que “têm por finalidade a satisfação individual e direta das necessidades dos cidadãos”, ou *uti universi*, serviços “prestados à coletividade, mas usufruídos apenas indiretamente pelos indivíduos” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 148). Discordamos de referida classificação por considerar que é da própria conceituação de serviço público a sua possibilidade de outorga. Por meio dessa outorga, o concessionário ou permissionário prestará o serviço e será remunerado em razão da respectiva prestação. Ora, ele só poderá ser remunerado se conseguir individualizar a prestação. Em sendo uma prestação genérica, tal não será possível. Sendo assim, como é essencial ao conceito de serviço público a sua possibilidade de concessão ou permissão e se é da essencialidade do conceito de concessão ou permissão a remuneração do concessionário ou delegatário, forçoso concluir que só pode ser considerado serviço público aquilo que pode ser individualizado, de maneira que apenas atividades *uti singuli* podem ser consideradas como tal.

¹² MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, p. 284.

Em contrapartida, a atividade econômica diz respeito à prestação de atividades materiais, ou seja, ao fornecimento de comodidades e utilidades¹³, mas sob a observância de uma tônica específica: os particulares, senhores desse campo, desempenham suas funções sob a égide da liberdade, de maneira que “a princípio, toda decisão sobre ela é definida pelo livre-arbítrio¹⁴”, cabendo ao próprio indivíduo “decidir se vai explorá-la, como, quando e onde vai fazê-lo, se vai exigir alguma contraprestação por ela e, se for, quanto vai exigir para explorá-la¹⁵”. Neste diapasão, asseveramos que, em sentido diametralmente oposto àquele estabelecido para os serviços públicos, as atividades econômicas dizem respeito a comodidades e utilidades que *não foram reservadas à esfera estatal*, deixadas livres à exploração pelos particulares, com a ressalva apenas das hipóteses discriminadas no art. 177 da Constituição Federal, cuja exploração é reservada à União¹⁶. Não obstante, é possível que, em situações específicas, o Poder Público se veja impelido a explorar referidas atividades. Essas situações foram previstas pelo constituinte originário, que assentiu com a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei, nos termos do artigo 173 da Constituição da República.

O quanto acima exposto nos fornece uma premissa: em situações específicas, a Administração Pública pode atuar diretamente no domínio econômico. No entanto, essa atuação não se dará por meio das pessoas jurídicas tradicionais, típicas do regime jurídico administrativo, tais como as autarquias e fundações públicas. Para tal intervenção, o ente público dispõe de veículos peculiares, as empresas estatais. Isso porque, quando ingressante no domínio econômico, a atuação estatal se dará ao lado dos particulares, de sorte que, a fim de evitar a concorrência desleal ou qualquer tipo de vantagem indevida em detrimento dos senhores daquele campo ou quando a forma pública puder inviabilizar a própria atividade, o constituinte originário previu a submissão (parcial) do Estado a regras do direito privado, sendo esses os dois critérios racionais que devem ser respeitados para referida utilização¹⁷. *A contrario sensu*, sempre que esses fundamentos se mostrarem ausentes, deve incidir integralmente o

¹³ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 175.

¹⁴ Idem, *ibidem*.

¹⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁶ Eis a redação do dispositivo referenciado: “Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento”.

¹⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no direito administrativo. *Interesse Público (IP)*, Belo Horizonte, ano 15, n. 80, p. 83-124, jul-ago. 2013, p. 101-102.

regime jurídico de direito público. Qualquer guinada da Administração às regras de direito privado fora dessas balizas (evitar concorrência desleal ou inviabilização da atividade) representará uma violação às regras e princípios de direito público.

Diante disso, resta justificada a criação de empresas estatais, objeto de estudo do presente capítulo. Não obstante, sabendo que as afirmações acima delineadas comportam certo ônus argumentativo, esclarecemos que as discussões acerca de direito público e direito privado serão retomadas na sequência, sendo o quanto acima exposto o suficiente, por ora, para fundamentar a utilização de empresas estatais.

2.3 Subsidiariedade e intervenção estatal na ordem econômica

No tópico acima, foi afirmado que ao Estado foi permitido intervir diretamente no campo econômico quando satisfeitos determinados requisitos. No entanto, essa espécie de intervenção pode estar inserida num contexto mais amplo¹⁸, de regulação da atividade econômica, de modo que se faz necessário um breve aparte sobre o tema.

Primeiro, é preciso destacar que a liberdade econômica é um princípio constitucionalmente consagrado, de modo que as restrições a ela impostas devem estar baseadas em valores constitucionais (expressos ou implícitos) e concretizadas por meio de regras constitucionais e legislativas. Para explicar esse ponto, nos valem da lição de Ricardo Marcondes Martins¹⁹, que lembra inicialmente o fato de que a escolha do agente público nunca é livre²⁰, devendo ele selecionar a alternativa considerada por ele aquela que melhor atenda ao

¹⁸ Sobre o contexto de intervenção do Estado no domínio econômico, lembramos: “Independente do uso dos termos, a intervenção ou a atuação do Estado na economia, seara destinada à iniciativa privada, é permitida apenas em casos específicos. O art. 173 da Constituição estabelece as hipóteses em que é possível a exploração direta da atividade econômica pelo Estado. O art. 174 dispõe sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. E o art. 175 define que a prestação de serviços cabe ao Poder Público” (TONIN, Mayara Gasparoto. *Sociedades de economia mista e acionistas minoritários*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 28).

¹⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 240.

²⁰ Sobre essa dualidade, válida a doutrina de Luiz Augusto da Silva: “A atuação privada na economia – atuação dos particulares, portanto – possui assento de legitimidade constitucional *a priori*, eis que decorre de um *direito fundamental*: a livre-iniciativa. Livre-iniciativa é a manifestação no domínio econômico do direito fundamental à liberdade: liberdade de ‘comércio e indústria’, mas também liberdade para empreender e trabalhar segundo seus próprios desígnios, independentemente de qualquer autorização do Poder Público (salvo aquelas previstas em lei – art. 170, parágrafo único, CF). Enquanto tal, é titularizada pelas *pessoas privadas*; possui valor *em si mesma* – sem desconsiderar, é claro, as consequências socialmente desejáveis que advêm de seu exercício (pode-se pensar aqui em termos de *valor constitutivo* e *valores instrumentais* da liberdade no campo econômico). O Estado, ao contrário, não ocupa situação jurídica de liberdade: ele exerce determinadas *funções* que lhe são cometidas pelo ordenamento jurídico. [...] Por isso, a intervenção econômica estatal – já

interesse público. Em contraste, a escolha dos particulares funciona de maneira diversa, vez que, na sua esfera de liberdade, eles escolhem como quiserem (são livres para escolher). Ressalva o autor que essa esfera pode ser restringida, mas exige prévia *ponderação no plano abstrato*, ou do próprio constituinte ou do legislador. Não obstante, hodiernamente essa premissa admite exceções, tal como a necessidade de respeito aos direitos fundamentais, o que pode ser imposto diretamente a partir da Constituição. De qualquer sorte, reconhece-se uma zona livre (que não é absoluta), mas cuja restrição deve ser materialmente necessária à tutela de um valor constitucional expresso ou implícito, consagrado em norma legal ou constitucional.

Doutra ponta, a atuação estatal em campo econômico é norteada, segundo parcela significativa da doutrina, pelo chamado princípio da subsidiariedade. Conforme leciona Sílvio Luís Ferreira da Rocha²¹, esse princípio busca consagrar uma posição intermediária ao Estado no que tange à economia, entre a intervenção total e a mínima. A sua concepção moderna nasceu com a Doutrina Social da Igreja Católica, encontrando seu melhor enunciado na Encíclica *Quadragesimo Anno*, segundo a qual a sociedade deveria se reger subsidiariamente partir de núcleos, começando pelas famílias, passando pelas associações, delas aos sindicatos e, por fim, ao Estado. Desse modo apenas quando um núcleo não conseguisse solucionar as suas necessidades, deveria o ente superior intervir. Assim, o chamado Estado Subsidiário foi pensado como uma alternativa ao Estado de Bem-Estar Social. Alexandre dos Santos de Aragão ensina que o princípio em questão consagra a ideia de que “o Estado deve atuar em relação à economia apenas quando a iniciativa privada não estiver sendo capaz de atender satisfatoriamente os interesses sociais ligados a determinada atividade econômica, sendo ilegítima e inconstitucional a incursão do Estado sem que haja essa necessidade²²”. Esse princípio, no entanto, carece de uma interpretação consentânea com o texto constitucional, conforme fazemos na sequência.

Reconhecemos que, de fato, existe um espaço para a atuação estatal no domínio econômico e que essa se dá de maneira excepcional, mas não necessariamente subsidiária. Com efeito, uma das formas pelas quais o Estado poderá interferir na atividade econômica (mas não

permitindo o uso do verbo ‘intervir’ – exige invariavelmente uma *justificação finalística*. Deve atender a algum propósito de interesse público, tal como estipulado pelo direito positivo” (DA SILVA, Luiz Augusto. *Empresa estatal e regulação: a atuação empresarial do Estado com objetivos regulatórios*. Curitiba: CRV, 2019, pp. 30-31).

²¹ DA ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 13-14.

²² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da subsidiariedade: potencialidades e limites. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 45-55, mar./ abr. 2017.

a única, ressalte-se²³) é pela atividade regulatória. Assim, à Administração Pública caberá realizar referida intervenção seja para garantir a eficiente alocação de recursos, com o fito de corrigir as chamadas falhas de mercado, como também para garantir uma *justa* alocação de recursos. Conforme leciona Ricardo Marcondes Martins²⁴, a regulação também é indispensável (até de forma mais enfática) se os agentes econômicos não conseguem, por eles mesmos, obter um mercado justo e eficiente, situação em que o Estado deve aparecer como “soldado de reserva”. Essa atuação se relaciona diretamente com a Ordem Econômica fixada na Constituição Cidadã, orientada para alcançar os objetivos estabelecidos para a República Federativa do Brasil, notadamente construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Assim, é imposta a regulação estatal não apenas quando a concorrência estiver sendo praticada de maneira predatória, quando houver aumento arbitrário dos lucros ou concentração injusta de mercados, mas também quando a atividade econômica estiver distante daquela idealizada pelo constituinte originário.

Por derradeiro, acerca da intervenção do Estado na ordem econômica, rememoramos a lição de Eros Roberto Grau²⁵, segundo a qual essa pode se dar: a) por absorção²⁶ ou participação; b) por direção ou; c) por indução. No primeiro caso, o Estado atua como agente econômico, podendo fazê-lo por absorção, quando detém o monopólio de determinado setor ou

²³ É importante notar que o Estado pode explorar atividades econômicas para fins regulatórios ou não regulatórios, sendo que, neste último caso, não se submete à subsidiariedade. Vejamos a doutrina: “Como já afirmado, diante da existência de dispositivos constitucionais autônomos, arts. 173 e 174, a exploração da atividade econômica pelo Estado pode se dar para fins regulatórios ou não regulatórios – em ambas as hipóteses deve estar presente um dos motivos constitucionais, o imperativo de segurança nacional ou o relevante interesse coletivo. A exploração direta como meio regulatório é sempre subsidiária: se os agentes econômicos, por exemplo, não suprimem suficientemente o mercado com determinado produto considerado relevante para a sociedade, pode caracterizar-se a necessidade de exploração direta pelo Estado” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 271).

²⁴ Idem, p. 240.

²⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 132-133.

²⁶ Acerca dessa classificação, é preciso fazer uma ressalva para destacar que, após a Constituição de 1988, já não mais se admite a regulação por absorção. Isso porque o fenômeno em tela envolveria a instituição infraconstitucional de monopólios, o que não é admitido, segundo a redação do art. 177 da Constituição da República. Neste sentido, Ricardo Marcondes Martins: “Era corrente nas Constituições brasileiras a prerrogativa de o legislador instituir monopólios estatais. Tratava-se de intervenção no domínio econômico por absorção. Na Constituição de 1988, afastando-se da tradição constitucional, a norma de competência não foi inserida. Foi, então, revogada, pois o fenômeno da *desconstitucionalização* só ocorre se houver norma expressa no texto, é instituto estranho ao Direito Brasileiro. Mais que isso, o assunto foi disciplinado de modo diferente: o art. 177 discrimina quais são os *monopólios da União*. Pela interpretação *a contrario* (supra, I/7), somente as atividades discriminadas pertencem à classe dos monopólios estatais. Ao discriminar expressamente as atividades que constituem monopólios da União e não inserir no texto norma similar à constante dos textos anteriores, o resultado foi claro: a enumeração é *números clausus*, e é vedado ao legislador instituir novos monopólios” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação Administrativa à Luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 324-325).

por participação, quando agiria em competição em relação aos particulares. No entanto, segundo o autor, apenas nos últimos dois casos o Estado agiria como um regulador. Quando o faz por direção, exerce pressão sobre a economia, “estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório²⁷”. Já na atuação por indução, ele “manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados²⁸”. Doutra ponta, segundo Ricardo Marcondes Martins, a regulação da economia pelo Poder Público poderá se dar de três modos: a) por ordenação, consistente na “restrição, concretizada pela atuação da Administração Pública, do *direito fundamental à livre iniciativa econômica*²⁹” consubstanciada, sobretudo, no direito antitruste; b) por fomento, quando o Poder Público “não obsta a realização de uma conduta, mas a incentiva ou desestimula³⁰” ou; c) por exploração direta (ou por participação)³¹, consistente na exploração da atividade econômica por meio de empresas estatais. Consideramos que a exploração direta também é uma forma regulatória.

Fixadas essas premissas, destacamos que o tema das empresas estatais é central para o presente capítulo de modo que seus contornos passam a ser expostos de maneira detida a seguir. Neste momento, cabe apenas uma ressalva: a exploração direta da atividade econômica pelo estado pode se dar com fins regulatórios ou não, mas sempre deve atender aos ditames constitucionais, que impõem a presença de relevante interesse coletivo ou imperativos de segurança nacional para tanto. Referidos requisitos serão investigados com maior atenção na sequência e interpretados à luz do arcabouço axiológico constitucional.

2.4 Escorço histórico das empresas estatais no Brasil

Num primeiro momento histórico, conforme expõem Irene Nohara e Alessandro Octaviani, “a relação entre Estado e mercado, entre política e economia, que caracterizam o Estado capitalista, tem em Portugal uma de suas mais antigas e competentes expressões³²”. O fenômeno, todavia, não se resumiu ao estado português. Nesse período germinal, é possível identificar empreendimentos estatais oriundos de outras nações europeias, a exemplo da

²⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 133.

²⁸ Idem, ibidem.

²⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 241.

³⁰ Idem, p. 262.

³¹ Idem, p. 268.

³² OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 44-45.

Companhia das Índias Ocidentais e da Companhia das Índias Orientais (de origem holandesa), utilizados como instrumentos propulsores do desenvolvimento e expansionismo daquelas cortes, sobretudo no período das Grandes Navegações, sem os quais as grandes empreitadas da época não poderiam ter sido realizadas³³.

No entanto, especificamente no que se refere ao Brasil e suas estatais, apenas com a vinda da família real, em 1808, é que tem início um processo de desenvolvimento e de preocupação com uma agenda de soberania econômica³⁴, no que se destacam a fundação na então colônia portuguesa do Banco do Brasil³⁵, em 1808, e da Caixa Econômica Federal (fundada com o nome de Caixa Econômica da Corte), em 1861³⁶. Posteriormente, mais precisamente a partir da Revolução de 1930, “há um salto de qualidade consciência e eficácia na atuação do Estado rumo à construção da soberania econômica, que encontra nas empresas estatais uma de suas expressões mais significativas³⁷”. Conforme aponta Mario Engler Pinto Junior, “o ativismo do Estado brasileiro no campo econômico adquire dimensão mais ampla e estruturada a partir da década de 40³⁸”, eis que “a Carta Política de 1937 preservou as linhas nacionalista e intervencionista que já transpareciam nas Constituições anteriores³⁹”. A partir da Ditadura Militar, em 1964, persiste a utilização das estatais no Brasil, caracterizando-se esse momento histórico “por uma forte regressão social, mas as estatais continuaram a ser utilizadas no processo de *modernização conservadora* da economia, construindo a infraestrutura basilar

³³ Neste sentido, Gabriel Costa Pinheiro Chagas: “A existência das chamadas empresas estatais, ou ao menos com investimento majoritariamente estatal, está diretamente atrelada ao desenvolvimento econômico brasileiro e de toda a Europa, porquanto configuraram instrumento essencial para o expansionismo econômico e colonial daquele continente durante a chamada Era dos Descobrimentos e Grandes Navegações, em que as Cortes europeias valeram-se das sociedades empresariais que criaram – como a Companhia das Índias Orientais e Ocidentais, que durante o século CVII detiveram o monopólio da coroa holandesa – para expandir suas respectivas áreas de comércio e fronteiras, à medida que os investimentos nas suas companhias de navegação, conquistas e exploração de novos territórios aumentavam e geravam resultados não apenas ao Estado investidor como aos sócios privados”. (CHAGAS, Gabriel Costa Pinheiro. *A discricionariedade administrativa nas empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 51)

³⁴ OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 46.

³⁵ Sobre a criação do Banco do Brasil, lembramos a doutrina de Mario Engler Pinto Junior: “A primeira experiência brasileira com a utilização da sociedade por ações para atender finalidades estatais remonta à criação do Banco do Brasil em 1808, cujo controle acionário pertencia à Coroa Portuguesa, sendo permitida a participação minoritária de acionistas privados. Tratou-se, porém, de episódio isolado e ocorrido em contexto histórico anterior à difusão do sistema capitalista” (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal – Função econômica e dilemas societários*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 18).

³⁶ OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 46.

³⁷ Idem, *ibidem*.

³⁸ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal – função econômica e dilemas societários*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19.

³⁹ Idem, *ibidem*.

para a industrialização e urbanização levada a cabo no período⁴⁰”. A afirmação em questão é reforçada pela lição de Gabriel Costa Pinheiro Chagas, que reconhece o fato de que “o regime militar (1964-1985) igualmente valeu-se da intensa criação de empresas estatais como meio de manter forte intervencionismo estatal na economia⁴¹”. Essa expansão vai até 1975, quando “a partir de 1976, as companhias estatais são apontadas como responsáveis pelos principais desequilíbrios macroeconômicos do país, notadamente o déficit na balança de pagamentos e o aumento da taxa de inflação⁴²”. É importante lembrar que, não obstante a generalizada adoção das empresas estatais para os mais variados fins, o Decreto-Lei nº 200/67⁴³ não previa outra forma de utilização das empresas estatais senão para a exploração de atividade econômica. Alguns anos após esse contexto é promulgada a Constituição da república de 1988, na qual o regime jurídico das empresas estatais, em termos normativos, segue sendo abordado de forma restritiva⁴⁴, limitadas essas a situações específicas, conforme passa a ser analisado a seguir.

2.5 Empresas estatais na Constituição da República de 1988

O constituinte originário de 1988 admitiu a exploração direta da atividade econômica pela Administração Pública nos termos do art. 173 da Lei Magna, em casos de relevante interesse coletivo ou imperativos de segurança nacional. Isso deverá ser feito por meio de

⁴⁰ OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 50.

⁴¹ CHAGAS, Gabriel Costa Pinheiro. *A discricionariedade administrativa nas empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 57.

⁴² PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal – Função econômica e dilemas societários*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 37.

⁴³ Sobre o contexto no qual foi editado o Decreto-Lei nº 200/67, é importante notar como, desde aqueles tempos, se promete uma suposta reforma de Estado para substituir a Administração “burocrática” por uma suposta Administração “gerencial”. A título de ilustração dessa afirmação, mencionamos o trecho doutrinário a seguir: “Os governos militares tiveram como características o centralismo político e a intervenção do Estado no setor produtivo, mediante a expansão da administração indireta, criada na forma do Decreto-Lei n.200/67, que permitiu o crescimento das autarquias, das empresas públicas, a criação das sociedades de economia mista e das fundações. O Decreto-Lei n. 200/67 significou um instrumento de reforma que visou a substituir a Administração Pública burocrática por uma administração gerencial. Desde esse normativo, a Administração Pública tentou superar a rigidez burocrática, dando ênfase à descentralização por meio da autonomia da Administração Indireta, do planejamento, do orçamento, da descentralização e do controle de resultados”. (FERRO, Marlúcia Lopes. *O devido processo legal na dispensa do empregado público*. São Paulo: LTr, 2009, p. 23).

⁴⁴ A doutrina verifica um efetivo recuo no uso de estatais a partir da Constituição Cidadã: “Após a redemocratização, o Brasil recrudescer na política de criação de empresas estatais e limitou-se a criar subsidiárias, sobretudo da Eletrobrás e da Petrobras, além de preparar um ambiente de privatização de outras como a CSN e a Vale do Rio Doce. Foram criadas algumas estatais que não tiveram grande impacto no desenvolvimento econômico, como a Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia – Hemobrás (2004)” (CHAGAS, Gabriel Costa Pinheiro. *A discricionariedade administrativa nas empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 59).

empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos da lei, não sendo permitido a essas gozar de privilégios fiscais não extensivos aos particulares, sujeitas ainda ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Referidos entes compõem a Administração Indireta das entidades federativas que venham a instituí-las, necessitando, de autorização legal para tanto (que se dará nos termos da legislação civil). Sobre essa autorização legal, é oportuno ressaltar que se trata de instrumento legislativo por meio do qual o ente instituidor deverá justificar apropriadamente a criação daquela companhia à luz da Constituição da República. Conforme veremos adiante, há uma série de requisitos materiais (sobretudo finalísticos) que devem ser atendidos para o estabelecimento de uma companhia estatal, sendo o diploma autorizativo o meio adequado para demonstrá-los⁴⁵.

Ainda, as empresas estatais estão submetidas ao controle ou vinculação perante os entes que as instituírem. Dessarte, assim como as demais entidades administrativas, as companhias em questão estão sujeitas a controle⁴⁶ político, sendo seus dirigentes “escolhidos e

⁴⁵ Sobre a autorização legal, pedimos vênha para citar novamente a lição de Gabriel Costa Pinheiro Chagas: “Em função dessa restrição constitucional, a participação do Estado na economia em regime de concorrência condiciona-se ao princípio da legalidade, pois a Constituição define as hipóteses de presença estatal como também essas hipóteses devem estar satisfatoriamente apresentadas e justificadas na lei de criação da empresa estatal. É a lei, portanto, que viabilizará a concorrência do Estado como agente econômico com entes privados, sem que haja faculdade para que o administrador público defina, de acordo com suas razões e convicções, em quais setores ou atividades haverá a criação de uma empresa estatal. Ainda que a empresa estatal se submeta a regime jurídico de Direito Privado, sua criação e razão de existir regem-se pelo regime de Direito Público. A vinculação do Estado como explorador de atividade econômica ao princípio da legalidade impõe que a lei autorizativa não se limite a mencionar os requisitos previstos no artigo 173 da Constituição Federal, mas que também demonstre sua efetiva existência, a fim de evitar a criação de empresas estatais fundadas em motivações imprecisas e genéricas, sem efetivo atendimento do interesse coletivo, condição precípua da criação de empresas dessa natureza” (CHAGAS, Gabriel Costa Pinheiro. *A discricionariedade administrativa nas empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 42).

⁴⁶ Sobre as formas de controle a que se submetem esses entes, citamos Lúcia Valle Figueiredo: “Assim, é o ente político que constitui ou autoriza a criação de outro ente administrativo, retirando do centro, isto é descentralizando, competências que, originariamente, eram detidas por ele. Entretanto, a criação dos entes descentralizados é feita de tal sorte, que estes não se separam completamente do centro, como se estivessem unidos ainda por um cordão umbilical representado pelos controles exercidos pelo ‘centro’ – controles internos, feitos por meio de tutela *a priori* e *a posteriori*, e controles externos, executados pelos Tribunais de Contas, como auxiliares do Poder Legislativo, nos termos do art. 70, §1º do texto constitucional” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Empresas públicas e sociedades de economia mista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 43-44).

nomeados, livremente⁴⁷, pela autoridade da Administração Direta⁴⁸”, administrativo e finalístico, normalmente exercido por meio do recurso hierárquico impróprio⁴⁹ e financeiro, o que se evidencia, por exemplo, pela sua submissão ao Tribunal de Contas⁵⁰. Além disso, o termo “controle” também se refere à direção dos entes em questão, necessariamente detida pela Administração Pública⁵¹. Todo esse feixe visa precipuamente a um fim: garantir que as empresas estatais não se desviem de sua missão constitucional⁵².

Essas constituir-se-ão, portanto, em entes com personalidade jurídica de direito privado, sob o controle acionário do Estado, com patrimônio e bens próprios, com forma de direito privado, firmando atos e contratos de forma privada (ponto nodal do presente trabalho, a ser escrutinado detalhadamente à frente) e, segundo o art. 1º da Lei nº 13.303/2016, poderão

⁴⁷ Apesar da linguagem corrente, consideramos sempre digna de ressalvas a expressão “livremente” quando utilizada no seio da Administração Pública. Isso porque inexiste liberdade no seio do Poder Público, mas, quando muito, discricionariedade. Dessa maneira, não obstante reconheçamos um amplo espectro de escolha do administrador, entendemos que essas nomeações devem guardar um mínimo de pertinência para com as funções a serem desempenhadas, haja vista a indisponibilidade do interesse público. Neste sentido, a confiança a ser considerada é aquela de cunho objetivo, no sentido de que o agente, dados os seus predicados, é digno de confiança da sociedade de que poderá bem desempenhar as funções a ele incumbidas. Não se trata, portanto, de uma confiança subjetiva, expressa exclusivamente na figura do agente que nomeia. Além disso, como todo ato administrativo, esses estão sujeitos ao desvio e finalidade, o que pode, somado a outros fatores, ser identificado em casos de total inépcia do nomeado.

⁴⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 78.

⁴⁹ Existe certa divergência acerca da necessidade de previsão legal expressa para a utilização do recurso hierárquico impróprio. Parcela da doutrina, a exemplo de Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (in *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 80) entende que essa se faz imprescindível. No mesmo sentido, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre o recurso hierárquico impróprio que “não decorrendo da hierarquia, ele só é cabível se previsto expressamente em lei” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 891). Posição divergente, mesmo quando relativa às agências reguladoras (que, a rigor, seriam dotadas de maior autonomia), entende que não se faria necessária a previsão legal. Essa foi adotada no parecer AC-051 da AGU, conforme mencionado por Rafael Carvalho na obra já referenciada. Entendemos que, dado o caráter auxiliar das empresas estatais e sua vinculação aos misteres públicos, tal apelo é cabível independentemente da previsão em lei, nas hipóteses em que couber o controle extraordinário.

⁵⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 79.

⁵¹ Quanto ao controle societário, ensina Modesto Carvalhosa: “Controle societário pode ser entendido como o poder de dirigir as atividades sociais. Essa noção tem um sentido material ou substancial e não apenas formal. Assim, o controle é o poder *efetivo* de direção dos negócios sociais. Não se trata de um poder potencial, eventual, simbólico ou diferido. É controlador aquele que exerce, na realidade o poder. Internamente, mediante o prevailecimento dos votos. Externamente, por outros fatores extra-societários” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 2. ed. Vol 2. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 429).

⁵² Acerca do tema, valiosa a lição de Irene Nohara e Alessandro Octaviani: “O estado-poder manifesta-se por dentro da empresa estatal, no geral, na condição de controlador, com a óbvia missão de guiá-la para o cumprimento de seus fins constitucionais e legais, no quadro geral de racionalidade da ação planejada e coordenada da Administração Pública. Se não buscar incessantemente o cumprimento da missão pública, priorizando-a claramente em relação aos instrumentos (como os próprios retornos dos investimentos privados), o controlador desvia-se de sua função pública e abusa de seu poder” (OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 90).

explorar atividade econômica ou prestar serviços públicos⁵³. Neste ponto, é importante fazer uma ressalva preliminar: esses entes poderão utilizar normas oriundas do direito privado, as quais, todavia, serão submersas no regime jurídico de direito público, sofrendo as consequências dessa introdução. A forma como essa tarefa de transposição ocorrerá representa importante parcela da presente pesquisa, a ser trabalhada no capítulo 3. Por ora, apontamos apenas a forma como a doutrina tradicional abordou o fenômeno até o momento.

Não obstante, fato é que, quando a Administração Pública resolve instituir uma empresa estatal, ela não se apresenta como um empresário a mais. A atividade estatal possui vinculação à realização do interesse público, de maneira que o simples fato de criar uma persona jurídica de direito privado não afasta a atuação pública desse mister, sendo essa sua razão e seu fim. Desse modo, “o traço essencial caracterizador destas pessoas é o de se constituírem em *auxiliares* do Poder Público; logo, são entidades voltadas, por definição, à busca de interesses transcendentais aos meramente privados⁵⁴”. Dito isso, é importante compreender que a atividade empresarial do Estado é apenas mais uma forma de realizar o interesse público, e não uma via para a realização de interesses meramente patrimoniais da Administração Pública⁵⁵, os quais, se existentes, devem se curvar única e exclusivamente para versão em benefício da população, a real proprietária daquele patrimônio.

2.5.1. Empresas públicas e sociedades de economia mista

As empresas estatais podem tomar a forma de empresas públicas ou sociedades de economia mista. Segundo José dos Santos Carvalho Filho, empresas públicas são “pessoas

⁵³ Sobre as características comuns de empresas públicas e sociedades de economia mista, citamos Alexandre Santos de Aragão: “As empresas públicas e as sociedades de economia mista possuem importantes aspectos conceituais comuns: ambas são pessoas jurídicas de direito privado da Administração Indireta constituídas pelo Estado após prévia e específica autorização legislativa para desenvolverem atividades de conteúdo econômico, conforme dispõe o art. 5º, II e II, Decreto-lei 200/67, que não possui diferenças fundamentais em relação aos arts. 3º e 6º do Estatuto das Estatais, devendo, portanto, ser interpretadas e aplicadas conjuntamente na definição das empresas públicas e sociedades de economia mista” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais – O regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 134).

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 167.

⁵⁵ Neste sentido a doutrina: “Não há distorção interpretativa que permita que a locução ‘interesse público’ (ou suas congêneres ‘imperativo de segurança nacional’, ‘relevante interesse coletivo’ e ‘interesse geral da economia nacional’) seja equalizada a ‘interesse da companhia em realizar seu lucro individual’ ou ‘interesse privado dos acionistas investidores’. Se tais fossem conceitos com efeitos jurídicos idênticos, não haveria por que terem nomes ou regimes jurídicos distintos. O limite para a interpretação do direito, como relembra Maximiliano, é o absurdo. É disso que se trata quando se postula identificar o conceito de coletividade ao indivíduo, o de racionalidades vertidas ao todo de racionalidade autointeressada” (OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 64).

jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob qualquer forma jurídica adequada a sua natureza, para que o Governo exerça atividades gerais de caráter econômico ou, em certas, situações execute serviços públicos⁵⁶”. No que tange à sociedade de economia mista ensina Lúcia Valle Figueiredo que essa seria “um cometimento estatal, personalizado, e associado a capitais particulares, para a consecução de fins públicos, revestindo-se da forma de sociedade anônima, mas submissa, também, em certos aspectos, ao regime jurídico administrativo⁵⁷”. Os conceitos em questão são pontos de partida e serão trabalhados, em todos os seus contornos, adiante.

Segundo a legislação vigente, empresas públicas se caracterizam por possuírem capital integralmente estatal, podendo adotar qualquer forma jurídica (inclusive empresa com um único sócio), pertencendo a maioria de seu capital votante à União, Estado, Distrito Federal ou Município (a algum ente federado, portanto), admitida a participação de qualquer ente da Administração Indireta⁵⁸. Doutra ponta, as sociedades de economia mista possuem participação de capital privado, não obstante a maioria do capital deva ser público, só podendo ser instituídas sob a forma de Sociedade Anônima, com a possibilidade de serem controladas pelo ente federado ou entidade da Administração Indireta⁵⁹. Sobre essas disposições cabem algumas considerações: em oposição ao conceito legal, pensamos ser válida a hipótese em que, por exemplo, uma Autarquia possa vir a controlar uma empresa pública sem desnaturá-la. Neste sentido, pensamos que houve certa atecnia do legislador quando quis se referir a entes de direito público, sendo que esses não se restringem às entidades políticas. Desse modo, o mais relevante seria o controle realizado por uma pessoa jurídica de direito público.

Outro aspecto relevante da distinção entre essas espécies é o fato de que, caso se trate de uma empresa pública federal, as demandas contra ela deverão ser ajuizadas na Justiça

⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 452.

⁵⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Empresas públicas e sociedades de economia mista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 38.

⁵⁸ Trata-se da redação do parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 13.303/2016: “Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

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

⁵⁹ Essa afirmação é embasada no artigo 4º da Lei nº 13.303/2016: “Art. 4º, Lei nº 13.303/2016. Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta”.

Federal⁶⁰ Por outro lado, mesmo que se trate de uma sociedade de economia mista federal, as ações contra ela deverão ser ajuizadas na Justiça Estadual⁶¹. Pensamos não ser das melhores a disposição referente às sociedades de economia mista. Isso porque não há fundamento racional para tal discrimen. No entanto, por se tratar de norma originária da Constituição, insculpida no art. 109, II do Texto Maior, que determina competir aos juízes federais processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou *empresa pública federal* forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho, entendemos válida a deferência à literalidade do texto⁶².

Do exposto acima, é possível observar alguns traços distintivos entre essas espécies de empresas estatais. No entanto, o que mais nos interessa no presente trabalho é o regime jurídico aplicável ao gênero em si, de maneira que essas serão tratadas em conjunto e, apenas quando a distinção se fizer necessária, faremos o apontamento.

⁶⁰ Cite-se a doutrina: “As ações judiciais não trabalhistas envolvendo empresa pública federal são de competência da Justiça Federal. Essa regra constitucional não se aplica às sociedades de economia mista, mas a União pode avocar interesse público em ação envolvendo qualquer de suas estatais, nos termos do art. 8º-C da Lei nº 9.028/95, atraindo a competência Justiça Federal” (ANTUNES, Gustavo Amorim. *Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei nº 13.303 comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 62).

⁶¹ Acerca da distinção entre empresas públicas e sociedades de economia mista, citamos a doutrina: “São dois aspectos principais que diferenciam a empresa pública e a sociedade de economia mista: (a) o capital: que na empresa pública é integralmente público e na sociedade de economia mista é, como o próprio nome diz, misto, isto é, integralizado por valores que tanto vem da iniciativa privada como do Poder Público; e (b) a forma societária: enquanto a empresa pública pode adotar qualquer configuração societária (S.A., Ltda, etc.), e até figurino inédito, a sociedade de economia mista, por sua vez, só pode adotar a forma de sociedade anônima, submetendo-se à Lei 6.404/76, com derrogações e imposições de direito público no seu regime jurídico. Há também uma diferença jurídica relevante quanto ao processamento e julgamento das estatais federais, pois enquanto a empresa pública federal, conforme regra presente n art. 109, I, da Constituição, é processada na Justiça Federal, sejam elas federais, estaduais ou municipais, conforme o teor das súmulas (1) 556/STF, segundo a qual ‘é competente a Justiça Comum para julgar as causa em que é parte sociedade de economia mista’ e (2) 42/STJ, que determina que ‘compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte a sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento’. As empresas públicas estaduais e municipais, por sua vez, submetem-se, via de regra, à Justiça Estadual” (OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 105).

⁶² Sobre o tema, importante registrar a discordância de Ricardo Marcondes Martins: “Ocorre que nem sempre o argumento *a contrario* é aplicável. Muitas vezes, da análise sistemática e teleológica do texto constitucional extraindo-se uma *lacuna constitucional*. Quer dizer: a questão não consta do texto expresso por equívoco do constituinte, mas está implícita, em virtude da extensão ou restrição do texto literal. Exemplo didático de lacuna é a aplicação dos direitos fundamentais aos estrangeiros não residentes no Brasil. Tudo leva a crer que há uma lacuna no artigo 109, inciso I, da CF/88. Viola o bom senso negar o interesse federal nas ações que envolvam sociedades de economia mista federal; submetê-las à Justiça Estadual é algo irracional” (⁶² MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estatuto das Empresas Estatais à Luz da Constituição Federal*. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; (Org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018, pp. 101-102).

2.5.2. Fases de compreensão das empresas estatais

Em termos jurídicos, a compreensão das empresas estatais como entes públicos dotados formas de direito privado passou por diversas fases no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo a doutrina do professor Ricardo Marcondes Martins⁶³, foram três momentos, que passam a ser analisados a seguir.

Num primeiro instante, havia a compreensão de que os entes em questão seriam integralmente submetidos ao regime jurídico de direito privado. Capitaneado pela doutrina de Hely Lopes Meireles, o ideário então vigente atestava que essas seriam típicas pessoas de direito privado, de modo que a elas não seriam aplicáveis prerrogativas nem restrições próprias do regime jurídico administrativo⁶⁴. Estariam livres, portanto, das limitações do regime protetor. Essa fase se encontra superada.

Na segunda fase, conforme aponta o professor Ricardo Marcondes⁶⁵, a partir dos esforços científicos de Celso Antônio Bandeira de Mello e Geraldo Ataliba, foi reconhecido um *regime híbrido* a esses entes, caracterizado pela aglutinação de normas de direito público e de direito privado em torno deles. Referida orientação sagrou-se vencedora na Constituição da República de 1988, de maneira que se o seu art. 173 admite a exploração da atividade econômica pela Estado, é certo que essa, coerentemente, deve ser feita sem o desrespeito aos princípios insculpidos no art. 37 da Constituição Cidadã. Assim, a submissão ao direito privado se dá apenas na medida em que se evita a concorrência desleal ou é garantida a própria exploração da atividade. Ausentes esses elementos, incidirá o regime jurídico administrativo.

A terceira fase, todavia, foi marcada por um desalentador retrocesso neoliberal. Após a queda do Muro de Berlim e o fim da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) houve o fim da polarização entre as duas ideologias dominantes até então, marcada pela oposição entre Estados Unidos e União Soviética, com a suposta vitória da economia de mercado (defendida pelos EUA), o que levou muitos teóricos a pregarem a vigência de uma nova ordem global,

⁶³ MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das Empresas Estatais à Luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; (Org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 37-63.

⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p.293 e ss.

⁶⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das Empresas Estatais à Luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; (Org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 42-46.

orientada pela “concretização final da liberdade humana na Terra”⁶⁶. No plano político, esse suposto triunfo foi invocado para justificar o retorno ao Estado Liberal, a partir de uma desidratação do Estado de Bem-estar Social, diminuindo o espaço de atuação estatal, com o trespasse de serviços à iniciativa privada e, aquilo que fosse mantido sob a égide pública, deveria ser objeto de um afrouxamento do regime de controle. Esse contexto atingiu também as empresas estatais, consubstanciado no plano normativo na alteração do §1º artigo 173 da Constituição da República, que passou a prever a elaboração de um 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. Houve, outrossim, a reforma do inciso XXVII do artigo 22, CF, para ressaltar nesse dispositivo a submissão das empresas públicas e sociedades de economia mista às normas gerais de licitações e contratos, haja vista que essas teriam um estatuto próprio. Conforme lembra o professor Ricardo Marcondes, isso levou ao surgimento de duas correntes doutrinárias: uma que, na ausência de referido estatuto, defendia que as próprias empresas deveriam editar seus regulamentos de licitações e contratos e outra, capitaneada pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que sustentava a aplicação do regime de licitações da Administração Direta até a edição de referido diploma⁶⁷. Ademais, houve a defesa de que o estatuto especial em questão não deveria ser aplicado às empresas prestadoras de serviços públicos, restrito às empresas exploradoras de atividade econômica e apenas quando o critério que o justificasse estivesse presente. Com a edição do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016), o legislador buscou unificar o regime dessas empresas⁶⁸, com a determinação de aplicação das mesmas regras a todas as sociedades empresariais de origem pública, independentemente de sua atividade.

⁶⁶ É o que afirma Guilherme Wisnik: “Com a queda do Muro de Berlim, em novembro de 1989, o modelo dicotômico da Guerra Fria logo pareceu aplacado pela ideia de uma vitória final do capitalismo, que prometia inaugurar um novo mundo, uniforme e apaziguado. Alguns meses antes, mas já nos estertores da Perestroika soviética, o filósofo e economista nipo-americano Francis Fukuyama publicava um artigo que se tornaria imediatamente influente, intitulado ‘O fim da história?’, depois revisto e ampliado na forma de livro. Sua visão, reinterpretando Hegel e Alexandre Kojève, toma a noção de finalidade em sentido positivo, não como o encerramento cataclísmico ou decadente de um processo, mas como a consecução de um objetivo em uma sequência linear de acontecimentos, identificando o triunfo das democracias liberais ocidentais a uma vitória do espírito: a concretização final da liberdade humana na Terra”. (WISNIK, Guilherme. *Dentro do nevoeiro*. São Paulo: Ubu, 2018, p. 121).

⁶⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das Empresas Estatais à Luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; (Org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 50.

⁶⁸ Diz-se que se tratou de um intento do legislador, pois, conforme veremos à frente, doutrina e jurisprudência, comumente, tratam de forma distinta as empresas estatais, a depender da atividade exercida.

Por derradeiro, a título do que poderia vir a ser uma quarta fase, propõe o professor Ricardo Marcondes Martins uma *purificação científica*⁶⁹. Parte-se da premissa de que as atividades materiais originariamente seccionadas no texto constitucional seguem com sua divisão claramente estabelecida: de um lado, os serviços públicos e, de outro, as atividades econômicas⁷⁰, tal como propusemos como premissa do presente capítulo. Dessa maneira, tendo em vista a premissa previamente fixada de que a adoção de formas de direito privado apenas se justifica quando presente fundamento racional, é conclusão lógica que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica não terão o mesmo regime das empresas prestadoras de serviços públicos. Ademais, o direito público é inafastável, ou melhor, “sempre que a Administração Pública estiver presente, o direito público incidirá⁷¹”. Desse modo, em determinadas situações, desde que sob argumento constitucionalmente válido, será possível a adoção de formas de direito privado. Ausentes, mantém-se todo o arcabouço (formal e material) do regime jurídico administrativo. Dito isso, passemos à análise de empresas prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica.

2.5.3. Empresas estatais prestadoras de serviços públicos

Primeiramente, importante apontar que a Lei nº 13.303/2016, instituidora do regime jurídico das empresas estatais, admite tanto que esses entes prestem serviços públicos quanto explorem atividade econômica. No entanto, conforme apontado acima, o tema carece de uma depuração científica, a qual será proposta no presente tópico.

A doutrina nacional sempre comportou certas divergências quanto à possibilidade de prestação de serviços públicos por entes empresariarias estatais. Neste sentido, lembramos que o professor Celso Antônio Bandeira de Mello admite referida instituição, mas ressalva que, no caso de empresas exploradoras de atividade econômica, “é compreensível que o regime jurídico de tais pessoas seja o mais próximo possível daquele aplicável à generalidade das pessoas de

⁶⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; (Org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 53-60.

⁷⁰ Pedimos vênica para citar a literalidade do texto: “Continua subsistindo na ordem constitucional brasileira a divisão entre as atividades materiais tal qual estabelecida no texto originário: regra geral, as atividades materiais são privadas, integram o campo da ordem econômica, mas algumas delas são imputadas ao Estado, são de titularidade dele, qualificando-se como serviços públicos” (MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; (Org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 55).

⁷¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; (Org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 59.

Direito Privado⁷²”, enquanto, em relação às prestadoras de serviços públicos, “é natural que sofram o influxo mais acentuado de princípios e regras de Direito Público, ajustados, portanto, ao resguardo de interesses dessa índole⁷³”. Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que a prestadora de serviço público teria regime semelhante ao de uma concessionária de serviço público, sendo que, no silêncio da lei, seriam aplicáveis os princípios do regime jurídico administrativo⁷⁴. Já Toshio Mukai traça uma diferenciação entre empresas prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica para dizer que, quanto às últimas, haveria integral incidência do direito privado, mas no que se refere às primeiras, “pelo caráter público que elas apresentam, a personalização privada que lhes é operada pelo legislador não pode prevalecer⁷⁵”, de maneira que “o regime jurídico administrativo que se lhes impõe, uma vez que aquela forma de direito privado não condiz com a realidade jurídica da missão que é afeta à entidade⁷⁶”. Ou seja, o autor defende a aplicação integral do regime jurídico administrativo às empresas prestadoras de serviços públicos.

Sobre os entendimentos expostos acima, concordamos com aquele exposto por Toshio Mukai, negando-o apenas quanto à suposta incidência integral do regime privado às empresas exploradoras de atividade econômica, o que será investigado no tópico subsequente. No entanto, referentemente às prestadoras de serviços públicos, notamos que elas não atendem ao fundamento racional que justifica a incidência de regras de direito privado: a forma pública não obsta a exploração da atividade e não representa, outrossim, possibilidade de concorrência desleal frente aos particulares. Desse modo, a interpretação cientificamente correta recai no sentido de que essas seriam, em verdade, contrafações de autarquias, devendo incidir sobre elas (até que sobrevenha uma solução definitiva) a integralidade das normas do regime jurídico administrativo⁷⁷. Acerca do termo contrafações, façamos um aparte. Segundo o professor

⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 171.

⁷³ Idem, *ibidem*.

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 552-553.

⁷⁵ MUKAI, Toshio. *O Direito Administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 225.

⁷⁶ Idem, *ibidem*.

⁷⁷ Neste sentido, Ricardo Marcondes Martins: “Dá-se uma contrafação administrativa quando se emprega um conceito no Direito Administrativo equivocadamente e, o fazê-lo, invoca-se, consciente ou inconscientemente, um regime jurídico incompatível com a situação qualificada pelo conceito. Nela, a situação real fica disfarçada pelo conceito equivocadamente empregado. O efeito da contrafação é mascarar, disfarçar, esconder o conceito, de fato, aplicável e, pois, o regime jurídico, de fato, incidente. É justamente o que ocorre no tema das empresas estatais: utiliza-se o conceito de ‘empresa pública’ ou de ‘sociedade de economia mista’ para esconder o conceito de ‘autarquia’. Isso para esconder o regime de Direito Administrativo associado ao conceito de ‘autarquia’ e fazer supor incidente o regime associado às empresas estatais. Nos termos aqui explicados, não

Ricardo Marcondes Martins⁷⁸, as contrafações são espécies de fraudes conceituais e podem ser classificadas em dois grupos: a) aparentes e; b) reais. Neste sentido, ensina o professor que as contrafações são consagradas a partir de elementos textuais. No caso das contrafações aparentes, é possível dar uma interpretação conforme ao texto normativo considerado, de modo que a interpretação correta do texto afasta a contrafação. Nessas hipóteses, a contrafação pode ser superada por meio da interpretação correta. Assim, aplica-se o regime jurídico correto àquele texto impreciso. Já as contrafações reais se constituem em casos em que a interpretação correta dos textos normativos leva a normas jurídicas incompatíveis com o texto constitucional. Conforme aduz o professor, por maior que seja o esforço hermenêutico, não há como extrair uma norma válida, haja vista tamanha mácula textual. A rigor, as contrafações ora apresentadas (empresas estatais prestadoras de serviços públicos) seriam de natureza real, demandando a extinção de tais entes ou, quando menos, a edição de leis para transformá-las em autarquias. Não obstante, propor isso consistiria em mero encaminhamento de *lege ferenda*, o que refugiria ao escopo científico deste trabalho (tratar-se-ia, em verdade, de política do direito). Sendo assim, fazemos essa ressalva inicial: registrada a observação acima, todas as propostas realizadas nesta pesquisa se prestam a aplicação imediata, ou seja, ao regime jurídico das empresas estatais prestadoras de serviços públicos *hoje*, independentemente de alteração legislativa, simplesmente pela correta interpretação de seus institutos. Neste sentido, é imperiosa a incidência do regime jurídico das autarquias às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, haja vista serem estas contrafações daquelas. Essa é a correta interpretação.

Feito o aparte, asseveramos, por derradeiro, que também não é possível considerar as empresas prestadoras de serviços públicos meras concessionárias ou permissionárias. O ajuste em questão, movido por interesses paralelos, para uma correta formatação, deveria ser feito na modalidade de consórcio público, o qual demanda uma série de requisitos, nos termos da Lei nº 11.107/2005, tais como a subscrição do protocolo de intenções (art. 3º); ratificação pelo legislador (art. 5º); celebração do contrato (art. 5º); personificação (art. 6º); contrato de rateio (art. 8º) e contrato de programa (art. 13). Apenas a título de ilustração, oportuno apontar as severas consequências que o desatendimento aos requisitos dessa lei podem causar, o que se

há fundamento para a incidência das regras privadas próprias do regime das empresas estatais. Daí a conclusão: as empresas estatais prestadoras de serviço público, realizadoras de obras públicas e exercentes de função pública não passam de *contrafações de autarquias*, de *autarquias* disfarçadas de empresas estatais” (MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; (Org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018, pp. 66-67).

⁷⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria das contrafações administrativas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 115-148, abr./jun. 2016.

observa, a título de exemplo no §1º do artigo 8º, que estabelece a exigência de o contrato de rateio ser formalizado, como regra, em cada exercício financeiro, e seu prazo de vigência não será superior ao das dotações que o suportam, representando ato de improbidade administrativa celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. Dessa maneira, a simples concessão de outorga configuraria, em verdade, uma fuga ilícita do regime correto⁷⁹. Por outro lado, caso a concessão seja feita pelo ente a uma empresa estatal cuja criação foi por ele autorizada, estaríamos diante de uma concessão imprópria, ou seja, não se trata verdadeiramente de uma concessão, mas de uma delegação. Isso porque “quando a Administração autoriza a criação de uma entidade pública para a prestação de um de seus serviços públicos, realiza inequívoca *descentralização*, e por meio desta *delega* sua competência ao ente descentralizado⁸⁰”.

2.5.4 Empresas estatais exploradoras de atividade econômica

Conforme fixado inicialmente, somado ao que fora exposto no subtópico anterior, a criação de empresas estatais é validamente orientada em um sentido, a exploração direta da atividade econômica pela Administração Pública. No entanto, nos termos da previsão constitucional, essa atuação não é livre ao agente estatal. Em verdade, ela demanda uma série de requisitos e conformações que passam a ser expostos a seguir.

Primeiramente, essa exploração apenas pode ocorrer validamente quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Nesses casos, o Estado atuará em concorrência com os particulares, de maneira que será imperiosa a sua submissão a formas de direito privado, a fim de evitar atos de concorrência desleal. Por essa razão, não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado, devendo ainda sujeitar-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

⁷⁹ Neste sentido, Ricardo Marcondes Martins: “A criação de empresa estatal para a prestação de serviço público, retome-se, é inválida, pois essa só pode ser exercida pelo modelo autárquico. Mesmo se rejeitada essa tese, porém, a concessão ou permissão de serviço público a empresa estatal de entidade federativa diversa da titular do serviço público não pode ser entendida como autêntica “concessão” ou “permissão”. Trata-se de ajuste de interesse paralelos. Antes da Lei n. 11.107/05 esse ajuste tinha a natureza de um convênio; hoje, esse ajuste tem a natureza de um contrato de programa. Por óbvio, há várias formalidades a serem adotadas para a celebração de um consórcio público e de um contrato de programa. Sua validade depende de vários fatores. A concessão ou a permissão, no caso, não consistem apenas numa utilização equivocada de rótulos, mas na fuga, ilícita, do regime correto”. (MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; (Org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018, pp. 73-74).

⁸⁰ Idem, pp. 70-71.

Não obstante, da mesma forma que se discute o grau de incidência do direito público sobre as empresas prestadoras de serviços públicos, tratado acima, a doutrina também diverge quanto à potência do influxo de normas de direito privado sobre as entidades exploradoras de atividade econômica. Conforme adrede mencionado, Toshio Mukai admite a incidência de regime essencialmente privado às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, pois, segundo o autor, “a submissão das empresas estatais ao direito privado é não só legítima como também necessária⁸¹”. Dessa maneira, defende a preponderância de normas comerciais nas suas relações jurídico-organizativas; a penhorabilidade de seus bens, os quais seriam também usucapíveis; o autor ainda afasta a sujeição desses entes à fiscalização, financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial prevista no artigo 70 da Constituição da República⁸², com a consideração, por fim, da classificação de seus atos como atos de comércio e seus contratos, como jurídico-privados⁸³. Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, entende que “é compreensível que o regime jurídico de tais pessoas seja o mais próximo possível daquele aplicável à generalidade das pessoas de Direito Privado⁸⁴”, sendo que o texto constitucional ameniza esse influxo privado, eis que “por força da própria Constituição, veem-se colhidas por normas ali residentes que impedem a perfeita simetria de regime jurídico entre elas e a generalidade dos sujeitos de Direito Privado⁸⁵”. Essas teriam por traço fundamental o fato de serem coadjuvantes dos misteres estatais, sendo sua personalidade meramente accidental, de modo que, por terem objetivos agudamente distintos daqueles almejados pelos particulares “compreende-se que exista um abismo profundo entre as entidades que o Estado criou para secundá-lo e as demais pessoas de Direito Privado, das quais se tomou por empréstimo a forma jurídica⁸⁶”.

Da divergência acima demonstrada, filiamo-nos à posição defendida pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello, por entender que o regime público, protetivo da coisa pública, é inafastável em sua totalidade. Conforme adrede fixado, no caso das empresas estatais,

⁸¹ MUKAI, Toshio. *O Direito Administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 290.

⁸² Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

⁸³ MUKAI, Toshio. *O Direito Administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 283-284.

⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 171.

⁸⁵ Idem, p.172.

⁸⁶ Idem, p. 168.

isso se justifica para garantir a própria exploração da atividade econômica, bem como para evitar a concorrência desleal para com os particulares. Ausentes esses requisitos, incide o direito público normalmente. É por isso que é defensável a imposição do direito público a suas relações intestinas, aquelas situadas à distância do domínio econômico. Doutra ponta, é importante ressaltar que não é qualquer atividade econômica que pode ser explorada pelo Estado, haja vista que essas carecem de aprovação sob algum dos critérios constitucionais, relevante interesse coletivo ou imperativos de segurança nacional, os quais são analisados na sequência.

2.5.4.1 Relevante interesse coletivo e imperativos de segurança nacional

Quanto ao presente tópico, é importante destacar que a intervenção direta do Estado no domínio econômico não é atividade relegada ao arbítrio do administrador⁸⁷. Em verdade, preliminarmente à adoção de formas privadas para evitar a concorrência desleal ou garantir a exploração da atividade econômica, é preciso que a atividade, de per si, passe por um crivo material, consistente no relevante interesse coletivo e nos imperativos de segurança nacional⁸⁸.

É certo que os conceitos em questão são dotados de certa vagueza, mas é possível estabelecer algumas diretrizes quanto a eles. Segundo Gabriel Costa Pinheiro Chagas, “o requisito de imperativa segurança nacional se destina a ensejar a criação de empresas estatais voltadas à soberania nacional, majoritariamente, vinculadas ao Ministério da Defesa como a Indústria de Material Bélico do Brasil – IMBEL⁸⁹”. Não obstante, além dessa vertente que identifica o termo “segurança” em seu sentido mais tradicional (bélico), é possível também

⁸⁷ Neste sentido Gabriel Costa Pinheiro Chagas: “A atribuição de um regime jurídico atípico, que envolve diversas peculiaridades, conforme se verá mais detidamente adiante, retrata o caráter extraordinário da intervenção do Estado na ordem econômica a partir da criação de empresas estatais, pois como ao Estado não é assegurada a livre-iniciativa, a criação de empresas estatais, embora vise à concorrência no mercado privado, não se destina precipuamente ao desenvolvimento da atividade empresarial e lucrativa, mas a uma finalidade de interesse público individualizado na sua lei de criação” (CHAGAS, Gabriel Costa Pinheiro. *A discricionariedade administrativa nas empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 33-34).

⁸⁸ Sobre a excepcionalidade que esses conceitos impõem, vejamos a lição de Mayara Gasparoto Tonin: “A exploração estatal da atividade econômica acontece apenas quando for necessária à segurança nacional, em razão de relevante interesse coletivo ou nos casos previstos na Constituição. As hipóteses expressas na Constituição tratam da atuação do Estado como agente econômico em regime de monopólio nos casos de pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, importação e exportação de produtos e derivados de petróleo, transporte marítimo do petróleo bruto e derivados e gás natural, e pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados. Com exceção dessas situações, a atividade econômica é desenvolvida pela iniciativa privada. Excepcionados os casos de monopólio, o Estado deverá justificar o motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo quando pretende criar uma empresa estatal para exercer atividade econômica de competência da iniciativa privada” (TONIN, Mayara Gasparoto. *Sociedades de economia mista e acionistas minoritários*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, pp. 29-30).

⁸⁹ CHAGAS, Gabriel Costa Pinheiro. *A discricionariedade administrativa nas empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 33-34.

interpretá-lo como uma forma de proteger a ordem econômica idealizada pelo constituinte. Ou seja, as empresas estatais são também uma forma de salvaguardar a economia interna, instrumentalizando-a para torná-la parte integrante do desenvolvimento nacional idealizado pela Constituição Cidadã⁹⁰. Ricardo Marcondes Martins⁹¹ lembra que a Lei nº 7.170/83 (hoje revogada pela Lei nº 14.197/2021), que definia os crimes contra a segurança nacional, estabelecia alguns bens jurídicos sob sua esfera de proteção: a) a integridade territorial e a soberania nacional; b) o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito e; c) a pessoa dos chefes dos Poderes da União. Neste sentido, considera, que sempre que a exploração de atividade econômica fosse apta a auxiliar na proteção desses bens, estaria autorizado o uso de uma empresa estatal.

Doutra ponta, o relevante interesse coletivo estaria relacionado ao interesse público, o que não se confunde, por certo, com o mero “apelo popular”, mas “na evidência de que diante de certas circunstâncias e atividades impõe-se a intervenção estatal na economia como medida eficaz de atender ao interesse público⁹²”. Trata-se de conceito que deve ser interpretado à luz da Constituição, notadamente a partir dos objetivos por ela fixados. Em outras palavras, “é categoria que busca sua fonte no programa de desenvolvimento contido na Constituição e nas diversas políticas públicas ali estruturadas e anunciadas⁹³”. Ricardo Marcondes Martins considera que esses seriam interesses indivisíveis, metaindividuais, de maneira que “a tutela do princípio material relativo a bens coletivos deve ser relevante para a tutela do interesse

⁹⁰ Acerca desse conceito de imperativos de segurança nacional, é válida a lição de Irene Nohara e Alessandro Octaviani: “Hoje, o ‘imperativo de segurança nacional’ que legitima a criação e atividade de dada empresa estatal guarda mais relação, por exemplo, com o ordenamento de defesa econômica manuseado pelos EUA a partir de todo seu arsenal de direito econômico para a defesa de sua capacidade produtiva interna, como estruturado em relação ao Committee on Foreign Investment in the United States – CFIUS e à noção de *national security*, que permitem avaliar a aquisição de poder de controle por capitais estrangeiros de empresas norte-americanas, remetendo a critérios como ‘segurança do território’, ‘infraestruturas críticas’, ‘ativos energéticos’, ‘materiais críticos’ ou ‘tecnologias críticas’ [...]. Trata-se ‘imperativo de segurança nacional’, de instrumentalizar a economia como parte integrante da Nação, como na sábia lição dada pelos norte-americanos”. (OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 65-66)

⁹¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; (Org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 85-86.

⁹² CHAGAS, Gabriel Costa Pinheiro. *A discricionariedade administrativa nas empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 35.

⁹³ OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 66.

público⁹⁴”, de maneira que, “quando o for, será possível a exploração estatal da atividade econômica⁹⁵”.

Aceitas as premissas acima, podemos estabelecer diretriz de que os imperativos de segurança nacional se referem a aspectos estratégicos, situações em que é justificada a atuação empresarial estatal, seja para o desenvolvimento de tecnologia e insumos para a utilização doméstica, bem como para o incremento de relações com parceiros internacionais, a fim de estabelecer laços diplomáticos por meio do fornecimento de mercadorias de valor agregado. Nesses casos, a participação no domínio econômico se apresenta como mais uma forma de atuação estatal, especificamente para a consecução de interesses estratégicos do país. Outrossim, essa segurança pode ser observada sob o viés de uma segurança econômica interna, uma salvaguarda para que o mercado não se torne predatório aos administrados, evitando-se falhas e buscando a equidade. Em outras palavras, uma forma de garantir uma ordem econômica justa e solidária.

Já o relevante interesse coletivo se reveste de maior amplitude semântica, havendo uma gama maior de situações que poderiam estar sob o seu albergue. Nesse caso, a atuação estatal se justifica por um possível desinteresse dos particulares em prestar determinada atividade, na possibilidade da prestação de uma maneira específica que venha a estimular comportamentos positivos dos particulares ou mesmo como forma de suprir uma falha de mercado. Do mesmo modo, essa exploração pode se dar como uma maneira de tutelar interesses metaindividuais.

Para efeitos de melhor elucidação, o presente tópico requer um parêntese não dogmático, o qual realizamos na sequência, com as vênias do leitor. Ao contrário das burguesias industriais europeias, que se apresentaram como catalisadores do desenvolvimento nacional, a realidade latino-americana se apresentou de modo diverso, devido a sua própria forma de colonização, que estimulou políticas empresariais voltadas à exportação e ao latifúndio⁹⁶, sem

⁹⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; (Org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 89.

⁹⁵ Idem, ibidem.

⁹⁶ Quanto a essa informação, citamos Eduardo Galeano: “Os governos de Getúlio Vargas (1930-45 e 1951-54), Lázaro Cardenas (1934-40) e Juan Domingo Perón (1946-55), de orientação nacionalista e amplo prestígio popular, expressaram no Brasil, México e Argentina a necessidade de um ponto de partida, desenvolvimento ou consolidação, segundo cada caso e cada período, da indústria nacional. Na verdade, o ‘espírito de empresa’, que em uma série de traços característicos da burguesia industrial nos países capitalistas desenvolvidos, foi na América Latina uma característica do Estado, marcadamente nesses períodos de decisivo impulso. O Estado ocupou o lugar de uma classe social cujo aparecimento a história reclamava sem muito êxito: encarnou a nação e impôs o acesso político e econômico das massas populares aos benefícios da industrialização” (GALEANO,

relevantes preocupações com o desenvolvimento interno. Neste sentido, careciam os países desse eixo, dentre eles o Brasil, de uma atuação empresarial que funcionasse como um fomentador do mercado doméstico e desenvolvedor da indústria nacional⁹⁷. Assim, em alguns esforços históricos (sobretudo a partir da década de 1930⁹⁸), foram desenvolvidas empresas estatais nacionais com fins estratégicos de emancipação e desenvolvimento da nação. Parcela considerável desses investimentos restou exitosa, de maneira que diversos segmentos econômicos brasileiros só conseguiram obter algum grau de desenvolvimento a partir da presença estatal⁹⁹. Consciente desse mister, o constituinte de 1988 previu a atuação empresarial estatal, mas não como forma de obter superávit financeiro, senão como um desenvolvedor do Estado brasileiro. Neste diapasão, forçoso acrescentar que o modelo idealizado na Constituição Cidadã teve uma missão bem mais sofisticada do que aquela conferida ao Estado de Bem-Estar Social europeu: o modelo estatal brasileiro foi cunhado para o complexo desafio de superar o

Eduardo. *As Veias Abertas da América Latina*. Tradução de Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM POCKET, 2015, p. 296).

⁹⁷ Sobre o tema, vejamos a doutrina de Mario Engler Pinto Junior: “A empresa estatal surge para ocupar espaços vazios deixados pelo setor privado, e não com o propósito de disputar o mesmo mercado. Consequentemente, acaba assumindo função regulatória no sentido de organizar a cadeia produtiva na qual se insere, mediante a distribuição de papéis baseada na ideia de espacialização de funções, combinado com o fornecimento de insumos básicos considerados essenciais para viabilizar a instalação de empreendimentos privados” (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal – Função econômica e dilemas societários*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 26).

⁹⁸ Observemos: “A partir da Revolução de 1930, no entanto, há um salto de qualidade, consciência e eficácia na atuação do Estado rumo à construção da soberania econômica, que encontra nas empresas estatais uma de suas expressões mais significativas, aproximando o Brasil dos Estados capitalistas contemporâneos, tal qual descrito anteriormente. [...] A soberania econômica, com a internalização de centros decisórios econômicos, é, assim, uma das dimensões cruciais da democracia e da igualdade entre os povos no mundo, sendo as empresas estatais um dos instrumentos para tal (como visto anteriormente na descrição de experiências institucionais concretas e regimes jurídicos de alguns dos mais relevantes países da economia mundial – como China, EUA ou Alemanha. A consciência desse processo de assimetria entre os polos geoeconômicos da economia capitalista permeou a criação das estatais no período que teve Getúlio Vargas e Juscelino Kubitschek como os estadistas líderes do desenvolvimento nacional brasileiro. Empresas como a Petrobras (petróleo), a Eletrobras (energia elétrica), a CSN (siderurgia), o BNDE (financiamento para a industrialização) ou o IRB (resseguro) criaram um ecossistema cuja missão era viabilizar o processo de produção econômica, superando bloqueios advindos (i) da baixa capacidade econômica ou técnica do empresariado nacional e (ii) da assimetria funcional à tentativa de subjugação do Brasil por parte de outros países e à manutenção do país na condição periférica e materialmente colonial (agora não mais de Portugal, as ainda de outras nações interessadas)” (OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 46-47).

⁹⁹ Sobre o assunto, válidas as ponderações de Gabriel Costa Pinheiro Chagas: “A expansão das empresas estatais ao longo da história do Brasil tornou-as a principal fonte de desenvolvimento de sua economia: ‘O Estado era forçado a assumir a forma empresarial para explorar diretamente empreendimentos produtivos. A constituição de companhias com capital público e vocacionadas a cumprir missões específicas passa a ser a fórmula preferencial para gerar o desenvolvimento nacional’. O desenvolvimento de diversos segmentos econômicos no Brasil decorreu da forte presença estatal no setor empresarial, processo que se iniciou com a estatização da malha ferroviária em 1929, ampliada no segundo governo de Getúlio Vargas (1951-1954), com a criação da Rede Ferroviária Federal S.A” (CHAGAS, Gabriel Costa Pinheiro. *A discricionariedade administrativa nas empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 57).

subdesenvolvimento¹⁰⁰ e, assim, emancipar seu povo numa sociedade mais justa e igualitária. Dessa maneira, as empresas estatais se apresentam como importantes atores da ordem econômica constitucional, com a missão de garantir a soberania popular, vez que essa só pode ser alcançada se aliada a uma soberania econômica¹⁰¹.

Com efeito, o tema em questão pode se tornar mais claro por meio de um exemplo. Existem bancos no Brasil e esses atuam no mercado, visando ao lucro. Esses são geridos por particulares, os quais, respeitada a lei, orientam-se apenas pelos seus interesses egoísticos. A Constituição da República de 1988 garante uma esfera de liberdade aos particulares e a exploração da atividade econômica está compreendida nessa, sendo os próprios particulares as figuras mais aptas a dizer como, quando e se querem explorar determinada atividade. Sendo assim, havendo interesse dos consumidores, aquele banco poderá exercer as taxas que bem entender, desde que não violem a lei. No entanto, a oferta de crédito é um aspecto relevante para desenvolvimento de um país, de maneira que a sua disponibilização pode despertar relevante interesse da coletividade. É o caso, por exemplo, de atividades como a agricultura familiar e o comércio de pequenos empreendedores em comunidades populares, os quais provavelmente não conseguiriam o crédito necessário ao seu empreendimento nos bancos convencionais e, caso o conseguissem, poderia ser que o obtivessem em taxas com as quais não poderiam arcar. Neste sentido, à vista dos objetivos da Constituição da República Federativa do Brasil, insculpidos no artigo 3^a da Constituição Cidadã, em especial a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a garantia o desenvolvimento nacional, é constitucionalmente justificável que o Estado atue, na forma empresarial, para garantir o atendimento àquela

¹⁰⁰ Nesses termos a doutrina: “A empresa estatal existe para cumprir a Constituição. Qualquer outro objetivo ou interesse que se coloque diante desse objetivo deve ser juridicamente afastado. A Constituição traz comandos e concretizá-los é a principal manifestação do interesse público. O interesse público (compreendido como concretização dos comandos constitucionais tais quais anteriormente reconstruídos: instrumentos para a superação do subdesenvolvimento mediante a vivificação da soberania econômica e da soberania popular) é critério retor geral para (i) a existência e (ii) a atividade das empresas estatais” (OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 62-63).

¹⁰¹ Neste sentido, Irene Nohara e Alessandro Octaviani: “Além disso, para além do desafio da produção de bens relevantes para o mundo econômico, por outro lado, a organização jurídica da economia brasileira também incide na esfera da distribuição e repartição, determinando que todos os brasileiros terão uma vida materialmente digna, que seja diferente do passado que caracterizou nossa sociedade. Como um mecanismo propulsor de tais movimentos, a Ordem Econômica articula-se à ativa e operante participação democrática: nos termos dos comandos constitucionais, o País deve obedecer aos desígnios de seu povo – e não de parte dele ou aos desígnios de outros povos – e ter o poder sobre os recursos econômicos para que, na civilização tecnoindustrial, os fins plasmados na Constituição se tornem alcançados. As duas dimensões da soberania são umas e articuladas: soberania popular sem soberania econômica é ilusionismo retórico; soberania econômica sem soberania popular é desigualdade e injustiça. No atual estágio tecnocientífico, acesso a direitos deve significar concretamente propriedade ou poder de controle sobre recursos e técnicas que materializem tais direitos” (OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 60-61).

demanda. Ou seja, nesse exemplo é possível vislumbrar pragmaticamente o interesse coletivo consubstanciado na atuação bancária estatal, com taxas diferenciadas e voltada a setores que os particulares não teriam interesse em atuar. A ausência do Estado, nesses casos, poderia representar um agravamento de desigualdades ou o achatamento do crescimento nacional, de modo que é plenamente justificável a sua atuação, a qual só poderá se dar na forma de um ente privado, no caso, uma empresa estatal. Por derradeiro, frisamos que essa atuação empresarial estatal pode ser dar com claro intento regulatório, o que, no setor bancário, pode ser justificado para efeito de “(i) ação complementar ao mercado, suprimindo suas falhas; (ii) e ação concorrencial no mercado, potencialmente indutora de comportamentos dos bancos privados¹⁰²”. Aglutinando todos esses conceitos, é possível afirmar que a Administração Pública interfere no mercado não só para corrigir suas falhas, mas também para garantir a soberania nacional (popular e econômica), por meio de um mercado mais justo. Mas não é só. Conforme afirma o professor Ricardo Marcondes Martins¹⁰³, há certas atividades cuja intervenção estatal é uma imposição. É o caso, por exemplo, dos bancos, uma vez que, independentemente do equilíbrio do sistema financeiro e da justa distribuição de recursos, o interesse coletivo relevante *exige* a manutenção de bancos estatais.

Desse modo, a atuação do Estado pelas suas empresas não ocorrerá arbitrariamente, mas apenas quanto válida sob o prisma constitucional¹⁰⁴. Não basta, portanto, que determinada atividade se mostre mais vantajosa do ponto de vista econômico para garantir a válida participação do Poder Público¹⁰⁵: o Estado atua no mercado com o fim específico de buscar a ordem econômica estabelecida normativamente no texto constitucional, de maneira que essa

¹⁰² DA SILVA, Luiz Augusto. *Empresa estatal e regulação: a atuação empresarial do Estado com objetivos regulatórios*. Curitiba: CRV, 2019, p. 112.

¹⁰³ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 279-280.

¹⁰⁴ Sobre o tema, oportuna a lição de Gabriel Costa Pinheiro Chagas: “Dado o caráter extraordinário e subsidiário da intervenção do Estado na economia, é de se afirmar que essa participação não decorre do princípio da livre-iniciativa que rege a atuação dos particulares. O que caracteriza a presença do Estado como agente econômico em regime de concorrência não é o livre interesse em participar de um dado setor ou atividade, mas os imperativos de relevância nacional e relevante interesse coletivo, alijando-o de atuar em regime de livre-iniciativa”. (CHAGAS, Gabriel Costa Pinheiro. *A discricionariedade administrativa nas empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 41-42)

¹⁰⁵ Neste sentido, Alexandre Santos de Aragão: “(...) entendemos que o mero interesse na obtenção de lucro não pode justificar a atuação do Estado na economia com base no art. 173 da CF porque, tecnicamente, se assim admitíssemos, estaríamos, por via hermenêutica, invertendo a lógica do dispositivo: ele deixaria de ser um permissivo para o Estado, em casos específicos, exercer atividades econômicas, para passar a franquear ao Estado, desde que com base em lei, o exercício de qualquer atividade econômica, já que qualquer atividade econômica é potencialmente lucrativa e o Estado está sempre carente de recursos para prover suas atividades-fim de forma ótima.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 105).

“subordina e instrumentaliza as empresas estatais e seus comandos¹⁰⁶”. Sobre as vantagens a serem obtidas, aliás, há profundas discussões, que, dada sua relevância serão tratadas no tópico posterior.

2.5.4.2 Empresas estatais exploradoras de atividade econômica e o lucro

Existe certa divergência doutrinária acerca das empresas estatais e o lucro. Isso porque relevante doutrina atesta a finalidade lucrativa como um traço inafastável dessas pessoas jurídicas, tal como defende Jacintho Arruda Câmara ao afirmar que “se o Estado opta por desenvolver uma atividade de interesse público por meio de uma empresa e não por outro modelo de estruturação organizacional (como uma autarquia ou fundação), só pode ser para conjugar características próprias da atividade empresária (essencialmente lucrativa) com outros objetivos públicos¹⁰⁷”. O que se discute, no entanto, não é se as empresas estatais podem ter resultados financeiros favoráveis, mas se elas possuem vocação ao lucro.

É certo que o lucro é uma marca da atividade empresarial, vez que, com efeito, “as estruturas de livre mercado se fortalecem e desenvolvem pela busca de lucros”¹⁰⁸. Neste sentido, possível identificar esse como elemento finalístico, consistente na obtenção da maior vantagem econômica possível em favor do particular que empreende seus esforços naquela atividade¹⁰⁹. Ao analisar os conceitos de “renda” e “lucro real” para fins tributários (o lucro real determina a base de acréscimo patrimonial), Bruce Bastos Martins expõe que “só há o fenômeno jurídico ‘renda’ no momento em que for vertido em linguagem competente a disponibilidade jurídica e econômica de uma oscilação positiva no patrimônio da pessoa jurídica¹¹⁰”. A partir desses excertos, afirmamos que lucro é aquilo que acarreta oscilação positiva no patrimônio de quem explora a atividade econômica. Em outras palavras, a “máxima

¹⁰⁶ OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 52.

¹⁰⁷ CÂMARA, Jacintho Arruda. O lucro nas empresas estatais. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, p. 918, abr./jun. 2012.

¹⁰⁸ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, vol.1: direito de empresa*. 22. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 241.

¹⁰⁹ Esse conceito é mencionado por Ricardo Marcondes Martins após analisar as afirmações formuladas em Seminário organizado para debater a questão do lucro nas empresas estatais. Vários autores de renome, tais como Aires Barreto, Carlos Ari Sundfeld, Eros Grau e Geraldo Ataliba tomaram parte de referido encontro, de cujos debates foi possível extrair esse juízo (in: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal*. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; (Org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 26).

¹¹⁰ MARTINS, Bruce Bastos. *Tributação de lucros no exterior*. São Paulo: Noeses, 2021, p. 140.

distância entre receita total e o custo total¹¹¹”. É atividade que busca o acúmulo patrimonial por meio do crescente distanciamento entre despesas e receitas.

Doutra ponta, esse aumento patrimonial é essencial ao signo empresa. Segundo Fabio Ulhoa Coelho, “a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços gerados mediante organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima e tecnologia)¹¹²” é o grande objetivo das empresas. Ao analisar a Lei das Sociedades Anônimas, em especial seu art. 2º, que dispõe poder ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes, Modesto Carvalhosa ensina que “a realização de lucros a serem distribuídos aos acionistas é da essência da sociedade anônima¹¹³”, ressaltando que “esse preceito fundamental está reforçado na lei pelo princípio da distribuição obrigatória de dividendos, estabelecida estatutariamente ou, no seu silêncio, por disposição da própria lei”. Essa afirmação é corroborada por autores do campo da economia, a exemplo de José Paschoal Rossetti, que considera que “o objetivo crucial da empresa é a maximização do lucro¹¹⁴”. No campo do direito civil, uma vez afastado o intuito lucrativo, a própria pessoa jurídica empresarial se desnatura, de maneira que para atividades não lucrativas existem classes próprias, a exemplo dos sindicatos, das associações e das fundações. Ou seja, o lucro é elemento essencial à empresa.

Em se tratando de uma empresa estatal, todavia, é notório que essa não foi criada para a simples persecução de vantagens econômicas. Conforme fixado acima, empresas estatais são criadas para a consecução do interesse público, em casos de relevante interesse coletivo ou imperativos de segurança nacional. Dessa forma, apesar de instituída sob o signo “empresa”, essas são antes de tudo entes “estatais”, o que mantém a inafastabilidade do fundamento de sua origem, a finalidade pública, a qual, ressaltamos, é elemento vinculado de qualquer ato emanado da Administração Pública brasileira. Desse modo, as empresas estatais até podem apresentar, de maneira acidental, resultados financeiros positivos, sendo que isso não será

¹¹¹ ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 20. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 469.

¹¹² COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, vol.1: direito de empresa*. 22. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 38.

¹¹³ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 13.

¹¹⁴ ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 20. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 469.

lucro¹¹⁵ propriamente dito, mas superávit¹¹⁶¹¹⁷. Não obstante essa possibilidade, a atuação estatal jamais estará pautada na busca pela maximização de resultados meramente financeiros, mas pela realização ótima do interesse da sociedade, sua razão de existir¹¹⁸, ou, em termos jurídicos, o cumprimento da Constituição¹¹⁹. Conforme ensina Modesto Carvalhosa, “o conceito fundamental, para se entender a função da sociedade de economia mista e sua forma

¹¹⁵ Conforme ensinam Irene Nohara e Alessandro Octaviani, economicidade não se confunde com lucro: “O objetivo da empresa estatal é utilizar de toda a sua potência para elevar o patamar econômico e social brasileiro, por meio do aumento da produtividade e da diminuição das desigualdades sociais e regionais, nos específicos e claríssimos termos da Constituição Federal. Economicidade é diferente de lucro. Buscar o lucro em desvio dos demais valores no ordenamento cogente às estatais é desviar-se da finalidade Constitucional e legal que legitima sua existência e atividade. É atuar em desconformidade com a Constituição” (OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 94).

¹¹⁶ Modesto Carvalhosa analisa esse fenômeno sob o prisma da economicidade: “Substitutivamente ao intento de lucro privado, a atividade empresarial do Estado deve estritamente perseguir o critério da *economicidade*. Este é, com efeito, o paradigma que deve o agente público administrador da sociedade de economia observar. Não deve perseguir o lucro enquanto *margem*, tal como concebido no plano individual da atividade econômica privada” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 2. ed. Vol. 4, t. I. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 388).

¹¹⁷ Neste sentido, citamos Ricardo Marcondes Martins: “O Estado, ao explorar atividade econômica, atua no mercado em concorrência com os particulares, mas não é um “empresário a mais”. Registra-se: não é admissível ao Poder Público perseguir o lucro, vantagem econômica como fim principal de sua atividade. O Direito admite a exploração da atividade econômica apenas e tão somente para realizar o interesse público ou, mais precisamente, proteger a segurança nacional ou satisfazer relevante interesse coletivo. Por isso, é plenamente admitido que as empresas estatais sejam economicamente deficitárias: o ‘lucro’ estatal consiste na realização do interesse público, e não na obtenção de mais dinheiro” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 279).

¹¹⁸ Válida a citação da doutrina: “As empresas estatais, como entes integrantes da Administração Pública, existem para atender a interesses públicos. Não pode o Estado instituir ou adquirir empresas apenas como forma de investimento, pois a ele cabe promover o interesse público, o qual será contemplado, primeiramente, pelo próprio exercício da atividade objeto do empreendimento público, bem como pela participação que as empresas estatais podem ter na implementação de políticas públicas. É por contribuírem para a implementação de políticas públicas que não se pode esperar das empresas estatais o mesmo grau de lucratividade exigido de empreendimentos privados. Elas não estão voltadas para a maximização da lucratividade, estão antes interessadas em atender a objetivos públicos, razão pela qual podem sacrificar parte de sua lucratividade em nome da contribuição que podem oferecer à implementação de políticas públicas. Essas contribuições devem ocorrer no âmbito de políticas públicas relacionadas às atividades exercidas por elas e podem assumir diversas formas. Assim, admite-se que as empresas estatais realizem investimentos de retorno duvidoso quando estes propiciem a ampliação da rede de prestação de serviços públicos ou de atividades geradoras de externalidades positivas” (SANTOS, Flávio Rosendo dos; OLIVEIRA, Antônio Gonçalves de; NASCIMENTO, Décio Estevão do. As empresas estatais e seu conflito intrínseco: lucratividade versus colaboração na implementação de políticas públicas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 111-131, out./dez. 2015).

¹¹⁹ Neste sentido, citamos a doutrina a seguir, com a única ressalva de que não consideramos empresa estatal um órgão, mas entidade dotada de personalidade jurídica. Vejamos: “Sendo tal realidade verificada nas empresas privadas, essa superação da concepção de ‘interesse social’ como ‘interesse do sócio ao lucro’ é muito mais intensa nas estatais, instrumentos do Estado. A empresa estatal é órgão da Administração para o cumprimento da Constituição Federal, e, portanto, seu regime de vinculação a fins é muito superior ao da macroempresa privada. Essa evolução – trazendo como principal traço de tais empresas o fato de serem meramente *coadjuvantes* de necessidades e objetivos estatais – joga para as disposições especiais da lei federal os balizamentos específicos, como explicitado pela Lei 6.404/1976, art. 235: ‘As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta lei, *sem prejuízo das disposições específicas de lei federal*’” (OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 74).

capitalista, com a participação dos acionistas privados minoritários, é de que ela precipuamente deve atender ao *interesse público primário*, e não ao *interesse público secundário* ou à *finalidade de lucro*¹²⁰. Neste sentido, se é da essência das empresas estatais a busca pelo interesse público, e não por resultados financeiramente favoráveis, não é possível afirmar que elas possuem intentos lucrativos¹²¹.

Neste diapasão, podemos vislumbrar a atuação de empresas estatais com resultados financeiros negativos e, ainda assim, considerar seu desempenho válido, haja vista ela ter alcançado seu fim maior: a realização do interesse público. Isso reflete até mesmo na relação da estatal para com seus acionistas minoritários, eis que esses poderão se ver obrigados a suportar prejuízos financeiros não indenizáveis, pois, pela perspectiva estritamente jurídico-científica, aquele era o comportamento esperado da empresa ou, como afirma Modesto Carvalhosa, quem “subscrever ações ou investir em ações emitidas por sociedade de economia mista, tem pleno conhecimento dos fins para os quais ela foi criada¹²²”, de maneira que “não haverá, portanto, fundamento jurídico para que o acionista privado questione a não colocação do lucro como fim precípua da mesma¹²³”. Essa é, portanto, uma variável que deve ser considerada pelos particulares que resolverem participar de empresas estatais¹²⁴.

¹²⁰ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 2. ed. Vol. 4, t. I. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 386.

¹²¹ Sobre o tema, referenciamos a doutrina de Gabriel Senra da Cunha Pereira: “Em suma, as empresas privadas têm como fim primário a obtenção de lucro e a geração de riqueza, para atender às necessidades e desejos humanos, mas exercem, nos limites e por meio de suas atividades-fim, a função social que lhes é constitucionalmente imposta. Inversamente, a finalidade precípua das empresas estatais é o exercício de sua função social, que consiste no atendimento de relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional”. (PEREIRA, Gabriel Senra da Cunha. *Por que Empresas Estatais: A Função das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista na Era da Tecnologia*. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 58). Acerca da citação realizada, fazemos apenas uma ressalva para apontar que o conceito de função social é próprio à iniciativa privada, de modo que inaplicável aos bens e atividades públicas, eis que esses já estão ligados ao conceito de interesse público. Ou seja, os instrumentos publicísticos não precisam atender à função social, pois já vinculados à realização do interesse público, conceito mais apropriado aos seus misteres. Em sentido semelhante, Nilma de Castro Abe quando trata de bens públicos: “A aplicação do instituto da função social à propriedade pública esbarra em diversos óbices, neste ensaio abordados, revelando-se incompatível com o regime de Direito Público, de modo que a sua incidência implica num afastamento e enfraquecimento injustificados do regime jurídico público (princípio federativo, autonomia de administração dos entes federados, obediência à lei orçamentária, imunidade tributária, indisponibilidade do interesse público), o que não se coaduna com uma leitura sistemática dos ditames da Constituição Federal que regem a gestão dos bens públicos no Brasil” (ABE, Nilma de Castro. Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 11/2008. p. 135 – 154. Jan-Jun/2008).

¹²² CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 2. ed. Vol. 4, t. I. São Paulo: Saraiva, 1998, pp.391-392.

¹²³ Idem, p. 392.

¹²⁴ Para o caso de empresas que venham a se tornar públicas posteriormente, Mario Engler Pinto Junior aponta uma solução no sistema jurídico: “Na sistemática da Lei nº 6.404/76, a dispensa de recomposição patrimonial é compensada pela atribuição do direito de recesso aos acionistas da companhia cujo controle acionário é adquirido pelo Estado, para transformá-la em sociedade de economia mista sujeita ao regime especial do

Diante disso, o simples fato de explorar atividade econômica e necessitar, para tanto, de forma de direito privado não desnaturará o fundo de direito público que sustenta as empresas estatais. Repisamos: as empresas estatais visam ao interesse público e o elemento financeiro é apenas accidental em relação a elas. Isso impactará não só em suas decisões institucionais, mas também no seu regime de pessoal objeto da presente pesquisa, eis que o a legislação trabalhista, imposta ao seu pessoal, se presta a proteger os empregados dos abusos do poder econômico (empresários visam ao lucro e podem tornar as relações trabalhistas predatórias para maximizá-los). Se elas não possuem o lucro como elemento essencial, as próprias relações de trabalho são afetadas, o que será investigado na presente pesquisa, em momento oportuno.

2.5.5 Patrimônio

A partir da diferenciação de regime acima traçada entre empresas estatais exploradoras de atividade econômicas e empresas prestadoras de serviços públicos, é possível notar uma profunda diferença dogmática em relação aos seus caracteres, iniciando pelo patrimônio.

Como as empresas prestadoras de serviços públicos são, em verdade, contrafações de autarquias, é aplicável integralmente o regime jurídico administrativo a sua esfera patrimonial. Isso faz com que seus bens sejam considerados bens públicos, gravados como tais, de inalienabilidade relativa, impenhorabilidade, imprescritibilidade, e não onerabilidade. A doutrina tradicional costuma fazer uma distinção para dizer que “os bens das empresas estatais, prestadoras de serviços públicos, podem ser afastados, excepcionalmente, da penhora, quando estiverem afetados aos serviços públicos e forem necessários à sua continuidade¹²⁵”. Ousamos discordar de referido posicionamento, eis que o debate sob testilha é mais profundo do que a

Capítulo XIX. O direito de retirada nesse caso, conforme previsto no artigo 236, parágrafo único, é justamente o remédio concebido pelo legislador para proteger o acionista controlador investido da prerrogativa de flexibilizar a finalidade lucrativa para consecução do interesse público. Se não fosse admitido o sacrifício da lucratividade em decorrência do exercício do poder de controle estatal, também não haveria razão para permitir a saída do acionista dissidente mediante o reembolso do valor de suas ações. [...] Para equilibrar a falta de garantia de compensação do sacrifício patrimonial legitimamente imposto (seja à companhia controlada pelo Estado, seja à sociedade signatária da convenção grupal), a lei do acionariado admite a retirada voluntária do acionista minoritário mediante recebimento de seus haveres sociais. Se não fosse tolerada a subordinação do interesse da companhia a propósitos que transcendem o interesse específico de seus acionistas, ou se fosse previsto o ressarcimento nessa hipótese, por certo não teria cabimento o mecanismo de recesso realizado pelo legislador pátrio” (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal – Função econômica e dilemas societários*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 357-358).

¹²⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 134.

simples afetação momentânea da continuidade do serviço público, revestido, é certo, de contornos conceituais: a classe em questão é inadequada e sobre ela deve incidir integralmente o regime jurídico administrativo¹²⁶.

Já no que tange às empresas exploradoras de atividade econômica, é exigência do sistema que seus bens tenham regime aproximado daquele imputado às empresas em geral. Isso porque dotá-los de prerrogativas como impenhorabilidade, imprescritibilidade, e não onerabilidade poderiam deixá-las em vantagem quando comparadas com os particulares. Dessa maneira, seus bens são, a princípio, oneráveis, usucapíveis e prescritíveis, ressalvadas certas “modulações de direito público¹²⁷”, tal como a necessidade do cumprimento de exigências legais para sua alienação¹²⁸, a exemplo da avaliação formal do bem contemplado e prévia licitação.

2.5.6 Responsabilidade civil

No que tange à responsabilidade civil, dispõe a Constituição da República, em seu artigo 37, §6º, que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Neste sentido, não há grandes dificuldades: as empresas prestadoras de serviços públicos, seja por serem consideradas contrafações de autarquias, seja pela atividade que desempenham,

¹²⁶ Sobre a utilização de formas de direito privado para a prestação de serviços públicos, considera Toshio Mukai tratar-se de simulação ou abuso de forma: “Seja como for, porém, no caso das empresas públicas de que tratamos, não nos parece que seja suficiente a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sendo, ao contrário, e na realidade, um verdadeiro caso de simulação jurídica ou abuso de forma, que compete ao direito repelir. [...] Segundo informa J. Lamartine Corrêa de Oliveira, Coulombel mostrou a ‘estreita correlação entre a problemática da simulação e da fraude à lei, bem como a da fraude contra credores, pois várias sociedades ‘fictícias’ são criadas ou para fraudar a incidência de leis das mais variadas espécies ou para permitir a um sócio escapar a seus credores’ e, ‘combate veementemente qualquer posição que veja na constituição de uma sociedade um ato abstrato de criação de uma forma que se bastaria a si mesma, independentemente de seu objeto. Para ele, para que haja pessoa jurídica, é necessário haver interesse distinto. Se houve simulação de interesse distinto, a sociedade é fictícia’. E não é o que ocorre justamente com a personalização privada de um serviço público? Ela não é efetuada para que o administrador público possa escapar à incidência das regras legais administrativas? De outro lado, o interesse supostamente distinto da ‘sociedade’ (empresa pública) não é justamente o do Estado? Trata-se, portanto, de uma simulação jurídica o que ocorre na personalização privada de um serviços público, seja ele administrativo ou industrial e comercial” (MUKAI, Toshio. *O Direito Administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 283-284).

¹²⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 133.

¹²⁸ Idem, *ibidem*.

responderão de maneira objetiva pelos danos decorrentes de suas ações¹²⁹. Acerca de suas omissões, todavia, existe alguma divergência. Segundo Hely Lopes Meirelles, a responsabilidade do Estado por atos omissivos será sempre objetiva, pois o texto constitucional não faz distinção entre atos omissivos e comissivos¹³⁰. Conforme outra parte da doutrina, capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello, esses entes responderão subjetivamente, de acordo com a teoria da culpa anônima, cabendo ao particular demonstrar que o serviço não funcionou, funcionou mal ou funcionou em atraso, salvo no caso de guarda de pessoas ou coisas perigosas, quando a responsabilidade é objetiva¹³¹. Numa terceira via, registramos posicionamento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual, havendo uma omissão genérica, a responsabilidade seria subjetiva, mas em sendo omissão específica, estar restaria convertida a responsabilidade em objetiva¹³².

Em contrapartida, as empresas exploradoras de atividade econômica responderão nos mesmos termos da legislação aplicável aos particulares em geral, a qual, a princípio, estabelece

¹²⁹ Registramos a posição de Alexandre Santos de Aragão: “As empresas estatais se submetem ao regime comum de responsabilidade civil, previsto no art. 927 do Código Civil, tendo em vista o disposto no art. 173, §1º, da Constituição Federal, salvo quando prestadoras de serviço público (sob *publicatio*), em virtude do disposto no art. 37, §6º, da Constituição Federal, que adota o regime de responsabilidade objetiva” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais – O regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia Mista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 276).

¹³⁰ É importante ressaltar que esse posicionamento fora adotado pelo autor desde o regime constitucional anterior, o que pode ser constatado observando obra prévia à Constituição da República de 1988 (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, pp. 552 e ss.). Com efeito, tal entendimento fora mantido perante a Constituição Cidadã, o que pode ser constatado na obra gerida por seus atualizadores (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 600 e ss.).

¹³¹ Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello: “No que atine à responsabilidade destas empresas pelos danos que causarem a terceiros em virtude da condição de prestadoras de serviços públicos, atualmente é certo que se governa na conformidade dos critérios que se governam na conformidade dos mesmos critérios que se aplicam ao Estado; ou seja: os da responsabilidade objetiva, pois assim é, segundo doutrina e jurisprudência, a responsabilidade pública. Portanto, independe de dolo ou culpa, bastando o nexo causal entre o seu comportamento e o agravo destarte produzido. Isto por força do precipitado art. 37, §6º da Constituição, que estabelece para as pessoas de Direito Privado prestadoras de serviço público a mesma responsabilidade que incumbe às pessoas de Direito Público, a qual, desde a Constituição de 1946, tem sido entendida como sendo responsabilidade objetiva. Além disto, conforme já visto (n. 65), o Estado responde subsidiariamente pelos danos por elas causados. [...] Assim, parece-nos que é preciso distinguir, como ensinou Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, entre atos comissivos, nos quais a responsabilidade é objetiva, e atos omissivos, em que a responsabilidade depende de dolo ou culpa, ou seja, do descumprimento de um dever jurídico. Julgamos necessário acrescentar, entretanto, que também haverá responsabilidade objetiva nos casos de guarda de coisas ou pessoas perigosas, o que é demandado pela ideia de risco-proveito, e naqueles outros nos quais, mesmo não sendo o Estado o próprio autor do dano, uma atuação positiva sua concorreu decisivamente para fazê-lo eclodir” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 184).

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 841526 RS. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: V J de Q (representado por Simone Jardim). Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 30 de março de 2016. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4645403>>. Acesso em: 11 mai. 2022.

uma responsabilidade subjetiva¹³³. No entanto, é possível que, dependendo das atividades por elas desempenhadas, sejam responsabilizadas objetivamente, com base em diplomas específicos, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor¹³⁴.

Imputada judicialmente a responsabilização, a forma de quitação de seus débitos dependerá da atividade desempenhada. Em se tratando de empresa prestadora de serviço público, seus pagamentos serão realizados nos termos do artigo 100 da Constituição da República, na forma de precatório ou requisição de pequeno valor, a depender do montante executado¹³⁵. É interessante notar que, não obstante não acate a tese de que as empresas prestadoras de serviços públicos sejam contrafações de autarquias, o Supremo Tribunal Federal vem determinando que o pagamento de seus débitos judiciais seja realizado nos termos do artigo 100 da Constituição da República¹³⁶, o que, na prática, reforça, no plano pragmático, a concepção científica de seu regime publicístico. Por outro lado, a fim de não estabelecer vantagens indevidas às empresas exploradoras de atividade econômica, é-lhes imposto o mesmo regime de pagamento de débitos judiciais às empresas em geral.

Por derradeiro, destacamos que no caso de empresas prestadoras de serviços públicos, caso essas não tenham bens para honrar suas dívidas, o ente que as criou é

¹³³ Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho: “Se o objeto da atividade for a exploração de atividade econômica em sentido estrito (tipicamente mercantil e empresarial), a norma constitucional não incidirá; em consequência, a responsabilidade será subjetiva, regulada pela lei civil” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 473).

¹³⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 136.

¹³⁵ Cite-se a doutrina: “O precatório é uma ordem judicial para que o ente público pague dívida decretada em juízo. Seu pagamento deve seguir a estrita ordem cronológica de apresentação. Ao mencionar administração indireta, a Constituição inclui as estatais no sistema de precatório. Porém, não são todas as estatais, mas apenas aquelas que prestam atividade genuinamente de Estado, como serviço público, independentemente de seu tipo (empresa pública, sociedade de economia mista ou subsidiária), conforme jurisprudência do STF” (ANTUNES, Gustavo Amorim. *Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei nº 13.303 comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 104).

¹³⁶ É o que se denota do julgado a seguir: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental. 2. Ato lesivo fundado em decisões de primeiro e de segundo graus do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região que determinaram bloqueio, penhora e liberação de valores oriundos da conta única do Estado do Piauí, para pagamento de verbas trabalhistas de empregados da Empresa de Gestão de Recursos do Estado do Piauí S/A (EMGERPI). 3. Conversão da análise do pedido de medida cautelar em julgamento de mérito. Ação devidamente instruída. Possibilidade. Precedentes. 4. É aplicável o regime dos precatórios às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial. Precedentes. 5. Ofensa aos princípios constitucionais do sistema financeiro e orçamentário, em especial ao da legalidade orçamentária (art. 167, VI, da CF), aos princípios da independência e da harmonia entre os Poderes (art. 2º da CF) e ao regime constitucional dos precatórios (art. 100 da CF). 6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 387 PI. Requerente: Governador do Estado do Piauí. Intdo: Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 23 de março de 2017. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313112445&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2021).

subsidiariamente responsável pelos débitos daquelas¹³⁷. Já na hipótese de exploradoras de atividade econômica, conforme informa Celso Antônio Bandeira de Mello, “o Estado não pode responder subsidiariamente pelos créditos de terceiros que ficassem a descoberto, pois, se o fizesse, estaria oferecendo-lhes um respaldo que não desfrutam as demais empresas privadas¹³⁸”.

2.5.7 Controle pelos Tribunais de Contas

Nos termos do art. 85 da Lei nº 13.303/2016, os órgãos de controle externo e interno das três esferas de governo fiscalizarão as empresas públicas e as sociedades de economia mista a elas relacionadas, inclusive aquelas domiciliadas no exterior, quanto à legitimidade, à economicidade e à eficácia da aplicação de seus recursos, sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial. Não obstante a clareza do dispositivo, o tema referente à submissão das empresas estatais ao controle pelo Tribunal de Contas comporta alguma divergência. Vejamos.

No que tange às empresas prestadoras de serviços públicos, é pacífico que essas se submetem ao escrutínio do órgão controlador, nos termos do artigo 70 da Constituição Federal. No entanto, referentemente às empresas exploradoras de atividade econômica, há posições divergentes, a exemplo de Toshio Mukai¹³⁹, que defende sua não submissão à fiscalização financeira referida no dispositivo em questão. Já Rafael Carvalho Rezende de Oliveira¹⁴⁰ entende que, no que tange a estas, deve ser realizada uma diferenciação entre a atividade-fim e a atividade-meio. Segundo o autor, o controle das Cortes de Contas seria válido apenas quanto às atividades instrumentais (meio), mas afastado em relação à atividade-fim. Não obstante concordemos em tantos pontos, no aspecto em questão, é preciso registrar divergência em relação a esses autores para defender a submissão integral das empresas estatais exploradoras de atividade econômica à fiscalização dos Tribunais de Contas¹⁴¹. Conforme leciona Alexandre

¹³⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 134.

¹³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 181.

¹³⁹ MUKAI, Toshio. *O Direito Administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 300-301.

¹⁴⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 137.

¹⁴¹ Acerca da forma como o controle do Tribunal de Contas deve ser exercido, citamos a doutrina de Igor Volpato Bedone: “Examinando os dispositivos legais, não há dúvida de que o legislador adotou a posição defendida

Santos de Aragão (por todos), “nos parece incidir sim o controle previsto no art. 70 da Carta Maior sobre as estatais, dada a amplitude dos seus termos, a interpretação já consolidada do STF e o próprio Estatuto das Estatais, que o consagra¹⁴²”. Isso se dá por uma conclusão lógica: se o regime jurídico administrativo é o regime protetor da coisa pública, ele só pode ser afastado quando houver um fundamento racional para tanto, o qual, na hipótese estudada, se refere a evitar a concorrência desleal e garantir a exploração da atividade. Ora, em nada a submissão aos órgãos de controle favorece as empresas estatais. Pelo contrário, isso eventualmente pode até levar à criação de mais um embaraço em suas atividades, que deve ser, contudo, suportado em razão da incidência dos princípios protetivos da coisa pública.

2.5.8 Imunidade tributária

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 150, VI, *a*, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros. O dispositivo em questão impõe a chamada *imunidade recíproca*¹⁴³, pela qual se garante o não estabelecimento de impostos às pessoas políticas (Administração direta), autarquias e fundações públicas.

nesta tese, de plena incidência do controle pelo Tribunal de Contas. Com efeito, o artigo 85 prevê a submissão das empresas estatais aos órgãos de controle externo e interno das três esferas de governo quanto à legitimidade, economicidade e eficácia da aplicação dos seus recursos, sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial. Vê-se, portanto, que os Tribunais de Contas devem ir além do papel de controle meramente formal e contábil para aferir aspectos de economicidade e eficiência da atuação das empresas estatais, inclusive sob o aspecto operacional, sempre respeitada a autonomia da empresa estatal, garantida pelo artigo 90 da Lei n.º 13.303/2016” (BEDONE, Igor Volpato. *Empresas estatais e seu regime jurídico*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 238).

¹⁴² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais – O regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 382.

¹⁴³ Acerca dos fundamentos da imunidade recíproca, citamos a doutrina de Roque Antonio Carrazza: “I - As pessoas políticas são imunes à tributação por meio de impostos, *ex vi* do art. 150, VI, ‘a’, da CF. Esta é a chamada imunidade recíproca e decorre naturalmente seja do princípio federativo, seja do princípio da isonomia (igualdade formal) das pessoas políticas. Decorre do princípio federativo porque, se uma pessoa política pudesse exigir impostos de outra, fatalmente acabaria por interferir em sua autonomia. Sim, porque, cobrando-lhe impostos, poderia levá-la a situação de grande dificuldade econômica, a ponto de impedi-la de realizar seus objetivos institucionais. Ora, isto a Constituição absolutamente não tolera, tanto que inscreveu nas cláusulas pétreas que não será sequer objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir ‘a forma federativa de Estado’ (art. 60, § 4º, 1). Se nem a emenda constitucional pode tender a abolir a forma federativa de Estado, muito menos poderá fazê-lo a lei tributária, exigindo imposto de uma pessoa política. Mas, conforme adiantamos, também o princípio da isonomia das pessoas políticas impede que se tributem, umas às outras, por meio de impostos” (CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 831).

Neste sentido, dado o contexto normativo referente às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, essas são abrangidas pela imunidade em questão¹⁴⁴. Ou seja, não é possível instituir impostos sobre o patrimônio, a renda ou os serviços delas. A título de registro, o Supremo Tribunal Federal vem acatando essa tese com algumas nuances, para garantir referida imunidade às empresas estatais que exercem atividade monopolizada, afastando-a, todavia, “em relação às estatais econômicas que atuam no mercado concorrencial¹⁴⁵” e “aos serviços públicos remunerados por preços ou tarifas pelo usuário¹⁴⁶”. Pensamos que o critério em questão não é o melhor, vez que, por estarem sujeitas a regime semelhante ao das autarquias, as empresas prestadoras de serviços públicos gozam das mesmas prerrogativas daquelas, o que inclui a imunidade tributária ampla. Ressalve-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal afastou a imunidade em questão em relação à Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP, não em razão da atividade desempenhada (que é considerada serviço público), mas pelo fato de esta ter participação acionária negociada em Bolsas de Valores, e que estar voltada à remuneração do capital de seus controladores ou acionistas¹⁴⁷. Outrossim, a Suprema Corte também negou a eficácia da imunidade em tela a bem desvinculado na finalidade estatal¹⁴⁸. No caso, o imóvel de uma empresa estatal prestadora de serviços públicos (a INFRAERO) fora alugado a uma empresa privada, passando a não gozar mais de imunidade de Imposto Predial Territorial Urbano - IPTU.

¹⁴⁴ Relevante a doutrina sobre o fenômeno jurídico em questão: “À primeira vista, seria possível dizer que, pela literalidade de tais disposições, é vedada a instituição de imposto em relação a bens que compõem o patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como dos bens de propriedade de autarquias e fundações, vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes, desde que não relacionados à exploração de atividade econômica. Por tal interpretação apenas os bens de propriedade dos entes políticos e suas autarquias e fundações é que seriam imunes a este imposto. Esse, inclusive, era o entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal (STF) até algum tempo atrás. Ocorre, porém, que tal entendimento foi alterado pela Segunda Turma da Suprema Corte que admite a aplicação da imunidade recíproca também para as empresas públicas e sociedades de economia mista que realizam serviços públicos. Esse posicionamento, com o qual compactuamos, tem em conta que uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista ao ser constituída para prestação de um serviço público, é uma *longa manus* do ente político que a criou, devendo, portanto, receber o mesmo tratamento que suas autarquias e fundações, inclusive no que se refere às questões fiscais” (DE JESUS, Ricardo Bonfá. Imunidade da sociedade de economia mista. In: CARRAZZA, Elizabeth Nazar (Coord.); MORETI, Daniel (Org.). *Imunidades tributárias*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 288).

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 138.

¹⁴⁶ Idem, *ibidem*.

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 600867 SP. Recorrente: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo. Recorrido: Município da Estância Balneária de Ubatuba. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 31 de agosto de 2017. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2248204>>. Acesso em: 11 mai. 2022.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 434251 RJ. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrido: Disbarra – Distribuidora Barra de Veículos Ltda. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, Brasília, 29 de junho de 2020. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2684516>>. Acesso em: 11 mai. 2022.

Doutra ponta, registramos a polêmica existente em torno do §3º do art. 150 da Constituição da República, que exclui a imunidade recíproca referentemente ao patrimônio, à renda e aos serviços quando houver contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário. Neste sentido, por exemplo, Alexandre Santos de Aragão, afirma que “o §3º, do art. 150, da CF veda que estatais (e o próprio poder público em si), ao cobrarem preços ou tarifas (o que constitui a quase totalidade do universo das empresas estatais, que não cobram taxa nem prestam serviços gratuitamente), possam usufruir da imunidade recíproca¹⁴⁹”. Respeitosamente, ousamos discordar de tal raciocínio por entender que a cobrança em questão não é suficiente para afastar a regra imunizante. Isso porque o cerne da imunidade é justamente a prestação do serviço público, sendo este seu aspecto principal. O fato de haver elemento accidental (a cobrança de tarifa) não tem condão de descaracterizar o regime essencial. Oportuno registrar que o tema já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, que, ao tratar de Autarquias que cobravam tarifas na prestação de serviços públicos, manteve a imunidade recíproca, por considerar que “a cobrança de tarifas não descaracteriza a referida imunidade, haja vista que o fator primordial para que uma entidade pública tenha o benefício da imunidade prevista no art. 150, VI, ‘a’, da Carta Magna é o caráter da atividade desenvolvida, ou seja, a prestação inequívoca de um serviço público¹⁵⁰”. O entendimento em questão foi adotado de forma mais ampla no bojo do Recurso Extraordinário nº 482.814/SC, no qual foi registrado que “a imunidade do art. 150, VI, a, da CF alcança as autarquias e empresas públicas que prestem inequívoco serviço público”, ressaltando-se que “a cobrança de tarifas, isoladamente considerada, não descaracteriza a regra imunizante¹⁵¹”.

Por fim, é importante destacar que, como as companhias estatais exploradoras de atividade econômica não podem gozar de privilégios fiscais não extensivos às empresas do setor privado, não gozam da imunidade tributária em referência. Essa situação poderia criar uma posição de privilégio estatal em relação aos demais agentes econômicos. Não obstante, atuando elas em regime de monopólio, é defensável a aplicação da imunidade em questão, eis

¹⁴⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais – O regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 287.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 741938 MG. Recorrente: Centro Operacional de Desenvolvimento e Saneamento de Uberaba - CODAU. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 09 de outubro de 2014. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4387127> >. Acesso em: 12 mai. 2022.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 482814 SC. Recorrente: União. Recorrido: SEMASA – Serviço Municipal de Água, Saneamento e Infraestrutura. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 14 de dezembro de 2011. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2391319> >. Acesso em: 12 mai. 2022.

que não haveria outros agentes concorrentes que pudessem vir a ser prejudicados. Desse modo, da mesma forma que carece às empresas estatais prestadoras de serviços públicos uma justificativa racional para que elas se vejam submetidas a formas de direito privado, tal raciocínio se aplica, *mutatis mutandis*, às empresas exploradoras de atividade econômica em regime de monopólio, nos termos do art. 177 da Constituição da República. Neste sentido, justifica-se a utilização de formas de direito privado a tais entes estritamente nos limites estritamente necessários à exploração da atividade. Neste caso, como suas tarefas se dão em regime de monopólio, a justificativa do afastamento à concorrência desleal se mostra inexistente. Não obstante, pode ser que por outras razões (como a necessidade de adoção forma privada como requisito para a própria exploração da atividade econômica), o invólucro de direito privado se faça imprescindível, mostrando-se, pois, justificável. Todavia, em todos os demais pontos em que essa justificativa se fizer ausente ou desnecessária, deverá ser aplicado integralmente o regime jurídico de direito público, tal como incidente às empresas estatais prestadoras de serviços públicos. Neste sentido, não vemos razão para a negação de imunidade tributária a tais entes (mesmo que adotantes de forma privada), até porque eventuais benefícios deverão ser convertidos em prol da coletividade, justificando-se, portanto, a renúncia momentânea de receita.

3 A UTILIZAÇÃO DE FORMAS DE DIREITO PRIVADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 Introito

Esta pesquisa aborda o Direito sob uma perspectiva científica, o que torna necessário ressaltar exordialmente que, em alguns momentos, suas conclusões e proposições poderão se distanciar daquilo que normalmente é consagrado na doutrina e na jurisprudência pátrias. Trata-se de fenômeno compreensível, uma vez que os respectivos escrutínios podem ser realizados a partir de paradigmas distintos: normalmente, as premissas científicas diferem daquelas adotadas na pragmática, conforme veremos adiante. Assim, a fim tornar devidamente embasadas as conclusões que serão obtidas, as quais comportam algum ônus argumentativo, passamos a apresentar os pressupostos teórico-científicos deste trabalho.

3.2 A necessidade de uma abordagem científica do direito

A par das assertivas colateralmente trazidas nesta pesquisa, antes de analisar o Direito sob uma perspectiva científica, é preciso propriamente afirmar o estudo jurídico como uma ciência e esclarecer o que entendemos sobre essa afirmação. Ressaltamos, desde já, que, segundo compreendemos, sem essa aceitação científica do Direito, não seria possível tecer qualquer afirmação com rigor, vez que, não havendo parâmetros de verificação (obtidos a partir de uma análise revestida da devida rjeza metodológica), tornar-se-ia impossível a averiguação da correção de qualquer assertiva¹. Simplificando: sem balizas de controle, não há como testar substancialmente nenhuma alegação. Nesses termos, a Ciência se torna indispensável, pois quem fixa esses parâmetros é justamente o raciocínio científico. Desse modo, apenas a partir do austero escrutínio metodológico é que se mostra possível fixar corretamente premissas e

¹ Sobre as afirmações acerca da inexistência de uma ciência do direito e de seus paradigmas, citamos Carlos Ari Sundfeld: “Será que nos tratados, cursos e manuais de direito administrativo à venda por aí, bons ou ruins, os capítulos de princípios são obra de um *Doutor Sistemático*, cientista espartano, rígido, experimentando e esquadrinhando o Direito com uma régua e compasso, atrás de conceitos, elementos, princípios exatos? Sinceramente, eu acho que não. Esse negócio de listinha de princípios nos capítulos iniciais de qualquer livro de direito administrativo virou uma espécie de sinal da cruz ao entrar na igreja: tem de fazer, e pronto”. E finaliza: “É o que estou a dizer sobre os hiperprincípios dos livros de direito administrativo. Não são ciência, mas sabedoria de velho. Têm lá o seu valor, podemos respeitá-los. Mas eles ignoram as mudanças do mundo, não servem para elas, querem se impor a elas. Não podem ser o centro do nosso conhecimento” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 189-193).

alcançar conclusões com pretensão de verdade. Dito isso, demonstremos o que entendemos por ciência e por método científico.

Segundo Albert Keller, ciência é um âmbito parcial do conhecimento². Conforme o autor, a ciência seria “um sistema de expressões que pode ser justificado em relação a todos os elementos competentes, sistema que serve para angariar e ordenar conhecimentos sobre determinado âmbito de coisas segundo determinada perspectiva³”. A união de elementos sob uma regra representa uma ordenação (quantidade ordenada) e, quando esses elementos ordenados são aglutinados, a partir de uma ordenação mútua, surge um sistema⁴. Essa concepção nos remete a Immanuel Kant, segundo o qual a completude da ciência “não pode ser assumida com confiança tendo por base o cálculo grosseiro de um agregado obtido por tentativas; ela só é possível, assim, por meio de uma ideia do todo do conhecimento *a priori* do entendimento e da divisão, a partir dela determinada, dos conceitos que constituem tal conhecimento⁵”, de maneira que a ciência só é possível “por meio da concatenação desses conceitos em um sistema⁶”. Retornado à lição de Keller, basicamente, o objetivo maior da ciência seria tornar visível um âmbito de objetos de modo a explicitá-lo de maneira ordenada, ou, em outras palavras, angariar e ordenar conhecimento sobre determinado âmbito de objetos, *sob determinada perspectiva*⁷. Assim, seria possível falar em um objeto material da ciência, consistente no âmbito de componentes sobre os quais ela se debruça e um objeto formal, que seria a perspectiva adotada⁸. Ressalvamos, todavia, que o próprio conceito de sistema, já há tempos, pressupõe um *nexus veritatum*⁹, não bastando a mera aglomeração de afirmativas tidas por coerentes entre si. Neste diapasão, a partir dessa pressuposição sistemática da ciência, é possível afirmar que o trabalho científico envolve um anseio veritativo, ou seja, trata-se da sistematização de elementos para buscar uma verdade¹⁰.

² KELLER, Albert. *Teoria geral do conhecimento*. Tradução de Enio Paulo Giachini. São Paulo: Loyola, 2009, p. 50.

³ Idem, p. 52.

⁴ Idem. *ibidem*.

⁵ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Fernando Costa Mattos. 4 reimp. Petrópolis: Vozes, 2018, p. 104.

⁶ Idem, *ibidem*.

⁷ KELLER, Albert. *Teoria geral do conhecimento*. Tradução de Enio Paulo Giachini. São Paulo: Loyola, p. 55.

⁸ Idem, p. 56.

⁹ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Conceito de sistema no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 11.

¹⁰ Acerca disso que chamamos de anseio veritativo, oportuno o registro de Tercio Sampaio Ferraz Junior: “Com Christian Wolff, que domina com sua terminologia o século XVIII, o termo *sistema* toma, então as características marcantes, que ainda hoje o configuram. Para ele, *sistema* é mais que um mero agregado de um esquema ordenado de verdades. *Sistema* é sobretudo ‘*nexus veritatum*’, que pressupõe a correção e a perfeição

É importante acrescentar que o conceito de ciência também pode ser encarado de forma dinâmica e relacional. Nesta toada, lembramos a lição de Karl Popper, que a observa como uma atividade *crítica*, no sentido de que o cientista testa criticamente as suas hipóteses¹¹. Dessarte, apresenta-se como critério do progresso científico a possibilidade do surgimento de uma nova tese que aborde todos os aspectos que a anterior havia conseguido exitosamente deslindar, evitando ao menos algumas de suas falhas para, ao fim, explicar, caso se mostre apta, os aspectos que a antiga hipótese não pôde esclarecer¹². Desse modo, segundo o autor, o progresso científico é um processo dinâmico que aponta em um sentido: a busca da verdade¹³.

Há ainda alguns cuidados metodológicos que o pesquisador deve assumir ao realizar sua investigação. Nesses termos, segundo Imre Lakatos, um programa científico de pesquisa deve ser dotado de heurísticas negativas e positivas. As primeiras (negativas) representariam um “núcleo duro” que não pode ser questionado (a ele não poderia ser direcionado o *modus tollens*), representando, pois, pressupostos inegáveis subjacentes ao programa¹⁴¹⁵. Já as heurísticas positivas consistem em um conjunto articulado de propostas sobre como mudar ou desenvolver as variáveis refutáveis do programa de pesquisa¹⁶. Em outros termos, consistiriam na pauta geral que indica como deve ser desenvolvido um programa de pesquisa¹⁷. Assim, seja qual for o conjunto de objetos analisado de forma coerente e lógica, há algumas pressuposições inegáveis ao sistema, orbitando as conjecturas em torno delas. Nesses termos, como as hipóteses devem se curvar às heurísticas negativas, e não o contrário, as heurísticas positivas fornecerão

formal da *dedução*. Compara-se o *nexus* com o conceito de *organismo*, superando a ideia de composição orgânica a mera justaposição classificatória. Em Wolff encontramos aquele conceito de sistema que marca definitivamente o uso moderno do termo, cujos caracteres foram analisados expressamente por Johann Heinrich Lambert, em obra datada de 1787” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Conceito de sistema no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 11).

¹¹ POPPER, Karl R. *Em busca de um mundo melhor*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 48.

¹² Idem, *ibidem*.

¹³ Idem, *ibidem*.

¹⁴ Cite-se o autor *in litteris*: “All scientific research programmes may be characterized by their 'hard core'. The negative heuristic of the programme forbids us to direct the *modus tollens* at this 'hard core'. Instead, we must use our ingenuity to articulate or even invent 'auxiliary hypotheses', which form a protective belt around this core, and we must redirect the *modus tollens* to these. It is this protective belt of auxiliary hypotheses which has to bear the brunt of tests and get adjusted and re-adjusted, or even completely replaced, to defend the thus-hardened core. A research programme is successful if all this leads to a progressive *problemshift*; unsuccessful if it leads to a degenerating *problemshift*” (LAKATOS, Imre. *The methodology of scientific research programmes*. Vol. 1. Nova York: Cambridge University Press, 1989, p. 48).

¹⁵ CHALMERS, A. F. *O que é Ciência afinal?*. Tradução de Raul Filker. São Paulo: Brasiliense, 1993, p. 101-102.

¹⁶ LAKATOS, Imre. *The methodology of scientific research programmes*. Vol. 1. Nova York: Cambridge University Press, 1989, p. 50.

¹⁷ CHALMERS, A. F. *O que é Ciência afinal?*. Tradução de Raul Filker. São Paulo: Brasiliense, 1993, p. 101-102.

o padrão de como essa conformação se dará. Ao final, a partir do resultado desses testes, alcançam-se assertivas que, reunidas, denotam uma pretensão de verdade, ou seja, a partir deles é possível afirmar algo como verdadeiro (até que eventualmente venha a ser negado após uma nova série de testes, dentro das mesmas condições).

Sendo assim, podemos afirmar que o critério do êxito científico é evolutivo, de maneira que as teses são apresentadas, conquistam determinada aceitação (o que denota o seu sucesso), mas podem ser superadas na sequência. Teses científicas têm o potencial de se mostrarem antagônicas, pois, não obstante se debrucem sobre objetos materiais semelhantes, podem fazê-lo partir de elementos formais (ou paradigmas) distintos, adotando heurísticas positivas e negativas diferentes. Em suma, é cogitável analisar diferentemente o mesmo objeto material em função do objeto formal adotado e das heurísticas aceitas. O critério do progresso científico dirá qual dessas abordagens é a correta. Por essa razão, o cientista, ao exercer sua visão crítica deve respeitar os estudos anteriores, mas também pode propor correções ou até mesmo a superação do paradigma anteriormente adotado.

3.3 Direito e Ciência

Projetando ao Direito as balizas acima expostas, assumimos que ele é dotado de caráter científico, eis que pode ser identificado como o exercício de uma atividade crítica sobre determinado objeto material (as normas), sob a égide de um objeto formal (o paradigma adotado), com a aceitação de heurísticas positivas e negativas, as quais consistirão em pressupostos da análise do objeto. Para efeitos da presente pesquisa, apontamos como exemplos de heurísticas negativas a própria cientificidade do Direito, a existência de princípios que dão coerência e lógica ao sistema jurídico, a supremacia do Texto Constitucional e a existência de um regime jurídico administrativo, consistente no conjunto de regras e princípios que versam sobre as relações da Administração Pública. Já a título de heurísticas positivas apresentamos as formas de compatibilização dos institutos que venham a ser tocados pelas normas do regime jurídico administrativo, ou seja, conforme será desenvolvido neste trabalho, trata-se da indicação do modo de depuração ou interpretação de institutos com vistas a preservar o “núcleo duro” estabelecido como heurística negativa, sobretudo o arcabouço axiológico-normativo do regime jurídico administrativo. Retomando o raciocínio, a partir da ótica adotada, sendo a ciência jurídica uma sistematização de elementos, não se faz suficiente a mera reunião de

normas, demonstrando-se necessário que essas sejam interpretadas de maneira lógica, tal qual num sistema: em outras palavras, a cientificidade do direito pressupõe a sua sistematicidade¹⁸.

Em retrospecto, lembramos a teoria germinal de Norberto Bobbio, que identificou o Ordenamento Jurídico como uma espécie de sistema composto por elementos que se inter-relacionam guardando entre si, além de unidade, coerência¹⁹. Nas palavras do autor, “quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, perguntamos se as normas que o compõem estão em relação de coerência entre elas, bem como quais as condições tornam possível essa relação²⁰”. Por sua vez, Hans Kelsen se referiu ao sistema jurídico como uma construção escalonada, na qual as normas inferiores se justificariam e tirariam sua validade das normas superiores até se chegar à norma fundamental, que seria o termo unificador do sistema²¹.

Em termos epistemológicos, importante lembrar que as teorias acima mencionadas foram desenvolvidas a partir dos paradigmas científicos da física clássica, que, por sua vez, baseava-se em relações de causa e efeito e teve em Isaac Newton seu grande nome, consagrando-se naquele momento que a natureza seria ditada por regras mecânicas²², precisas e infalíveis²³. Juristas como Hans Kelsen²⁴ transpuseram essas concepções epistemológicas à

¹⁸ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 25.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2014, pp. 77-78.

²⁰ Idem, p. 77.

²¹ Válida a citação direta do autor: “Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 217).

²² Newton propôs a chamada mecânica clássica: “A forma da mecânica clássica que dominou a física durante mais de 200 anos às vezes é chamada de mecânica newtoniana, em homenagem às três leis de movimento formuladas por Isaac Newton nos anos 1660. Estas foram a lei da inércia, a lei da aceleração e a lei de ação e reação. Ele tratou a segunda e a terceira leis em *Philosophiæ Naturalis Principia Mathematica* (Princípios Matemáticos de Filosofia Natural), publicado em 1687, em geral chamado apenas de *Principia* (Princípios). O grande avanço de Newton foi em fornecer um relato detalhado da mecânica usando o sistema matemático agora chamado de cálculo diferencial, que ele havia desenvolvido” (ROONEY, Anne. *A história da física: da filosofia ao enigma da matéria negra*. São Paulo: M. Books, 2013, p. 85).

²³ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 48.

²⁴ Cite-se o autor: “A ciência jurídica, porém, apenas pode descrever o Direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais) prescrever seja o que for. Nenhum jurista pode negar a distinção essencial que existe entre uma lei publicada no jornal oficial e um comentário jurídico a essa lei, entre o código penal e um tratado de Direito penal. A distinção revela-se no fato de que as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, poderem ser verdadeiras ou inverdadeiras, ao passo que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos – não são

ciência do Direito, apenas substituindo o princípio natural da causalidade pelo princípio da imputação²⁵. Nesses termos, seria possível observar o Direito no plano abstrato e saber, com certeza, qual era a solução propugnada. As normas eram aplicadas, assim, apenas por subsunção: enquadrando-se os fatos na hipótese da norma, operava-se a incidência. No que tange à Ciência do Direito, Kelsen entendia essa sob uma perspectiva meramente descritiva: assim como competiria ao cientista da natureza observar os fenômenos e descrevê-los, ao cientista do Direito caberia apenas observar a forma de incidência das normas e expor o que contemplava. No entanto, esse paradigma científico entrou em crise com o advento da física quântica e da física moderna: a partir da validação da teoria da relatividade²⁶, de Albert Einstein, e a consagração do princípio da incerteza²⁷, por Heisenberg, foram deixadas de lado as certezas para se trabalhar com probabilidades²⁸. Os experimentos em questão descortinaram um mundo não validável pelos sentidos, de maneira que não poderia ser explicado pelos programas da mecânica clássica. Em paralelo, a ciência jurídica, realizando uma espécie de espelhamento epistemológico, também teve o seu paradigma modificado, passando-se a reconhecer que não haveria mais como obter uma resposta categórica apenas olhando para o plano abstrato, sempre por subsunção, ignorando as premissas do caso concreto.

verídicas ou inverídicas, mas válidas ou inválidas” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 82).

²⁵ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 48.

²⁶ Sobre a teoria da relatividade: “A teoria geral da relatividade de Einstein, publicada em 1915, foi além, trazendo juntos tempo, espaço e matéria, e usando a gravidade para explicar o efeito de um no outro. A matéria curva o tempo-espaço, como uma bola atirada sobre uma manta esticada causa um afundamento nesta. O modo como outros objetos e a luz se movem em resposta a essa inclinação chamamos de gravidade. Logo, assim como uma bola pequena rolará naturalmente para a área afundada da manta criada por uma bola grande, um corpo pequeno em um espaço gravitará naturalmente para um maior, restrito pela curvatura do tempo-espaço. Essa curvatura foi proposta muito antes de Einstein pelo matemático alemão Bernhard Reinmann (1826-1866), cujas ideias foram publicadas depois de sua morte em 1867- 1868. Mas Einstein foi muito além de Reimann, por elaborar equações para explicar e prever a curvatura” (ROONEY, Anne. *A história da física: da filosofia ao enigma da matéria negra*. São Paulo: M. Books, 2013, p. 198).

²⁷ Acerca do princípio da incerteza, valemo-nos da doutrina especializada para uma breve explicação: “O princípio da incerteza de Heisenberg, estabelecido em 1927, afirma que não podemos saber tudo sobre uma partícula. Ele viu que uma consequência da mecânica quântica é que é impossível medir todos os aspectos de uma partícula ao mesmo tempo. Se medimos sua posição e velocidade, podemos saber mais dentro de certos limites, mas aumentar a exatidão de uma medida torna as outras menos corretas. Esta é uma propriedade fundamental da descrição quântica de medida e não pode ser evitada mudando-se o método ou as ferramentas de observação. Heisenberg alegou originalmente o princípio de incerteza usando uma hipótese experimental. Por exemplo, poderíamos medir a posição de uma partícula em movimento fazendo uma luz brilhar sobre ela, e nesse caso teremos um de dois resultados. Um fóton de luz pode ser absorvido, fazendo um elétron no átomo saltar para outro nível de energia, e nesse caso alteramos o átomo e nossa medida é falsa. Por outro lado, um fóton não é absorvido, mas passa direto, e nesse caso não fizemos medição nenhuma” (ROONEY, Anne. *A história da física: da filosofia ao enigma da matéria negra*. São Paulo: M. Books, 2013, p. 133).

²⁸ . MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 47-48.

Neste feixe de transformações, não poderíamos deixar de mencionar outro evento que abalou profundamente as estruturas da teoria jurídica, consistente nas consequências da Segunda Guerra Mundial, sobretudo nos crimes cometidos pelo regime nazista, os quais albergavam condutas tidas como juridicamente válidas segundo aquele Ordenamento Jurídico. Isso também levou a um processo de revisão do Direito, sobretudo com o fito de superar o dogma da validade meramente formal das leis. Foi, então, buscada a inserção de um elemento material ao fenômeno jurídico, capaz de testar a legitimidade das normas não apenas sob o ponto de vista formal (adequação ao processo legislativo estabelecido), mas também a partir de uma perspectiva material ou, de maneira sintética, por critérios de justiça. Dessarte, não se fez mais possível o reconhecimento, de plano, de uma solução pronta e acabada, sendo essa a premissa adotada, por exemplo, pelos chamados métodos concretistas alemães. Assim, de acordo com o paradigma científico histórico, foi admitida, em determinada medida, a renúncia a algumas certezas para a busca de um sistema mais consentâneo com as necessidades humanas. Nesses termos, as normas não deveriam mais ser aplicadas apenas por subsunção, mas também por ponderação.

A partir dessa nova perspectiva, após diversas proposições científicas, desenvolveu-se a teoria dos princípios, termo que pode ser analisado em três fases, segundo o professor Ricardo Marcondes Martins²⁹: há uma fase inicial, na qual a palavra “princípio” consiste nos aspectos mais importantes (fundamentos) de uma dada disciplina; uma segunda fase, na qual esses são vistos como elementos estruturantes do sistema normativo e uma terceira, em que princípios, que possuem grande semelhança com os valores, são espécies do gênero norma, ao lado das regras. A primeira fase se encontra superada, mas a segunda e a terceira coexistem. Aqui cabe uma observação: pelo fato de ser utilizado o mesmo signo para significados distintos, torna-se necessário que o intérprete, ao utilizar a palavra “princípio”, indique em qual sentido o faz: se conforme a segunda ou a terceira fase.

Seguindo adiante, relevante acrescentar que a concepção de princípio jurídico correspondente à segunda fase foi, no Direito brasileiro, bem desenvolvida por Celso Antônio Bandeira de Mello, que definiu o termo como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo conferindo-lhe a tônica que lhe dá

²⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 27-29.

sentido harmônico”³⁰. Em corte epistemológico, é possível relacionar essa concepção com a teoria desenvolvida por Ludwig von Bertalanffy³¹, segundo o qual, nos sistemas da natureza, alguns elementos seriam mais importantes que outros, as chamadas “partes dirigentes³²”, e em torno deles os conjuntos se centralizariam³³. Analisando os sistemas vivos, o autor destaca o fato de que o genoma como um todo produz o organismo como um todo, de maneira que certos genes determinam, predominantemente, a direção do desenvolvimento dos correspondentes caracteres. Nisso se destacam, por exemplo, os traços hereditários que serão codeterminados pela composição genética, a qual influencia não apenas um único traço, mas possivelmente todo o organismo, no que identifica a poligenia das características e a polifenia dos genes³⁴. Para efeito de sistemas jurídicos, é possível tecer paralelo dos princípios como tais, ou seja, componentes que ditam as características do todo. Além disso, conforme trataremos à frente, a carga axiológica dos princípios representa um importante fator verificador para efeitos da análise dos componentes de um sistema jurídico. Ou seja, a pertencibilidade de elementos a um sistema se verifica tanto pela sua adequação formal quanto pela sua compatibilidade material (o que na natureza poderia ser chamada de compatibilidade genética).

Doutra ponta, sob a perspectiva da terceira fase (princípios como normas jurídicas ao lado das regras), há também de se denotá-los como elementos que, além de moldar as características do sistema, vão além de meros componentes aglutinadores: como normas³⁵,

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 46.

³¹ VON BERTALANFFY, Ludwig. *Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. Tradução de Francisco M. Guimarães. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 103-107.

³² Idem, p. 106.

³³ O autor observa a centralização e a individualização como processos: “Assim, estritamente falando, a individualidade biologicamente não existe, mas apenas a individualização progressiva na evolução e no desenvolvimento resultante da centralização progressiva, em virtude das quais certas partes ganham um papel dominante e passam a determinar o comportamento do todo. Por conseguinte, o princípio da centralização progressiva constitui também a individualização progressiva”. (VON BERTALANFFY, Ludwig. *Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. Tradução de Francisco M. Guimarães. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 105).

³⁴ Idem, p. 106.

³⁵ Princípios, ao lado das regras, são espécies de normas jurídicas. A distinção entre eles se dá com base na doutrina de Robert Alexy: “A teoria dos princípios, aqui sustentada, refere-se à distinção de Esser de princípio e norma, assim como na dicotomia de Dworkin de regras e princípios. Nisso, é sustentada a tese que ambos os autores, sem dúvida, destacam acertadamente algumas qualidades de regras e princípios, mas não avançam para o núcleo da distinção. Esse consiste nisto que os princípios são mandamentos de otimização. Isso significa que eles são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. Regras são, pelo contrário, mandamentos definitivos. Elas contêm fixações no espaço do possível fática e juridicamente. Dessa distinção resultam todas as outras diferenças, assim, por exemplo, esta, que princípios como mandamento de otimização são cumpríveis em graus diferentes, enquanto regras, como mandamentos definitivos, sempre somente ou podem ser cumpridas ou não cumpridas”. (ALEXY, Robert. *Direito, razão e discurso: estudos para a Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 180).

atuarão junto das regras, de forma cogente e direta aos casos concretos, conformando o todo aos seus componentes de maneira mais ativa. Há uma diferença, todavia: enquanto as regras são aplicadas por subsunção, os princípios são aplicados por ponderação³⁶. Assim, realizada a devida ponderação, elementos incompatíveis podem vir a ser extirpados em razão da incidência direta dos princípios, o que, em termos jurídicos, pode consistir na inconstitucionalidade ou ilegalidade de uma norma por desrespeito aos preceitos materiais do sistema ou, ainda, incompatibilidade apenas diante do caso concreto apresentado (quando a norma é constitucional, mas sua aplicação é inválida). Fazemos essas afirmações de maneira hipotética, pois, como visto acima, o Direito já não trabalha mais com certezas, restando a ponderação condicionada ao peso que os princípios vierem a apresentar no caso concreto, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas.

Acerca da mencionada relação de compatibilidade, é possível acrescentar algo. Conforme pressuposto basilarmente por Norberto Bobbio³⁷, o Direito é um sistema coerente, mas também hierarquizado, nos termos similarmente ensinados por Hans Kelsen³⁸. Transpondo tal raciocínio germinal para a o momento atual, podemos afirmar que essa coerência é obtida a partir de um raciocínio muito específico: a compatibilidade das normas inferiores para com as superiores, sendo o parâmetro para tal coerência a Constituição. Nesses termos, é inegável a supremacia do Texto Constitucional³⁹. Mas não é só. Para além de uma compatibilidade formal, faz-se necessária uma adequação material, ou seja, pressupõe-se uma concordância das normas

³⁶ Em contraponto a essa afirmação, é importante registrar a lição de Ricardo Marcondes Martins, que não observa ponderação e subsunção como ações completamente isoladas a princípios e regras, respectivamente. Vejamos: “Muitos juristas, ao estudar as novas concepções principiológicas, não conseguem perceber que *regras e princípios* não são categorias estanques e, da mesma forma, ponderação e subsunção não são operações dissociáveis. A aplicação do Direito exige o exame *simultâneo* das regras e dos princípios e dá-se *simultaneamente* pela subsunção e pela ponderação [...] *Mutatis mutandis*, assim como as regras de Newton aplicam-se aos fenômenos visíveis, a aplicação pela mera subsunção funciona quando o resultado correto é claramente visível, óbvio, indiscutível: ao mundo microscópico aplicam-se as leis da quântica, aos problemas jurídicos mais complexos, faz-se necessária a expressa *ponderação*” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 45-51).

³⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2014, p. 77.

³⁸ Neste sentido Hans Kelsen: “Entre uma norma de escalão superior e uma de escalão inferior, que dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de se considerar como estando em harmonia com uma norma do escalão superior” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 232).

³⁹ Acerca da supremacia da Constituição, citamos Paulo Gustavo Gonet Branco: “O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Poder Constituinte*. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 129).

de um dado sistema jurídico em relação aos valores consagrados no Texto Maior, os quais, em última instância, compreendem uma vinculação à ideia de justiça⁴⁰. Nesta senda, observamos uma conexão conceitual entre Direito e justiça: o sistema jurídico pressupõe a busca por decisões justas. Assumidos tais pressupostos heurísticos em relação ao Direito, esses constrangerão o posicionamento acerca da relevância e do conteúdo da Constituição. Por essa razão, há regras que, mesmo não expressas, são cogentes, não se fazendo necessário, pois, afirmar a supremacia da Constituição, da mesma forma que não se demonstra imprescindível enunciar o anseio do sistema jurídico por concepções justas: assim, em conclusão, a Constituição é dotada de supremacia e seu conteúdo material pressupõe a justiça como elemento norteador.

Feito esse breve resumo e, projetando o raciocínio exposto ao direito público, identificamos seu objeto material como o sistema normativo formado pelas regras e princípios que regem as relações da Administração Pública. Por outro lado, no que tange ao seu objeto formal, ou seja, ao paradigma adotado, elegemos as chamadas pedras de toque do regime jurídico administrativo, conforme formulado pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁴¹: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público (os demais objetos do sistema serão analisados, pois, a partir desses referenciais). A título de heurísticas negativas, (elementos pressupostos e aceitos pelo pesquisador), identificamos a supremacia da Constituição, o anseio do sistema por justiça e a existência de um conjunto de normas que orienta as relações da Administração Pública, o regime jurídico administrativo. Por derradeiro, como heurísticas positivas, ou seja, modelo apto a garantir o núcleo duro das heurísticas negativas, propomos a extirpação ou ressignificação das normas que tenderem a ameaçar a supremacia da Constituição, o anseio do sistema por justiça e o arcabouço normativo-axiológico do regime jurídico administrativo.

Antes de passarmos adiante, todavia, é preciso esclarecer dois pontos. Primeiramente, reforçar o que entendemos por “objeto formal” (Cf. item 3.2), expressão obtida

⁴⁰ Neste sentido, Ricardo Marcondes Martins: “Esses juízos necessários à realização do ato de promulgar uma Constituição, pressupostos epistemológicos dela, são elementos normativos que fazem parte do sistema jurídico. São elementos normativos sim, mas especiais, pois independem de positivação. A inserção numa Constituição de um artigo que estabeleça ‘X é um Estado justo’ é redundante. Assim como é redundante na Constituição sua supremacia. Com efeito, tanto a justiça como a supremacia constitucional consideram-se presentes no sistema, haja ou não expressa enunciação” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Direito e Justiça*. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Um diálogo sobre a Justiça – A Justiça arquetípica e a Justiça deontica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 54).

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 1/2017. p. 347 – 374. Abr-Jun/2017.

a partir das lições de Albert Keller, referente à perspectiva adotada para a análise de determinado objeto⁴². Doutra ponta, reconhecendo a existência de alguma divergência em torno dos princípios adotados a esse título (supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público), fazemos um breve aparte na sequência. Vejamos.

3.3.1 Objeto formal: princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público

Conforme afirmamos acima, o objeto material do presente trabalho consiste no conjunto de regras e princípios que regem a Administração Pública, com enfoque no escopo adotado, qual seja a normatização das empresas estatais e os vínculos de seus empregados. Por outro lado, o objeto formal são os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, o que nos obriga a enfrentar certas críticas, sobretudo no que tange ao primeiro. Sendo assim, analisemos.

3.3.1.1 Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em artigo basilar do direito público pátrio, reconheceu a necessidade da identificação de um conjunto de elementos peculiares, relacionados entre si de forma lógica, coerente e sob uma unidade para que fosse possível cogitar um sistema, no caso, o regime jurídico administrativo⁴³. Nesta toada, apontou que a disciplina investigada se delinearía em função, basicamente, de dois princípios: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público. Analisaremos o primeiro deles neste subtópico.

Segundo o autor, a supremacia do interesse público sobre o privado apresentaria três consequências: a) uma posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo nas relações com os particulares; b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações e; c) restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade de natureza pública (essa terceira consequência, ressaltamos, só veio a ser inserida

⁴² KELLER, Albert. *Teoria geral do conhecimento*. Tradução de Enio Paulo Giachini. São Paulo: Loyola, p. 56.

⁴³ O artigo em questão fora publicado originariamente no ano de 1967, recentemente republicado na Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura, cuja versão foi utilizada neste trabalho: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 1/2017. p. 347 – 374. Abr-Jun/2017.

posteriormente, a partir da 29ª edição do seu Curso de Direito Administrativo). Importante notar que esses princípios foram adotados sob a perspectiva da segunda fase, ou seja, como elementos aglutinadores, e não como normas jurídicas, teoria que só viria a ser trabalhada posteriormente.

A concepção em tela sofreu diversas críticas, dentre as quais se destacam aquelas formuladas por Humberto Ávila. Para fundamentar seu juízo, o autor identifica três significados possíveis para a palavra princípio: a) princípio como axioma (uma proposição cuja veracidade é aceita por todos, dado que não é possível nem necessário prová-la); b) princípio como postulado (uma condição de possibilidade de conhecimento de determinado objeto, de tal sorte que ele não poderia ser apreendido sem que essas condições sejam preenchidas no próprio processo de conhecimento) e; c) princípio como norma (o conteúdo de sentido de determinada prescrição normativa, em função do qual é delimitado o que um dado ordenamento jurídico determina, proíbe ou permite)⁴⁴. Conforme discorre, os conceitos acima não se confundem, de maneira que a norma-princípio busca um fundamento de validade no ordenamento, sendo que o axioma, não. De forma resumida, o autor critica essa concepção do princípio da supremacia, pois, da forma como a compreendeu, ela não ensejaria uma aplicação *prima facie*, mas sempre prevalente desse, independentemente das circunstâncias fáticas e jurídicas (*Kollisionspräferenzregel*). Outrossim, a questão do fundamento de validade teria ficado irrespondida e o método por meio do qual ele poderia ser descoberto permaneceria nebuloso. Neste sentido, afirma que, conceitual ou normativamente, não se trataria de uma norma-princípio, não podendo, ainda, ser adotado como um postulado explicativo do Direito Administrativo, eis que não poderia ser descrito separadamente ou de forma contraposta aos interesses privados. Sendo assim, não existiria uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro e a relação entre particulares e Estado só poderia ser explicada pelo postulado a reciprocidade de interesses, que implicaria uma ponderação entre os interesses reciprocamente relacionados. Assim, em verdade, o que importaria a supremacia seriam as regras legais ou constitucionais, e não um princípio de supremacia, de modo que sempre haveria a necessidade de previsão normativa para qualquer intervenção estatal.

Por outro lado, Daniel Wunder Hachem abordou o princípio da supremacia do interesse público com muita competência e identificou nele uma noção jurídica dúplice. Conforme o autor, ele poderá ser considerado em sentido amplo ou em sentido estrito. O

⁴⁴ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 15 de abril de 2022.

primeiro “compreende todos os interesses juridicamente protegidos, englobando tanto o interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral) quanto interesses individuais e coletivos (interesses específicos), quando albergados pelo Direito positivo⁴⁵.” Por outro lado, considera-se interesse público em sentido estrito aquele atinente ao “interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral), a ser identificado no caso concreto pela Administração Pública, em razão de uma competência que lhe tenha sido outorgada expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico⁴⁶”. Nesses termos, trata-se de pressuposto positivo de validade: somente quando presente esse interesse qualificado é que a Administração estará autorizada a agir⁴⁷. No que tange à forma de aplicação, todavia, há de se considerar um ponto importante: é preciso fazer uma diferenciação entre a regra da supremacia e o princípio da supremacia. Neste diapasão, conforme afirma o autor, “os interesses individuais e coletivos podem ser imanentes ao interesse público ou não”, de maneira que “podem fazer parte do interesse público ou do interesse privado⁴⁸”. Assim, “nas situações em que eles compuserem o interesse privado (interesses puros e simples e interesses ilícitos), a supremacia do interesse público será absoluta⁴⁹”, sendo que quando “integrarem o interesse público (sempre que forem juridicamente tutelados como direitos subjetivos ou interesses legítimos), a prevalência do interesse geral será relativa, dependendo do caso concreto⁵⁰”.

Ricardo Marcondes Martins⁵¹ analisou esse fenômeno jurídico sob a perspectiva dos princípios formais. Valendo-se da classificação de Robert Alexy, que contrapõe os princípios materiais (que consagram um valor específico) aos princípios formais (que se referem a uma decisão), o autor identifica princípios formais⁵² fundamentais e especiais. Os primeiros se prestam a fundamentar as competências discricionárias e a liberdade dos particulares. Assim, numa escala gradativa de competência, teríamos o princípio formal que dá primazia às ponderações do constituinte originário, o princípio formal que dá primazia às ponderações do

⁴⁵ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 162.

⁴⁶ Idem, *ibidem*.

⁴⁷ Idem, *ibidem*.

⁴⁸ Idem, p. 202.

⁴⁹ Idem, *ibidem*.

⁵⁰ Idem, *ibidem*.

⁵¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 98, p. 65-94, jul./ago. 2016.

⁵² Sobre os princípios formais, citamos Robert Alexy: “Um princípio formal ou procedimental é, por exemplo, o princípio que sustenta que as decisões relevantes para a sociedade devem ser tomadas pelo legislador democrático. Esse princípio formal pode, junto com um princípio substancial que sirva a interesses apenas secundários da sociedade, ser sopesado contra um princípio constitucional garantidor de um direito individual” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 4 tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 138).

constituinte reformador, o princípio formal que dá primazia às ponderações do legislador, o princípio formal que dá primazia às ponderações da Administração e o princípio formal que dá primazia às ponderações dos particulares. Por outro lado, os princípios formais especiais são aqueles que se acoplam aos princípios materiais para dar mais peso a eles. Nesses termos, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado seria um princípio formal especial, ou seja, uma norma que atribui um peso a mais, em abstrato, a um princípio relativo a bens coletivos. Ou seja, além do peso ordinário do próprio princípio referente a bens coletivos, esse terá um peso a mais, representado pelo princípio formal em questão (em outras palavras, é estabelecida uma razão *prima facie* em favor do interesse da coletividade). Mas não só. Efetuada a ponderação, incide a regra da supremacia, que acarreta os efeitos mencionados pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello: a) uma posição privilegiada daquele encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares; b) posição de supremacia da entidade nas mesmas relações e; c) restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade de natureza pública.

Diante dessa doutrina, não nos parece que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular seja inadequado ou inexistente. Em verdade, tal como afirma o professor Ricardo Marcondes Martins⁵³, o exame da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 fornece fortes indícios da prevalência dos princípios referentes a bens coletivos, a exemplo das previsões de desapropriação, declaração de guerra e requisição administrativa. Outrossim, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello não afirma que o interesse público sempre prevalecerá sobre o particular nem o apresenta como um interesse necessariamente contraposto àquele. Em verdade, trata-se do interesse do cidadão como partícipe da sociedade⁵⁴. Ademais, conforme exposto acima, a concepção do signo “princípio” utilizada por Bandeira de Mello não se refere a ele como norma, mas como elemento aglutinador do sistema, o que prejudica as críticas nesse sentido. Desse modo, concluímos pela validade e existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, seja na forma de elemento aglutinador, que dá lógica ao sistema, seja com natureza dúplice (na perspectiva da terceira fase), na forma de princípio formal especial e regra. Assim, admitida a sua validade no plano jurídico, esse será, junto da indisponibilidade do interesse público, adotado como paradigma

⁵³ MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 98, p. 65-94, jul./ago. 2016.

⁵⁴ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 55.

teórico-hermenêutico, para fins de atuar como filtro exegético-normativo pelo qual os demais elementos devem passar.

3.3.1.2 Princípio da indisponibilidade do interesse público

Já o princípio da indisponibilidade do interesse público comporta menos divergências na doutrina pátria. Não obstante, fixemos algumas premissas sobre ele. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, sendo os interesses públicos “qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis⁵⁵”. Dessa maneira, aquele que os representa “não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a ‘intentio legis’⁵⁶”. Neste sentido, quem exerce função pública o faz em nome e em benefício de outrem, de maneira que não pode dispor livremente dos interesses daqueles, já que se encontra na posição de mero curador.

Em acréscimo, nos termos lecionados por Ricardo Marcondes Martins, o “interesse público é indisponível porque é um interesse alheio, não é um interesse do agente público, que apresenta o Estado, nem, propriamente, da pessoa jurídica estatal, é um interesse do povo, dos administrados⁵⁷”. Diante disso, “ninguém pode dispor de interesse alheio e justamente por isso o interesse público é indisponível, porque é o interesse dos particulares enquanto partícipes da sociedade⁵⁸”, haja vista que “o patrimônio estatal, o dinheiro público, por óbvio, não é do agente, nem propriamente do Estado enquanto pessoa autônoma; é, em última análise, do povo, dos administrados⁵⁹”. Neste diapasão, conforme rememora Daniel Wunder Hachem, do princípio em questão “derivam as garantias propiciadas ao cidadão de que o interesse da coletividade realmente será buscado pela Administração, muitos dos subprincípios que constituem seus desdobramentos foram constitucionalizados pela Lei Fundamental de 1988⁶⁰”. Desse princípio, portanto, irradiam-se todos os demais, tais como a legalidade, a

⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 1/2017. p. 347 – 374. Abr-Jun/2017.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e Administração Pública: contribuição para o sepultamento do tema. *Interesse Público*, v. 12, n. 64, p. 85-104, nov./dez. 2010.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 116.

obrigatoriedade do desempenho de atividade pública, o controle administrativo ou tutela, a isonomia, e a inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos⁶¹.

Assim, verificamos que tanto existem argumentos para a prevalência *prima facie* do interesse público quanto esse se mostra indisponível, justamente por não se confundir com os interesses de quem apenas o administra. Nesses termos, tão importante quanto a noção de supremacia, é fundamental à correta compreensão do direito público a ideia de que esse não se debruça sobre meros interesses setoriais, mas por caracteres de natureza transindividual: muito além de uma salvaguarda egoística, o princípio em tela denota a garantia de não amesquinamento do patrimônio da sociedade como um todo.

Feitas essas incursões, destacamos que todo o regime jurídico administrativo será analisado a partir dos princípios da supremacia do interesse públicos sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público: todas as decisões deverão se adequar a eles e todos os resultados deverão ser com eles coerentes. Do ponto de vista da pesquisa científica, a análise dos institutos de direito público se dará a partir da perspectiva representada pelo elemento formal adotado, no caso, os princípios sob testilha. Fixada essa premissa, passemos agora à análise das formas de direito público e dos valores que as permeiam.

3.4 A discricionariedade na escolha das formas

O regime jurídico administrativo é construído em torno de um conjunto de regras e princípios que lhe conferem coerência e lógica. Em termos instrumentais, ele é dotado de algumas formas específicas, institutos próprios ao atendimento das missões institucionais que engloba. Cada uma dessas é pensada e moldada para o atingimento dos fins a que se destinam. Não obstante, da mesma forma que existem formas de direito público, existem também formas de direito privado. Isso leva a um questionamento: é válido que o administrador público, para a consecução de fins públicos, opte discricionariamente entre formas de direito público ou formas de direito privado? Vejamos alguns posicionamentos para que possamos tecer nossas conclusões.

Conforme ensina Ricardo Marcondes Martins, relevante parcela dos juristas pátrios admite que possui o administrador discricionariedade para optar por formas de direito público

⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 1/2017, p. 347 – 374. Abr-Jun/2017.

ou de direito privado⁶². Contudo, pontua o autor que discricionariedade das formas não se confunde com liberdade⁶³, referindo-se esta a uma esfera do campo dos particulares que lhes faculta, inclusive, optar pela pior alternativa aos seus interesses, opção que não pode ser exercida no âmbito da Administração Pública, conforme será visto adiante.

Nos termos rememorados pelo autor, acerca do tema da discricionariedade, existem algumas correntes doutrinárias. Segundo Renato Alessi, a renúncia à posição de supremacia ostentada pela Administração Pública seria a regra quando se tratasse da persecução de interesses públicos secundários, não havendo, neste caso, discricionariedade. Quando se tratasse de interesses públicos primários, aí sim poderia a Administração optar discricionariamente entre o regime público e o privado⁶⁴. No direito francês, Maurice Hauriou distingue entre gestão pública e privada⁶⁵. Quando a Administração executa certas operações na mesma posição do particular, exerce gestão privada, abstraindo de suas prerrogativas. Seria uma faculdade do administrador, que poderia optar por qual regime aplicar. Na doutrina alemã, a exemplo de Hartmut Maurer, a maioria dos doutrinadores admite liberdade de escolha de regimes. No direito pátrio, destacamos a lição de Bernardo Strobel Guimarães, segundo o qual inexistente uma antinomia absoluta entre direito público e direito privado, de maneira que se admite a utilização deste para a consecução de fins públicos, o que, todavia, estaria condicionado a um teste de validade⁶⁶. Outrossim, válida a menção ao entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, segundo a qual “embora o direito administrativo brasileiro tenha seguido o sistema europeu-continental ao adotar um *regime jurídico administrativo*, de direito público, a que se submete a Administração Pública, nunca foi deixado inteiramente de lado o direito privado⁶⁷”.

Em oposição a essas concepções, todavia, infere-se que o regime jurídico ao qual se submete a Administração Pública é imprescindivelmente o regime jurídico de direito público, do qual emana o direito administrativo, autônomo, independente e, muitas vezes, antagônico ao

⁶² MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da Liberdade das Formas no Direito Administrativo. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio *et al.* (Coord.). *Direito Administrativo e Liberdade – Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 641-687.

⁶³ Idem.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *O exercício da função administrativa e o direito privado*. Fórum: Malheiros, 2021, pp. 165-166.

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do direito privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito privado administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 20.

direito privado. Diz-se, por isso, que se trata de um direito estatutário⁶⁸, devido à imposição de que, sempre que a Administração Pública estiver presente numa relação jurídica, será incidente o direito administrativo, de maneira que será impossível a submissão da relação ao direito privado. Assim, devido à presença da Administração, é imposto todo um regime de direito público, inderrogável, mesmo quando ela atuar, em casos excepcionais, sob formas privadas. Conclui-se, portanto, que o critério para a incidência do regime público é o sujeito, no caso, a Administração Pública (por isso se diz que o regime é chamado de estatutário: por se referir a um determinado ator, no caso, o Poder Público).

Para fundamentar essa necessária incidência, acrescentamos que o regime jurídico de direito público incidirá sempre que a Administração Pública estiver presente (o critério a ser utilizado deve ser o da imputação), visto que o administrador, por atuar como curador dos interesses de toda a sociedade, não tem a liberalidade de dispor desses. Quanto a essa afirmação, lembramos que, conforme ressaltado anteriormente nesta pesquisa (Cf. item 1.4.1), o direito público se presta fortemente a proteger os interesses alheios contra o mau exercício da função pública, *é o regime protetor da coisa pública*. Esse é, inclusive, o fundamento para a supremacia do interesse público sobre o particular (acima tratada), que se refere à relação entre os interesses considerados de forma qualificada (de todos como partícipes da sociedade) e os interesses dos indivíduos. Ou seja, como se trata de direito protetor e, como o regime protetor é o regime jurídico de direito público, afastá-lo não é uma decisão que se encontra entre as faculdades do administrador.

Quanto à forma de incidência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, fazemos breve parêntese para rememorar que se trata de um princípio formal especial, por meio do qual o ordenamento estabelece uma razão *prima facie* em favor dos princípios e regras ligados aos interesses qualificados da sociedade. Nesta senda, por meio dele, é introduzida uma carga de argumentação em favor dos princípios referentes a bens coletivos. Assim, haverá um princípio formal somado àquelas normas que versam sobre os interesses públicos, aumentando sua densificação no caso concreto, de modo a exigir que o princípio oposto, que visa a afastá-las, deverá ter peso maior do que a soma daqueles com os quais antagoniza (norma referente a interesses públicos mais o princípio formal da supremacia do interesse público sobre o particular) para lograr o seu intento.

⁶⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da Liberdade das Formas no Direito Administrativo. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio *et al.* (Coord.). *Direito Administrativo e Liberdade – Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 641-687.

Estabelecidas essas premissas, conclui-se naturalmente que, tendo em vista que o regime jurídico diferenciado (público) tem por razão de ser a proteção do interesse público, não há como se cogitar o afastamento dele, mesmo que parcial ou instrumentalmente, de sorte que não há que se falar em uma opção entre público ou privado. Como se vê, o regime público é uma garantia à população, devido ao fato de que neste há uma maior proteção ao interesse público, seja na salvaguarda oferecida ao patrimônio, nas travas que previnem abusos ou na maior facilitação ao alcance desse interesse. Não obstante, excepcionalmente é admitida a adoção de atos de *forma privada* pela Administração (nunca a derrogação do regime jurídico de direito público), desde que racionalmente justificada⁶⁹, sob pena de caracterizar o que, a partir da expressão de Fritz Fleiner, convencionou-se chamar de fuga para o direito privado (*Flucht ins Privatrecht*)⁷⁰⁷¹.

Quanto à adoção de formas privadas, algumas considerações são pertinentes. Primeiramente, importante notar que, para a adoção da forma privada, necessita-se que não haja imposição legal ou constitucional da adoção de forma pública própria⁷² (havendo forma pública predeterminada no sistema, portanto, é vedada a adoção da forma privada). Outrossim, ainda que, em tese, aceitável, essa forma privada não pode ser incompatível com o interesse público, incompatibilidade que pode decorrer tanto da natureza de quem atua quanto da natureza da atuação⁷³. Assevera-se ainda que existe uma “presunção relativa de incompatibilidade entre a forma privada e a adequada tutela do interesse público⁷⁴”. Há casos, todavia, em que ela se faz

⁶⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da Liberdade das Formas no Direito Administrativo. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio *et al.* (Coord.). *Direito Administrativo e Liberdade – Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 641-687.

⁷⁰ FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução de Sabino A. Gendin. Barcelona: Labor, 1933, p. 263.

⁷¹ Sobre o fenômeno da fuga para o direito privado, para fins de registro, importante mencionar a lição de Bernardo Strobel Guimarães, em sentido diametralmente oposto àquela adotada nesta pesquisa (refutada ao longo do trabalho): “A partir do momento em que o Estado passou a não mais tomar a sociedade civil como um espaço autônomo merecedor de tutela, mas como uma matéria a ser amoldada na busca do interesse público, o choque se fez sentir de maneira evidente. Desde então tanto os próceres do Direito Público se viram às voltas com o que denominaram fuga para o Direito Privado, quanto os estudiosos deste ramo do Direito passaram a debater a indevida invasão de seus domínios pelo Estado. Ambos os movimentos são o reverso de uma mesma moeda: a crescente participação do Estado na vida social. Com efeito, a partir do momento em que foi quebrada pelos fatos históricos a dicotomia cunhada pelo Liberalismo – que estava na origem não só do Direito Administrativo, mas também do Direito Privado cristalizado nos Códigos – os hibridismos passaram a assombrar os juristas, legando diversos tons de cinza onde antes se pretendia haver preto e branco” GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *O exercício da função administrativa e o direito privado*. Fórum: Malheiros, 2021, p. 126).

⁷² MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da Liberdade das Formas no Direito Administrativo. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio *et al.* (Coord.). *Direito Administrativo e Liberdade – Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 641-687.

⁷³ Idem.

⁷⁴ Idem.

necessária. Nesses termos, importante esclarecer que “quando não houver uma forma pública própria, a lei não impuser a forma privada e a forma privada for absolutamente compatível com o interesse público, ela é imposta e não simplesmente facultada pelo Direito⁷⁵”. É o caso, por exemplo, da utilização do formato “empresa” para a exploração de atividade econômica pelo Estado, conforme analisado no capítulo anterior. Nesses termos, não há discricionariedade do agente público. O que existem são situações em que a forma privada se faz compatível e necessária. Não obstante, eventualmente, pode o legislador autorizar a adoção de forma privada (deve ser observada a reserva legal). Neste caso, ou ela se mostrará injustificada (de maneira a ser inválida) ou a situação fático-jurídica comporta algum grau de dúvida sobre sua pertinência, de modo que, por respeito às ponderações do legislador, ela deverá ser aceita⁷⁶. Essas são, em termos gerais, as diretrizes para a utilização de formas privadas na Administração Pública.

Uma ressalva final, no entanto, é necessária: nada passa incólume à presença da Administração Pública. Desse modo, mesmo quando utilizadas formas de direito privado, essas sofrerão alguma *deformação* em razão da aproximação do centro de gravidade representado pela Administração Pública. Dito isso, investigamos a seguir quais são as formas que, conforme apuramos, o Ordenamento Jurídico reservou a cada um dos âmbitos estudados.

3.5 Classes de direito público e classes de direito privado

Quando nos referimos às formas de direito público ou de direito privado, é certo que denotamos algum envoltório específico que albergará elementos com determinado fim. Sobre esse tema, é preciso fazer uma ressalva inicial, sobretudo no que tange à utilização de institutos de direito privado no direito público, lembrando que, conforme enumera Mara Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁷, há na doutrina três posicionamentos sobre o tema: a) primeiramente, corrente que defende a transposição pura dos institutos de direito privado para o direito público; b) uma segunda linha doutrinária, que prega a autonomia total do direito administrativo e; c) o posicionamento segundo o qual é possível fazer esse estudo a partir de categorias jurídicas ou superconceitos, os quais não se localizariam nem no direito privado nem no direito público,

⁷⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da Liberdade das Formas no Direito Administrativo. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio *et al.* (Coord.). *Direito Administrativo e Liberdade – Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 641-687.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do direito privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito privado administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3.

mas na teoria geral do direito. No que tange à primeira corrente, pensamos não ser a mais adequada, pois, conforme fixado no subitem anterior e, nos termos que serão delineados à frente, os institutos de direito privado apresentam fundamentos e formas específicos aos seus misteres, demonstrando-se incompatíveis com o direito público. Eventualmente, poderão ser utilizadas meras formas de direito privado no sistema jurídico administrativo, mas não sem antes passar por um processo de depuração (o tema será analisado com cuidado a seguir). No que tange aos superconceitos, entendemos que tal corrente incorre em vício semelhante ao da anterior, no sentido de supor ser possível tratar de relações publicísticas com instrumentos do direito privado. É importante esclarecer que boa parte desses conceitos transversais, tidos como institutos de uma teoria geral do Direito, são, em verdade, institutos de direito privado, os quais, em razão da tradição oriunda do direito romano e do sistema napoleônico, supõem-se superiores. Ou seja, para essa linha doutrinária, conceitos de teoria geral do Direito são, na verdade, conceitos da teoria geral do Direito *privado*. Nesses moldes, a teoria mais adequada é aquela que reconhece autonomia ao direito público, afirmação que carece de séria argumentação, realizada nas linhas a seguir.

3.5.1 *Breves apontamentos sobre a Teoria das Classes*

Para analisar o fenômeno em questão, nos valeremos da chamada Teoria das Classes. Segundo Nicola Abbagnano, apesar de o conceito em questão já estar presente no pensamento lógico medieval, o termo “classe” só começou a ser utilizado no século XIX, por obra dos lógicos ingleses, como Hamilton, Jevons e Venn, os quais preocupados com o problema da quantificação da Lógica, definiram uma classe “enumerando os membros que a compõem (definição extensiva) ou indicando a propriedade comum de todos os seus membros (definição intensiva)⁷⁸”. A classe pode ser identificada, assim, como “uma das partes originadas por determinada classificação⁷⁹”. Para efeitos de nossa análise, a utilização da Teoria das Classes denota relevância, pois a partir da catalogação dos caracteres que levaram àquela classificação (a propriedade comum aos seus membros), poderemos inventariar os institutos próprios a cada

⁷⁸ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 146.

⁷⁹ HEGENBERG, Leonidas; DE ANDRADE E SILVA, Mariluze Ferreira. *Novo dicionário de lógica*. Rio de Janeiro: Pós Moderno, 2005, p. 62.

âmbito⁸⁰. Desse modo, tornar-se-á possível expor com maior clareza o que se entende por institutos de direito público e institutos de direito privado. É o que faremos na sequência: identificar o regime jurídico e, reflexivamente, apontar as classes próprias a cada um deles⁸¹.

Antes disso, todavia, oportuno referenciar a doutrina do professor Paulo de Barros Carvalho para definir que classe representa “a extensão de um conceito geral ou universal” ou, em suma, a relação dos nomes de objetos que satisfazem a uma função proposicional “ $f(x)$ ”⁸². Aurora Tomazini de Carvalho esclarece que toda classe ou conjunto é delimitada por uma função proposicional, de maneira que uma classe x tem por elementos os objetos que satisfaçam sua função e somente eles: $f(x)$ ⁸³. Nestes termos, pontua, chamamos de função proposicional os parâmetros que definem a classe. Ela é determinada, portanto, por: “(i) uma variável de sujeito (f), que permite a inclusão de indefinidos elementos; e (ii) uma predicação (x), que dá nome e delimita o conceito de classe, fazendo com que alguns elementos a ela pertençam, outros não⁸⁴”. Neste sentido, nos valendo da lição de Suzanne K. Langer, dizer que Sócrates é mortal significa que, em algum momento, ele deve morrer. Se deve morrer, é verdade, então, que Sócrates pertence à classe dos mortais. Em sendo assim, é possível dizer que a assertiva em questão atende à função proposicional pensada e estabelecida⁸⁵.

Acerca do ato de classificar, esclarece a doutrina que esse consiste em distribuir em classes, ou seja, “dividir os termos segundo a ordem da extensão ou, para dizer de modo mais

⁸⁰ Sobre a utilidade (ou não) das classificações, rememoramos a lição de Augustín Gordillo: “Clasificaciones y consecuentes definiciones sin demostrable valor de utilidad o conveniencia, que no explican nada operativo del sistema jurídico sino que exponen dogmáticamente supuestas esencias inmutables, son no solamente incomprensibles sino además dañosas. Ante cada clasificación que lea, pregúntese el lector ¿para qué sirve? Y si la respuesta no es satisfactoria siga su camino por otros rumbos, que el mundo del conocimiento es demasiado amplio como para tomar caminos sin salida” (GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. T. 1. Parte General*. 1. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017, pp. I-24-25).

⁸¹ Importante acrescentar que as classes não são elementos que existem no mundo natural, consistindo, em verdade, em conceitos criados por aquele que se presta a analisar determinado grupo de objetos: “A classe não se encontra na realidade física, é construção intelectual. Não vemos a classe. Cria-se, linguisticamente, classes. Nesses termos, o conceito de classe (coleção) difere do conceito de coletividade (denotação). A denotação não é a classe, mas sim a coletividade dos membros. A classe pode ser vazia, mas não a coletividade (denotação)” (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 41).

⁸² CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 123.

⁸³ DE CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de Teoria Geral do Direito: O construtivismo lógico-semântico*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 323.

⁸⁴ Idem, ibidem.

⁸⁵ Citamos na sequência o texto original *in litteris*: “What does it mean to say that Socrates is mortal? It means that at some time, Socrates must die. If ‘Socrates must die’ is true, then Socrates belongs to the class of mortals. Also, if ‘Plato must die’ is true, Plato is a member ‘of this class; and ‘Apollo must die,’ if it were true, would relegate Apollo, too, to the class of mortals. But ‘Apollo must die’ is false; therefore Apollo is not a mortal. Now, all these propositions exemplify the same form: x must die” (LANGER, Suzanne K. *An introduction to symbolic logic*. 3. ed. Nova York: Dover Publications, 1967, p. 116).

preciso, é *separar os objetos em classes de acordo com as semelhanças que entre eles existam*⁸⁶, valendo acrescentar que “toda classe é susceptível de ser dividida em outras classes⁸⁷”. Dessarte, todo nome, geral ou individual, cria uma classe de objetos⁸⁸: estar em uma classe significa estar sob um conceito⁸⁹. Nesses moldes, um nome geral denota uma classe de objetos que apresentam o mesmo atributo, considerado “atributo” a propriedade que certo objeto manifesta⁹⁰. Ainda, os diversos grupos de uma classificação são subdivididos em espécies e gêneros, designando as espécies os grupos contidos em um grupo mais extenso, enquanto o gênero é o grupo mais extenso que contém as espécies⁹¹. Por derradeiro, registra Paulo de Barros Carvalho que diferença específica é o nome que se dá ao conjunto das qualidades que se acrescentam ao gênero para determinação da espécie (a espécie, portanto, é igual ao gênero mais a diferença específica)^{92,93}. Nesses termos, conforme ensina John Stuart

⁸⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 124.

⁸⁷ Idem, p. 125.

⁸⁸ Aqui, destacamos a doutrina de Paulo de Barros Carvalho para, na sequência, fazermos uma ressalva: “Ao sujeito do conhecimento é reservado o direito de fundar a classe que lhe aprouver e segundo a particularidade que se mostrar mais conveniente a seus propósitos. Ressalvamos, porém, que se a conveniência prática é motivo suficiente para autorizar as principais demarcações de nossos objetos, *a fortiori*, devemos estar atentos para a correção do processo de circunscrição, garantindo que os gêneros e as espécies sejam efetivamente gêneros e espécies” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 125-126). Sobre a citação em questão, ressaltamos que, em nosso posicionamento, é possível o estabelecimento de alguns critérios melhores que outros. Sendo assim, havendo parâmetro mais justo e útil para efeitos de estabelecimento de uma classe, seria esse o mais adequado.

⁸⁹ Nesses termos, Suzanne K. Langer: “We may now answer the questions: What is a class, if not the sum of its members? and: What is ϵ , if not the relation of a part to a composite whole? A class is the extension of a concept, whatever that extension may comprise. The relation ϵ , of membership in a class, is the relation of falling under a concept. The class is not a fixed collection; it is defined by a propositional form, not by its specific members. If we understand the class-concept, we are acquainted with the class, even if we have never seen a single individual that belongs to it. Since concepts are abstractions, and classes are based on concepts, we may regard a class as a logical construction, a purely conceptual entity. Therefore a member of a class, being a concrete individual, cannot be a part of it in any literal sense; the relation ‘ ϵ ’ or ‘membership,’ is a peculiar and subtle one” (LANGER, Suzanne K. *An introduction to symbolic logic*. 3. ed. Nova York: Dover Publications, 1967, p. 117).

⁹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 123.

⁹¹ Importante ressaltar que não há nomes que sejam necessariamente gêneros ou espécies. Vejamos: “Nessa linha, os princípios que devem dirigir a classificação, como procedimento lógico, informam que não há nomes que sejam exclusivamente gêneros ou espécies. Tais palavras são termos relativos, aplicados a certos predicados para explicar sua relação com dado sujeito. Desse modo, a classe que aparece como gênero relativamente à subclasse ou espécie que contém, pode ser, ela mesma, uma espécie em relação a uma classe mais compreensiva (gênero superior)” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 124-125).

⁹² CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 124.

⁹³ Sobre a relevância da diferença específica no ato de classificar, válida a menção a seguir: “Nas condições mais simples, a classificação requer uma classe e um traço característico em condições de permitir que o objeto a classificar seja distinguido de outros objetos. Usando terminologia consagrada desde a antiguidade clássica, exige-se um *genus* (gênero) e uma *differentiam specificam* (diferença específica), isto é, pede-se a classe a que

Mill, ao tratar da relação entre gênero e espécie, aquele inclui esta, ou seja, denota mais do que ela, de modo a ser previsível que um gênero comporte um número maior de indivíduos que uma espécie ou classe. Já a espécie deve conotar todos os atributos que o gênero conota, caso contrário nada o impediria de denotar indivíduos não incluídos no gênero. Assim, o autor dá o exemplo de que o homem deve conotar tudo o que conota animal (caso contrário, poderia haver homens que não são animais) e deve conotar algo mais do que conota animal, caso contrário todos os animais seriam homens. Esse excedente de conotação, pontua, é a diferença, ou diferença específica⁹⁴.

Por derradeiro, lembra a doutrina⁹⁵ que, para dividir os objetos entre classes, algumas regras devem ser respeitadas: a) a divisão há de ser proporcionada, significando dizer que a extensão do termo divisível há de ser igual à soma das extensões dos membros da divisão; b) há de fundamentar-se num único critério; c) os membros da divisão devem excluir-se mutuamente; d) a relação entre gênero e espécie deve fluir ininterruptamente, evitando aquilo que se chama “salto na divisão”⁹⁶. Explicamos, assim, que as classes devem se apresentar como espécies do gênero, de maneira que a união delas venha a compô-lo⁹⁷. O gênero, dessarte, representará uma classe universal⁹⁸. Tudo isso, conforme dito, deverá ser baseado em um único critério (como, por exemplo, no caso dos animais, possuir glândulas mamárias ou não – assim, encontramos a classe dos mamíferos no reino animal). Ainda, essas espécies não podem se confundir, ou seja, a identificação de uma espécie, conforme o critério adotado, exclui a outra. Do contrário, a divisão se faria inútil. Por fim, deve ser possível chegar do gênero às espécies

o objeto pertença e um (talvez ‘o’) traço que possa distingui-lo dos demais objetos porventura presentes nessa classe. Por exemplo, ao afirmar “ser humano = animal racional”, caracteriza-se o humano pela indicação da classe (animais) e do traço distintivo (racionalidade)” (HEGENBERG, Leonidas; DE ANDRADE E SILVA, Mariluze Ferreira. *Novo dicionário de lógica*. Rio de Janeiro: Pós Moderno, 2005, pp. 66-67).

⁹⁴ Citamos o autor *in litteris*: “Dal fatto che il genere include la specie — o, in altre parole, denota di più della specie, ossia è predicabile di un numero maggiore di individui — segue che la specie deve connotare di più del genere. Deve connotare tutti gli attributi che il genere connota, altrimenti nulla le impedirebbe di denotare individui non inclusi nel genere; e deve connotare qualcosa in più, altrimenti includerebbe l’intero genere. Animale denota tutti gli individui denotati da uomo, e molti altri ancora. Pertanto, uomo deve connotare tutto ciò che connota animale (altrimenti potrebbero esserci uomini che non sono animali) e deve connotare qualcosa di più di quello che connota animale, altrimenti tutti gli animali sarebbero uomini. Questo sovrappiù di connotazione — questo qualcosa che la specie connota oltre e al disopra della connotazione del genere — è la differentia, o differenza specifica; o, per formulare la stessa proposizione in altre parole, la differentia è tutto ciò che si deve aggiungere alla connotazione del genere per completare la connotazione della specie” (MILL, John Stuart. *Sistema di logica deduttiva e induttiva*. Tradução de Mario Trinchero. Turim: UTET, 2013. Livro eletrônico. posição 182).

⁹⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 126.

⁹⁶ Idem, *ibidem*.

⁹⁷ Cf. DE CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de Teoria Geral do Direito: O construtivismo lógico-semântico*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 336.

⁹⁸ Idem, *ibidem*.

diretamente⁹⁹, sem a utilização de um critério adicional de ligação. Fixadas essas premissas, passemos ao corte classificatório proposto na presente pesquisa.

3.5.2 Apresentação dos critérios classificatórios

Respeitando as regras acima apontadas, podemos dividir, num primeiro corte, os institutos jurídicos ora tratados a partir de um critério: institutos permeados pelo direito privado e os institutos próprios ao direito público. O diferencial utilizado para a realização desse seccionamento é a predominância da função pública¹⁰⁰ ou da autonomia privada, elementos com características tratadas de forma pormenorizada no capítulo anterior (item 2.2). Esses serão, portanto, os caracteres diferenciadores entre as classes opostas e, ao mesmo tempo, os critérios que agrupam em seus respectivos gêneros todos os instrumentos que forem por eles permeados. Dessa maneira, aqueles institutos criados sob as diretrizes de uma teoria de direito público, que impõem como finalidade de todos os atos a busca do interesse público¹⁰¹ (a finalidade pública é elemento essencial e invariável da atuação administrativa), com a utilização de prerrogativas instrumentais, indisponibilidade e ausência de liberdade, estarão agrupados de um lado. Doutra ponta, institutos baseados na *liberdade* das partes, na disponibilidade, na busca

⁹⁹ Cf. DE CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de Teoria Geral do Direito: O construtivismo lógico-semântico*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 336.

¹⁰⁰ A título de elucidação do conceito de “função”, oportuno citar a doutrina do professor Ricardo Marcondes Martins: “[...] o Estado é uma realidade instrumental; seu fim – a busca do bem comum – é a única razão de sua existência, esse escopo é inerente ao seu conceito. Ainda que a Constituição fosse extremamente lacônica e se limitasse a instituir o Estado e a disciplinar sua organização, este axioma manter-se-ia intacto: o Estado só deve atuar para a realização do bem comum; ou, em outras palavras, só deve agir para o cumprimento do interesse público. Por força disso, a atuação do Estado deve consistir sempre no exercício de uma função, tomada esta palavra em seu significado técnico: é atividade dotada de prerrogativas necessárias ao cumprimento do dever de atender ao interesse alheio. Há função “quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las”. O conceito tem dois elementos: o dever de atuar em prol do interesse alheio e a manutenção de prerrogativas necessárias ao cumprimento desse dever”. (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 38)

¹⁰¹ Aqui, importante notar que interesse público não representa, necessariamente, o interesse secundário da Administração Pública em oposição ao interesse do cidadão. Neste sentido, valiosa a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Embora seja claro que pode haver interesse público contraposto a um dado interesse individual, sem embargo, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta simples e intuitiva percepção basta para exibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais. É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrindo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 51).

por interesses do próprio desenvolvedor da atividade (egoísticos ou altruístas) e no livre desenvolvimento da personalidade estarão agrupados em grupo oposto.

Neste diapasão, é importante rememorar o seguinte: o direito público é um direito estatutário, de maneira que, sempre que a Administração Pública estiver presente, ele incidirá¹⁰² (Cf. item 3.2). Esse é o critério adotado na presente pesquisa. Outrossim, as características adrede mencionadas se referem a um fenômeno normativo, de maneira que se faz possível identificar classes de elementos tanto no antecedente quanto no consequente da norma. Explicamos: sempre que o consequente se voltar a relação na qual estiver presente a Administração Pública (ainda que indiretamente), incidirá sobre ela uma classe de normas e institutos pensados para o direito público (instrumentos dotados das características acima agrupadas). Não havendo interesse público, incide o arcabouço típico da autonomia da vontade. Há, portanto, classes de institutos e classes de antecedentes e consequentes normativos¹⁰³.

Importante registrar que o corte classificatório adotado não é arbitrário, criado com base na valoração subjetiva do intérprete, mas de seccionamento identificado a partir da Constituição da República de 1988 (cf. item 2.2). Essa separou o âmbito reservado à iniciativa privada daquele incumbido à Administração Pública, estabelecendo regimes distintos. Assim, da mesma maneira que existem aspectos materiais próprios a cada campo, existem também classes de institutos (denotadas por formas típicas) reservadas a cada um deles. Invertendo o raciocínio, o aglutinamento de determinadas classes, agrupadas sob um critério/atributo (a função pública, no caso), dá o contorno das formas do regime jurídico administrativo e, por

¹⁰² Sobre este ponto, esclarecemos que adotamos a chamada “antiga teoria dos sujeitos”, segundo a qual, sempre que o Estado estiver presente, o direito administrativo incidirá. Acerca do tema, válida a lição de Ricardo Marcondes Martins: “Jamais há liberdade no exercício da função pública. Jamais esse direito ‘protetor’ do interesse do povo é afastado. Sempre que o Estado estiver presente, sem exceção, o direito protetor estará presente. Não é a *autoridade* o fundamental para a aplicação do regime jurídico, mas a necessidade de proteção do interesse do povo. Essa necessidade sempre estará presente quando o Estado estiver presente numa relação jurídica. Por conseguinte, o critério correto para identificar a incidência do *direito público* é a *presença* da Administração Pública. Correta, pois, a chamada *antiga* teoria dos sujeitos, é a adoção *radical* do critério *estatutário* para identificação do direito administrativo. Enfim, sempre que a Administração Pública estiver presente numa relação jurídica, estará presente o direito administrativo; e sempre que ela estiver presente, impossível será a submissão da relação ao direito privado” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Princípio da Liberdade das Formas no Direito Administrativo*. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio *et al.* (Coord.). *Direito Administrativo e Liberdade – Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 641-687).

¹⁰³ Sobre essas classes, vejamos a lição de Aurora Tomazini de Carvalho: “A linguagem do direito produzida pelo aplicador (N. I. C), ao atuar sobre casos concretos indicando a verificação de um fato juridicamente relevante e a ele imputando a verificação de uma consequência jurídica, define dois conceitos, os quais denominados ‘fato jurídico’ e ‘relação jurídica’. A extensão dos conceitos definidos no antecedente e no consequente normativo (...) protejam-se sobre a linguagem da realidade social, delimitando duas classes unitárias: a do fato social consumado nos moldes da descrição hipotética e a da relação social estabelecida nos moldes jurídicos” (DE CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de Teoria Geral do Direito: O construtivismo lógico-semântico*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 332).

exclusão, encontramos em equidistância as formas do regime privado, aglutinadas em função da autonomia da vontade.

Assim, podemos vislumbrar a existência de institutos dotados de atributos referentes a planos distintos (direito público e direito privado) e, num momento posterior, seccioná-los teleologicamente. Isso pode ser explicado a partir de três exemplos. Quanto à criação de novas pessoas jurídicas, há duas grandes formas possíveis¹⁰⁴, quais sejam as empresas e as autarquias: caso o elemento predominante seja a função pública, o instituto próprio a ser utilizado é uma *autarquia*; caso se trate de típica atividade econômica, a persona a ser criada é uma *empresa*. Desse modo, uma empresa será utilizada pela Administração Pública apenas de forma excepcional (não obstante, ressaltamos: mesmo quando utilizada a *forma* de direito privado, o arcabouço publicístico remanescerá). Não havendo fundamento racional para a adoção da forma privada, a sua utilização indevida representa clara fuga para o direito privado. Doutra ponta, é possível admitir pessoas para o exercício de determinadas funções: caso se trate de atividade em relação à qual predomina a função pública, o instituto ideal é o *cargo público*; em se tratando de uma atividade em que predomina o regime de liberdade entre as partes, o instituto adequado é o *emprego* (essa distinção será tratada de maneira pormenorizada adiante). Por fim, caso se deseje introduzir uma norma individual e concreta para fixar obrigações a outrem, sob o regime jurídico administrativo, o veículo introdutor é o *ato administrativo*¹⁰⁵; no entanto, caso particulares, valendo-se da autonomia privada, resolvam estabelecer uma norma jurídica, a figura que estará a sua disposição é o contrato. O processo divisório foi feito, portanto, a partir da divisão de classes de institutos sob três critérios: a) quanto à criação de uma nova pessoa jurídica (autarquias vs. empresas); b) em relação ao modo de ocupação das funções (cargos vs.

¹⁰⁴ Ressalvamos a possibilidade de outras formas jurídicas, tais como associações e fundações, mas nos restringiremos às pessoas jurídicas em questão, suficientes, pensamos, para comprovar o ponto destacado.

¹⁰⁵ Neste ponto também reconhecemos a existência de atos administrativos gerais (abstratos ou concretos), mas restringimos o escopo da explanação às normas individuais e concretas, para fins didáticos. Não obstante, para fins de estabelecimento de premissas, acerca da classificação mencionada, citamos a sistematização lecionada por Celso Antônio Bandeira de Mello que, quanto aos destinatários dos atos administrativos, divide-os entre individuais e gerais. Vejamos: “(1) Atos *individuais* – os que têm por destinatário sujeito ou sujeitos especificamente determinados. O ato individual pode ser *singular* ou *plúrimo*. Exemplo: a nomeação de um dado funcionário. Plúrimo se os destinatários são múltiplos sujeitos especificados. Exemplo: a nomeação, em uma única lista, de múltiplos sujeitos especificados. (2) Atos *gerais* – os que têm por destinatário uma categoria de sujeitos inespecificados, porque colhidos em razão de se incluírem em uma situação determinada ou em uma classe de pessoas. Exemplo: um edital de concurso público, uma ordem para dissolução de passeata, a concessão de férias coletivas aos funcionários de uma dada repartição. Em todos estes exemplos o ato é geral e *concreto*, pois esgota-se com uma única aplicação. Já, um regulamento de promoção de funcionários expedidos para vigorar continuamente é ato geral e *abstrato*, porque a hipótese se renova iterativamente” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 346).

empregos) e; c) em relação ao veículo introdutor de normas jurídicas para vinculação das partes (atos administrativos bilaterais vs. contratos).

Fixadas as classes adrede expostas, retornamos aos atributos inicialmente fixados e reunimo-las em subclasses de acordo com o elemento aglutinador (função ou autonomia da vontade): nesta tarefa, agrupamos como institutos de direito público os atos administrativos, os cargos públicos e as autarquias, enquanto nas classes de direito privado restaram os contratos, os empregos e as empresas. Sobre este ponto, refazemos ressalva já pontuada anteriormente: eventualmente, existe a possibilidade de utilização de institutos próprios do campo diverso (institutos do direito público no direito privado e vice-versa). Nesses termos, conforme ressaltamos acima, pode ser que o Poder Público se utilize de formas privadas. É o caso, por exemplo, da possibilidade conferida à Administração Pública de criação de empresas estatais ou da utilização do emprego público, objeto da presente pesquisa. No entanto, destacamos dois pontos. Primeiro, não se trata de uma escolha livre, vez que a utilização de forma privada pela Administração Pública carece de compatibilidade constitucional, autorização legal e justificativa racional, conforme exposto no tópico anterior. Em segundo lugar, mesmo quando autorizada a utilizar formas referentes a classes de direito privado, o regime jurídico de direito público (inafastável) segue subjacente, de maneira que aquele instituto sofrerá alguma ressignificação ao ser transferido de âmbito. Desse modo, eventualmente, pode se tratar do mesmo signo com uma significação distinta. A fim de garantir o aprofundamento do tema, analisamos a oposição entre institutos, de forma pormenorizada, nos tópicos a seguir.

3.5.3 *Ato versus Contrato*

Nas bases acima expostas, o Direito Administrativo, como subsistema do regime jurídico de direito público, é marcado pela supremacia do interesse público sobre o privado e pela indisponibilidade do interesse público (pedras de toque do regime jurídico administrativo e objeto formal desta pesquisa, conforme item 3.3.1). Desse modo, nas suas relações com particulares, o administrador da coisa pública goza de uma série de prerrogativas que, caso estivessem presentes numa relação exclusiva entre pessoas comuns, certamente seriam consideradas abusivas. Essas, todavia, justificam-se por razões que remetem à melhor forma de busca do interesse público, o que afasta a concepção de que seriam esses poderes gratuitos ou arbitrários: trata-se do conjunto de salvaguardas necessárias à persecução de interesses transindividuais. Conforme ensina o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, “o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao

atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido¹⁰⁶”. É possível afirmar, desse modo, que existe uma extroversão, ainda que potencial, inerente ao regime jurídico administrativo.

Por outro lado, tão importante quanto o regime de supremacia, é preciso destacar que *aquela que desempenha a função pública é submetido a um conjunto de restrições*, haja vista que age em nome e em benefício de outrem, razão pela qual não pode dispor daqueles interesses livremente. Com efeito, quem tutela a coisa pública o faz com uma finalidade primordial, a realização do interesse público, realização esta que compreende o bom cuidado daquele patrimônio por quem temporariamente o administra. Esse agente se assujeita, portanto, a todo o arcabouço compreendido na indisponibilidade do interesse público, o qual traz consigo *limitações* para sua atuação. Assim, em suma, quem tutela a coisa pública goza de posições diferenciadas, normalmente ausentes em relações privadas, o que é justificado tanto pela indisponibilidade que acompanha quem tutela os interesses da coletividade quanto pela necessidade de realização do interesse público como finalidade inafastável. Para que possa bem desempenhar esses misteres, o tutor da coisa pública goza de poderes *instrumentais*, os quais, a fim de evitar o arbítrio, são acompanhados de uma séria de restrições.

Por sua vez, como regra geral, o particular, no desenvolvimento de suas atividades, não goza de prerrogativas específicas, mas possui, em sua essência, liberdade para tomar decisões. Neste sentido, conceitualmente, pode contratar livremente quem quiser (e da forma que quiser); na sua relação com outros particulares pode até mesmo tomar decisões que prejudiquem os seus próprios interesses, pois é dotado de autonomia da vontade, devendo se abster apenas daquilo que a lei proíbe. Reconhece-se, assim, um espaço de livre conformação naquilo que não for vedado pela ordem jurídica. Sob essa perspectiva, o cidadão comum tem o contrato como uma das formas de expressão jurídico-instrumental de sua liberdade: é por meio dele que firma compromissos e introduz normas jurídicas bilaterais. Neste sentido, atende ao cidadão “plena liberdade para a celebração dos pactos e avenças com determinadas pessoas, sendo o direito à contratação inerente à própria concepção da pessoa humana¹⁰⁷”, no que consiste a liberdade de contratar e, por outro lado, goza ele de autonomia relacionada com o negócio jurídico, a liberdade contratual¹⁰⁸. Conforme afirma Florivaldo Dutra de Araújo, “a

¹⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 61.

¹⁰⁷ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 554.

¹⁰⁸ Idem, p. 555.

racionalização das relações sociais e políticas por meio do contrato faz deste, portanto, mais do que um simples instrumento jurídico-formal, tornando-o eixo metodológico do pensamento político e jurídico¹⁰⁹”. Concordamos com a afirmação, no sentido de que o contrato foi um fenômeno liberal que permitiu a realização de negócios em larga escala em sociedades cada vez mais complexas, sem o qual seria impossível alcançar o patamar de desenvolvimento do capitalismo atual. Destacamos, assim, seu relevante papel como instrumento de formação de relações, não obstante não seja o único.

Acerca do conceito de liberdade adotado nesta pesquisa, uma ressalva se faz necessária. Conforme dito acima, ela representa um valor que permeia a atividade dos particulares. No entanto, é preciso notar que tal concepção foi, de certa forma, remodelada pela incidência de outros elementos nos últimos anos. Nesses termos, reconhecemos, sobretudo, que, hoje, as atividades privadas estão sujeitas a algumas restrições, a exemplo das normas que protegem direitos fundamentais entre particulares ou, mais amplamente, aquelas que impõem o respeito à função social. Conforme explicam Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder e Paula Greco Bandeira, “a proteção dos interesses privados justifica-se não apenas como expressão da liberdade individual, mas em virtude da função que desempenha para a promoção de posições jurídicas externas, integrantes da ordem pública contratual”, de sorte que se vincula “a proteção dos interesses privados ao atendimento de interesses sociais a serem promovidos no âmbito da atividade econômica (socialização dos direitos subjetivos)¹¹⁰”. No entanto, não obstante o fato de, hodiernamente, a liberdade conferida às partes não ter os mesmos caracteres daquela situação reconhecida no auge do liberalismo, consideramos que ela segue como elemento fundamental e norteador da atuação dos particulares. Trata-se, em verdade, de um critério diferenciador. Nesses moldes, *apenas os particulares são titulares da liberdade*¹¹¹, vez que “a situação de liberdade é inerente ao particular e, pois, à situação jurídica privada; ainda que o particular exerça função, há situação de liberdade¹¹²”. Diante disso, é oportuno destacar que a função social ou a incidência de outras normas cogentes não desfigura o direito subjetivo do particular nem suprime a sua liberdade. Com efeito, a função social, “numa perspectiva individualista, não exige que se realize da melhor forma possível o interesse social; limita-se a proibir a sua violação”. Assim, em suma, normas que limitam a liberdade dos particulares não

¹⁰⁹ DE ARAÚJO, Florivaldo Dutra. *Negociação coletiva dos servidores públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 107.

¹¹⁰ BANDEIRA, Paula Greco; KONDER, Carlos Nelson; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos de Direito Civil. Vol 3. Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 108.

¹¹¹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 59.

¹¹² Idem, ibidem.

descaracterizam o seu regime de livre arbítrio, uma vez que, nos termos expostos, ter liberdade consiste em agir dentro dos espaços permitidos pelo Direito, o que não se confunde com a ausência de todo e qualquer limite (situação de difícil visualização em qualquer sociedade civilizada).

Doutra ponta, tendo em vista o assunto acima pontuado, lembramos que o conceito de função social não se aplica à atividade pública¹¹³. Isso porque a atuação do Poder Público já está condicionada à realização do interesse público, ou seja, no processo de decisão, o administrador deve optar por aquela hipótese que melhor atenda ao Direito globalmente considerado, levando em conta todos os interesses envolvidos. Nesses termos, observamos que se trata de conceito que vai além daquele englobado pela função social. Trata-se, portanto, de regime mais rigoroso: não basta não violar o Direito, é preciso agir em conformidade com ele e, além, atender a uma série de outras imposições. Compreendido nesse arcabouço normativo-axiológico, um exemplo digno de nota é o princípio fundamental à boa administração, o qual, impõe o dever jurídico de que o administrador tome a decisão *excelente*, e não qualquer uma daquela comportadas pelo espectro normativo¹¹⁴. Ainda, segundo Juarez Freitas, é preciso que o tutor da coisa pública busque uma “administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas¹¹⁵”. Assim, a aplicação do instituto da função social à atuação pública, denotaria, em verdade, o enfraquecimento injustificado do regime jurídico público¹¹⁶. Ressaltamos: não basta ao administrador público não violar o Direito, ele deve agir de acordo com o Ordenamento Jurídico e, não só, tem a obrigação de tomar a melhor decisão. Logo, à Administração Pública não se aplica o conceito de função social, mas a realização do interesse público, em sua essência muito mais rigorosa e abrangente.

Diante de todas as premissas fixadas no presente trabalho, fazemos o seguinte questionamento: os “módulos convencionais”¹¹⁷ firmados pela Administração Pública com

¹¹³ O conceito em questão foi tratado com maestria por Nilma Abe em relevante artigo científico: ABE, Nilma de Castro. Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 11/2008. p. 135 – 154. Jan-Jun/2008.

¹¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2. ed. 11 tir. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 36-37.

¹¹⁵ FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21.

¹¹⁶ Cf. ABE, Nilma de Castro. Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 11/2008. p. 135 – 154. Jan-Jun/2008.

¹¹⁷ DE ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 297.

particulares possuem os mesmos atributos que as avenças firmadas entre dois agentes exclusivamente privados? Em outros termos, seria possível enquadrar numa mesma categoria o vínculo relacional firmado pelo Poder Público e aquele estabelecido por particulares? Por todo o exposto nesta pesquisa, há de se concluir que, nesse raciocínio, opomos figuras essencialmente distintas, dotadas de atributos profundamente diversos. Neste sentido, apesar de toda a discussão doutrinária acerca dos critérios essenciais do contrato administrativo (veremos à frente), defendemos que a utilização do signo “contrato” para as relações administrativas é fruto de um vício metodológico, pois, não obstante a doutrina corrente utilize ordinariamente o termo, esses possuem características profundamente destoantes daquelas que assistem aos contratos propriamente ditos. Em suma, tratar-se-iam de espécies distintas, caracterizadas por atributos completamente diversos, uma própria às consecuições do interesse público e outra apta à instrumentalização da liberdade. Assim, o instrumento próprio ao Poder Público é o ato administrativo, enquanto o veículo pertinente à iniciativa privada é o contrato. Essas afirmações, todavia, envolvem forte ônus argumentativo, do qual passamos a nos desincumbir na sequência.

3.5.3.1 O “contrato” de emprego no direito público

Para aprimorar as conclusões acima expostas, tecemos as explicações a seguir. Primeiramente, acerca do conceito de contrato, nos valem da doutrina de Maria Helena Diniz para afirmar que esse “constitui uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para sua formação, do encontro da vontade das partes, por ser ato regulamentador de interesses privados¹¹⁸”. Segundo Orlando Gomes, contrato é “uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes¹¹⁹”, sendo, portanto, “negócio jurídico bilateral, ou plurilateral¹²⁰”. Para Flavio Tartuce, contrato é “negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação de, modificação ou extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial¹²¹”.

Por todo o quanto já exposto, é possível afirmar que o contrato é um instituto próprio do direito privado, uma espécie de negócio jurídico¹²². Este, por sua vez pode ser apontado,

¹¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Vol. 3. *Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 31.

¹¹⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 4.

¹²⁰ Idem, *ibidem*.

¹²¹ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 540.

¹²² MARTINS, Ricardo Marcondes Martins. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 362.

genericamente, como ato cujos efeitos são determinados pela vontade das partes, lembrando que a vontade é a base do direito privado¹²³. Antes disso, todavia, devemos dividir os atos jurídicos entre atos jurídicos em sentido estrito, para os quais os efeitos jurídicos são previamente determinados pela ordem jurídica e negócios jurídicos, cujos efeitos são determinados pela vontade das partes¹²⁴¹²⁵: quando o veículo introdutor de normas jurídicas é formulado por apenas um indivíduo, trata-se de “negócio jurídico unilateral”, ao passo que o nome dado ao veículo introdutor formulado por dois ou mais indivíduos é negócio jurídico bilateral ou plurilateral¹²⁶. Em conclusão, conforme dito acima, os negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais são os chamados *contratos*.

No que tange aos contratos firmados pela Administração Pública, registram-se três correntes¹²⁷: a) a primeira, que defende que a Administração pode firmar contratos regidos pelo direito público (contratos administrativos) ou contratos regidos pelo direito privado (contratos da administração); b) a segunda defende que não existem contratos administrativos: ou a situação se submete ao direito privado (e a Administração firma um contrato) ou se submete ao direito público, existindo nesses casos atos unilaterais com contratos adjetos e; c) por último, uma terceira corrente defende a existência de contratos administrativos, negando, todavia, a existência de contratos da administração. Em coerência com todas as balizas fixadas, consideramos que a concepção segundo a qual a Administração Pública poderia firmar contratos privados é equivocada, fruto de sérios vícios de pressupostos metodológicos. Segundo

¹²³ Sobre a autonomia da vontade no direito privado: “O titular da liberdade é necessariamente uma pessoa *privada*. Nos termos já expostos, a liberdade pressupõe a *autonomia da vontade*, ou seja, exige que a escolha entre duas ou mais alternativas seja ditada pela *vontade*. O *dogma* da vontade diz respeito justamente à pressuposição do *livre-arbítrio*. Etimologicamente, *autonomia* advém do grego *autós*, por si mesmo, e *-nomía*, de *nómos*, lei, donde o ‘direito de reger-se segundo leis próprias’. Liberdade, nesse sentido, possui uma feição subjetiva: garantia da vontade do sujeito como única fonte do seu agir. Todas as condutas que o Direito não qualifica como proibidas ou obrigatórias e que não atingem a esfera alheia são *facultadas* à pessoa privada, vale dizer, estão sob o império de sua *autonomia da vontade*” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015, pp. 48-49).

¹²⁴ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes Martins. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, p. 362-363.

¹²⁵ Acerca dos negócios jurídicos e a vontade, em obra atualizada de Pontes de Miranda: “a) A falta de vontade de negócio jurídico exclui a existência de vontade ou da manifestação de vontade (= ato declarativo) para compor suporte fático do negócio jurídico: não há negócio jurídico. b) A falta de consciência da exteriorização da vontade de negócio jurídico exclui a existência da declaração de vontade, ou da atuação de vontade (= ato volitivo declarativo) para compor suporte fático de negócio jurídico de adesão porque ia perder os sentidos, não o aprovou, - exatamente como aquele que perdeu os sentidos e sentou: ali faltou consciência de manifestação; aqui, de vontade. Quando não há vontade, ou quando não há consciência da exteriorização da vontade, não há declaração de vontade, ou ato volitivo declarativo que possa ser suporte fático do negócio jurídico” (DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial. T. III*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 59).

¹²⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes Martins. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, p. 364.

¹²⁷ Idem, p. 366.

Ricardo Marcondes Martins, são dois¹²⁸. O primeiro remonta à doutrina de Otto Mayer, que assumiu ser possível à Administração Pública atuar como Estado ou como um particular, ou seja, submeter-se integralmente ao regime privado em determinadas situações¹²⁹. Isso enraizou uma equivocada percepção de que caberia ao administrador público escolher a forma pela qual atuaria ou, ainda, pela possibilidade de afastamento do direito público. No entanto, a Administração Pública jamais poderá se colocar na posição do particular, ainda que eventualmente precise se utilizar de formas privadas. Conforme repisamos nesta pesquisa, o regime jurídico administrativo é inafastável, não havendo que se falar em óbice à sua incidência, mesmo em atuações que, numa primeira vista, possam fazer parecer uma horizontalidade. O outro vício apontado se refere ao fato de muitos juristas compreenderem o direito público a partir de estruturas do direito privado, o que pode ser explicado pela tradição milenar privatística, que advém do direito romano¹³⁰, ao passo que a noção publicística é relativamente moderna, remontando ao século XVIII, mais especificamente ao período após a Revolução Francesa. Dessa maneira, os conceitos de direito privado se encontram enraizados na mente de muitos pesquisadores, que ao sugerirem uma Teoria Geral do Direito, sugerem, em verdade, uma espécie de Teoria Geral do Direito Privado. Trata-se, outrossim, de deslize epistemológico: o direito público é ramo autônomo, dotado de institutos próprios e formas peculiares, conforme dantes exposto.

Feito esse aparte, retomamos o raciocínio. Como inexiste autonomia da vontade no seio do Poder Público, há de se concluir que não existem contratos privados da Administração Pública, mas também que não existem sequer contratos administrativos. Em outras palavras, entes públicos não celebram contratos¹³¹. Ora, para a formação de contratos, pressupõe-se a existência de liberdade e, por consequência, autonomia privada. Nenhuma das duas existe no seio do Poder Público, todavia: o administrador não age conforme seus interesses egoísticos nos espaços permitidos pelo Direito, não podendo também tomar decisões que contrariem a busca pelo interesse público. Essas conclusões impõem a investigação do fenômeno jurídico em questão a partir de outro prisma.

¹²⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes Martins. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, pp. 373-374.

¹²⁹ MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Tomo I. Tradução de Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma. 1949, pp. 189-190.

¹³⁰ O direito romano foi desenvolvido muito ancestralmente, de modo que é comum que os juristas pensem numa teoria geral do direito a partir de uma teoria geral do direito privado.

¹³¹ MARTINS, Ricardo Marcondes Martins. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 374.

Como vimos, os contratos são instrumentos conceitualmente incompatíveis com o regime jurídico de direito público. Em sendo esses inservíveis, é preciso investigar qual fora a classe reservada no âmbito jurídico administrativo para, dentro do restrito escopo de nosso trabalho, estabelecer obrigações funcionais entre o Poder Público e seus agentes permanentes. Nessa tarefa, identificamos os atos administrativos como instrumentos adequados para tanto. Desse modo, impõe-se o estudo dos módulos convencionais firmados na Administração Pública com profissionais *a partir da teoria dos atos administrativos*.

Dito isso, partindo do pressuposto de que estamos diante de atos administrativos (e não de contratos), levando-se em consideração a vontade dos particulares, podemos dividi-los em três grupos¹³²: a) atos administrativos unilaterais, para os quais a vontade do particular é irrelevante; b) atos administrativos condicionados à manifestação do administrado - dentro deste grupo, a vontade do particular pode ser condição de validade (o sistema veda a edição do ato sem o assentimento prévio do particular) ou de eficácia (o ato é produzido e, se o particular não assentir, ele perde a eficácia ou deixa de adquiri-la) e; c) atos administrativos bilaterais, aqueles cujo *conteúdo* não depende apenas da manifestação da entidade administrativa, mas da vontade ou de dois (ou mais entes) ou de um ente e de um administrado. Este se subdivide entre de atos bilaterais de interesses comuns (os convênios e consórcios) ou de interesses contrapostos, aquilo que a doutrina convencionou chamar de *contratos*. Por fim, dentre os atos administrativos bilaterais de interesses contrapostos, existem aqueles sujeitos exclusivamente ao direito público e aqueles envoltos em formas de direito privado.

Pois bem. Nesses termos, o objeto chamado de “contrato” firmado pela Administração Pública é mais precisamente um ato administrativo bilateral¹³³. Ao raciocínio acima exposto, reforçamos a análise realizada a partir da teoria das classes, que nos leva à mesma conclusão: o contrato, conforme fixado pela doutrina, tem em sua gênese a liberdade, tratando-se de ato da vontade¹³⁴, elemento simplesmente inexistente na Administração Pública (é alheio às classes de direito público). Ora, se falta um elemento essencial à espécie, é imperioso concluir que o instituto tratado não pertence à classe vislumbrada. Repisamos: se é essencial a determinada

¹³² MARTINS, Ricardo Marcondes Martins. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 375.

¹³³ Idem, p. 377.

¹³⁴ Segundo Maria Helena Diniz, a vontade é fundamento dos contratos: “O contrato repousa na ideia de um pressuposto de fato querido pelos contraentes e reconhecido pela norma jurídica como base do efeito jurídico perseguido. Seu fundamento é a vontade humana, desde que atue conforme à ordem jurídica. Seu *habitat* é o ordenamento jurídico. Seu efeito é a criação, modificação ou extinção de direitos e obrigações, ou melhor, de vínculos jurídicos de caráter patrimonial” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Vol. 3. *Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 32).

classe a combinação de certos elementos, a ausência de um deles descaracteriza o objeto, sendo esse o caso dos atos bilaterais carentes de liberdade, os quais, por assim o serem, não são contratos.

Ainda, a título de argumento complementar, asseveramos que esses atos bilaterais da Administração Pública possuem atributos que, caso fossem imputados a um contrato privado, acarretariam a nulidade desse. Possibilidades como a alteração unilateral, rescisão unilateral e estabelecimento de um estado de sujeição (o tema será tratado com maior acuidade à frente) não se coadunam com os princípios contratuais privados, como o do *pacta sunt servanda*, decorrente da ideia clássica de autonomia privada¹³⁵ para preconizar que “tem força de lei o estipulado pelas partes na avença, constringendo os contratantes ao cumprimento do conteúdo completo do negócio jurídico¹³⁶”. Neste sentido, é importante asseverar que, quando se trata especificamente de relação funcional, a rigor, *o particular sequer tem a possibilidade de discutir o conteúdo do ato*, a ele competindo apenas aquiescer ou não (eis aqui uma peculiaridade dos atos bilaterais de forma privada quando aplicáveis à relação funcional, o que será trabalhada com mais atenção no item 3.5.4.1).

Nesses moldes, no direito público, tanto a força vinculante dos contratos quanto a liberdade para contratar se mostram prejudicadas. Tal fenômeno é justificado por algumas das heurísticas que permeiam o campo administrativo, consistentes na supremacia e indisponibilidade do interesse público. Dito isso, torna-se natural concluir que, apesar de, eventualmente, um ato administrativo bilateral sofrer influxo mais suave das normas de direito administrativo (como no caso dos atos bilaterais também sujeitos a regras extraídas de leis de direito privado), a Administração Pública jamais estará totalmente equiparada aos particulares. Dificilmente, a força da obrigatoriedade contratual poderá se sobrepor ao interesse público¹³⁷. Neste sentido, é possível que, em determinadas situações, o Poder Público precise se valer das prerrogativas inerentes ao regime jurídico administrativo, não obstante não haja previsão

¹³⁵ Sobre a autonomia privada, citamos Ricardo Marcondes Martins: “Eis o terreno da *autonomia privada*: é a possibilidade concedida aos particulares de editar, na esfera de liberdade garantida pelo sistema normativo, normas jurídicas que não são mera concretização das normas legislativas e constitucionais. A legislação é mera concretização das normas constitucionais e a administração é mera concretização das normas constitucionais e legislativas. Por isso, rigorosamente, não existe *autonomia pública*, só existe autonomia privada. O *poder normativo* do Estado não se dá em espaços livres, está vinculado ao cumprimento, à execução da Constituição” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 72).

¹³⁶ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 570-571.

¹³⁷ Registramos que, eventualmente, é possível que o interesse do particular se sobreponha ao da Administração Pública. No entanto, ele deverá apresentar peso maior que a soma do peso do princípio relativo a bem coletivo oposto com o peso do princípio formal da supremacia do interesse público sobre o privado.

convencional naquele sentido ou mesmo que exista alguma disposição em contrário. Decorre da lógica do próprio pacto social a possibilidade de, por meio da correta ponderação, reconhecer que, numa situação limítrofe, o interesse relativo a bens coletivos prevalecerá sobre o interesse privado-contratual. Sendo assim, ainda que haja previsão nesse sentido, o administrador jamais poderá renegar a totalidade de suas prerrogativas, sendo isso um elemento de expressão do próprio sistema. Dessa maneira, se é da essência dos contratos a sua força obrigatória, mas essa apresenta feição diversa no seio público, forçoso concluir que os atributos que permeiam os institutos em questão são distintos, diferenciando-os.

Seguindo o raciocínio acima, destacamos uma situação de particularidade: do mesmo modo que irrupções do regime administrativo inseridas em contratos privados poderiam ser consideradas cláusulas leoninas, cláusulas de nivelamento total num ato administrativo bilateral também ofenderão o direito, sendo passíveis de desconsideração. E essas prerrogativas se justificam pelos elementos nucleares do direito público: o arcabouço normativo-axiológico carreado a partir da obrigatoriedade de persecução do interesse público como elemento finalístico. Assim, o administrador público, em contrapartida às prerrogativas de que goza, está também sujeito a restrições que inexistem no direito privado, de maneira que, por exemplo, eventual cláusula que comporte a renúncia pura e simples do interesse público será inválida. E ainda pior: eventual cláusula que simplesmente se desvie do interesse público também apresentará vício. Tais caracteres, por certo, restam ausentes em contratos firmados entre particulares. Não é de sua essência que existam essas restrições. Ora, se o contrato privado não possui os atributos inerentes (e não acidentais) da classe referente aos “contratos” públicos (tal como a indisponibilidade e uma finalidade vinculada), ele, mais uma vez, não satisfaz ao requisito da pertencibilidade, de modo que àquele conjunto não pertence. Estamos diante, portanto, de institutos ontologicamente distintos.

Sendo assim, concluímos por ora: os atributos dos atos administrativos bilaterais (também chamados de “contratos” firmados pela Administração Pública) são essencialmente diferentes dos atributos da classe à qual pertencem os contratos propriamente ditos. Dessa maneira, deve ser evitada a confusão muitas vezes gerada pelo fato de serem tomados os elementos acidentais dos atos bilaterais estatais como se essenciais fossem, de modo a se concluir equivocadamente que se trataria do mesmo instituto. Em outras palavras, os atos administrativos bilaterais podem ser firmados sob formas extraídas de leis de direito privado, mas isso não afasta seu elemento finalístico essencial nem desnatura o regime público sobre o qual se sustenta. Dessarte, mesmo quando utilizado o signo “contrato”, em se tratando de regime jurídico administrativo, estar-se-á a falar, propriamente de um ato administrativo

bilateral de interesses contrapostos. Por consequência, no caso dos chamados “contratos” de emprego (ou de trabalho) firmados pela Administração Pública, esses são, em verdade, atos administrativos bilaterais de interesses contrapostos e vestes celetárias, cujo regime jurídico estudaremos adiante. Sobre o emprego no regime jurídico administrativo, vejamos na sequência.

3.5.4 *Cargo versus Emprego*

Conforme visto acima, a presente análise escrutinou os contratos e verificou sua incompatibilidade com o regime jurídico administrativo. Mas não é só. Além do instrumento em questão, para que possamos chegar a conclusões relevantes em relação às hipóteses suscitadas, torna-se necessário investigar as formas de criação de vínculo profissional entre pessoas ou entre pessoas e entidades. Devido ao escopo deste trabalho, ficaremos restritos aos empregos e cargos. Vejamos com detalhes a seguir.

Começemos pelos cargos. Esses consistem em espécie típica do regime jurídico administrativo, dignos de previsão no próprio Texto Constitucional. Conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “as várias competências previstas na Constituição para a União, Estados e Municípios são distribuídas entre seus respectivos órgãos, cada qual dispondo de determinado número de cargos criados por lei, que lhes confere denominação própria, define suas atribuições e fixa o padrão de vencimento ou remuneração¹³⁸”. Sob outro ângulo, os cargos aglutinam um plexo de competências, reservados àqueles cidadãos que, uma vez habilitados, serão neles investidos e desempenharão seus misteres com a estrita missão de realização do interesse público. Segundo o professor Celso Antônio Bandeira de Mello cargos são “as mais simples e indivisíveis unidades abstratas criadas por lei, com denominação própria e número certo, que sintetizam um centro de competências públicas de alçada da organização central a serem exercidas por um agente¹³⁹”. Os cargos podem ser de investidura temporária¹⁴⁰,

¹³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 663.

¹³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. 1. ed., 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 17.

¹⁴⁰ Acerca da investidura temporária, lembramos a doutrina de Wallace Paiva Martins: “A contratação temporária consiste no exercício transitório de função pública por pessoa física em razão da necessidade extraordinária da Administração Pública ditada por uma situação excepcional em que o interesse público justifica seu desempenho por pessoal admitido para além das hipóteses normais e ordinárias de recrutamento, investidura e permanência em cargos ou empregos públicos, por duração determinada, enquanto for necessário à satisfação de um determinado interesse público, nos casos arrolados em lei. A contratação por tempo determinado é o instrumento jurídico limitado, excepcional e residual que possui a Administração Pública direta, autárquica e

comissionados¹⁴¹ ou efetivos¹⁴². Como a presente pesquisa versa sobre o regime jurídico dos vínculos profissionais permanentes, nos ateremos aos últimos.

Os cargos de provimento efetivo são dotados de atributos que lhes dão feição: os cidadãos que desejem ocupá-los deverão submeter-se a concurso público de provas e títulos, sob pena de invalidade do vínculo, nos termos do art. 37, II, CF (requisito essencial, portanto); decorridos três anos de efetivo exercício e aprovação em avaliação especial de desempenho é garantida ao servidor, nos termos do art. 41 da Constituição Federal (alterado pela Emenda Constitucional nº 19/98), a prerrogativa da estabilidade; caso aquele cargo venha a ser extinto, o servidor estável não será simplesmente exonerado, mas ficará em disponibilidade com proventos proporcionais¹⁴³; aos ocupantes desses postos funcionais atende a irredutibilidade de

fundacional para a admissão de pessoal de modo temporário, objetivando o exercício de função pública em face de situações previamente estabelecidas em lei, em que concorram necessidades transitórias, extraordinárias e urgentes, que não admitem solução de continuidade como medida para alcance do interesse público” (MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Contratação por prazo determinado – Comentários à Lei nº 8.745/93*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 4).

¹⁴¹ Celso Antônio Bandeira de Mello leciona o seguinte acerca dos cargos de provimento em comissão: “Os cargos de provimento *em comissão* (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los com liberdade, a qual também pode exonerar *ad nutum*, isto é, livremente quem os esteja titularizando. Um porcentual deles, a ser fixado por lei, que até hoje não foi editada, terá de ser preenchido por quem seja titular de cargo de provimento efetivo” ¹⁴¹ (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, pp. 250-251).

¹⁴² Salutar destacar a diferença entre cargos efetivos e cargos de investidura temporária, na doutrina de Marcio Cammarosano: “Impõe-se distinguir, em face do sistema constitucional vigente os servidores públicos civis, aos quais são conferidas atribuições de caráter permanente, e que, como adiante se demonstrará, devem titularizar cargos públicos, dos servidores públicos temporários, previstos no inc. IX do art. 37. Os servidores temporários são os contratados por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Assim sendo, não se pode cogitar de submetê-los ao mesmo regime jurídico dos servidores permanentes da administração direta, autárquica e fundacional pública, aos quais, necessariamente se aplica o disposto nos arts. 39 a 41 da Constituição” (CAMMAROSANO, Márcio. *Servidores Públicos*. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 179).

¹⁴³ Ressaltamos que a proporcionalidade hoje imposta aos vencimentos dos servidores em disponibilidade é fruto de Emenda Constitucional, a qual consideramos inconstitucional, conforme já destacado em outra oportunidade: “Ora, como não seria possível demitir tão facilmente o servidor devido à estabilidade, a saída encontrada pelo agente corrupto poderia se basear na condução do servidor honesto à disponibilidade por meio da extinção de seu cargo ou declaração de sua desnecessidade. Assim, à negativa de alguma proposta espúria por parte do agente corruptor, poderia esse, como forma de se ver livre daquele honesto agente público ou mesmo como forma de ameaça, extinguir (ou ameaçar extinguir) seu cargo. Caso se tratasse de disponibilidade com vencimentos integrais, referida ameaça não surtiria efeito psicológico sobre o agente, haja vista que ele e sua família em nada sofreriam com os efeitos econômicos daquele ataque. Todavia, com a reforma constitucional, passou-se a impor o pagamento de remuneração proporcional ao agente em disponibilidade. Isso significa que um servidor com, por exemplo, cinco anos de carreira, teria efeitos econômicos muito semelhantes ao de sua exoneração, visto que sua situação financeira seria reduzida à de penúria. Sendo assim, pensamos que a reforma em questão é inconstitucional, vez que enfraquece o plano do constituinte originário ao amesquinhar uma garantia legítima, muito cara ao Estado Democrático de Direito, de modo que se mostra incompatível com o arcabouço normativo-axiológico consagrado na Constituição Federal de 1988” (FERNANDES, Felipe Gonçalves. *A Tipicidade e o regime disciplinar de servidores públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 39).

vencimentos, dentre outras garantias. Esses cargos devem ser acessíveis a todos os brasileiros e estrangeiros na forma da lei, o que se chama de *acessibilidade*¹⁴⁴, consistente na imposição de que o preenchimento dos quadros do funcionalismo público se dê de maneira ampla e democrática, ressalvada a possibilidade de condicionamentos legais de ingresso, desde que constitucionalmente compatíveis.

Doutra ponta, é incorreto afirmar que o particular que ingressa na Administração com o *status* de servidor efetivo firma “contrato” com o ente público. Em verdade, essa relação se dá a partir de uma estrutura complexa, consistente no ato pelo qual o cidadão manifesta sua aquiescência, somado ao ato do Poder Público, pelo que este faz incidir sobre aquele todo um conjunto de normas preexistentes e sobre as quais o particular não terá qualquer possibilidade de debater o conteúdo¹⁴⁵. É a chamada investidura.

Sobre o aspecto acima referenciado, é preciso fazer um aparte. Neste sentido, nos valem da clássica lição de León Duguit, amplamente utilizada pela doutrina pátria, para diferenciar os atos jurídicos em três grandes classes: atos subjetivos; atos-regra e atos-condição. Segundo organização realizada por Rafael Carvalho Rezende Oliveira, os atos subjetivos seriam aqueles referentes ao “ato concreto que cria obrigações e direitos subjetivos em relações jurídicas especiais¹⁴⁶”, a exemplo dos contratos. Já o ato-regra consiste em “ato normativo de caráter geral e abstrato, aplicável a sujeitos indeterminados¹⁴⁷”, como os regulamentos. E, por fim, o ato-condição diz respeito ao “ato que investe o indivíduo em situação jurídica preexistente, submetendo-o à aplicação de certas regras jurídicas¹⁴⁸”, tendo como exemplo clássico a nomeação de servidor para ocupar cargo público. Essa classificação suscita reflexão

¹⁴⁴ Ensina José dos Santos Carvalho Filho acerca do instituto da acessibilidade: “Acessibilidade é o conjunto de normas e princípios que regulam o ingresso de pessoas interessadas no serviço público. Os parâmetros que regem o acesso ao serviço público acarretam vinculação para os órgãos administrativos, de modo que não pode a Administração criar dificuldades maiores nem abrir ensanchas de facilidades fora das regras que compõem o sistema. Cuida-se, pois, de verdadeiro direito subjetivo – o direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas, observadas logicamente as normas aplicáveis em cada tipo de provimento.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 589).

¹⁴⁵ Sobre o conceito de ato-união, citamos a doutrina de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “A manifestação convencional é aquela formada pela vontade de dois agentes, ou grupo deles, que concorrem para integração do ato, pelo acordo entre eles estabelecido para satisfação de interesses opostos. A oposição pode existir apenas quanto ao fim do ato, sendo idênticas as causas intrínsecas dela, mas pode existir, ainda, não só quanto ao fim, como, também, quanto às causas intrínsecas. A primeira hipótese configura o chamado ato-união, ato recíproco ou ato-acordo e, a segunda, contrato” (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Natureza jurídica da concessão de serviço público*. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. Vol. 12/2020, p. 403-442, Jan-Mar, 2020).

¹⁴⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 324.

¹⁴⁷ Idem, *ibidem*.

¹⁴⁸ Idem, *ibidem*.

importante para nossa pesquisa: o vínculo empregatício, tal como utilizado na iniciativa privada, resta formalizado por meio de um ato subjetivo, ao passo que a investidura em cargo público se refere àquilo que o direito francês chama de ato-condição. Os institutos não se confundem, portanto. Sobre este ponto, é oportuno seguir referenciando Duguit para acrescentar que a vontade do particular até tem algum efeito na formação do ato objetivo em tela, mas não sobre seu conteúdo jurídico. Conforme ensina o doutrinador francês, na nomeação de servidores públicos há concurso de vontades, mas não há contrato¹⁴⁹¹⁵⁰, pois o ato do Estado que nomeia não é determinado pelo ato de vontade do servidor público que aceita. Nesses termos, a aceitação é simplesmente uma condição suspensiva à qual se subordina o efeito do ato de vontade do Estado nomeante.

Mas as diferenças não param na classificação acima demonstrada. Com efeito, o emprego é instituto típico do regime privado. Conforme vimos no primeiro capítulo, nos termos do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, é considerado empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário¹⁵¹. Ou seja, basta a admissão (expressa ou não) de pessoa para laborar

¹⁴⁹ Como as ideias em questão versam sobre tradução do texto originário, pertinente sua citação *in litteris*: “Nous avons là un exemple des cas décrits au §48 in fine où il y a concours de volontés sans qu’il y ait contrat, parce que les deux déclarations de volonté ne sont pas déterminées l’une par l’autre, mais que l’une est seulement la condition suspensive à l’arrivée de laquelle est subordonné l’effet juridique que doit produire l’autre. En appliquant cette idée à la nomination des fonctionnaires, on arrive à ceci : dans la nomination des fonctionnaires il y a concours de volontés, mais il n’y a pas contrat, parce que l’acte de volonté de l’Etat qui nomme n’est point déterminé par l’acte de volonté du fonctionnaire qui accepte, mais seulement par la nécessité d’assurer le fonctionnement du service public. Dès lors, l’acceptation est simplement la condition à l’arrivée de laquelle est subordonné l’effet de l’acte de volonté de l’Etat qui nomme ; mais comme tout acte conditionnel cet acte de volonté unilatéral est juridiquement parfait par lui-même. Nous sommes arrivé précédemment au même résultat, en montrant que, lorsque l’acceptation était postérieure à la nomination, celle-ci produisait ses effets du jour de sa date et non pas seulement du jour de l’acceptation” (DUGUIT, León. *Traité de Droit Constitutionnel. Tome 1*. Bordeaux: Impr Y Cadoret 17 Rue Poquelin-Molière, s.d., p. 470).

¹⁵⁰ Sobre a formação da relação funcional, no direito brasileiro digna de nota é a doutrina de Márcio Cammarosano: “A relação funcional, o vínculo jurídico entre o Estado e o funcionário, não é um acordo de vontades, conquanto bilateral como qualquer outra relação jurídica. E também não resulta de um acordo de vontades, mas de um ato convencional, ato-união ou ato-condição, mas sim de dois atos. Há, é bem verdade, duas manifestações de vontade de vontade, mas cada qual consubstancia um ato unilateral. No acordo de vontades só há um ato jurídico, conquanto bilateral, porque as duas vontades se fundem para compor um só ato, indivisível (o casamento, por exemplo). A relação funcional não resulta de uma fusão de vontades, mas é constituída ao cabo de um procedimento administrativo em que, na sistematização de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, a aceitação seria o ato complementar da nomeação e esta o ato final ou conclusivo do procedimento administrativo. Melhor dizendo, o ato de nomeação é um dos atos que constituem os requisitos procedimentais do ato de aceitação. No ato bilateral, sem a dupla manifestação de vontade não se perfecciona o ato. Já a nomeação é um ato jurídico e a aceitação é outro, distintos lógica e cronologicamente, ambos de autonomia funcional, conquanto ‘encadeados em sucessão itinerária’” (CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. 1982. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, pp. 49-50).

¹⁵¹ Rememoramos esses elementos na precisa lição de Carla Teresa Martins Romar: “Da definição legal resultam, portanto, características que permitem que se considere um trabalhador como empregado: somente

mediante contrapartida onerosa, sob subordinação jurídica e com habitualidade para que se configure uma relação de emprego. Como regra, não há qualquer vinculação a uma finalidade específica, não há um conjunto de prerrogativas (salvo aquelas excepcionais, tais como as chamadas estabilidades provisórias), as partes têm uma contratação baseada no signo da liberdade (basta que seja objeto lícito, com forma prescrita ou não defesa em lei e assinado por parte capaz – respeitadas as especificidades da legislação trabalhista), não havendo ainda requisito específico para a admissão.

Sobre a afirmação acima, outro parêntese se mostra pertinente. Conforme destacamos, o empregador privado pode selecionar seus empregados com base em uma zona livre protegida pelo Direito, de modo a afirmarmos que a atuação nesse ramo se baseia no signo da *liberdade*. É bem verdade que, hodiernamente, já não se consagra a liberdade irrestrita das partes, sobretudo no Direito do Trabalho, que surgiu justamente como óbice à exploração predatória da mão-de-obra humana¹⁵². No entanto, nos termos adrede delineados, o fato de existirem normas cogentes que conformam parte da atuação dos particulares não desconfigura o signo de liberdade que norteia o ramo em questão. Nesses termos, mesmo que os contratantes ainda tenham que cumprir a função social dos contratos e que a liberdade não seja um valor absoluto, é certo que, naquilo que não ferir o direito globalmente considerado, as partes podem livremente transigir e estabelecer condicionamentos àquela avença. Existe, nesses termos, uma esfera de liberdade protegida pelo Direito.

Assim, diz-se que a contratação no Direito do Trabalho é livre, destacando-se, quanto a isso, a dispensa de realização de concurso de seleção e a inexigência de atendimento aos requisitos de acessibilidade. Não obstante, é oportuno salientar que, de acordo com as ressalvas acima explanadas, existem algumas restrições impostas pela legislação trabalhista no momento da contratação, as quais, todavia, giram em torno da proteção da figura do empregado, e não do

pessoa física ou natural pode ser empregado; os serviços são prestados pessoalmente pelo empregado (*peçoalidade*), que não pode fazer-se substituir no trabalho por qualquer outra pessoa (esta característica afasta de vez a possibilidade de que o empregado possa ser uma pessoa jurídica); os serviços prestados são contínuos, não eventuais, devendo estar inseridos nas necessidades normais da atividade econômica em que são empregados; a prestação de serviços não se dá de forma autônoma, ou seja, o empregado presta serviços de forma subordinada às ordens e ao controle do empregador; os serviços prestados são sempre remunerados, ou seja, ao trabalhador corresponde sempre uma contraprestação pecuniária paga pelo empregador” (ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do Trabalho esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, pp. 187-188).

¹⁵² Sobre o contexto histórico do surgimento do trabalho, citamos Vólia Bomfim Cassar: “O Direito do Trabalho nasce como reação ao cenário que se apresentou com a Revolução Industrial, com a crescente e incontrolável exploração desumana do trabalho. É produto da reação da classe trabalhadora ocorrida no século XIX contra a utilização sem limites do trabalho humano. O direito comum (civil), com suas regras privadas de mercado, não mais atendia aos anseios da classe trabalhadora, oprimida e explorada pela explosão do mercado de trabalho ocorrida em virtude da invenção da máquina a vapor, de tear, da luz e da consequente revolução industrial” (CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 11).

patrimônio da sociedade ou em razão da vinculação a uma finalidade específica. A título de exemplo, mencionamos a vedação à exigência de comprovação de experiência prévia por tempo superior a seis meses no mesmo tipo de atividade, nos termos do art. 442-A da CLT. Ou ainda as vedações previstas no art. 373-A da legislação consolidada, a exemplo da: a) publicação de anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; b) recusa de emprego, promoção ou motivação de dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; c) consideração do sexo, idade, cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; d) exigência de atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; e) impedimento de acesso ou adoção de critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez. Por óbvio, essas restrições também podem ser impostas à Administração Pública, mas as sujeições de direito público não se esgotam nelas. Diante de tudo isso, é possível afirmar que o instituto do emprego foi idealizado e moldado para a contratação entre particulares, deixando em branco um amplo espaço para livre formatação entre as partes (inexistente no âmbito público, ressalte-se), ressalvadas as proibições legais. Outrossim, a esse não atendem nem são impostas a estabilidade, a disponibilidade, a regra do concurso público e a acessibilidade¹⁵³.

Verificamos, assim, que há uma profunda diferença entre essas classes, o que se justifica pelos âmbitos nos quais estão inseridas. Cada uma delas possui atributos distintos, que

¹⁵³ Sobre essa afirmação, digna de menção a lição de Marcio Cammarosano: “Relação de emprego de natureza contratual, como a da CLT, repousa no princípio da *autonomia da vontade*, que rege as relações entre os particulares. Autonomia da vontade não apenas para criar a relação de emprego, como para determinar o seu conteúdo, o plexo de direitos e obrigações entre as partes contratantes, de sorte que a alteração das condições de trabalho, entre as partes acertadas, só mediante acordo possa ser levada a sério. A autonomia da vontade, ainda que relativa – em razão da existência de normas trabalhistas de ordem pública, isto é, inderrogáveis pela vontade das partes –, pode manifestar-se de muitas formas, como quando o empregador, por mera liberalidade, deixa de dispensar o empregado que tenha cometido falta grave, ou resolva premiar ou promover empregado que lhe seja simpático. O regime de trabalho da CLT, porque concebido para reger relações de emprego entre particulares, não assegura ao empregado direitos como o de titularidade do exercício das funções determinadas, estabilidade após dois anos de efetivo exercício, disponibilidade remunerada etc. E nem teria sentido assegurar, porque incompatíveis com a liberdade da empresa, que tem no lucro por excelência sua mola propulsora. Os bens e interesses da empresa privada são particulares, e não da coletividade, ainda que se possa acenar com a função social da propriedade (CF arts. 5º, XXIII e 170, III)” (CAMMAROSANO, Márcio. *Servidores Públicos*. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 183).

impõem uma relação de pertencibilidade aos objetos analisados: ou eles possuem os atributos típicos do direito público e se inserem nessa categoria; ou possuem atributos típicos de direito privado e restam pertencentes à categoria oposta. Como “o fundo dita a forma” (e não o contrário), caso se busque estabelecer um vínculo profissional, esse deverá se enquadrar em uma dessas categorias preexistentes ou (quando muito) pertencer a uma nova classe, mas que, ainda assim, respeite aos elementos de gênero, sob pena de exclusão do conjunto. Desse modo, observamos que a previsão constitucional instituiu, dentro da classe de institutos pertencentes ao regime jurídico administrativo, uma espécie própria para os vínculos profissionais permanentes: os cargos efetivos. Isso se justifica, conforme visto, pelas especificidades desse sistema, vez que, nos termos em que concluiu o constituinte originário, não seria possível ao servidor público exercer o seu mister de persecução do interesse público sem a combinação de determinadas prerrogativas e restrições. Essas características foram reunidas em uma classe, *devendo* o administrador se utilizar dela quando admitir particulares para o exercício do mister estatal, salvo as exceções ressalvadas no item 1.4.2 desta pesquisa. Lembramos que, como regra, não há discricionariedade na escolha. Trata-se de imposição do regime. Em contrapartida, não faria sentido impor todas as restrições do regime jurídico administrativo aos particulares: a iniciativa privada possui dinâmica própria, que dispensa boa parte das garantias do regime jurídico administrativo e acolhe outras.

Não obstante, conforme observamos, é possível que em determinadas situações (como no caso das funções subalternas, servidores temporários e empregados de empresas exploradoras de atividade econômica), o sistema admita a formalização de vínculo pela forma estabelecida na Consolidação das Leis do Trabalho. Não obstante, ainda que se utilize o signo “emprego” para tratar desses liames, devemos notar que os elementos subjacentes não são os mesmos: o contrato de trabalho é fruto da autonomia da vontade das partes, pode ser expresso ou tácito (cabível sua constituição de maneira fática), bastando que uma pessoa física trabalhe para outra com pessoalidade, onerosidade, subordinação e habitualidade para que estejamos diante de relação empregatícia. Além disso, trata-se de avença realizada sob o signo da liberdade, autorizado ao empregador conceder as vantagens que entender pertinentes a seus empregados, por mera benevolência, competindo-lhe também a dispensa imotivada do empregado em relação ao qual esgote sua simpatia.

Já o ato de admissão de servidor sob a égide da Consolidação das Leis do trabalho (nas hipóteses válidas) é bem distinto: ele não pode, como regra, simplesmente brotar de uma relação fática. Em verdade, tal vínculo pressupõe certos elementos formais essenciais (dispensáveis à relação privada de emprego), os quais, ausentes na relação pública, têm o condão de tornar

aquele vínculo inválido. Dentre esses elementos essenciais, o de maior destaque, certamente, é a prévia aprovação em concurso público. Com efeito, é pacífica a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, cristalizada na sua Súmula nº 363, no sentido de que a contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no art. 37, II e § 2º. Esse vínculo será imediatamente terminado e ao empregado invalidamente contratado somente será conferido direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário-mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS. Além disso, o servidor público, necessariamente, está vinculado a uma finalidade específica, assujeitado, ainda, a um conjunto de prerrogativas e restrições previamente estabelecidas na normatização de regência.

Assim, ressaltamos: o que se considera emprego na iniciativa privada é um vínculo fático-jurídico que independe da expressa manifestação das partes, bastando a prática de determinados atos. O empregado em questão está vinculado aos termos do seu contrato, que estabelecerá seu regime obrigacional, o qual poderá ser livremente discutido com seu empregador, dentro da esfera de liberdade que lhes atende. Trata-se, portanto, de uma situação subjetiva. Já o vínculo que se forma com a Administração Pública depende apenas da aquiescência de uma das partes: não há participação da vontade na formação de seu conteúdo, que é fixado nos termos da lei (assim, a rigor, deveríamos nos referir à “vontade” do Ordenamento Jurídico), não se tratando, outrossim, de liame fático-jurídico, mas apenas jurídico, pois depende de solenidades essenciais, como a previsão legal e a prévia aprovação em concurso público. Nesses termos, possível afirmar que ao servidor público incide um regime jurídico preexistente, inexistindo ato de vontade no que tange à discussão acerca do conteúdo do ato, não cabendo ao particular negociar as cláusulas que aceitará ou não, de maneira a se verificar uma situação *objetiva*. Vejamos, pois, na sequência, as particularidades do ato admissional que sobre ele opera efeitos.

3.5.4.1 O ato administrativo bilateral de forma privada e vestes celetárias

Segundo vimos no capítulo inicial desta pesquisa, a doutrina trabalhista majoritária concorda que a relação de emprego tem *natureza contratual*, fruto da autonomia da vontade das partes (cf. 1.2.2). No entanto, nos termos delineados em tópico anterior (3.5.3), inexistente autonomia da vontade no seio da Administração Pública: ela não contrata quem quiser e os regramentos daquela admissão não serão individualmente discutidos e estabelecidos pelas

partes convenientes, mas fruto de um regime jurídico preexistente, respeitada a legislação trabalhista¹⁵⁴. Sendo assim, segundo concluímos, a Administração Pública não firma contratos.

Nesta esteira, conforme fixado, no que tange à admissão de pessoal, a classe própria do direito público é o cargo, consistindo o uso do emprego na Administração Pública em hipótese excepcional¹⁵⁵. No entanto, ainda que não represente a regra geral, há casos em que se utiliza o emprego público. Daí advém o questionamento: se a Administração Pública não firma contratos, mas se utiliza da via celetista, no que consistem esses vínculos? Como resposta a essa reflexão, pontuamos que, mesmo nos casos em que a via celetária é admitida, o vínculo com o Poder Público não se constitui da mesma forma que na iniciativa privada, eis que profundamente deformado pela presença da Administração Pública. Neste diapasão, asseveramos que o sustentáculo conceitual do vínculo público não é o de uma avença firmada no espaço de liberdade das partes (contrato), mas de vínculo jurídico condicionado às normas do regime jurídico administrativo. Assim, numa classificação geral, aquilo que chamamos de “contrato de trabalho” na administração pública não é, conceitualmente, um ato subjetivo, mas ato objetivo, o que lhe submete a regime próprio.

Seguindo com o raciocínio acima introduzido, dada a incompatibilidade conceitual do regime contratual, quando se transpõe o vínculo sob a égide da CLT do âmbito privado para uma relação em que está presente a Administração Pública, este precisará se adequar ao regime jurídico para o qual transposto. Nesses termos, o instrumento laboral necessitará se acoplar a uma estrutura normativa preexistente no arcabouço jurídico administrativo, identificando sua contraface, *mutatis mutandis*, no ato administrativo bilateral. No entanto, conforme visto

¹⁵⁴ Neste ponto, importante registrar posição divergente em referência aos empregados públicos, sobretudo no que tange a uma possível flexibilização, pela via negocial, do regramento referente a eles, a qual afastaria a perspectiva eminentemente legalista do regime jurídico dos servidores públicos. Vejamos a lição de Florivaldo Dutra de Araújo, da qual discordamos com base nas razões expostas neste capítulo: “Por outro lado, regendo-se a função pública pelo direito do trabalho e admitindo-se a realização de normas de caráter provisório, não incorporáveis definitivamente aos contratos individuais de trabalho, caso em que a continuidade da sua vigência ficaria condicionada à aquiescência da administração. Nesta hipótese, a flexibilidade da norma estaria assegurada, sendo evidentemente maior que da própria regra contida nos estatutos de direito público dos servidores” (DE ARAÚJO, Florivaldo Dutra. *Negociação coletiva dos servidores públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 165).

¹⁵⁵ A incompatibilidade, como regra, do direito do trabalho na Administração Pública é exposta ao longo deste capítulo. A título de registro de posições divergentes, todavia, pedimos vênias para mencionar novamente a doutrina de Florivaldo Dutra de Araújo: “O poder público pode instituir regime jurídico próprio, consistente em regras de direito administrativo se entender que assim poderá melhor regular os direitos e deveres de seus servidores. Mas não existe, face às normas de direito do trabalho alguma incompatibilidade que possa ser afirmada *a priori*, como se fosse algo decorrente da natureza das coisas. Mormente porque – é útil frisar – o direito do trabalho adotado pela administração pública é sempre limitado e condicionado sobre a atividade e organização do poder público. Além de não ser ontologicamente incompatível com a administração pública, o direito do trabalho conhece, historicamente, um certo intercâmbio com o direito administrativo da função pública, de modo que ambos os ramos jurídicos influenciam-se reciprocamente” (Idem, pp. 165-166).

anteriormente (cf. item 3.7), nos valendo da doutrina de Vilém Flusser¹⁵⁶, traduções podem se mostrar imperfeitas (e meras transposições também), o que impõe a utilização de uma terceira língua (ou de novos institutos). Assim, aquela forma celetista transposta se aproximará de um ato administrativo bilateral, mas, ao final e ao cabo, desse processo resultará uma fusão que dará origem a nova espécie, dotada de particularidades, a qual chamaremos de ato administrativo bilateral com forma de direito privado e vestes celetárias. O ato em questão tem suas peculiaridades: em verdade, ele representa uma espécie de amálgama, congregando características do ato administrativo condicionado à manifestação do particular e do ato bilateral de interesses contrapostos e forma privada, haja vista que, nesses casos, não caberá ao administrado discutir os termos de sua adesão, competindo-lhe apenas aquiescer, mas ao mesmo tempo, terá a forma privada celetista e abará interesses distintos das partes (o que, aos olhos de um privatista, seria chamado de “contrato”). Ressalvamos, por fim, que essas vestimentas privadas, como o próprio nome denota, serão apenas um invólucro de direito privado, admitido por uma questão de desnecessidade de imunização (como no caso das funções subalternas), pela temporariedade da atividade (servidores temporários, não obstante não seja desejável) ou para garantir a interface própria do domínio econômico e, assim, evitar a concorrência desleal, como no caso das empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Desse modo, identificamos o regime jurídico do contrato de trabalho firmado em âmbito público, o que será esmiuçado no próximo capítulo.

3.5.5 *Autarquias versus Empresas*

O terceiro paralelo que estabelecemos entre o regime público e o regime privado se refere às autarquias e às empresas. Como a temática da pessoa jurídica adequada à atuação em cada campo já foi amplamente explorada no segundo capítulo desta pesquisa, limitar-nos-emos a apontar, rapidamente, algumas características que marcam referidos entes, com o fim de reforçar a diferenciação tema deste subtópico.

Primeiramente, conveniente lembrar que as autarquias consistem em “pessoas jurídicas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa¹⁵⁷”. Conforme

¹⁵⁶ FLUSSER, Vilém. Para uma teoria da tradução. São Paulo, *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. XIX, fasc. 73, 1969, pp. 16-22.

¹⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 140.

leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵⁸, essas reúnem de algumas características, como a criação por lei, a personalidade jurídica de direito público, a capacidade de autoadministração, a especialização dos fins ou atividades e a sujeição ao controle ou tutela. Em termos materiais, destaca-se o direcionamento desses entes à realização de atividades “próprias e típicas do Estado”¹⁵⁹. Neste diapasão, lembramos que determinadas tarefas, como, por exemplo, o exercício do poder de polícia ou a prestação de serviços públicos, pressupõem a utilização de *todas as classes de institutos de direito público*, representando as Autarquias os entes personificados da Administração Indireta que reúnem tais elementos. Nesses termos, para o devido alcance das atribuições públicas, impõe-se a utilização de uma pessoa jurídica de direito público, com pessoal composto por servidores ocupantes de cargos públicos, que introduzirá normas por meio de atos administrativos. As autarquias são, portanto, as figuras ideais para a realização de todos esses misteres, dispondo de formas próprias para tanto. Com efeito, o regime em questão foi pensado e estabelecido dentro de uma lógica e para a consecução de fins específicos (lógica funcional-publicística para a consecução do interesse público). Por essa razão, o desvio desse regime configura típica fuga para o direito privado, uma vez que, consubstancia o inválido afastamento do regime protetor da coisa pública.

Por outro lado, não faria sentido (nem seria juridicamente válido) utilizar tais pessoas jurídicas para a exploração de atividade econômica. Para esse tipo de atividade, o direito e a sociedade desenvolveram outro tipo de pessoa jurídica, aqui chamadas de *empresas*. Segundo Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, “empresa é a atividade econômica organizada pelo empresário, na qual o lucro é buscado como finalidade¹⁶⁰”. Na lição de Fábio Ulhoa Coelho, “empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços¹⁶¹”. Em termos técnicos, o que chamamos de empresa neste tópico seria propriamente

¹⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 536.

¹⁵⁹ Neste sentido a lição de José dos Santos Carvalho Filho: “Como todas as categorias de pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta, as autarquias têm sua própria fisionomia, apresentando algumas particularidades que as distinguem das demais. Basicamente, são elementos necessários à conceituação das autarquias os relativos à personalidade jurídica, à forma de instituição e ao objeto [...]. À luz desses elementos, pode-se conceituar autarquia como a pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 428).

¹⁶⁰ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial. Volume 1*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 147.

¹⁶¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, vol.1: direito de empresa*. 22. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 39.

a atividade e sociedade empresária, a pessoa que a exerce¹⁶². No entanto, por consagração na linguagem corrente, referimo-nos aqui a “empresa” como a própria pessoa jurídica. Nesses termos, esses entes personificados consistem basicamente na consubstanciação ficta da união de esforços de pessoas que buscam explorar bens ou serviços com fins lucrativos. Elas podem assumir diversas formas (sociedade anônima, limitada etc.), suas decisões, naquilo que não contrariarem a lei, serão livremente adotadas por seus integrantes e seu norte axiológico aponta para a liberdade e para a autonomia da vontade. Nesses moldes, tais entes são pensados e estabelecidos sob uma lógica própria (liberdade para atuação no domínio econômico) e para fins específicos (obtenção de lucro). Observamos, assim, que são pessoas dotadas de caracteres diametralmente opostos àqueles reunidos pelas autarquias, seu nêmesis no campo público.

Diante do exposto, não faria sentido a utilização de uma Autarquia no campo privado, da mesma forma que não se justifica a utilização de empresas para a consecução dos misteres estatais (Cf. item 2.3). De todo modo, as discussões mais profundas acerca dessa diferenciação foram justificadas anteriormente, sobretudo no segundo capítulo, para o qual remetemos o leitor que deseje se aprofundar nessa dicotomia, valendo no momento apenas ressaltar o seguinte: aos serviços públicos competem as Autarquias, à exploração da atividade econômica cabem as empresas.

No entanto, lembramos que não apenas as formas criam distinções entre o âmbito público e o âmbito privado. Mais do que instrumentos típicos, esses campos são também dotados de *referenciais* profundamente distintos, o que impõe a investigação do componente material que subjaz os âmbitos em questão. Trata-se dos valores, que passam a ser estudados no tópico seguinte.

3.6 Axiologia no direito público e no direito privado

O seccionamento proposto neste trabalho segue uma linha conceitual fixada e demonstrada em tópicos anteriores: o antagonismo entre o âmbito público e o privado. Conforme ressaltamos, são âmbitos marcadamente distintos, distinção essa que se expressa de

¹⁶² Conforme Fábio Ulhoa Coelho: “Empresário é a pessoa que toma a iniciativa de organizar uma atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços. Essa pessoa pode ser tanto a *física*, que emprega seu dinheiro e organiza a empresa individualmente, como a *jurídica*, nascida da união de esforços de seus integrantes. [...] A pessoa jurídica empresária é cotidianamente denominada ‘empresa’, e os seus sócios são chamados ‘empresários’. Em termos técnicos, contudo, empresa é a atividade, e não a pessoa que a explora; e empresário não é o sócio da sociedade empresarial, mas a própria sociedade” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, vol.1: direito de empresa*. 22. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 103).

várias maneiras. Nos termos adrede delineados, analisamos a dualidade em questão sob a perspectiva formal (pelo uso da teoria das classes), mas isso não basta. Para nos desincumbirmos desse mister, passemos a uma análise crítica da interrelação entre campo público e campo privado a partir de uma perspectiva *axiológica*. Vejamos.

3.6.1 O ato de valoração legislativa

Rememorando o quanto já delineado neste trabalho, dividimos os institutos sob análise em classes de direito público e classes de direito privado, comportando cada uma delas atributos diversos. Todavia, conforme dissemos, para além do enquadramento formal, é possível observar expressões materiais nos elementos diferenciadores que guiaram esse seccionamento. Isso porque, em cada uma das classes apontadas, é possível identificar atributos marcados por uma carga axiológica oriunda da ordenação estabelecida no Texto Constitucional. Nesses termos, o constituinte, na tarefa de eleição acerca do que caberia aos campos em questão, consagrou certos *valores*, alguns próprios ao âmbito público e outros típicos do regime privado.

Como ensina o professor Paulo de Barros Carvalho, “não é exagero referir que o dado valorativo está presente em toda configuração do jurídico, desde seus aspectos formais (lógicos), como nos planos semântico e pragmático¹⁶³”, de maneira que “ali onde houver direito, haverá, certamente, o elemento axiológico¹⁶⁴”. Neste sentido, por exemplo, ao eleger determinadas condutas como proibidas ou permitidas, o legislador exerce função axiológica (condutas desvaliosas podem ser consideradas crimes, condutas tidas por valiosas podem ser alvo de sanções premiais). Outrossim, segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr., valores são espécies de “centros significativos que expressam uma *preferibilidade* (abstrata e geral) por certos conteúdos de expectativa, ou melhor, por certos conjuntos de conteúdos abstratamente integrados num sentido consistente¹⁶⁵”. Há, assim, em cada conjunto, elementos materiais que demonstram o que foi eleito como prioridade e o que foi rechaçado naquele âmbito.

Nesses moldes, ao afetar certas espécies de atuação à esfera pública, o constituinte exerceu sua função axiológica para considerar aquele tema incumbido a um regime próprio e específico. Essa afetação, decerto, acarreta efeitos jurídicos, gerando uma vinculação das

¹⁶³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 180-181.

¹⁶⁴ Idem, p. 181.

¹⁶⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 112.

atividades, pessoas e institutos por ela tocados aos valores ali consagrados. Como consequência, tal impregnação acaba por nortear a forma de agir de todos aqueles que foram incumbidos dos misteres atinentes ao campo público. Neste diapasão, vale lembrar: atuação estatal desviada da finalidade pública é inválida, de modo a observamos um norte muito claro. Doutra ponta, há certas atividades que não foram afetadas aos ditames próprios da esfera pública, restando a forma e o momento de exercício delas relegados ao juízo de conveniência dos atores privados. A atividade nesse âmbito estará lastreada em outros fundamentos materiais, a exemplo da liberdade e da autonomia da vontade.

3.6.2 Os valores como referenciais

O presente tópico se volta à investigação axiológica da utilização do contrato e do vínculo de emprego como fontes de obrigações no seio da Administração Pública, em especial no que tange às vinculações funcionais, objeto deste estudo. No entanto, antes de enfrentar o tema diretamente, haja vista as premissas adotadas, é preciso analisar de que forma os valores poderão ser utilizados como referenciais e de que maneira isso afeta a forma de compreensão dos institutos sob análise. Vejamos.

Conforme Johannes Hessen, não é possível negar os valores e todo valor é sempre valor para alguém, o que não se confunde com mero subjetivismo¹⁶⁶. Outrossim, pontua que toda cultura é fruto da realização de valores e todo dever-ser é fundado em algum valor, sendo este o responsável por modificar os fundamentos daquele¹⁶⁷. Ou seja, algo será ordenado, permitido ou proibido com base em um valor consagrado e esse valor pode variar de sistema para sistema. Transpondo o raciocínio para nossa análise: algo é estabelecido no direito público em razão dos valores que o atendem, ao passo que o estabelecimento de formas e institutos privados também foi realizado de maneira a melhor atender os valores que inspiram esse campo. Como os valores orientam o dever-ser no campo, subverter esses valores pode representar a subversão da própria direção do sistema.

Com efeito, os valores podem ser objetivamente pensados como “ser-em-si”, de maneira a se pensar “a justiça como dado supremo para o direito, a igualdade, a segurança, a boa-fé e assim por diante¹⁶⁸”. Ou seja, esses terão características próprias, não se tratando de

¹⁶⁶ HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Coimbra: Armênio Amado, 1944, p. 46.

¹⁶⁷ Idem, p. 81-82.

¹⁶⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 182.

algo meramente subjetivo¹⁶⁹ ou relacional¹⁷⁰. A teoria dos valores reconhece algumas características próprias¹⁷¹ a esses: a) bipolaridade (onde houver um valor, haverá um desvalor em contraponto¹⁷²); b) implicação recíproca (resultado da bipolaridade); c) referibilidade (o valor importa uma tomada de decisão de um indivíduo frente a um objeto); d) preferibilidade (são entidades vetoriais, voltadas a algum fim); e) incomensurabilidade (não são passíveis de medição); f) tendência à graduação hierárquica (tendem a se acomodarem de maneira escalonada, quando levadas em consideração relações mútuas de um mesmo sujeito); g) objetividade (requerem objetos de experiência); h) historicidade (são construídos de acordo com a evolução histórico-social); i) inexauribilidade (sempre excedem os bens em que se motivam); j) atributividade (“os valores são preferências por núcleos de significação ou centros significativos que expressam uma preferibilidade por certos conteúdos de expectativa”); k) indefinibilidade (não é possível traçar definitivamente os seus limites semânticos); l) vocação dos valores em se expressar em termos normativos (em termos jurídicos, representam prescrições de condutas); m) associatividade (“é fazendo associações mentais que chegamos ao domínio satisfatório de seu conteúdo”); n) intuição emocional como modo de acesso aos valores (“o ingresso no mundo dos valores acontece sempre pela via das emoções”). Acerca dessas

¹⁶⁹ Não obstante discordemos, importante registrar a lição de Hans Kelsen, que considera serem os valores sempre subjetivos: “Com efeito, quando não se pressupõe qualquer *a priori* como dado, isto é, quando se não pressupõe qualquer valor moral absoluto, não se tem qualquer possibilidade de determinar o que é que tem de ser havido, em todas as circunstâncias, por bom e mau, justo e injusto. E, nesse caso, não se poderá negar que também aquilo que a ordem coercitiva em questão prescreve pode ser tido por bom ou justo, e aquilo que ela proíbe por mau ou injusto; e que, portanto, também ela é – relativamente – moral ou justa. (...) O que é comum a todos os sistemas morais possíveis é a sua forma, o dever-ser, o caráter de norma. É moralmente bom o que corresponde a uma norma social que estatui uma determinada conduta humana; é moralmente mau o que contraria uma tal norma. O valor moral é constituído por uma norma social que estabelece um determinado comportamento humano como devido (devendo-ser). Norma e valor são conceitos correlativos” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, pp. 73-74).

¹⁷⁰ Sobre a existência de características próprias dos valores, citamos Max Scheler: “From the above it follows that there are authentic and true value-qualities and that they constitute a special domain of objectivities, have their own distinct relations and correlations, and, as value-qualities, can be, for example, higher or lower. This being the case, there can be among these value-qualities an order and an order of ranks, both of which are independent of the presence of a realm of goods in which they appear, entirely independent of the movement and changes of these goods in history, and ‘a priori’ to the experience of this realm of goods” (SCHELER, Max. *Formalism in ethics and non-formal ethics of values*. Tradução de Manfred S. Frings e Roger L. Funk. Evanston: Northwestern University Press, 1973, p. 15).

¹⁷¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 184-186.

¹⁷² Importante registrar a doutrina de Nicolai Hartmann, que identifica não só a bipolaridade entre valores e desvalores, mas também uma oposição entre valores: “This group has also the peculiarity that in it not simply the relation of the polar series of values, in which only a disvalue stands over against a value, holds, but also another kind of opposition: that of value against value. To be sure, there exist here the corresponding disvalues also, and in so far the general law if bipolarity is not interrupted. But it plays her a merely subordinate role. The distinguishing mark of this group is, that along with the relation of positive and negative the opposition of positive to positive subsists” (HARTMANN, Nicolai. *Ethics. Vol II. Moral values*. Tradução de Stanton Coit. Londres: George Allen & Unwin Ltd, 1932, pp. 75-76).

características, fazemos uma ressalva apenas no que tange à incomensurabilidade. Neste sentido, entendemos que os valores são mensuráveis. Não obstante, são relativos, de modo que não há como estabelecer uma hierarquia predeterminada entre eles. Nesses moldes, eventual preferência fixada em abstrato poder ser afastada no caso concreto, de maneira que se torna impossível uma ordenação rígida: por isso, afirmamos que os valores apenas podem vir a ser objeto de uma ordenação branda¹⁷³. Por meio, por exemplo, de um sistema de reiteração de decisões é possível estabelecer uma ordem de preferência *prima facie* (uma “hierarquização flexível¹⁷⁴”), mas não uma hierarquização rígida e dotada de imutabilidade¹⁷⁵.

Respeitadas as características dos valores, pensamo-los como *referenciais de um sistema*, parte de um “esquema seletor¹⁷⁶”, que condicionará a compreensão dos elementos inseridos sob a sua alçada. Neste sentido, identificamos alguns “dados supremos” (ou, pelo menos superiores) nos âmbitos em que inseridos. Esses seriam os referenciais axiológicos de um sistema. Traduzindo esse raciocínio para a dualidade normativo-axiológica traçada nesta pesquisa, identificamos referenciais distintos nos sistemas sob análise, quais sejam a função para o sistema público e a liberdade (operacionalizada na autonomia da vontade) para o sistema privado. Sobre essa dualidade, um ponto merece atenção: devido à característica da bipolaridade, pode ser que algo venha a ser considerado valor para o sistema público e, em contrapartida, um desvalor para o sistema privado (e vice-versa).

Quanto às afirmações acima, uma observação se faz necessária. Conforme ensina José Horácio Meirelles Teixeira, “como todo objeto cultural, o Direito (e, portanto, as Constituições, como parte mais importante da ordem jurídica) terá suportes ou matéria real, em que procura realizar aqueles valores¹⁷⁷”. Nesses termos, leciona que “o jurista como tal, encontrando essas normas já formuladas, trabalhará com elas, mas terá sempre em mente, para bem interpretá-las

¹⁷³ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 35-38.

¹⁷⁴ Neste sentido, Robert Alexy: “Por isso, pode-se dizer, de forma geral, que é impossível uma ordenação dos valores ou princípios que, em todos os casos e de forma intersubjetivamente cogente, defina a decisão no âmbito dos direitos fundamentais. A impossibilidade de uma tal ordenação ‘rígida’ não implica a impossibilidade de uma ordenação ‘flexível’ e, sobretudo, não diz nada contra o conceito de sopesamento. Ordenações flexíveis podem surgir de duas formas: (1) por meio de preferências *prima facie* em favor de um determinado princípio ou valor; e (2) por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências” ” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 4 tir. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 162-163).

¹⁷⁵ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 35-38.

¹⁷⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 183.

¹⁷⁷ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. (Org.) GARCIA, Maria. São Paulo: Forense, 1991, p. 73.

e aplicá-las, que essas normas encontram o seu sentido, sua explicação, em certas realidades, e se orientam, também, finalisticamente, para certas realidades e certos valores¹⁷⁸”. Baseados nisso, consideramos que a decodificação das normas e institutos de direito público levará em consideração os valores consagrados naquele âmbito, devendo o mesmo ocorrer no campo privado. Ou seja, uma norma é interpretada conforme o referencial que lhe atende. Configura grave equívoco, portanto, interpretar uma norma de direito público a partir de valores de direito privado ou, em outras situações, tentar inserir, sem qualquer ajuste, institutos de direito privado no âmbito público¹⁷⁹.

Doutra ponta, segundo Miguel Reale, fato, valor e norma dependem de uma compreensão dialética, sendo eles, em verdade, momentos de um processo¹⁸⁰. Analisando o contexto social, afirma que a reiteração de comportamentos na sociedade faz surgir uma estrutura social¹⁸¹. Quando a estrutura social adquire valor de paradigma, pondo-se como padrão ou razão de comportamentos futuros, ela se torna uma estrutura normativa, ou seja, um modelo social¹⁸². Neste diapasão, o autor escalona três espécies de estruturas jurídicas: a) estruturas de direito natural; b) estruturas do ordenamento jurídico-positivo e; c) estruturas jurídico-hermenêuticas¹⁸³. Afirma, na sequência que o direito natural seria a versão normativa de invariáveis exigências axiológicas¹⁸⁴, ao passo que as estruturas (ou modelos) do ordenamento jurídico-positivo representariam forças de estruturas obrigatórias (prescritivas)¹⁸⁵ e as estruturas jurídico-hermenêuticas teriam caráter puramente teórico¹⁸⁶. Não obstante, o ato hermenêutico ocorreria numa estrutura sincrônica ao ato normativo, de modo que nele influenciaria¹⁸⁷. Pois bem. Utilizando esse raciocínio como ponto de partida, é possível analisar os modelos hermenêuticos como estruturas acopladas aos modelos normativos. Ainda, que os valores estão presentes como momentos na interpretação da norma. Desse modo, é impossível dissociar o sentido da norma dos valores que impregnam o seu processo de elucidação.

¹⁷⁸ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. (Org.) GARCIA, Maria. São Paulo: Forense, 1991, p. 74.

¹⁷⁹ Sobre essa afirmação, é pertinente mencionar mais uma vez a lição de José Horácio Meirelles Teixeira, quando trata do Direito Constitucional: “Não é possível aplicarem-se, aqui, as mesmas técnicas utilizadas para o entendimento das normas de Direito Privado, nem o mesmo espírito com que se interpretam estas normas” (TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. (Org.) GARCIA, Maria. São Paulo: Forense, 1991, p. 271).

¹⁸⁰ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. 5. ed., 10 tir. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 97.

¹⁸¹ Idem, p. 107.

¹⁸² Idem, p. 108.

¹⁸³ Idem, ibidem.

¹⁸⁴ Idem, p. 109.

¹⁸⁵ Idem, p. 110.

¹⁸⁶ Idem, p. 111.

¹⁸⁷ Idem, p. 113.

Outrossim, a estrutura criada o foi em torno de determinados valores, que serão considerados seus referenciais. Neste diapasão, adotando-se valores referenciais de um sistema, seria impossível chegar a uma interpretação correta caso esses fossem contrariados. Dessarte, o valor é parte da norma e parte do sistema: ele condiciona a norma e fixa o que será selecionado por aquele sistema, após um julgamento de pertencibilidade. Essa tarefa, todavia, impõe uma análise do uso da linguagem, que passa a ser realizada na sequência.

3.6.3 Breves apontamentos sobre o uso da linguagem

Paulo de Barros Carvalho ensina que o falar em linguagem remete o pensamento para o sentido de signo, que seria um ente que possui o *status* lógico de relação, a qual abrangeria os conceitos de suporte físico, significado e significação¹⁸⁸. No caso da linguagem idiomática, o suporte físico é a palavra falada ou a palavra escrita. Essa se refere ao significado, algo “do mundo exterior ou interior, da existência concreta ou imaginária, atual ou passada¹⁸⁹”. Por fim, a significação se refere àquilo que é suscitado em nossa mente, “uma noção, ideia ou conceito¹⁹⁰”. Neste ponto, lembramos que os conceitos em questão se referem à Semiologia, ciência que estuda o uso dos signos no seio da sociedade, apresentada por Ferdinand de Saussure e mais voltada à linguagem verbal¹⁹¹. Quase simultaneamente a isso, Charles Peirce fundou a Semiótica como disciplina independente, que tinha por objeto, também, os signos dos mais variados sistemas¹⁹². Paulo de Barros Carvalho lembra que Peirce e Charles Morris¹⁹³

¹⁸⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 33-34.

¹⁸⁹ Idem, p. 34.

¹⁹⁰ Idem, ibidem.

¹⁹¹ Nas palavras do autor: “A language, as we have just seen, is a social institution. But it is in various respects distinct from political, juridical and other institutions. Its special nature emerges when we bring into consideration a different order of facts. A language is a system of signs expressing ideas, and hence comparable to writing, the deaf-and-dumb alphabet, symbolic rites, forms of politeness, military signals, and so on. It is simply the most important of such systems. It is therefore possible to conceive of a science which studies the role of signs as part of social life. It would form part of social psychology, and hence of general psychology. We shall call it *semiology* (from the Greek *sēmeion*, ‘sign’)” (DE SAUSSURE, Ferdinand. *Course in general linguistics*. Tradução de Roy Harris. Londres: Bloomsbury Academic, 2013. Livro eletrônico, posição 33).

¹⁹² Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 36.

¹⁹³ Nas palavras de Morris: “En términos de los tres correlatos (vehículo signico, designatum, intérprete) de la relación triádica de semiosis, pueden abstraerse —para convertirse en objeto de estudio— una serie de relaciones diádicas. Pueden estudiarse las relaciones de los signos con los objetos a los que son aplicables. Esta relación recibirá el nombre de *dimensión semántica de la semiosis*, y la simbolizaremos con el signo «Dsem»; el estudio de esta dimensión se denominará *semántica*. Pero el objeto de estudio también puede ser la relación de los signos con los intérpretes. En ese caso, la relación resultante se denominará *dimensión pragmática de la semiosis*, y la simbolizaremos como «Dp»; el estudio de esta dimensión recibirá el nombre de *pragmática*.”

distinguem três planos¹⁹⁴ de investigação dos sistemas sógnicos: sintático (estuda a relação dos signos entre si), semântico (em que se investiga a relação do suporte físico com a realidade) e pragmático (em que é analisada a relação do signo com os utentes da linguagem)¹⁹⁵. Gabriel Ivo¹⁹⁶ expõe que a construção da norma jurídica¹⁹⁷, conforme o sistema de referência que aceitamos, perpassa os quatro planos linguísticos que o Direito apresenta: a) o sistema da literalidade dos textos; b) o conjunto dos conteúdos de significação dos enunciados prescritivos; c) o conjunto articulado das significações normativas e; d) a organização das normas construídas no terceiro nível, ou seja, os vínculos de coordenação e de subordinação que se estabelecem entre as regras jurídicas. Segundo o autor, o plano da literalidade é condição necessária para a existência dos outros três, porquanto é o único dotado de objetividade. E mais: é a partir dele que se pode avaliar a “correção” dos demais.

Utilizando os conceitos acima, nos debruçamos sobre o signo “contrato” para analisá-lo, por si mesmo, de acordo com âmbito no qual ele esteja inserido. Mas antes disso uma ressalva: Wittgenstein ensinou que todo o processo de uso de palavras se dá como nos “jogos por meio dos quais as crianças aprendem a língua materna¹⁹⁸”, aos quais ele chama de “jogos de linguagem¹⁹⁹”. Neste sentido, “o falar de uma linguagem é parte de uma atividade ou de uma forma de vida²⁰⁰”, de maneira que o significado de uma palavra encontra variações, podendo

(MORRIS, Charles. *Fundamentos de la teoria de los signos*. Tradução de Rafael Grasa. Barcelona: Ediciones Paidós, 1985, p. 31).

¹⁹⁴ É importante notar que Peirce observa uma tríade no próprio raciocínio humano. Nesses termos, aponta o autor: “Contudo, há uma tríade em particular que lança uma poderosa luz sobre a natureza de todas as outras tríades. Isto é, achamos ser necessário reconhecer, em lógica, três tipos de caracteres, três tipos de fatos. Em primeiro lugar, há caracteres singulares, tal como quando dizemos que algo é branco, grande, etc. Em segundo lugar, há caracteres duplos que se referem a pares de objetos: estes são implicados por todos os termos relativos como ‘amante’, ‘similar’, ‘outro’, etc. Em terceiro lugar, há caracteres plurais, que podem ser reduzidos e caracteres triplos mas não a caracteres duplos. Assim, não podemos exprimir o fato de que A é um benfeitor de B através da descrição de A e B separadamente; devemos introduzir um termo relativo. Isto é necessário não apenas em inglês como igualmente em toda língua que se pudesse inventar. Isso é verdadeiro mesmo de um fato como A é mais alto que B. Se dizemos ‘A é alto, mas B é baixo’, a conjugação ‘mas’ tem uma força relativa, e se omitimos esta palavra a simples colocação das duas sentenças é um modo de significação relativo ou dualístico...” (PEIRCE, Charles S. *Semiótica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2005, pp. 10-11).

¹⁹⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 36.

¹⁹⁶ IVO, Gabriel. O Direito e a Inevitabilidade do Cerco da Linguagem. In: DE CARVALHO, Aurora Tomazini (Org.). *Constructivismo Lógico-Semântico*. São Paulo: Noeses, 2014, pp. 80.

¹⁹⁷ Ressalvamos que não entendemos que o intérprete propriamente “cria” a norma jurídica, mas identifica a norma idealizada pelo sistema, por meio da interpretação. Não obstante, os conceitos apresentados são demasiado úteis para a compreensão do objeto que se apresenta.

¹⁹⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas: Philosophische untersuchungen*. Apresentação, tradução e notas de João José R. L. de Almeida. Curitiba: Horle Books, 2022, p. 16.

¹⁹⁹ Idem, ibidem.

²⁰⁰ Idem, p. 28.

matizar-se de acordo com seu uso ou seu portador²⁰¹. Dardo Scavino²⁰², se valeu da expressão em questão para dizer que, a depender do contexto no qual uma frase ou expressão estiver inserida (em qual “jogo”), seu sentido pode mudar. Dessarte, pensando nos planos em questão estabelecidos, dependendo do sistema no qual inserto o significante, tanto seu sentido pode se apresentar outro, quanto a sua significação, eis que, naquele plano de uso, ela terá referencial distinto, podendo constituir-se, pois, de maneira diversa.

Por derradeiro, antes de passar para a análise específica do nosso problema, lembramos a lição de Paulo Ayres²⁰³, que, se valendo da doutrina do construtivismo lógico-semântico, adota a perspectiva de que o direito se manifesta como o sistema de linguagem. Desse modo expõe a possibilidade de divisão do sistema jurídico em três subsistemas: (S1) conjunto de enunciados; (S2) conjunto de significações e; (S3) normas jurídicas (o conjunto de normas jurídicas representa o texto em sentido amplo - TA). O autor subdivide esses subsistemas em dois planos: de conteúdo e expressional; o conjunto de enunciados (S1) se encontra no plano expressional, ao passo que as demais (S2 e S3), no plano de conteúdo. O trânsito de S2 para S3 já pressupõe a solução de antinomias. Com base nisso, é possível construir o seguinte raciocínio: assim como os signos se expressam em planos, os sistemas jurídicos também se constituem em âmbitos distintos. O enunciado é apenas o ponto de partida do intérprete, o qual deverá encontrar o seu sentido para efeitos de elucidação da norma. Neste diapasão, o conjunto de significações atuará como fator para auxiliar nessa decodificação. Desse modo, o sentido de um signo pode mudar a depender do plano no qual ele está inserido, lembrando que, dentre os elementos indicados para a busca da significação estão os seus referenciais (no nosso caso, os valores consagrados). Dito isso, passemos à análise dos atos e contratos, objetos da presente pesquisa, de acordo com os referenciais que lhes atendem.

²⁰¹ Cite-se o autor: “Para uma grande classe de casos de utilização da palavra ‘significado’ – se bem que não para todos os casos da sua utilização – ela se explica assim: o significado de uma palavra é o seu uso na linguagem. E o significado de um nome explica-se às vezes apontando-se para o seu portador” (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas: Philosophische untersuchungen*. Apresentação, tradução e notas de João José R. L. de Almeida. Curitiba: Horle Books, 2022, p. 46).

²⁰² SCAVINO, Dardo. *A Filosofia atual: pensar sem certezas*. Tradução de Lucas Galvão de Britto. São Paulo: Noeses, 2014, p. 36-40.

²⁰³ AYRES, Paulo. Ordenamento e Sistema Jurídicos. In: DE CARVALHO, Aurora Tomazini (Org.). *Constructivismo Lógico-Semântico*. São Paulo: Noeses, 2014, pp. 259-264.

3.6.4 Atos e contratos sob a ótica dos valores

Analizando o signo “contrato”, notamos que o termo utilizado (significante) é o mesmo em âmbito público e em âmbito privado. Com efeito, a doutrina tanto se vale desse signo para tratar dos chamados “contratos” administrativos, firmados pelo Poder Público, sob regime jurídico de direito público, quanto, por exemplo, para os contratos de locação firmados entre particulares. A rigor, em ambos os sistemas, ele representa um veículo introdutor de normas jurídicas bilaterais ou plurilaterais, a depender de quantos sejam os sujeitos envolvidos. No entanto, o que se entende por contrato quando imerso no sistema de direito privado (um avença baseada na autonomia da vontade, livremente negociável pelas partes) é totalmente diverso da significação que dele emana no regime jurídico administrativo, âmbito marcado pela indisponibilidade do interesse público, pela imposição de restrições e por uma ausência de liberdade. Vejamos no quadro abaixo:

	Direito Público	Direito Privado
Significante	Contrato	Contrato
Significado	Veículo introdutor de normas jurídicas para duas ou mais partes	Veículo introdutor de normas jurídicas para duas ou mais partes
Significação	Ato administrativo bilateral de interesses contrapostos com forma de direito público ou de direito privado	Avença baseada na autonomia privada, com espaço de liberdade reservado para a negociação das partes

Com base em tudo o que fora fixado até aqui, ressaltamos essa ressignificação que o signo em questão sofre não consiste em uma escolha arbitrária. Conforme vimos acima, existem as classes específicas para cada âmbito e o intérprete deve respeitá-las. Mas o que impediria o operador de simplesmente elaborar uma nova classe de direito público, semelhante àquela de direito privado? Para responder a essa pergunta, precisamos rememorar que a todo o valor corresponde um desvalor. Assim, o aspecto formal se sustenta sobre uma base material e essa base está embebida pelos valores consagrados em cada âmbito. Neste sentido, valores caros ao âmbito privado podem se mostrar inadequados (ou mesmo deletérios) em âmbito público. Ou seja, *no momento do câmbio, o valor pode se tornar um desvalor.*

Vejamos isso utilizando alguns institutos como objeto de referência. Primeiramente, pode ser considerado positivo, sob o prisma da liberdade e da busca por mais resultados, que o dono de um estabelecimento demita o funcionário por quem criou certa antipatia; ao interesse público, em contrapartida, mostra-se arbitrário demitir os servidores a bel prazer do administrador, tendo em vista que os agentes públicos exercem suas funções exatamente para proteger o interesse público (potencialmente contra aquele superior ou qualquer outro que se mostra disposto a prejudicá-lo). Neste sentido, se a liberdade é uma qualidade positiva no âmbito privado (valor), no direito administrativo ela *representa* o arbítrio (desvalor), de maneira a se mostrar inaceitável, incompatível com o uso do poder no Estado Democrático de Direito.

Outro exemplo pode auxiliar. A concepção originária da Constituição 1988 previu a aposentadoria como consequência do vínculo público-funcional. Trata-se de salvaguarda que atende aos servidores públicos como o último ato de um regime que pressupõe a impessoalidade no ingresso e a dignidade no ocaso funcional. Dentre outros argumentos, isso se presta a evitar que o servidor precise se corromper durante sua atividade, no intuito de amealhar riquezas com o fim de garantir uma aposentadoria confortável. Ora, se é certo que o servidor público não deve enriquecer em razão de sua função, também é correto que ele tenha alguma segurança na inatividade. Não por mera benevolência, mas por uma questão de estabilidade institucional. Doutra ponta, na iniciativa privada, em tese, qualquer profissional pode enriquecer com a exploração da atividade econômica. Desse modo, a seus empregados não atende um sistema próprio de aposentadoria como consequência funcional. Tal medida poderia levar até mesmo à perda da ambição necessária aos novos empreendimentos. Outrossim, fora as contribuições e benefícios obrigatórios do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, esses empregados podem optar por gerir seu patrimônio da forma que melhor lhes aprouver. É por essa razão que o RGPS não se presta a manter o exato mesmo patamar remuneratório da atividade do empregado. Ele é instituído apenas como forma de garantir alguma dignidade na aposentadoria, mas não traça um paralelismo de integralidade e paridade em relação aos empregados da ativa²⁰⁴. Neste diapasão, ressaltamos nosso posicionamento de que as reformas constitucionais

²⁰⁴ Neste sentido, digna de menção é a coluna de Ricardo Marcondes Martins: “O regime geral da previdência social é um regime pensado para as profissões privadas. Trata-se, no texto originário, de um regime contributivo, similar a um seguro. Numa absoluta simplificação: recolhe-se a contribuição previdenciária para, a partir do recolhimento, ter direito a certos benefícios previdenciários, sendo o principal deles a aposentadoria. Quem contribui para um seguro de vida, após sua morte, tem assegurado ao beneficiário o pagamento de determinada quantia, havendo uma vinculação entre a quantia paga e a contribuição pactuada. A lógica da aposentadoria no regime geral de previdência segue a lógica de um contrato de seguro. Há uma particularidade digna de nota: vigora um teto para os benefícios. Por mais que se recolha a contribuição previdenciária, o

que se prestaram a menoscar o regime próprio de previdência dos servidores públicos são, em grande medida, inconstitucionais²⁰⁵. Em conclusão, afirmamos: um instituto estimula a liberdade e as ambições pessoais (valor em âmbito privado), ao passo que essas mesmas ambições poderiam se apresentar temerárias (desvalor) em âmbito público.

Esses são apenas alguns exemplos que reforçam a dualidade axiológica. O intuito dessa argumentação é destacar um ponto: certos institutos podem ter uma valoração positiva ou negativa a depender do âmbito nos quais estão inseridos. Podemos comprovar a tese aventada com base em outros exemplos. Para obter os melhores resultados, o dono de um estabelecimento comercial deve se valer de uma atuação dinâmica e tomar decisões da forma mais rápida possível, conforme seu tino comercial. Assim, se ele sentir que precisa demitir ou contratar mais empregados, terá ampla liberdade para fazê-lo. Outrossim, para alcançar os resultados almejados, ele não deverá seguir uma “cartilha” preestabelecida, podendo se valer do método que julgar conveniente naquele momento, vez que, o mais importante para o seu negócio é o atendimento de resultados ao final, não havendo uma procedimentalidade exigida. Ele pode comprar de quem quiser, de parentes, amigos ou desafetos. Pode pagar o preço que achar mais justo e não está obrigado a realizar qualquer procedimento para compras ou vendas. Tudo se dá de acordo com a sua visão. Já o administrador público não pode tomar decisões a seu bel prazer. Não pode demitir e contratar servidores conforme lhe aprouver: além de se submeter às limitações orçamentárias, deverá fazê-lo por meio de um procedimento específico, o concurso público, e somente poderá desligar aqueles servidores em uma das hipóteses constitucionalmente estabelecidas (notadamente processo administrativo ou sentença judicial transitada em julgado). Neste sentido, lembramos que a estabilidade se presta a garantir que o servidor público possa realizar seu mister com a devida imunização em face de interferências indevidas. Um administrador que deseje praticar atos de corrupção não poderá simplesmente desligar o servidor público estável. Já o administrador privado pode desligar seus empregados livremente. Um empregado indesejado poderia levar à ruína do seu negócio. Mais uma vez: o desvalor do âmbito privado se revela valor no setor público.

beneficiário não receberá mais do que certo limite, que hoje é de R\$ 5.531,31. Perceba-se o pressuposto teórico: o benefício previdenciário tem a finalidade de assegurar o ‘mínimo vital’ ao aposentado. O profissional privado teve a vida profissional inteira para enriquecer; se não conseguiu enriquecer, terá, caso tenha contribuído para tanto, direito a uma aposentadoria que lhe assegure o mínimo vital” (MARTINS, Ricardo Marcondes Reforma da previdência e servidores públicos: uma sucessão de catástrofes. Direito do Estado, 2017. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/reforma-da-previdencia-e-servidores-publicos-uma-sucessao-de-catastrofes> >. Acesso em: 13 set. 2022).

²⁰⁵ A título de exemplo, citamos a Emenda Constitucional 41/2003, que acabou com a integralidade e paridade dos servidores aposentados em relação aos da ativa.

Outrossim, tão importante quanto os resultados que o servidor público deve atingir é a procedimentalidade que ele deve adotar, com vistas a prestar contas à sociedade de que seu mister vem sendo desempenhado nos termos legalmente estabelecidos, ou melhor, na forma escolhida pelo povo por meio de seus representantes, os legisladores. Já o empregado da iniciativa privada não possui tamanho controle procedimental: um vendedor pode adotar as táticas que considerar melhores para vender, um chefe de almoxarife pode realizar compras sem qualquer procedimento prévio. Eventual normatização da empresa será pensada pelo seu idealizador e nos seus termos. A contraposição pragmaticamente apresentada acima pode ser verificada, em termos lógicos, no quadro abaixo, utilizados os sinais “positivo” (+) e “negativo” (-) para demonstrar a respectiva valoração ou desvaloração em cada sistema:

Instituto	Regime Público	Regime Privado
Liberdade	-	+
Estabilidade	+	-
Alcance aos fins independentemente dos meios	-	+
Procedimentalidade	+	-

Exposto isso, reforçamos a noção de que tratamos de sistemas com fundamentos axiológicos opostos. É bem verdade que podem existir aspectos comuns a ambos ou mesmo “neutros”. No entanto, no que tange aos seus elementos essenciais, os institutos mais característicos de um lado e de outro são marcados por valências opostas. Desse modo, a transposição de instituto de um âmbito para o outro, como regra, trará consigo uma inversão de sinal valorativo. Essa troca de sinal pode ser exposta da seguinte forma, onde R representa a relação entre x e y :

Privado	Público
xRy	$-xRy$

Por derradeiro, ressaltamos a possibilidade de não ser realizada uma transposição de institutos, mas de ser identificada a existência de um elemento análogo no sistema oposto, uma classe diversa. Foi o que expusemos no tópico anterior: aos empregos do regime privado

contrapõem-se os cargos do regime público; aos contratos do âmbito comercial espelham-se os atos administrativos bilaterais de interesses contrapostos em âmbito público. E, caso se deseje mover um instituto de um âmbito a outro, deverá ser necessariamente realizada uma conformação, a fim de garantir a validade do ponto de vista valorativo, a qual em termos jurídicos se expressa por meio dos princípios. Neste ponto, importante ressaltar que os valores são inseridos no Ordenamento Jurídico por meio de princípios: os princípios representam a positivação dos valores que os inspiram. Dessa maneira, a positivação de um valor representará a transcendência deste do plano axiológico para o deontológico por meio de um princípio²⁰⁶. Como os princípios são elementos dotados de normatividade, a contrariedade a eles pode levar à invalidação do ato.

Diante do exposto, concluímos que, no que tange ao objeto estudado, a valoração em cada sistema, como regra, possui valência contrária em relação ao oposto, de modo que a simples transposição de institutos de um regime a outro pode acarretar uma invalidade devido a sua negatização. Ressalva-se, no entanto, que é possível que, devido a uma impropriedade técnica, utilizemos o mesmo termo para tratar de institutos diferentes, o que leva a conclusões equivocadas conforme passa a ser exposto no tópico a seguir.

3.7 Classes de direito privado na Administração Pública: necessidade de releitura à luz de uma teoria geral do direito público

Adentrando neste tópico, é importante rememorar que, segundo fixado anteriormente, o direito como um todo foi desenvolvido a partir de uma teoria do direito privado, ou seja, de uma base privatística, o que leva a profundas confusões conceituais²⁰⁷. Nossa proposta, todavia, impõe o entendimento de alguns institutos a partir de uma ótica própria ao direito público. Nesses termos, conforme estabelecemos acima, existem classes próprias ao sistema de direito público e classes próprias ao sistema de direito privado, consagradas com base em determinados valores, os quais deverão ser observados quando do manejo interdisciplinar.

Retomando as premissas adrede estabelecidas, o direito administrativo possui diversas classes, cujos elementos são divididos de acordo com certos critérios. Ocorre que, muitas vezes,

²⁰⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 18.

²⁰⁷ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das Empresas Estatais à Luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; (Org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018, pp. 28-31.

tenta-se a utilização, em âmbito público, de institutos que não estão de acordo com os critérios típicos desse. Isso leva a uma consequência dentre duas hipóteses: ou esses elementos não pertencem ao conjunto de direito público, não podendo ser ali utilizados (de modo que se deve buscar o objeto análogo no regime administrativo), ou carecem de uma correta compreensão à luz do regime jurídico administrativo, a fim de evitar confusões conceituais.

Neste diapasão, um contrato no direito privado pode ser considerado um instrumento em que as partes, com base em sua liberdade, discutem determinadas cláusulas e chegam a uma convenção; o direito administrativo, todavia, não se baseia na liberdade das partes, pois não comporta a autonomia da vontade. Sendo assim, para que o Poder Público firme uma convenção com alguém, ele só pode fazer aquilo que está alicerçado na vontade da lei, com base em procedimentos previamente estabelecidos e nas formas legalmente previstas. Desse modo, atentemos para uma diferença crucial: não existe um conjunto de elementos do direito público baseado apenas na vontade das partes; todo instituto desse ramo se plasma em outros fundamentos e valores e as suas classes refletem esse arcabouço: em suma, a vontade do sistema jurídico, expressa em normas preestabelecidas. Dessarte, para a transposição de institutos de direito privado ao direito público faz-se necessária uma conformação desses à luz do direito público, a fim de encaixá-los naquelas classes preexistentes ou pela criação de novas classes, mas classes essas que deverão respeitar os atributos do gênero. Em outras palavras, um “contrato” no direito público não é o mesmo que um “contrato” em âmbito privado. O termo até pode ser utilizado, por uma questão de consagração pela praxe, mas a percepção do fenômeno jurídico é completamente diversa, conforme expusemos.

Para auxiliar esse raciocínio, lembramos que a transposição de um termo de um âmbito a outro representa tarefa semelhante à tradução entre línguas. Tratando desse fenômeno, Vilém Flusser ensina que “toda tradução é um aniquilamento²⁰⁸”: isso porque “cada língua tem uma personalidade própria proporcionando ao intelecto um clima específico de realidade²⁰⁹”. Nesses termos, a tradução, como algo perfeito, automático e universal, mostra-se impossível. O que temos é apenas uma aproximação, viável em razão das semelhanças ontológicas existentes entre as línguas. Assim, dadas as limitações²¹⁰, haverá, no geral dos casos, apenas uma tradução

²⁰⁸ FLUSSER, Vilém. *Língua e realidade*. 3. ed. São Paulo: Annablume, 2007, p. 65.

²⁰⁹ Idem, p. 68.

²¹⁰ Sobre as dificuldades na tradução, válida a lição de Tercio Sampaio Ferraz Junior: “Posto isso, admitamos três hipóteses: (a) se as regras básicas de ambas as línguas coincidem, é possível traduzi-las uma para a outra; (b) se a coincidência é apenas parcial, ocorre uma transferência que exige adaptação; (c) se não coincidem, elas são incomunicáveis. Neste terceiro caso, porém, é possível uma transferência indireta. Recorre-se a uma

aproximada, com a presença de termos e expressões intraduzíveis²¹¹. Depurando essa dubiedade entre traduzibilidade e intraduzibilidade, ensina Vilém Flusser, que traduções são possíveis quando os sistemas em análise coincidem de alguma maneira, representando essa coincidência a traduzibilidade entre eles²¹². Por outro lado, pontua o autor que as traduções são necessárias quando os sistemas não coincidem, no que consiste a sua intraduzibilidade. Seguindo adiante e tratando da estrutura das línguas, leciona Flusser que, na medida em que duas línguas divergem em suas regras básicas, tornam-se um sem sentido uma para a outra²¹³. Nesses casos, conforme o autor, faz-se necessária uma terceira língua, para a qual o sentido de textos das duas primeiras pode ser transferido²¹⁴. Essa terceira língua representa a metalíngua das duas primeiras sendo isso o que nos propomos a fazer no presente trabalho: encontrar nessa metalinguagem os termos que exsurtem do diálogo entre direito público e direito privado.

Neste diapasão, fazemos a seguinte reflexão: tal como se faz nas línguas, buscar-se-á no conjunto de direito público qual é o instituto análogo àquele encontrado no direito privado ou como aquele instituto pode ser compreendido no regime jurídico administrativo. Assim, por exemplo, na linguagem pública, a figura referente à formação de vínculo é instituto concebido num universo no qual inexistente a autonomia da vontade. Nesses termos, não há, em tal ambiente, contrato tal como concebido no Direito privado. Desse modo, assim como se age ao tentar se comunicar num país estrangeiro, será preciso utilizar a língua e os recursos daquele local. Em outras palavras, para firmar tais avenças, o administrador público não terá em seu repertório institucional a figura do contrato, precisando se valer das formas que lhe atendem no seu “país” (no caso, o ato administrativo). E mais: uma vez adotada a linguagem de direito público, todo critério será única e exclusivamente o jurídico-administrativo, de maneira que, se for o caso de transposição, os elementos de direito privado serão traduzidos *exclusivamente* à imagem dos conceitos de direito público. Nesses termos, não havendo instituto correspondente no direito público, será preciso absorver o termo oriundo do direito privado e depurá-lo sob a lógica do

terceira língua que possa funcionar como uma ponte entre as outras. Seu requisito: ela conterà, entre suas regras secundárias, as regras básicas das outras. Exemplo do primeiro caso (a): a tradução de um teorema geométrico num teorema algébrico; do segundo (b), a transferência de um poema em inglês para o português; do terceiro (c), a transferência indireta de uma música (língua musical) para o português cotidiano, o que pode ocorrer por intermédio da linguagem do crítico de arte” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 273).

²¹¹ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 230.

²¹² FLUSSER, Vilém. Para uma teoria da tradução. São Paulo, *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. XIX, fasc. 73, 1969, pp. 16-22.

²¹³ Idem.

²¹⁴ Idem.

direito público, representando os instrumentos que tornam essa operação possível uma forma de metalinguagem.

Esse mesmo raciocínio pode ser construído a partir da teoria de Niklas Luhmann, autor no qual nos baseamos para realizar um apontamento dos institutos jurídicos ora tratados sob a perspectiva sistêmica. Para ele, os sistemas se formariam de maneira factual e autorreferencial, havendo uma clivagem ente sistema e ambiente²¹⁵, de modo que esses não se confundiriam. Não obstante, os sistemas se apresentam de maneira cognitivamente aberta e operativamente fechada. Ou seja, eles estão aptos a receber comunicações do próprio ambiente ou de outros sistemas, mas traduzirão essas a partir do seu próprio código²¹⁶. Cada sistema possui um código binário (são exemplos: lícito vs ilícito; bom vs ruim; válido vs inválido). Ainda, Luhmann se valeu da teoria dos biólogos chilenos Maturana e Varela para tratar da chamada autopoiese, ou seja, a capacidade dos sistemas se autorreproduzirem²¹⁷²¹⁸. Transpondo essa teoria para nosso estudo, podemos verificar uma oposição entre o sistema público e o sistema privado, de maneira que, eventualmente, um poderá receber mensagens do outro. Não obstante, essas não serão recebidas de forma “pura”, mas traduzidas à luz do sistema que as recebe. Para efeitos de nossa pesquisa, é justamente o que ocorre com o sistema de direito público ao receber uma informação do sistema de direito privado: ou existe um instituto para operacionalizar aquele estímulo ou a mensagem em referência será incorporada à imagem e semelhança do direito público, tornando-se, portanto, pública. Assim, nesse mecanismo de transposição (ou tradução), algo até poderá restar como diferença específica (como, por exemplo, a utilização de determinada forma de direito privado, como a roupagem celetista), mas a base do instituto privado que se deseja “importar” será modificada para um enquadramento à linguagem e ao código de direito público e, conseqüentemente, ao seu gênero. Do contrário, lhes faltaria o critério de pertencibilidade, não atendendo, assim, aos pressupostos lógicos.

²¹⁵ MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*. Universidade de São Paulo, v. 18, n. 1, 2006. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ts/issue/view/994>>. Acesso em: 14 abr. 2022.

²¹⁶ Cf. LUHMANN, Niklas. *O Direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 62.

²¹⁷ Idem, p. 57.

²¹⁸ Maturana e Varela explicam o fenômeno autopoietico da seguinte maneira: “Portanto, se uma célula interage com uma molécula X, incorporando-a a seus processos, o que ocorre como consequência dessa interação é determinado não pelas propriedades da molécula X, mas pelo modo com que essa molécula é “vista” ou tomada pela célula quando esta a incorpora em sua dinâmica autopoietica. As mudanças que ocorrem nela como consequência dessa interação serão determinadas por sua própria estrutura como unidade celular. Portanto, na medida em que a organização autopoietica determina a, fenomenologia biológica ao conceber os seres vivos como unidades autônomas, um fenômeno biológico será qualquer fenômeno que envolva a autopoiese de pelo menos um ser vivo” (MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas do entendimento humano*. Tradução de Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Psy, 1995, p. 92).

Neste sentido, destacamos que a análise ora realizada não foi feita com base no uso comum da linguagem, mas de acordo com os planos (público e privado) identificados como sistemas com referenciais próprios, os quais condicionam seus elementos a partir de um conjunto de significações, numa conotação *normativo-axiológica*. Dessarte, observamos, em verdade, a possibilidade de identificação de análogos institucionais (ato e contrato, por exemplo) ou a utilização de uma forma de direito privado no direito público (roupagem celetista ou o formato empresarial), a qual repousará, todavia, sempre sobre o conjunto normativo do regime jurídico administrativo, para fins de encaixe. Dessa maneira, esse invólucro deverá se moldar à base normativa, e não o contrário. Em outras palavras, a forma de direito privado não altera o arcabouço público, mas se adequa a ele. Esse é o sentido do correto entendimento proposto.

3.8 Conclusão do capítulo

O capítulo em tela se prestou a realizar uma análise dos institutos utilizados no direito público e no direito privado a partir de uma perspectiva científica, levando em consideração a necessidade de seu escrutínio sob os cânones do direito público. Verificamos que o sistema jurídico definiu previamente classes de institutos para cada um dos âmbitos estudados. Diante disso, numa primeira análise, à atuação da Administração Pública imputam-se os institutos pertencentes às classes de direito público e aos particulares compete utilizar aqueles referentes às categorias de direito privado. Essa utilização de classes se mostra pertinente, pois cada uma delas terá atributos que as tornam mais aptas aos misteres para os quais se propõem. Outrossim, verificamos que, além desse critério, existe um componente axiológico que opõe certos institutos de âmbito a outro, imbricativamente, de sorte que eventual transposição de um âmbito a outro deve respeitar certas regras de transposição: ou existe um instituto análogo ou o instituto de um âmbito deve se acoplar a estrutura existente no outro (a ela se amoldando e, eventualmente, modificando-se) para que seja corretamente internalizado.

Diante disso, quando se utiliza o termo “contrato de trabalho” na Administração Pública, torna-se claro que a significação do termo não será a mesma daquela utilizada no âmbito de uma empresa privada. O signo é utilizado tão-somente por uma questão de consagração no uso comum, mas uma série de modificações dever ser realizada para uma válida utilização no contexto público, de maneira que ele se converterá em vínculo jurídico-institucional, distanciando-se da típica avença negocial. Desse modo, não só em relação aos contratos realizados com base nas leis trabalhistas, mas todas as demais figuras de origem

privatística, quando utilizadas sob o regime jurídico administrativo, merecem uma releitura à luz do direito público. Dado o escopo do presente trabalho, todavia, nos ateremos apenas àqueles, analisando no próximo capítulo qual é o regime jurídico dos contratos de trabalho no contexto de direito público.

4 O REGIME JURÍDICO DO VÍNCULO FUNCIONAL NAS EMPRESAS ESTATAIS

4.1 Introito

Conforme verificamos acima, no que tange às atividades materiais, o Ordenamento Jurídico imputa a cada tipo de atuação uma classe específica de institutos: para atividades próprias ao direito privado são reservados instrumentos aptos a esse mister, ao passo que, para atividades típicas do regime jurídico administrativo, existe outra sorte de classes. Em contrapartida, observamos também que os âmbitos em consideração não representam espaços impermeáveis entre si. Desse modo, é possível que, eventualmente e em situações específicas, a soberana do setor público, a Administração Pública, venha a se imiscuir em assuntos típicos da atividade econômica, da mesma maneira que, em determinados casos, os particulares, senhores do domínio privado, poderão obter outorga para a realização de algumas atividades públicas. Sempre que isso ocorre, é preciso verificar uma relação de compatibilidade, ou seja, identificar se os instrumentos de que dispõem aqueles atores são aptos à realização das tarefas a que se pretendem quando transpostos ao domínio oposto. Em caso de incompatibilidade, devem ser utilizados os recursos típicos do sistema no qual se aventura (a Administração Pública adotando formas de direito privado ou o particular se valendo de instrumentos do direito público), o que, todavia, não passará incólume a alguma resignificação.

Não obstante a argumentação rememorada, a legislação de regência, a jurisprudência e a doutrina majoritárias admitem a utilização de empresas estatais tanto para a exploração da atividade econômica quanto para a prestação de serviços públicos. Observemos: a prestação de serviços públicos remanesce no âmbito público, ao passo que a exploração de atividade econômica pressupõe uma mudança no posicionamento originário do Poder Público, que sairá do âmbito jurídico-administrativo para atuar em campo diverso. Essa transposição torna válida a utilização de invólucro de direito privado para a exploração de atividade econômica, mas não justifica a utilização da forma empresarial para a prestação de serviços públicos. Isso denota um vício de pressuposto, o qual, uma vez identificado, revela a existência de impropriedade no regime jurídico das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, conforme tratado no Capítulo 2 desta pesquisa. Como o presente trabalho versa sobre aspectos referentes ao liame funcional dos servidores ligados às companhias estatais, nos ateremos a ele nas linhas subsequentes, nas quais analisaremos, dogmaticamente, como esses vínculos devem se

conformar diante da presença estatal e do âmbito de atuação (prestação de serviços públicos ou exploração de atividade econômica). Vejamos.

4.2 O regime jurídico do vínculo funcional dos empregados das empresas estatais prestadoras de serviços públicos

Nos termos acima fixados, uma correta interpretação do Ordenamento Jurídico leva à conclusão de que as empresas estatais prestadoras de serviços públicos não são propriamente empresas, mas contrafações de Autarquias. Para explicar essa afirmação, nos valem da doutrina do professor Ricardo Marcondes Martins¹, a qual aponta a existência de contrafações reais e aparentes no Ordenamento Jurídico, consagradas a partir de elementos textuais. Das contrafações reais não seria possível extrair uma norma válida, por maior que fosse o esforço hermenêutico, restando essas fadadas à invalidade. No que tange às contrafações aparentes, todavia, seria possível vislumbrar uma interpretação conforme desejado pelo sistema jurídico, aplicando-se, nesses casos, o regime jurídico *correto* a elas imputável.

Segundo exaustivamente ressaltado, as empresas estatais prestadoras de serviços públicos não atendem aos fundamentos racionais exigíveis para a utilização estatal do formato empresarial, que seriam, basicamente, os de evitar a concorrência desleal e/ou garantir a exploração da atividade. Desse modo, ausentes os pressupostos autorizadores da utilização da forma de direito privado, conforme exposto de maneira minuciosa no capítulo 3 deste trabalho, o regime jurídico incidente às empresas estatais prestadoras de serviços públicos é o regime próprio das Autarquias. Ou melhor, essas empresas deveriam, na verdade, constituir-se em autarquias. Trata-se, nesses termos, de uma contrafação real, cuja solução idealizada pelo sistema é a sua extinção para a subsequente instituição de autarquias (ou, quando menos, a sua transformação em entes dessa natureza). Feito isso, os seus servidores passariam a quadros especiais em extinção (o que não se confunde com a efetivação, ressalte-se), extinguindo seus vínculos quando passassem à inatividade. No entanto, até que isso seja feito, os serviços por elas prestados devem ser continuados e, caso nos ativéssemos a essa afirmação, teríamos apenas uma exortação de anseios, uma forma de política do direito. Diante dessa situação, enquanto não adotada a solução idealizada pelo Ordenamento Jurídico pátrio, é preciso dar uma interpretação conforme aos entes sob testilha.

¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria das contrafações administrativas. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 115-148, abr./jun. 2016.

Sendo assim, até que sobrevenha uma resposta definitiva, o regime jurídico autárquico deve se espalhar por todos os aspectos das companhias em tela. Como o presente trabalho está limitado aos aspectos funcionais de seus servidores, limitar-nos-emos à verificação do fenômeno jurídico sob esse ponto de vista. Assim, a partir de uma interpretação cientificamente correta, aos servidores englobados no presente escopo deverão ser asseguradas as limitações e prerrogativas típicas do regime jurídico-administrativo. Nesses termos, cientes de que qualquer proposição nesse sentido requer alguma acomodação, propomos a seguir formas de aplicação da correta interpretação hermenêutica ao regime jurídico dos servidores ligados às empresas estatais prestadoras de serviços públicos. Vejamos.

4.2.1 Admissão

Primeiramente, há de se ressaltar que consiste em condição inafastável à regular admissão de empregados permanentes nas empresas estatais prestadoras de serviços públicos a prévia aprovação em concurso público, nos termos do art. 37, II, da Constituição da República². Esse dispositivo condiciona a investidura em cargo ou emprego público à aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Com efeito, o concurso público é corolário do princípio republicano, instituto garantidor da moralidade administrativa³ e da impessoalidade, salvaguardando que tenham

² Não obstante hoje se encontre pacificado, esse entendimento já foi objeto de controvérsia, conforme bem elucidada Igor Volpato Bedone: “Logo depois da promulgação do novo texto constitucional, setores doutrinários minoritários chegaram a defender que a obrigatoriedade de realização de concurso público não teria atingido as estatais, em virtude da personalidade de direito privado, de modo que seus postos de trabalho seriam meramente *empregos*, não *empregos públicos*. Tal entendimento foi objeto de combate à época. Márcio Cammarosano, já em 1992, apontava a incongruência de se entender que o emprego *público* fosse somente aquele da pessoa jurídica de direito público, pois, nesse caso, a empresa *pública*, referida pela Constituição, teria de ter personalidade jurídica de direito público, o que, sabidamente, não ocorre. Assim, a interpretação mais lógica e adequada é a de que se trataria de qualquer emprego *governamental*, isto é, oferecido por entidades comandadas pelo Estado, afinal, todas elas devem obediência aos princípios informadores da Administração como a impessoalidade e a moralidade. Esse entendimento acabou sendo pacificado com o julgamento do Mandado de Segurança n.º 21322 pelo Supremo Tribunal Federal, com a relatoria do Ministro Paulo Brossard, portanto não se discute mais a necessidade de realização de concurso público para investidura nos empregos públicos das estatais” (BEDONE, Igor Volpato. *Empresas estatais e seu regime jurídico*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 174).

³ Acerca da expressão da moralidade administrativa e o ingresso na Administração Pública, precisa a lição de Rita Tourinho: “Não satisfaz a atuação administrativa compatível apenas com a ordem legal. O Estado Democrático de Direito exige muito mais. Exige que a Administração da coisa pública atenda a uma série de valores e princípios abraçados pelo texto constitucional. A moralidade administrativa não pode ser analisada

acesso aos cargos e empregos públicos não apenas aqueles que possuem laços com os detentores do poder, mas todos os cidadãos que satisfaçam as condições objetivas estabelecidas para ingresso. Trata-se, portanto, de algo profundo na sociedade brasileira, inserido no contexto de um “movimento paulatino, impessoal e moralizador de novos atores sociais, os quais têm orgulho de ostentar o *status* de agente público, provenientes, marcadamente, da classe média e das camadas mais pobres da população, recrutados democraticamente graças ao concurso público⁴”. Esse tem a natureza de “procedimento administrativo externo, ampliativo e de índole concorrencial⁵” e sua fonte normativa primária é a própria Constituição da República⁶.

Importante notar que, não obstante se prestem os concursos públicos à mais ampla concorrência de pessoas, é possível que a lei⁷ estabeleça alguns requisitos para o acesso a cargos e empregos públicos. No entanto, tais requisitos devem se fundamentar em argumento constitucionalmente plausível, de forma a se rechaçarem “exigências, ainda que legais, excessivas, descabidas ou inoportunas, que atinjam a própria razão de existir e os objetivos do concurso público⁸”. A título ilustrativo, citamos jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que considerou inconstitucional norma estadual que definia, como critério de desempate em concurso público a preferência ao servidor de determinado estado e, persistindo o empate, àquele que contasse com maior tempo de serviço à unidade federativa. Conforme pontuou a Suprema Corte, o critério em questão seria inválido, pois não assegurava a seleção do candidato mais apto, favorecendo, em verdade, servidor estadual, em detrimento dos demais que tivessem tempo de exercício profissional superior e, ademais, desvinculado das aptidões necessárias ao

como uma simples questão de índole do ser humano, mas sim como problema relacionado à qualidade dos sistemas jurídicos, políticos e administrativos vigentes em determinada sociedade. Assim, o ingresso no serviço público de forma direcionada, atendendo apenas a interesses pessoais dos administrados públicos, esquecendo-se da análise qualitativa daqueles que almejam tal vínculo, afronta o princípio da moralidade” (TOURINHO, Rita. *Concurso público: análise abrangente de questões doutrinárias, legais e jurisprudenciais*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 30).

⁴ MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O regime jurídico do concurso público e seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.

⁵ Idem, p. 14.

⁶ Idem, p. 11.

⁷ Sobre a necessidade de lei para referidas restrições, citamos a doutrina: “A mera previsão no edital, ou até mesmo em ato regulamentar, sem fundamento de validade na lei, não deve prevalecer, pois soaria como afronta ao princípio fixado no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, conforme o qual ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei’. De mais a mais, a lei que disciplina as limitações para o acesso a cargos e empregos públicos deve ser de iniciativa do chefe do poder executivo” (DOS SANTOS, José Manuel Melo. *Manual de direito do servidor público*, vol. único. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 62).

⁸ MOTTA, Fabrício. Concurso Público. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores públicos na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 46.

cargo⁹. Concordamos com o posicionamento do Pretório Excelso, eis que esse apresentava discrimen impertinente ao exercício das funções públicas, criando situação de favorecimento injustificado a uma gama específica de pessoas. Essa impossibilidade de restrições indevidas diz respeito à acessibilidade, “conjunto de normas e princípios que regulam o ingresso de pessoas interessadas no serviço público”, dos quais se extrai a impossibilidade de a “Administração criar dificuldades maiores nem abrir ensanchas de facilidades fora das regras que compõem o sistema¹⁰”. Segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha, o princípio da acessibilidade decorre dos princípios informadores da organização do Poder Público no Estado Democrático de Direito, o qual impõe “a participação plural e universal dos cidadãos na estrutura do Poder Público¹¹”.

A exigência da prévia aprovação em concurso público é, portanto, uma barreira ampla estabelecida frente a todos aqueles que desejem ingressar no seio estatal, na condição de servidores públicos permanentes. Não obstante essa regra geral, a própria Constituição da República ressalva algumas situações nas quais o concurso público é dispensado, como na contratação de servidores temporários, conforme art. 37, IX, do Texto Maior (cuja admissão depende apenas de processo seletivo, conforme tratado no item 1.4.2.4 desta pesquisa) ou na hipótese dos ocupantes de cargos em comissão, de livre nomeação ou exoneração, destinadas às funções de direção, chefia ou assessoramento. Dessarte, no que tange ao presente requisito, nada deve ser modificado em relação à interpretação atualmente dominante, referente à obrigatoriedade, como regra geral, de prévia aprovação em concurso público como condição para a validade do vínculo.

4.2.2 O regime na constância do vínculo

Admitido por meio de concurso público, o empregado tomará posse e entrará em exercício. Com efeito, esses servidores sofrerão a incidência de ato jurídico de forma pública, ato-condição¹², conforme lecionado no direito francês, denotativo de uma situação objetiva (Cf.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5358/PA. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado do Pará. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 15 de dezembro de 2020. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345259351&ext=.pdf> >. Acesso em: 19 jul. 2022).

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 589.

¹¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 144.

¹² DUGUIT, León. *Leçons de Droit public général*. Paris: E. de Boccard Editeur, 1926, p. 236.

item 3.5.4). Isso implicará a confluência de um conjunto normativo sobre o indivíduo que ingressou naquele regime, o qual modificará a sua situação jurídica, passando a refletir sobre ele um arcabouço regulamentário antes alheio a seu patrimônio jurídico¹³. Esse ato é marcado pela unilateralidade, limitando-se o administrado, agora servidor, a manifestar sua aquiescência.

Não há, portanto, qualquer faceta contratual. Sobre esse ponto, é importante notar que, por se tratar de contrafação de Autarquia, à qual incide o regime jurídico-administrativo em sua integralidade, “o Estado, ressalvadas as pertinentes disposições constitucionais impeditivas, deterá o Poder de alterar legislativamente o regime jurídico de seus servidores, inexistindo a garantia de que continuarão sempre disciplinados pelas disposições vigentes quando de seu ingresso¹⁴”. Neste sentido, afastam-se os institutos típicos do Direito do Trabalho, como a inalterabilidade contratual lesiva¹⁵ ou o princípio da condição mais benéfica. Salvaguardas semelhantes até poderão ser aplicadas a tais servidores, mas a partir de fundamentos de direito público, e não com base no direito laboral.

Neste sentido, como a relação ora tratada se reveste de caráter jurídico-institucional, e não de substância trabalhista propriamente dita, é certo que os entes federativos terão competência para legislar sobre o regime jurídico desses servidores. Essa afirmação é relevante, pois, nos termos do art. 22, I, da Constituição da República de 1988, compete privativamente à União legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e *do trabalho*. Para que não reste dúvida: fixada a premissa adrede delineada (trata-se de relação jurídico-institucional, e não trabalhista), faz-se mister reconhecer que os entes federativos distintos da União (estados, distrito federal e municípios) detêm competência para legislar sobre os empregados das empresas estatais prestadoras de serviços públicos. Dito isso, lembramos que, na constância do vínculo, há uma série de

¹³ FERNANDES, Felipe Gonçalves. *A Tipicidade e o regime disciplinar de servidores públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 20.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 213.

¹⁵ O princípio da condição benéfica será tratado mais adiante (item 4.3.3.2.1). Sobre a inalterabilidade contratual lesiva, citamos a doutrina de Vólia Bomfim Cassar: “Também no Direito do Trabalho o contrato faz lei entre as partes. Entretanto, a livre manifestação de vontade é mitigada, pois a autonomia das partes, ao ajustarem as cláusulas contratuais, está vinculada aos limites da lei. Conclui-se, pois, que as partes podem pactuar cláusulas iguais ou melhores (para o empregado) que a lei, mas nunca contra a lei ou as normas coletivas vigentes (art. 444 da CLT). Como consequência lógica do princípio da proteção, a CLT veda a alteração, mesmo que bilateral, quando prejudicial ao empregado (art. 468 da CLT). É válida, pois qualquer alteração unilateral ou bilateral, que não cause prejuízo ao trabalhador, como aumento salarial ou redução da jornada, por exemplo” (CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 205).

condicionamentos que precisam ser tratados para a devida adequação a essa realidade dogmática, os quais passam a ser analisados na sequência.

4.2.2.1 Estabilidade

O primeiro instituto de relevância a ser escrutinado (e que difere da concepção atualmente adotada em face dos empregados das empresas estatais prestadoras de serviços públicos) se refere à estabilidade. A prerrogativa em questão está consagrada no artigo 41 da Constituição da República, que proclama serem estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para *cargo de provimento efetivo* em virtude de concurso público. Outrossim, a aquisição da estabilidade está condicionada à submissão do servidor a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

A estabilidade corresponde a salvaguarda estabelecida para que o servidor possa bem desempenhar seus misteres. Ou seja, trata-se de prerrogativa funcional instituída para que o agente público reste imunizado frente a eventuais interferências (internas ou externas) e, assim, não se distancie de seu fim maior: a busca pelo interesse público. Conforme ensina Cármen Lúcia Antunes Rocha, o fundamento primeiro da estabilidade é garantir a qualidade do serviço público, por meio de uma burocracia estatal democrática, impessoal e permanente, conjugando profissionalismo com impessoalidade¹⁶. Nesse contexto, tal como as demais garantias dos servidores públicos, a estabilidade se apresenta como uma proteção em favor da própria sociedade, e não especificamente daquele que desempenha a função pública. Essa, portanto, não é um privilégio dos servidores, mas garantia individual dos administrados contra influências políticas indevidas no exercício da função pública e, no limite, um direito político do cidadão à boa administração¹⁷. Nesta senda, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro que "se deve afastar, para as atividades-fins da Administração Pública, voltadas para o atendimento das necessidades coletivas, a possibilidade de prestação de serviços por pessoas não protegidas pelo instituto da estabilidade¹⁸".

¹⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 252.

¹⁷ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 173.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Estabilidade do servidor público. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores públicos na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 156.

É importante registrar a redação do artigo 41 da Constituição da República, acima referenciada, não corresponde àquela originariamente consagrada no Texto Maior, modificada pela Emenda Constitucional nº 19/98. Na redação original, garantia-se a estabilidade, após dois anos de efetivo exercício, aos *servidores* (empregados e ocupantes de cargos efetivos, portanto) nomeados em virtude de concurso público. Não obstante, mesmo na redação exordial do texto constitucional, aos empregados públicos das empresas estatais nunca fora garantida a estabilidade. Neste sentido, mesmo conforme o dispositivo inicial, reconhecia-se a estabilidade apenas aos empregados da Administração Pública direta, autárquica e fundacional. No entanto, há dois fundamentos que impõem uma interpretação conforme desse fenômeno. O primeiro argumento se direciona ao fato de versar o presente caso sobre a correção de uma contrafação. Ou seja, reconhecido que aos empregados das empresas estatais prestadoras de serviços públicos devem ser aplicadas as mesmas prerrogativas conferidas aos servidores autárquicos, há de se assegurar a eles a prerrogativa da estabilidade. O espelhamento deve ser perfeito. Assim, na atual redação, passados três anos de exercício, esses devem ser submetidos a comissão especial de avaliação e, uma vez confirmados na carreira, gozarão de estabilidade. No entanto, para além desse primeiro argumento (que, por si só, já impõe a aplicação do regime de estabilidade aos empregados das empresas estatais prestadoras de serviços públicos), é importante notar que esses servidores desempenham misteres públicos, de maneira que, sem a devida imunização, o plano constitucional originário poderia ser enfraquecido por investidas indevidas de agentes imbuídos de ideais não republicanos. Assim, a estabilidade é uma imposição do próprio sistema.

Por outro lado, no que tange aos aspectos práticos decorrentes da presente interpretação, problema pode surgir quando da não realização da avaliação de desempenho ao final do estágio probatório, eis que essa ainda não é uma realidade no que tange às empresas estatais. Quanto a isso, rememoramos a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “findo o período do estágio probatório - três (3) anos de efetivo exercício, a estabilidade do servidor no serviço público não se dará de forma automática”, visto que “o § 4º do art. 41 do permissivo constitucional, na redação incluída pela Emenda Constitucional n. 19/1998, impõe como condição obrigatória para a aquisição da estabilidade a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade¹⁹”. Não obstante, a não realização

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança n. 52138 / GO. Agravante: Muriel José de Magalhães. Agravado: Estado de Goiás. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 10 de junho de 2020. Disponível em <

da avaliação de desempenho não pode se tornar um óbice e prejuízo ao servidor. Dessa maneira, não realizada a avaliação e, passado decurso de tempo razoável (cogitamos o prazo de cinco anos, eis que seria essa a regra geral para o ajuizamento de eventual processo contra o servidor), o empregado deverá ser considerado confirmado na carreira, só podendo ser dispensado nas hipóteses do artigo 41 da Constituição da República, as quais serão tratadas mais à frente.

4.2.2.2 Disponibilidade

Segundo o §4º do artigo 41 da Constituição Cidadã, extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo. Neste ponto, registramos mais uma vez que se trata de texto decorrente de reforma constitucional: a redação anterior, modificada pela Emenda Constitucional nº 19/98, garantia que, quando em disponibilidade, o servidor faria jus aos vencimentos integrais.

Conforme ensina Cármen Lúcia Antunes Rocha, o servidor posto em disponibilidade mantém a integridade do “vínculo estabilizado entre ele e a pessoa estatal, conquanto, por decisão desta, relativa à extinção ou à declaração de desnecessidade do cargo, e sem que o servidor, por qualquer forma ou modo, tenha dado ensejo ou motivo a isso, fique ele arredado do regular desempenho das funções a ele inerentes²⁰”. Esse instituto não tem viés punitivo nem premial²¹, portanto, estando sujeito a condições alheias à atuação do servidor.

Com efeito, a disponibilidade pode ser considerada um corolário da estabilidade. Uma vez extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor não será simplesmente exonerado. Ele terá direito a ficar em disponibilidade até o devido aproveitamento. Como se defende que a correta interpretação do Ordenamento Jurídico envolve o reconhecimento da estabilidade aos empregados de empresas estatais prestadoras de serviços públicos, a esses também é reconhecida a prerrogativa da disponibilidade. Dessa maneira, sujeito a essa condição, o empregado deverá ficar em disponibilidade até o devido aproveitamento.

Seguindo adiante, alguns pontos merecem destaque. O primeiro deles se refere à proporcionalidade de vencimento instituída pela EC n. 19/98. Não obstante consideremos que

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602555448&dt_publicacao=10/06/2020>. Acesso em: 09 jul. 2022.

²⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 254.

²¹ Idem, ibidem.

esse tipo de alteração se mostra inconstitucional por amesquinhar o plano originariamente estabelecido pelo constituinte, é preciso analisar o regime jurídico do instituto segundo as normas postas. Neste sentido, conforme destaca a doutrina, essa proporcionalidade será contada a partir do tempo de serviço, e não do tempo de contribuição²². Tal afirmação se extrai da redação do §9º do artigo 40 da Constituição Federal, segundo a qual o tempo de contribuição federal, estadual, distrital ou municipal será contado para fins de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente será contado para fins de disponibilidade. A outra observação se refere ao fato de que o servidor em estágio probatório, por ainda não gozar de estabilidade, não pode se valer da disponibilidade²³, tal como preceitua a Súmula nº 22 do STF, segundo a qual o estágio probatório não protege o funcionário contra a extinção do cargo.

Por derradeiro, importante notar que o paralelo trabalhista da disponibilidade residiria na suspensão e na interrupção do contrato de trabalho, o que, dadas as diferenças conceituais, demonstram como os regimes em questão se distanciam. Neste sentido, a interrupção do contrato de trabalho se refere às situações em que o empregado não trabalha, mas recebe salários e tem a contagem do tempo de serviço. É o caso das férias, por exemplo. Já a suspensão contratual versa sobre as hipóteses nas quais o trabalhador não presta serviços e, em contrapartida, não recebe remuneração nem tem a contagem de tempo de serviço²⁴, tal como nas hipóteses de afastamento previdenciário, após o décimo quinto dia. A título de argumentação, inexistente a disponibilidade no direito do trabalho, eis que a estabilidade não é instituto próprio deste sistema, admitida apenas excepcional e temporariamente no regime atual²⁵. Desse modo, caso uma empresa resolva extinguir o posto ocupado por determinado

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 735.

²³ Idem, *ibidem*.

²⁴ Sobre a suspensão e a interrupção do contrato de trabalho, ensina a doutrina: “A interrupção do contrato de trabalho consiste na ausência provisória da prestação de serviços, em que são devidos o pagamento de salário e a contagem do tempo. Cessa a obrigação do empregado, mas persiste a obrigação da empresa. Por outro lado, a suspensão do contrato de trabalho é a ausência provisória da prestação de serviços, sem que haja o pagamento nem a contagem de tempo. Nesse caso, cessa a obrigação tanto da empresa como do empregado” (CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 633-634).

²⁵ Esclarecemos que, com o fim da estabilidade decenal, no direito do trabalho passaram a atender apenas as estabilidades provisórias, tais como aquelas conferidas à gestante (art. 10, II, *b*, ADCT) e ao dirigente sindical (art. 8º, VIII, CF). Sobre esse histórico, válida a menção à doutrina especializada: “Inicialmente, a CLT previa estabilidade para os empregados após 10 anos de efetivo exercício, era a chamada estabilidade decenal, prevista nos arts. 492 até 500. O empregado estável não poderia ser dispensado sem justa causa. Se rescindido antes de completar 10 anos, o empregador era obrigado a pagar indenização equivalente a 1 mês de salário por ano, ou fração igual ou superior a 6 meses trabalhados. Com o surgimento do FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço –, em 1966, o empregado poderia optar pela forma de contratação. Contratava-se nos moldes da CLT, com a respectiva estabilidade decenal, ou por meio do FGTS, sem direito à estabilidade. A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 tornou o FGTS obrigatório para todos os empregados. Diante disso, não mais se aplica aos empregados contratados, após essa data, a estabilidade decenal” (CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. *Direito e Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 581-582).

empregado e opte por manter a sua remuneração, por *sponte propria*, será caso de interrupção do contrato de trabalho, e não de disponibilidade. Outrossim, o servidor com vínculo de natureza jurídico-administrativa afastado dos serviços por motivo de saúde estará sujeito à legislação local referente ao tema, gozando de licença para tratamento de saúde, a qual não se confunde com a suspensão do contrato de trabalho, tal como consagrada no direito laboral. Nos mesmos moldes, as férias do servidor são hipóteses de exercício regular de um direito, e não propriamente de interrupção do contrato de trabalho, nos moldes previstos na CLT. Por fim, a suspensão do vínculo jurídico-institucional é aplicável apenas em casos excepcionais, como no exercício do direito de greve, tal como reconheceu o Supremo Tribunal Federal, ao decidir que a “Administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre”, o que será incabível apenas se restar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público²⁶.

4.2.2.3 Outras formas de provimento

Mencionamos acima a nomeação como forma de provimento originário no serviço público brasileiro. Não obstante, a legislação consagra hipóteses de provimento derivado, as quais, entendemos, devem ser reconhecidas aos servidores das empresas estatais prestadoras de serviços públicos. São elas a promoção, readaptação, recondução, reintegração, aproveitamento e a reversão²⁷. Vejamos cada uma delas abaixo.

A promoção representa a “progressão funcional em que o servidor é deslocado de cargo de classe inferior para outro de classe superior dentro da mesma carreira²⁸”. Esta forma de provimento deve ser reconhecida aos empregados das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, garantindo-lhes a ascensão dentro da carreira, a fim de incentivar o profissionalismo e o aperfeiçoamento no serviço público. No Direito do Trabalho existe a possibilidade de instituição de Planos de Cargos e Salários no âmbito das empresas. No entanto, o instituto ora tratado deve se submeter não a normas internas e convencionais da entidade, mas

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 693456/RJ. Recorrente: Fundação de Apoio à Escola Técnica - FAETEC. Recorridos: Renato Barroso Bernabe e outros. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 de outubro de 2016. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313045246&ext=.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2022.

²⁷ Cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 694-696.

²⁸ Idem, p; 696.

às subsunções típicas do regime jurídico administrativo, sobretudo aos princípios da moralidade e da impessoalidade.

Outrossim, conforme artigo 24 da Lei nº 8.112.90, readaptação é a investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica. O instituto em questão se refere, portanto, à acomodação do servidor em razão de limitações de ordem física ou psíquica, em posto compatível com sua atual situação, garantida a remuneração do cargo de origem. É bem verdade que existe possibilidade semelhante no direito do trabalho. No entanto, aqui uma diferença se faz fundamental: o provimento em tela deve ser interpretado à luz do estatuto dos servidores da respectiva unidade federativa, e não da CLT.

Por sua vez, a recondução representa o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado e decorrerá de: a) inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo; b) reintegração do anterior ocupante. Desse modo, caso esse empregado saia da carreira e não se adapte ao estágio probatório em outra, poderá retornar ao posto de origem. Outrossim, na hipótese de reintegração de servidor ao cargo que ele atualmente ocupa, o servidor deverá ser reconduzido ao cargo de origem. Ponto interessante se refere à jurisprudência do STJ, segundo a qual não é possível aplicar “por analogia, o instituto da recondução, previsto no art. 29, I, da Lei n. 8.112/1990, a servidor público estadual se a legislação local não prevê esse direito²⁹”. Curvamo-nos ao entendimento da Corte para fixar que o instituto em questão apenas será aplicável aos servidores das empresas estatais prestadoras de serviços públicos das quais a recondução estiver prevista no Estatuto dos Servidores Públicos da entidade federativa à qual ela estiver vinculada.

Doutra ponta, a reintegração representa o retorno do servidor demitido ilegalmente. Como essa é admitida tanto no Direito do Trabalho quanto no Direito Administrativo, o instituto não comporta grandes diferenças práticas. Conforme lembra o professor Celso Antônio Bandeira de Mello quando comenta o dispositivo constitucional referente à reintegração (art. 41, §2º, CF), “é certo que nele tratou-se de conferir direito à cabível reintegração apenas aos servidores estáveis, pois deles é que estava a cuidar o artigo no qual se aloca o parágrafo em

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 52922/MG. Recorrente: Thiago de Oliveira Costa Pires. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Francisco Galvão. Brasília, 05 de dezembro de 2019. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700116510&dt_publicacao=14/02/2019>. Acesso em: 22 jul. 2022.

questão³⁰”, mas faz a ressalva de que “daí não se segue que os não estáveis careçam de tal direito³¹”. Isso em razão dos princípios da Administração Pública, que garantem que, corrigida a ilegalidade da demissão, o servidor público, estável ou não, tem o direito de retornar ao cargo ou emprego que anteriormente ocupava.

Ainda, o aproveitamento se refere ao reingresso do servidor em disponibilidade. Conforme afirmamos acima, extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, deve ser garantida aos empregados das empresas estatais prestadoras de serviços públicos a disponibilidade. Cessada essa, ele reingressará no serviço público por meio do aproveitamento.

Por fim, a reversão se refere ao reingresso do servidor quando insubsistentes os motivos da aposentadoria por invalidez ou reconhecida a ilegalidade dessa. Registramos ainda a previsão em alguns diplomas nas quais é consignada a chamada reversão a pedido, na qual o servidor reingressaria por mera voluntariedade. Essas disposições, todavia, devem ser reconhecidas inconstitucionais, pois que viola o art. 37, II da Constituição da República, uma vez que “com a concessão de aposentadoria, o vínculo funcional é rompido e o aposentado deixe de ser servidor ativo ocupante do cargo³²”.

4.2.2.4 Irredutibilidade de vencimentos

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 37, XV, garante a irredutibilidade de vencimentos aos servidores públicos, prerrogativa que visa a protegê-los da instrumentalização econômica das pressões que podem vir a perturbar o bom desempenho da função pública. Essa corresponde ao “direito que detêm os agentes públicos de não sofrerem cortes em seus vencimentos permanentes, oriundos de lei ou ato administrativo supervenientes ao seu ingresso no serviço público³³”. Em termos práticos, ela se presta a evitar que, na impossibilidade de desligar servidores que se opõem aos seus desmandos, determinado hierarca opte por simplesmente reduzir seu padrão remuneratório. Assim, a irredutibilidade prevista no regime jurídico-administrativo, mais do que uma garantia dos servidores individualmente

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime constitucional dos servidores da Administração Direta e Indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 126.

³¹ Idem, *ibidem*.

³² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 695.

³³ FERRAZ, Luciano. Irredutibilidade de vencimentos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores públicos na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 146.

considerados, também se apresenta como direito fundamental dos cidadãos a uma máquina pública hígida e devidamente imunizada.

Historicamente, a prerrogativa em questão foi conferida aos membros do Poder Judiciário, como forma de garantir a sua independência funcional³⁴. Ela teve assento reservado nas constituições pátrias, em espaços próprios, desde o diploma de 1891, sofrendo ampliações ao longo do tempo³⁵. A Constituição Cidadã garantiu essa salvaguarda, de maneira ampla, não apenas aos magistrados, mas também aos membros dos Tribunais de Contas, do Ministério Público e aos servidores em geral. É importante notar que aos trabalhadores da iniciativa privada (os empregados) também é conferida essa garantia, nos termos do art. 7º, VI, do Texto Maior, segundo o qual são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social a irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo. É importante notar, todavia, que essas garantias possuem fundamentos ideológicos distintos: a proteção tipicamente trabalhista visa a proteger o empregado do abuso do poder econômico, enquanto a proteção jurídico-institucional escuda os servidores públicos, majoritariamente, do abuso do poder político.

Sobre o tema, leciona a doutrina que, “ideologicamente, a irredutibilidade de subsídio e vencimentos dos servidores públicos é garantia da independência do desempenho da função, não se tratando de privilégio, até porque, como observado, é princípio fundamental do direito trabalhista³⁶”. No mesmo sentido, leciona Cármen Lúcia Antunes Rocha que a prerrogativa em questão “é garantia dos ocupantes de cargos e empregos públicos, pelo que continua a ser considerada uma segurança providenciada para que as funções a eles inerentes possam ser desempenhadas seguindo-se o interesse público, e não segundo o comando do governante ou administrador de ocasião³⁷”.

Fixadas essas premissas, um ponto de questionamento pode emergir, referentemente à possibilidade de redução de vencimentos dos empregados das empresas estatais prestadoras de serviços públicos com base em acordo ou convenção coletiva, nos termos previstos no art. 7º, VI, CF, aplicável aos empregados em geral. A resposta é negativa: conforme exposto, a esses servidores é aplicável o regime jurídico administrativo, o qual, por um critério de especialidade,

³⁴ FERRAZ, Luciano. Irredutibilidade de vencimentos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores públicos na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 145.

³⁵ Idem, *ibidem*.

³⁶ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Remuneração dos agentes públicos*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 160.

³⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 334.

afasta o dispositivo em questão. Aos agentes sob análise é aplicável o regime jurídico institucional, que não possui disposição semelhante, o que obsta a aplicação da norma em tela neste âmbito.

Diante disso, garante-se aos servidores a manutenção de seu padrão remuneratório. Não obstante, pedimos vênia para rememorar que, segundo a jurisprudência pátria, essa irredutibilidade se refere apenas aos termos nominais da remuneração, e não aos valores reais³⁸. Assim, conforme decidido pelo STF³⁹, os vencimentos dos servidores não estariam salvaguardados das perdas inflacionárias. Criticamos esse entendimento, por considerarmos que a correta interpretação do Texto Maior envolve a manutenção de um patamar remuneratório, o qual, certamente, visa a combater o real decréscimo remuneratório decorrente da inflação. Fosse o contrário, não teria sido assegurada aos servidores a revisão geral anual, consagrada no inciso X do art. 37 do Texto Maior.

Com efeito, estabelece o dispositivo acima referenciado que a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 da Constituição da República somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices. Interpretando referido artigo, dispõe a doutrina que “a utilização do vocábulo ‘assegurada’ e não ‘anual’ confere a sua textura o reconhecimento de veraz direito subjetivo aos servidores públicos à revisão geral anual da remuneração em sentido amplo⁴⁰”. No entanto, em diversas oportunidades, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que não seria possível impor ao Chefe do Poder Executivo que esse enviasse o projeto de lei com a previsão do reajuste em questão

³⁸ Essa, inclusive, é a doutrina de Cármen Lúcia Antunes Rocha, hoje ministra do Supremo Tribunal Federal: “Fixado, portanto, legalmente, o padrão de vencimento ou de subsídio não haverá recuo ou redução posterior, ou, dito de outra forma, ele não decresce em sua valoração legal nominal. Diz-se nominal porque a ocorrência de fatores inflacionários ou de desvalorização do valor real da moeda acaba, por vezes, por provocar redução no valor real atribuído legalmente ao vencimento ou ao subsídio” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 334).

³⁹ A título ilustrativo, citamos o seguinte julgado: “(…). A garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos não autoriza o Poder Judiciário a fixar índice de revisão geral, na forma do inciso X do art. 37 da Magna Carta (redação originária), dada a necessidade de lei específica, cujo processo legislativo é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo. Não altera esse entendimento o suposto fato de as leis específicas editadas pelo ente federado terem concedido aumentos inferiores aos índices inflacionários apurados no período. Mesmo que reconheça mora do Chefe do Poder Executivo, o Judiciário não pode obrigá-lo a apresentar projeto de lei que trate da revisão geral anual da remuneração dos servidores, prevista no inciso X do art. 37 da Lei Maior. Ressalva do entendimento pessoal do Relator. Precedentes: ADI 2.061, Relator Ministro Ilmar Galvão; MS 22.439, Relator Ministro Maurício Corrêa; MS 22.663, Relator Ministro Néri da Silveira; AO 192, Relator Ministro Sydney Sanches; e RE 140.768, Relator Ministro Celso de Mello. Agravo regimental desprovido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 327621 SP. Relator: Min. Carlos Ayres Britto).

⁴⁰ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Remuneração dos agentes públicos*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 116.

ao funcionalismo⁴¹. Não obstante, em complemento que nos parece mais vanguardista, chegou a Suprema Corte a ressaltar que o Poder Judiciário poderia declarar mora e determinar que o Executivo se manifestasse, de forma fundamentada, acerca da possibilidade (ou não) de concessão da recomposição salarial ao funcionalismo⁴². Diante disso, entendemos que, muito embora não seja válida a imposição ao Chefe do Poder Executivo do envio do projeto de lei, é admissível a condenação da Administração ao pagamento da indenização referente às perdas salariais atinentes ao período imprescrito, caso o Poder Público não fundamente adequadamente a não concessão da revisão geral anual. Por fim, lembramos que o artigo ora escrutinado não versa sobre a concessão de aumento, mas tão-somente a reajuste, o qual, no limite, se refere à “recomposição do poder aquisitivo como mera atualização monetária⁴³”.

Assim, em resumo, aos empregados das empresas estatais prestadoras de serviços públicos deve ser reconhecida a irredutibilidade salarial, nos mesmos moldes garantidos aos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos. Essa garantia, certamente, assegura que eles possam desempenhar seus misteres com a devida isenção e segurança. Em acréscimo, destacamos que a criação e fixação de parcelas remuneratórias a essa categoria estão sujeitas à reserva legal, de maneira que as mesmas travas referentes ao princípio da legalidade, subsumíveis no regime jurídico-administrativo, também se aplicam a eles, não sendo possível, dessarte, a condenação judicial à concessão da revisão geral anual, mas admissível, em contrapartida, a indenização pela sua não concessão injustificada.

4.2.2.5 Regime Previdenciário

Aos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos é garantida a aposentadoria por meio de Regime Próprio de Previdência Social - RPPS. Ou seja, eles não estão sujeitos às mesmas regras dos empregados em geral, aposentados pelo Regime Geral da Previdência Social, gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Sobre este aspecto, também são cabíveis algumas considerações.

Primeiramente, destacamos que o atual regime de aposentadoria dos servidores públicos (RPPS) já sofreu diversas modificações, perpetradas por emendas constitucionais, a

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 843112/SP. Recorrente: Município de Leme. Recorrido: Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Leme. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 22 de setembro de 2020. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344858972&text=.pdf> >. Acesso em: 19 jul. 2022.

⁴² Idem.

⁴³ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Remuneração dos agentes públicos*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 121.

maioria delas para amesquinhá-lo e afastá-lo da previsão originariamente idealizada pelo constituinte de 1988. Esse tipo de alteração representa forte desvirtuamento do sistema estabelecido em favor da higidez do serviço público brasileiro: garantida a inatividade com dignidade, o servidor não precisará se corromper no decorrer de seu desempenho funcional. Enfraquecida essa proteção, enfraquece-se todo o sistema idealizado. Neste sentido, observamos que as emendas constitucionais apenas deveriam ser realizadas para fortalecimento do plano originário, uma vez que, conforme ensina Carlos Ayres Britto, o Poder Reformar apenas “trabalha certas normas da nova Constituição para melhor servir à Constituição mesma⁴⁴”, de maneira que “seja como for, o objetivo da reforma não será jamais o de fraudar aqueles princípios axiais da Constituição, dado que por tais princípios é que se fixa a identidade do Magno Texto⁴⁵”. Dessa maneira, toda reforma que não se preste a reforçar o programa constitucional originário, que tenha como fim melhorá-lo, deverá ser considerada inválida⁴⁶.

Feita a ressalva acima, referenciamos a atual redação do art. 40 da Constituição da República, que atribui ao Regime Próprio de Previdência Social (estabelecido em benefício dos servidores titulares de cargos efetivos) o caráter contributivo e solidário, custeado mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. O servidor abrangido por esse regime poderá ser aposentado: a) por incapacidade permanente para o trabalho, no cargo em que estiver investido, quando insuscetível de readaptação, hipótese em que será obrigatória a realização de avaliações periódicas para verificação da continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria, na forma de lei do respectivo ente federativo; b) compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar (lembramos que foi editada a Lei Complementar nº 152, que fixa a aposentadoria compulsória aos 75 anos aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, membros do Poder Judiciário, membros do Ministério Público; membros das Defensorias Públicas e membros dos Tribunais e dos Conselhos de Contas); c) no âmbito da União, aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e, no âmbito dos Estados,

⁴⁴ BRITTO, Carlos Ayres. A Constituição e o Monitoramento de Suas Emendas. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º1, janeiro, 2004. Disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso em 21 de julho de 2022.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 78-79.

do Distrito Federal e dos Municípios, na idade mínima estabelecida mediante emenda às respectivas Constituições e Leis Orgânicas, observados o tempo de contribuição e os demais requisitos estabelecidos em lei complementar do respectivo ente federativo. Conforme resume Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a aposentadoria consiste em “direito à inatividade remunerada, assegurada ao servidor público em caso de invalidez, idade ou requisitos conjugados de tempo no serviço público e no cargo, idade mínima e tempo de contribuição⁴⁷”, abarcando, portanto, as seguintes modalidades: aposentadoria por invalidez, aposentadoria compulsória e aposentadoria voluntária.

Além dessas disposições, segundo estabelecido no §14 do artigo 40 da Constituição da República, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, regime de previdência complementar para servidores públicos ocupantes de cargo efetivo, observado o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social para o valor das aposentadorias e das pensões em regime próprio de previdência social. Dessa maneira, o agente público abarcado pelo RPPS ainda terá direito a uma previdência pública e obrigatória, “no regime de repartição simples e com benefício definido, até o teto pago pelo RGPS, sendo que o montante da remuneração que ultrapassar esse valor poderá – desde que assim deseje o servidor – ser investido no regime de capitalização, com contribuição definida, numa entidade fechada de previdência⁴⁸”.

Pois bem. O sistema próprio de previdência é gerido por órgãos ou entidades específicos instituídos no âmbito das respectivas unidades federativas e custeado mediante contribuições dos servidores e do próprio ente, ressalvado ainda o estabelecimento de um sistema de previdência complementar, nos termos acima delineados. Conforme exposto, os empregados das empresas estatais, tanto prestadoras de serviços públicos quanto exploradoras de atividade econômica, estão hoje vinculados ao Regime Geral de Previdência Social. No entanto, em se aplicando o regime jurídico-administrativo aos servidores das primeiras, far-se-ia necessária uma compatibilização também do seu sistema de previdência. Nesses termos, pela correta interpretação do direito, esses deveriam ser aposentados pelo Regime Próprio de Previdência Social, e não pelo Regime Geral, o que, num primeiro momento poderia gerar certos problemas atuarias. No entanto, o próprio sistema parece oferecer uma solução. Vejamos.

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Aposentadoria dos servidores públicos efetivos e pensão dos seus dependentes. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores públicos na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 184.

⁴⁸ BEDONE, Igor Volpato; FERREIRA, Juliana de Oliveira Duarte. *Direito Previdenciário Público: Regime Próprio de Previdência Social dos servidores públicos do Estado de São Paulo*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 369.

No ordenamento jurídico pátrio, existe a possibilidade de compensação entre os regimes de previdência. Isso garante que trabalhadores possam migrar de um sistema a outro sem prejuízo do seu direito de aposentadoria. É por essa razão que existe a chamada contagem recíproca de tempo, nos termos estabelecidos pela Lei nº 9.796/99. Conforme ensina a doutrina, “atualmente, ao menos entre o Regime Geral de Previdência Social e os Regimes Próprios, contagem de tempo e compensação previdenciária são faces de uma mesma moeda, engrenagens de um sistema cujo funcionamento depende do perfeito desempenho de cada uma delas⁴⁹”. Nesses termos, utilizando-se de certidões de tempo de contribuição, por meio das quais “o regime de previdência a que o trabalhador esteve vinculado no passado (regime de origem) atesta o tempo de contribuição a ser utilizado para obtenção de aposentadoria no regime atual (regime instituidor)⁵⁰”, os empregados das empresas estatais prestadoras de serviços públicos poderão comprovar, para fins de compensação entre os regimes, que efetivamente verteram contribuições aos órgãos de previdência social. Conforme artigo 130 do Regulamento da Previdência Social, o tempo de contribuição para regime próprio de previdência social ou para Regime Geral de Previdência Social deve ser provado com certidão fornecida: a) pela unidade gestora do regime próprio de previdência social ou pelo setor competente da administração federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, suas autarquias e fundações, desde que devidamente homologada pela unidade gestora do regime próprio, relativamente ao tempo de contribuição para o respectivo regime próprio de previdência social ou; b) pelo setor competente do Instituto Nacional do Seguro Social, relativamente ao tempo de contribuição para o Regime Geral de Previdência Social. Nesses termos, de posse de referidas certidões, os empregados das empresas estatais prestadoras de serviços públicos deverão solicitar a contagem do tempo de contribuição que verteram em favor do Regime Geral da Previdência Social, para fins de pedido de benefício junto ao Regime Próprio ao qual estiverem vinculados. Importante salientar que essas aposentadorias somente poderão ser deferidas até o valor máximo dos benefícios previstos para o Regime Geral de Previdência Social, de maneira que, caso o servidor queira ultrapassar esse teto, deverá se valer do regime complementar de previdência daquela unidade federativa, ao qual poderá verter contribuições.

⁴⁹ BEDONE, Igor Volpato; FERREIRA, Juliana de Oliveira Duarte. *Direito Previdenciário Público: Regime Próprio de Previdência Social dos servidores públicos do Estado de São Paulo*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 331.

⁵⁰ Idem, pp. 335-336.

4.2.2.6 Cumulação de cargos e vencimentos

Outrossim, conforme estabelecido hoje, aos empregados das empresas estatais incide a vedação constante do art. 37, XVI do Texto Magno, em redação conformada pelas emendas constitucionais nº 19/98 e 34/01, segundo a qual é vedada a acumulação remunerada⁵¹ de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, nos seguintes casos: a) dois cargos de professor; b) um cargo de professor com outro técnico ou científico; c) dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas. Além dessas hipóteses, são dignas de menção as seguintes previsões em que a Constituição da República admitiu a acumulação remunerada de cargos públicos⁵²: a) possibilidade de cumulação de cargo, emprego ou função pública com o mandato de vereador, desde que haja compatibilidade de horários, nos termos do art. 38, III, da Constituição da República; b) segundo o inciso I do parágrafo único do art. 95 do Texto Magno, aos juízes é vedado exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério e c); membros do Ministério Público não podem exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério (art. 128, §5º, CF). Conformem ensinam Valerio Mazzuoli e Waldir Alves, “a Constituição de 1988, seguindo tratamento dado pelas Constituições anteriores, regulou *por completo* a permissão do acúmulo remunerado de cargos públicos, não havendo, sequer, conferido sua especificação (regulamentação etc.) ao legislador infraconstitucional⁵³”.

As restrições acima referenciadas se prestam a garantir o profissionalismo na Administração Pública, salvaguardando que os servidores não se dividam entre diversas funções públicas, prejudicando seu rendimento. Segundo a doutrina⁵⁴, são três os requisitos para referida cumulação: a) compatibilidade de horário; b) obediência ao teto remuneratório e; c) autorização constitucional (no caso, dois cargos de professor; um cargo de professor com

⁵¹ Importante salientar que se trata da acumulação *remunerada* de cargos, empregos e funções públicas. Nesses termos, válida a doutrina de Fabrício Motta e Luciano Ferraz: “Inicialmente, convém anotar que a vedação aplica-se somente aos casos em que há recebimento de dupla remuneração (acumulação remunerada), devendo-se anotar que, como regra, é vedada a prestação de trabalho gratuito na Administração Pública” (MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano. *Acumulação de cargos, empregos, funções e proventos*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores públicos na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 96).

⁵² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 700.

⁵³ ALVES, Waldir; MAZUOLLI, Valerio. *Acumulação remunerada de cargos públicos: uma questão de aplicação da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 43.

⁵⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 699.

outro técnico ou científico ou dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, bem como as demais hipóteses mencionadas).

No que tange à compatibilidade de horários, é importante destacar que a jurisprudência pátria já teve a oportunidade de se manifestar quanto a posições restritivas adotadas por órgãos da Administração Pública. Nesses termos, o Supremo Tribunal Federal julgou que as hipóteses autorizadoras de acumulação de cargos públicos previstas no texto constitucional estão sujeitas “unicamente, à existência de compatibilidade de horários, verificada no caso concreto, ainda que haja norma infraconstitucional que limite a jornada semanal⁵⁵”. Dessa maneira, afastou a regra infraconstitucional que limitava a carga de trabalho dos servidores que acumulavam cargos, empregos ou funções ao máximo de 60 (sessenta) horas semanais. Entendemos acertada a posição adotada pelo Pretório Excelso, haja vista que a restrição em tela tem fundo constitucional e apenas o Texto Maior poderia aprofundá-la. Nesses termos, inexistente restrição ao limite de horas na Constituição da República, de modo que não caberia aos entes asseverar a disposição expressa. Conforme ensina a doutrina, trata-se de “restrição expressamente e diretamente constitucional, que não pode sofrer qualquer agravamento da sua restrição que por lei ou regulamento infraconstitucional⁵⁶”.

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou para esclarecer a que se referia a expressão “cargo técnico” constante da norma constitucional. Segundo a Corte, a expressão em questão “não remete, essencialmente, a um cargo de nível superior, mas pela análise da atividade desenvolvida, em atenção ao nível de especificação, capacidade e técnica necessários para o correto exercício do trabalho⁵⁷”. Nesses termos, reconheceu que o exercício da profissão de tradutor e intérprete de Libras exigiria conhecimentos técnicos e específicos relativos a um sistema linguístico próprio, concluindo que, diante disso, inexistiria vedação para cumulação do cargo de professor com a de tradutor e intérprete de Libras, reconhecido como cargo de natureza técnica.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n. 1246685/RJ. Recorrente: União. Recorrido: Cassia da Conceição Melo Duarte. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 19 de março de 2020. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342957670&ext=.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2022.

⁵⁶ MAZZUOLI, Valerio; ALVES, Waldir. *Acumulação de cargos públicos: uma questão de aplicação da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 44.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1569547/RN. Recorrente: Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Recorrido: Ramon Evangelista dos Anjos Paiva. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 15 de dezembro de 2015. Disponível em < https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201503019934&dt_publicacao=02/02/2016>. Acesso em: 21 jul. 2022.

Por derradeiro, no que tange aos limites pecuniários, lembramos que o Supremo Tribunal Federal reviu a jurisprudência que tradicionalmente adotava, para fixar que o teto remuneratório deve ser considerado, individualmente, para cada um dos vínculos. Conforme decidido pela Suprema Corte, “nas situações jurídicas em que a Constituição Federal autoriza a acumulação de cargos, o teto remuneratório é considerado em relação à remuneração de cada um deles, e não ao somatório do que recebido⁵⁸”. Entendemos correta a posição adotada, eis que, se o Texto Constitucional reconheceu a possibilidade de acumulação de vínculos, é certo que isso pressupõe a acumulação da remuneração.

Decerto, aos empregados das empresas estatais prestadoras de serviços públicos são aplicáveis as restrições em comento, o que se justifica, conforme dito acima, pelo profissionalismo que o bom exercício da função pública requer. Desse modo, a acumulação com outros liames públicos remunerados só pode se dar nas hipóteses constitucionalmente previstas, desde que haja compatibilidade de horários e respeitado o teto constitucional em cada um dos vínculos.

4.2.3 Término do vínculo

Conforme defendido no item 4.2.2.1 desta pesquisa, aos empregados de empresas estatais prestadoras de serviços públicos é garantida a estabilidade, de maneira que esses somente poderão ser dispensados do serviço público caso advenha alguma das hipóteses previstas no art. 41 da Constituição da República, com redação conferida pela Emenda Constitucional nº 19/98, quais sejam: a) em virtude de sentença judicial transitada em julgado; b) mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; c) mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa; d) caso não sejam cumpridos os limites com despesa de pessoal, nos termos do art. 169, CF. Detalhemos essas hipóteses abaixo.

Acerca da previsão referente à existência de sentença judicial transitada em julgado, rememoramos que existem situações legais em que o servidor público estável poderá perder seu

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 612975/MT. Recorrente: Estado do Mato Grosso. Recorrido: Isaac Nepomuceno Filho. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 27 de abril de 2017. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312672762&text=.pdf> >. Acesso em: 21 jul. 2022.

cargo após processo judicial. É o caso, por exemplo da Lei de Improbidade Administrativa⁵⁹, que, em seu artigo 12, referentemente aos atos de improbidade que causem enriquecimento ilícito, prevê as penas de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos e *perda da função pública*⁶⁰.

Outrossim, em âmbito criminal, é possível que a perda do cargo seja consequência da sanção aplicada naquela instância. Nos termos do artigo 92 do Código Penal, isso ocorrerá quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública ou quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos. Ressalva a doutrina que a perda do cargo não configura pena acessória, mas “efeito da condenação, daí

⁵⁹ Acerca da tutela da probidade no âmbito público e a reforma da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), válida a lição de José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Musetti Grotti: “A improbidade administrativa restou consagrada como ‘sistema de responsabilização’, na dicção de novo artigo 1º, *caput*, da LIA. Esse qualificativo legal é essencial para a interpretação adequada da racionalidade interna de seus próprios comandos, além da sua racionalidade externa, em busca de compatibilidade com a CF. Com efeito, o artigo 37, §4º, da Lei Maior (inalterado até a presente data) edifica tipo constitucional basilar do sancionamento de atos de improbidade administrativa, inaugurando em 1988 o então desconhecido *sistema geral e autônomo de responsabilidade*, no plano do ordenamento brasileiro. Diferentemente de referências constitucionais no campo do Direito Penal, em nosso terreno de análise, a Constituição não só confere identidade à ilicitude, mas também plasma o bem jurídico tutelado, estabelecendo sanções estatais expressas e implícitas, em razão do cometimento daquela, inclusive arvorando medida acautelatória específica, impondo ao legislador federal (através de normas nacionais) *mandado de conformação obrigatória* do sistema de responsabilização, erigido em torno da tutela da *probidade na organização do Estado*”(GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Panorama do sistema de responsabilidade pela prática de atos de improbidade administrativa na Lei de Improbidade Administrativa reformada. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). *Lei de Improbidade Administrativa reformada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, pp. 52-53).

⁶⁰ Acerca da pena de perda da função pública, convém salientar que, segundo a atual redação da Lei nº 8.429/92 (alterada pela Lei nº 14.230/2021), essa atinge apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha na época do cometimento da infração, podendo o magistrado, na hipótese de enriquecimento ilícito, e em caráter excepcional, estendê-la aos demais vínculos, consideradas as circunstâncias do caso e a gravidade da infração. Nesses termos, citamos a doutrina: “[...] o legislador evoluiu na sua posição e agora há séria e precisa limitação, na linha mencionada na jurisprudência restritiva, ou seja, como regra geral, a mencionada sanção de perda da função pública, nas hipóteses dos incisos I e II do *caput* do art. 12 da Lei de Improbidade, atinge apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha com o poder público, isso na época do cometimento da infração. Mas agora passa a haver exceção expressa: pode o julgador, *exclusivamente* na hipótese do inciso I do art. 12 da Lei de Improbidade, que é a de maior gravidade e que disciplina as penas no caso de enriquecimento ilícito, mas em caráter excepcional, ampliar e estendê-la aos demais vínculos, consideradas as circunstâncias do caso e a gravidade da infração” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. *Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021*. 5. ed., 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 186).

por que somente pode ocorrer nos precisos termos do dispositivo do Código Penal⁶¹”. Não obstante, conforme estabelecido no parágrafo único do dispositivo mencionado, os efeitos em questão não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

No que tange às hipóteses referentes à perda de cargo mediante processo administrativo, vislumbramos as hipóteses em que o agente público sofre essa pena após a devida a instauração de processo disciplinar⁶², conforme legislação do próprio ente. Nesses casos, deverão ser assegurados o contraditório e a ampla defesa, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição da República de 1988⁶³. Ao final do processo, para a devida aplicação da pena de demissão, deve restar comprovado que o servidor tenha praticado infração considerada típica (enquadramento formal e material na hipótese normativa), antijurídica (não albergada em nenhuma excludente de ilicitude), dotado ele de culpabilidade (capacidade de tomar conhecimento de suas condutas) e punível (presentes as condições objetivas de punibilidade)⁶⁴.

⁶¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 453.

⁶² Acerca dos pressupostos da responsabilidade disciplinar, válida a lição de Ricardo Marcondes Martins: “A doutrina é praticamente unânime em afirmar a identidade ontológica entre o ilícito penal e o ilícito administrativo; a diferença é apenas formal. A teoria do crime é, indiscutivelmente, um dos temas mais ricamente desenvolvidos na Ciência do Direito. A doutrina vem, há muitos anos, debatendo conceitos, formulando e reformulando teorias, acumulando resultados, de modo que, apesar de estar longe de um resultado definitivo, tem-se hoje um arcabouço teórico de inestimável riqueza conceitual. Os administrativistas reconhecem a identidade ontológica entre o crime e a infração disciplinar, mas, regra geral, não utilizam os conceitos formulados pelos penalistas. Ressalvadas as devidas adaptações, ao menos sob o aspecto conceitual, é mister reconhecer a perfeita aplicação da teoria do crime à teoria do ilícito disciplinar. Por isso – afirma-se –, para haver responsabilização disciplinar do agente público é necessária a presença de quatro pressupostos: (1) fato típico; (2) antijuridicidade; (3) culpabilidade; e (4) punibilidade.” (MARTINS, Ricardo Marcondes. Pressupostos da responsabilização disciplinar. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, vol. 16, p. 179-212, jan./mar. 2021).

⁶³ Neste ponto, pertinente mencionar a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “A expressão processo administrativo, no dispositivo constitucional, equivale a ‘processo administrativo disciplinar’, disciplinado na legislação estatutária de cada ente político. Essa mesma legislação define as hipóteses em que a infração administrativa é punida com pena de demissão. Nesses casos, a instauração do processo administrativo é obrigatória e exige a observância dos princípios do contraditório e ampla defesa, com os meios de defesa a ela inerentes, por imposição não só do artigo 41, § 1º, inciso II, mas também do artigo 5º, LV, da Constituição” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Estabilidade do servidor público. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores públicos na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 165).

⁶⁴ Conforme mencionamos em outra oportunidade: “Acompanhando o raciocínio esposado acima, destacamos que infração e sanção são expressão correlatas, ou seja, a uma infração (via de regra) corresponderá uma sanção, de modo que esta será penal, administrativa ou civil a depender apenas do órgão que a aplique. Ressalvamos, no entanto, que o simples cometimento de uma infração não leva à aplicação mecânica e automática de uma sanção. Para tanto, faz-se necessário o atendimento a certos pressupostos. Por essa razão, vislumbramos que, sendo ontologicamente semelhantes, a sanção penal e a administrativo-disciplinar deverão atender a pressupostos análogos, de modo que se faz necessário o estudo, em âmbito administrativo, dos elementos estruturantes do delito penal. Dito isso, nos valendo da já consolidada contribuição da doutrina criminal, possível afirmar que, para que um fato, no âmbito do direito disciplinar, seja punível, faz-se necessário que esse seja: a) fato típico; b) antijurídico; c) culpável e; d) punível”. (FERNANDES, Felipe Gonçalves. *A tipicidade e o regime disciplinar de servidores públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 87).

Importante registrar que, conforme fixado na Súmula nº 650 do STJ, a autoridade administrativa não dispõe de discricionariedade para aplicar ao servidor pena diversa de demissão quando caracterizadas as hipóteses previstas no art. 132 da Lei nº 8.112/90. O enunciado em questão foi redigido à luz do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, mas pode ser aplicado aos demais entes, por raciocínio analógico. Nesses casos, segundo a Corte Cidadã, praticada infração sujeita à pena de demissão ou cassação da aposentadoria, a autoridade administrativa não teria competência para aplicar a sanção mais branda. Pensamos que o entendimento sumulado deve ser interpretado com alguma cautela. Vejamos, por exemplo, a hipótese prevista no inciso IV do artigo 132 da Lei nº 8.112/90, que consagra ato de improbidade administrativa como conduta passível de demissão. No entanto, nem todas as ações e omissões enquadráveis na Lei nº 8.429/92 estão sujeitas a tal sanção. Assim, caso se trate, por exemplo, de ato que viola princípio da Administração Pública, não mais sujeito à pena de demissão⁶⁵, entendemos que a interpretação deve ser abrandada. Do contrário, o Estatuto dos Servidores estaria prevendo penalidade ausente na própria lei especializada.

Doutra ponta, a Emenda Constitucional nº 19/98 inseriu no artigo 41 a hipótese de perda do cargo mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. Até o momento não foi editado referido diploma, de modo que o instituto não se mostra, hodiernamente, aplicável⁶⁶. Não obstante, é importante destacar que, ainda que essa seja instituída, eventuais interpretações que admitam a dispensa do servidor estável sem a prática de infração funcional certamente serão eivadas de inconstitucionalidade. Isso porque tal exegese subverteria por completo o sistema de imunização previsto pelo constituinte originário. Desse modo, em análise sistemática, o dispositivo em questão (fruto de reforma) se mostra, de certa forma, inútil, eis que “já existe no

⁶⁵ Sobre o tema, esclarecemos: “A sanções estão previstas no art. 12 da lei 8.429/92. São viáveis as seguintes espécies de reprimendas: a. perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b. perda da função pública; c. suspensão dos direitos políticos; d. pagamento de multa civil equivalente ao acréscimo patrimonial e; e. proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, *ainda que* por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. [...] Com a lei 14.230/2021, não é mais possível a aplicação da sanção de perda da função pública e de suspensão de direitos políticos para os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, restando apenas a multa e a proibição de contratar e receber benefícios” (FERNANDES, Felipe Gonçalves; PENNA, Rodolfo Breciani; PORTO, José Roberto Mello. *Manual de Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, p. 59).

⁶⁶ Neste sentido a doutrina: “O artigo 41, §1º, III, que prevê a possibilidade de perda do cargo mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, não é autoaplicável, uma vez que depende de lei complementar que o regule. Em 20 anos de vigência da Constituição, essa lei complementar, que deve ser de âmbito nacional, não foi promulgada” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Estabilidade do servidor público. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores públicos na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 165).

ordenamento positivo a previsão de perda do cargo, mediante demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso (art. 100 do Decreto-lei nº 200/67), além de penas mais brandas por descumprimento dos deveres funcionais⁶⁷”.

Por derradeiro, mencionamos a hipótese prevista no art. 169 da Constituição da República, referentemente ao descumprimento dos limites com despesa de pessoal. A título ilustrativo, lembramos que, regulamentando o dispositivo em questão, estabelece a Lei Complementar nº 101 (Lei de Responsabilidade Fiscal) que a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: a) União: 50% (cinquenta por cento); b) Estados: 60% (sessenta por cento); c) Municípios: 60% (sessenta por cento). Caso sejam ultrapassados tais patamares, os entes poderão adotar medidas de redução em pelo menos 20% (vinte por cento) das despesas com cargos em comissão e funções de confiança, exoneração de servidores não estáveis e, caso essas se mostrem insuficientes, deverá ser editado ato normativo de cada um dos Poderes que especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal. Com efeito, a Lei nº 9.801/99 dispõe sobre as normas gerais para perda de cargo público por excesso de despesa e dá outras providências. Segundo ela, o critério geral e impessoal a ser adotado para identificação dos servidores estáveis a serem desligados dos respectivos cargos será escolhido entre: a) menor tempo de serviço público; b) maior remuneração ou; c) menor idade. Tal hipótese se apresenta da mais supina inconstitucionalidade, por admitir a exoneração de servidores estáveis com base na irresponsabilidade fiscal de gestores públicos⁶⁸.

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Estabilidade do servidor público. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores públicos na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 165.

⁶⁸ Sobre este assunto, válida a doutrina do professor Celso Antônio Bandeira de Mello: “A determinação da perda dos cargos por parte dos servidores estáveis, com indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço, parece-nos *flagrantemente inconstitucional*, por superar os limites do poder de emenda (cf. ns. 142 e ss.). Tal perda só poderia ocorrer com a extinção do cargo e colocação de seus ocupantes em disponibilidade remunerada, como previsto na Constituição (art. 41, §3º). Salta aos olhos que uma simples emenda não poderia elidir o *direito adquirido* dos servidores estáveis a somente serem desligados do cargo em razão das faltas funcionais para as quais fosse prevista a pena de demissão, tudo apurado em processo administrativo ou judicial, consoante estabelecido no art. 41, antes de ser conspurcado pela Emenda 19” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 222).

4.3 O regime jurídico do vínculo funcional dos empregados das empresas estatais exploradoras de atividade econômica

Conforme visto acima, quanto às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, não obstante haja uma contrafação real que merece correção, aplica-se a elas, desde já, em sua integralidade, o regime jurídico administrativo, o que abrange os vínculos funcionais de seus servidores. No que tange aos empregados das companhias exploradoras de atividade econômica, todavia, a interpretação se dá em sentido diverso. Isso porque a forma de direito privado adotada, referentemente à atividade em tela, é de legítima utilização, de modo que, em termos gerais, seu regime se denota correto.

No entanto, não obstante a correta aplicação de formas de direito privado e, consequentemente, do regime celetista em referidos entes, é certo que os institutos em questão ainda carecem de profundas adaptações hermenêuticas. Isso porque, conforme premissa fixada no capítulo 3, a Administração Pública, mesmo quando atua nesse âmbito, não firma propriamente contratos com seus empregados, mas atos administrativos bilaterais de vestes celetárias. Esse é um ponto importantíssimo para a correta compreensão do vínculo funcional dos agentes das empresas exploradoras de atividade econômica: o liame que os une ao ente estatal é composto por *ato administrativo*, e não por contrato. Neste sentido, verificamos que nas espécies ora analisadas repousa a forma de direito privado (regime celetista) sobre toda uma coluna normativa de direito público, o que pressupõe a acomodação de institutos, quando não a sua ressignificação. Nesses moldes, dentre outras adaptações necessárias, os vínculos em questão devem ser estudados à luz da teoria do ato administrativo, e não do contrato. Diante disso, passamos a verificar como cada elemento referente ao vínculo se comporta diante das premissas adotadas.

4.3.1 Admissão

É certo que, para admissão de empregados das empresas estatais exploradoras de atividade econômica também se faz necessária a realização de concurso público nos mesmos moldes aplicáveis aos empregados das prestadoras de serviços públicos. No entanto, a situação ora tratada comporta algumas nuances. Vejamos.

4.3.1.1 O concurso público como requisito essencial

Conforme artigo 442 da CLT, contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso⁶⁹, correspondente à relação de emprego. Ou seja, o contrato de trabalho tanto pode ser expressamente acordado pelas partes, por meio de acordo verbal ou documento escrito, quanto se dar tacitamente, simplesmente pelas posturas de empregado e empregador. É contrato que, como regra, dispensa a solenidade. A utilização da forma escrita, por exemplo, se revela muito mais importante para efeitos de sua prova do que se sua constituição⁷⁰. Na Administração Pública, todavia, esse tipo de formação se mostra impossível. Não há que se falar em contrato tácito no seio público. Outrossim, se a avença laboral é negócio não solene, na Administração Pública certamente essa será, sim, *ato solene*, dependente de requisitos essenciais, dentre os quais se destaca a prévia aprovação em concurso público⁷¹.

No mesmo sentido, a admissão para emprego público deve ser exteriorizada de alguma forma (publicada ou comunicada), sob pena de inexistência do ato. Ou seja, se determinado cidadão é admitido em concurso público, mas seu ato de nomeação nunca é publicado nem lhe é comunicado de qualquer maneira e ele nunca se apresenta para tomar posse nem entrar em exercício, é possível afirmar que o ato em questão carece de forma: não houve a exteriorização

⁶⁹ Acerca da dicotomia entre contratos de trabalho expressos ou tácitos, citamos a doutrina de Alexandre Agra Belmonte: “Os contratos de emprego expressos adotam forma escrita, verbal ou mesmo gestual para a celebração e ajuste das cláusulas. Os contratos de emprego tácitos são aqueles em que a manifestação de vontade necessária à celebração decorre de atitudes materiais inequívocas. Por exemplo, a celebração tácita do contrato definitivo em sequência à continuidade do trabalho após findo o prazo do contrato de experiência. A importância da distinção entre os contratos expressos e tácitos será, basicamente, na prova civil da sua existência e na substituição do silêncio das partes pela letra da lei em relação às respectivas cláusulas. Assim é que na falta de ajuste expresso de condição do contrato de trabalho, aplicar-se-ão as condições mínimas da lei (art. 447, CLT), exceto quanto à remuneração, que será balizada pelo salário pago ao mesmo tipo de serviço na empresa ou, na falta desde, no mercado (art. 460, CLT) (BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições civis no Direito do Trabalho - Curso completo de Direito Civil com aplicação subsidiária nas relações de trabalho*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 592).

⁷⁰ Neste sentido, Henrique Correia: “Forma prescrita ou não defesa em lei: para a celebração do contrato de trabalho, em regra, não há formalidade especial. Poderá ocorrer de forma escrita ou verbal, ou ainda, de forma tácita, em que evidencia apenas um comportamento entre empregado e empregador, sem que haja menção das partes ao vínculo empregatício. Percebe-se questão se liga intimamente com a noção de prova do contrato” (CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 557-558).

⁷¹ Conforme já ressaltado, hoje não há dúvidas quanto à exigência de prévia aprovação em concurso público como requisito essencial à assunção de cargo ou emprego público: “Atualmente, a exigência do concurso público envolve tanto os cargos como os empregos públicos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego (art. 37, II, CF). O ingresso no serviço público sem aprovação em concurso público implica nulidade do ato e punição da autoridade responsável (art. 37, II e §2º), por ato de improbidade administrativa, nas esferas civil, administrativa e penal” (CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O empregado público*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 103).

do conteúdo do ato, não há conduta comunicada nem recebida pelo destinatário, não havendo norma, portanto⁷².

Importante alertar que essa situação não se confunde com a admissão que desrespeita as regras do concurso público. Neste caso, o ato será existente, porém, inválido. Gerará, portanto, alguns efeitos, tal como a imposição de pagamento de saldo de salários e FGTS em favor do empregado irregular (que deverá ser imediatamente desligado), nos termos da Súmula nº 363 do TST⁷³. A doutrina trabalhista chama essa situação de *nulidade* do contrato de trabalho, uma hipótese de trabalho proibido⁷⁴. Entendemos correto, todavia, considerar que se trata de causa de invalidade do ato administrativo, por desrespeito a elemento essencial. Não obstante, é possível que esse vício se estabilize com o tempo e com a mudança da situação, passando, em situações deveras excepcionais, à condição de mera irregularidade, o que ocorre, por exemplo, se aquela empresa estatal na qual o empregado fora admitido irregularmente seja privatizada. É o que aponta a Súmula nº 430 do TST, segundo a qual restam “convalidados⁷⁵” os efeitos do contrato de trabalho que, considerado inválido por ausência de concurso público, quando celebrado originalmente com ente da Administração Pública Indireta, continua a existir após a sua privatização.

Por derradeiro, apontamos importantes entendimentos cristalizados na jurisprudência do TST, os quais consagraram a impossibilidade de formação de vínculo empregatício em caso de desrespeito à regra do concurso público. Essa, certamente, é a regra geral a ser aplicada. Além da própria Súmula nº 363, já citada anteriormente, digna de nota a Orientação Jurisprudencial nº 366 da SDI-I do TST, segundo a qual, ainda que desvirtuada a finalidade do

⁷² Conforme ensina Ricardo Marcondes Martins: “Conteúdo é aquilo que o ato dispõe; forma é o ato como ato se exterioriza. A norma jurídica existe para regular a conduta humana; não é um fim em si, mas um meio de cumprimento da função estatal. Por isso, norma sem um conteúdo, sem o estabelecimento de duas situações jurídicas e de uma relação entre elas, não é norma. Da mesma forma, se o conteúdo da regulação da conduta não é exteriorizado, permanece no íntimo do agente, não é emitida e recebida pelo destinatário, não há disciplina de conduta, e, por conseguinte, não há norma. A forma de exteriorização do ato administrativo é a publicidade, e esta se dá por dois meios: pela publicação e pela comunicação” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 125).

⁷³ O enunciado em questão dispõe o seguinte: “Súmula nº 363 do TST. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”.

⁷⁴ Cite-se: “Cabe ressaltar, ainda, que alguns autores apontam a hipótese de contratação de servidor ou empregado sem concurso público como hipótese de trabalho proibido. Outros doutrinadores defendem que essa contratação desrespeita a forma prevista em lei. Enfim, o desrespeito ao concurso público acarretará a nulidade do ato jurídico. Dessa forma, o trabalhador contratado de forma irregular receberá apenas o saldo de salário pelas horas trabalhadas e os valores relativos aos depósitos de FGTS” (CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 559).

⁷⁵ Entendemos que o mais correto aqui seria falar em “estabilização do vício”. No entanto, por se tratar da redação da Súmula, registramos.

contrato de estágio celebrado na vigência da Constituição Federal de 1988, é inviável o reconhecimento do vínculo empregatício com ente da Administração Pública direta ou indireta, por força do art. 37, II, da CF/1988, bem como o deferimento de indenização pecuniária, exceto em relação às parcelas previstas na Súmula nº 363 do TST, se requeridas. Nos mesmos termos, conforme dispõe a Orientação Jurisprudencial nº 128 da mesma SDI-I, o certame público posteriormente anulado equivale à contratação realizada sem a observância da exigência contida no art. 37, II, da Constituição Federal de 1988. Assim sendo, aplicam-se à hipótese os efeitos previstos na Súmula nº 363 do TST.

A situação não é tão simples, todavia. Isso porque não são poucas as ocorrências no mundo fático que trazem à baila a hipótese de pessoas que exercem funções públicas sem a devida investidura, o que impõe uma análise mais detida do tema, realizada na sequência.

4.3.1.2 Situação excepcional: agentes de fato

Após discorrer sobre a regra do concurso público, aspecto que merece atenção é a existência dos chamados agentes ou servidores de fato. Acerca desse tema, é importante mencionar o recorte inicial feito por Fernando Henrique Mendes de Almeida, segundo o qual existe a função de direito, correspondente a “toda aquela que decorre de investidura universalmente completa, isto é, inatacável nas partes e no todo⁷⁶” e a função de fato, consistente em “toda aquela que não é universalmente perfeita, ou que decorre de nenhuma investidura⁷⁷”. Segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha, servidor de fato é a pessoa que exerce as funções públicas inerentes ao cargo ou emprego público sem investidura legalmente válida. Conforme ensina a professora, essa pessoa não teve provimento no cargo, emprego ou função pública ou o ato que lhe teria conduzido a tal provimento restou viciado, de forma originária ou incidental⁷⁸. Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁷⁹ divide esse grupo entre os agentes de fato putativos (aqueles que desempenham função pública em desrespeito à regra do concurso

⁷⁶ DE ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes. *Contribuição ao estudo da função de fato*. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 13.

⁷⁷ Idem, pp. 13-14.

⁷⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 140.

⁷⁹ Cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 678.

público) e os agentes de fato necessários (agentes que exercem função pública em situação de emergência ou calamidade⁸⁰). Vejamos abaixo os efeitos jurídicos relativos a cada um deles.

Quanto aos agentes putativos, seus atos devem ser reputados válidos perante terceiros “e o Estado será responsabilizado pelos danos causados⁸¹”. Não obstante, para efeitos de verbas trabalhistas, esses farão jus apenas a saldo de salários e FGTS, nos termos da Súmula nº 363 do TST, haja vista o desrespeito injustificado à regra do concurso público.

No que tange aos agentes de fato necessários, sustenta a doutrina majoritária que seus atos deverão ser, em regra, reconhecidos perante terceiros de boa-fé, mas o Estado não deve ser responsabilizado pelas ações por eles praticadas⁸². Discordamos apenas no que se refere à responsabilidade civil, por considerar que, uma vez no exercício de função pública, ainda que de forma excepcional, esses agentes apresentam o Estado, de maneira que, como regra, este deve ser responsabilizado pelos atos daqueles. Quanto às verbas devidas, essas deverão ser quitadas nos mesmos que seriam pagas ao regular agente público regular que exerça as mesmas funções, não se limitando ao pagamento de saldo de salários e FGTS. Isso em razão da boa-fé daquele que assim agiu, o qual atuou não em razão de usurpação de função pública, mas para fins de realização do interesse público.

4.3.1.3 A acessibilidade e as regras trabalhistas

Por outro lado, os requisitos de acessibilidade impostos aos concursos públicos serão, naturalmente, oponíveis aos certames realizados para a admissão de pessoal nas empresas estatais. Ou seja, o preenchimento de cargos e empregos públicos deverá ser antecedido de procedimento amplo e democrático, ressalvada a possibilidade de estabelecimento de restrições legais com base em argumentos constitucionalmente válidos (acerca da acessibilidade, remetemos do leitor ao item 3.5.2 deste trabalho).

No entanto, os requisitos acima mencionados não são os únicos quando se trata da admissão de empregados nas empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Como os empregados cujo regime se analisa serão contratados sob a égide da CLT, é preciso que os

⁸⁰ Esses agentes são os particulares em colaboração, os quais, segundo a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “*sponte propria*, assumem a gestão da coisa pública em momentos de emergência (gestores de negócios)” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime constitucional dos servidores da Administração Direta e Indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 17).

⁸¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 678.

⁸² Idem, p. 678.

processos de ingresso também se adequem a esse diploma normativo. Desse modo, haverá uma dupla incidência normativa: tanto os ditames do regime jurídico administrativo quanto aqueles atinentes à legislação trabalhista conformarão as situações que se enquadrem em seu espectro.

Por essa razão, além dos mandamentos de ordem publicística, são impostas, por exemplo as vedações constantes da Lei nº 9.029/95, que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente. Neste diapasão, o diploma considera crime as seguintes práticas discriminatórias: a) a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; b) a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem indução ou instigamento à esterilização genética ou a promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS). Outrossim, conforme artigo 442-A da CLT, para fins de contratação, o empregador não exigirá do candidato a emprego comprovação de experiência prévia por tempo superior a 6 (seis) meses no mesmo tipo de atividade, vedação que também deve ser respeitada nas empresas estatais exploradoras e atividade econômica. Ainda, não poderão ser exigidos documentos como a comprovação de regularidade junto a órgãos de proteção ao crédito (como SERASA e SPC).

É certo que, em termos gerais, boa parte dessas obrigações também seriam impostas à Administração Pública. Todavia, há situações específicas em que a normatização trabalhista, dado o seu viés protetivo, trará requisitos mais rigorosos, a exemplo da impossibilidade de exigência prévia superior a seis meses. Assim, em termos admissionais, sempre que a legislação trabalhista trazer norma mais restritiva, deverá ela ser aplicada, haja vista a dupla incidência normativa às situações ora tratadas. Ressalvamos que a regra acima delineada se restringe ao ato da admissão, vez que, conforme veremos adiante, no curso da relação, é possível a imposição de gravames mais severos aos agentes públicos, dada a sua condição.

4.3.1.4 Restrições da legislação eleitoral

Por derradeiro, lembramos que, enquanto os contatos de trabalho na iniciativa privada podem ser firmados a qualquer momento, o ingresso na Administração Pública está sujeito às restrições da legislação eleitoral, nos limites da circunscrição do pleito. Neste sentido, conforme

artigo 73 da Lei nº 9.504/97, é proibido ao Poder Público nomear, contratar ou, de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, *nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos*, sob pena de nulidade de pleno direito⁸³.

Tais restrições, decerto, são impostas também aos órgãos e entidades que admitam empregados públicos. Neste sentido, importante notar que o TST reconheceu a aplicação dessas limitações às empresas estatais, entendimento consolidado na Orientação Jurisprudencial n 51 da sua SDI-I, que firma que aos empregados das empresas públicas e das sociedades de economia mista regidos pela CLT aplicam-se as vedações dispostas no art. 15 da Lei n.º 7.773, de 08.06.1989. Com efeito, o descumprimento às regras em questão poderá levar à suspensão da conduta vedada, sujeitando, ainda, os responsáveis ao pagamento de multa, bem como à possibilidade de cassação do registro ou diploma⁸⁴.

Por derradeiro, ressaltamos que não existe vedação à realização de concursos públicos em período eleitoral. Conforme ensina a doutrina, “não existe nenhuma regra que impeça a realização de concursos públicos ou suspenda o seu andamento só por estarmos em ano eleitoral, independentemente de quem é responsável pelo certame⁸⁵”. A vedação ao ato admissório se refere apenas àqueles concursos públicos cujo resultado não foi homologado em até três meses do pleito.

4.3.1.5 Irrupções do regime jurídico administrativo: a competência para julgamento de ação que questiona ato do concurso público

⁸³ São exceções a essa regra: a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança; b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República; c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo; d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo; e) a transferência ou remoção *ex officio* de militares, policiais civis e de agentes penitenciários.

⁸⁴ Sobre as consequências do descumprimento, cite-se a doutrina: “No caso de descumprimento do art. 73, a conduta vedada será suspensa imediatamente, quando for o caso, e sujeitará os responsáveis ao pagamento de multa (art. 73, §4º), sendo que no caso de violação dos incisos do *caput*, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou diploma (art. 73, §5º, com alteração da Lei n. 12.034/2009)” (CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O empregado público*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 361).

⁸⁵ DOS SANTOS, José Manuel Melo. *Manual de direito do servidor público*, vol. único. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 48.

Conforme acima exposto, o concurso público é requisito específico para o ingresso na Administração Pública Direta ou Indireta, o que, por consequência, é também imposto à admissão de empregados nas empresas estatais. Todavia, nos termos fixados, esse é uma clara expressão do regime jurídico-administrativo⁸⁶, o que impõe algumas nuances específicas, já reconhecidas pela jurisprudência pátria.

Neste diapasão, interessante o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, não obstante não utilize propriamente o raciocínio adotado nesta pesquisa, reconheceu que compete à Justiça comum processar e julgar controvérsias relacionadas à fase pré-contratual de seleção e de admissão de pessoal e eventual nulidade do certame em face da Administração Pública, direta e indireta, nas hipóteses em que adotado o regime celetista de contratação de pessoal⁸⁷. Com efeito, o julgado em comento utiliza raciocínio distinto, mas chega a conclusões semelhantes àsquelas aqui propostas. A título de esclarecimento, segundo entendemos, a competência da Justiça Comum para o julgamento de causas que impugnem atos referentes a concursos públicos se justifica, não pelo fato de se tratar de fase pré-contratual, mas por versar sobre uma irrupção típica e isolada do regime jurídico administrativo. Neste sentido, é importante notar que, ao longo de todo o contrato de trabalho público, e não apenas na sua fase prévia, haverá uma subjacência de normas publicísticas de sorte que, sempre que essas forem *isoladamente* questionadas (quando não estiverem acobertadas pela *forma* de direito privado, portanto), competirá à Justiça Comum o processamento e julgamento da demanda⁸⁹. No entanto, caso o questionamento verse sobre aspecto relacionado à forma de direito privado, a

⁸⁶ Acerca da natureza jurídica, objeto e conceito de concurso público, válida a doutrina: “O concurso público compreende uma sucessão ordenada de atos tendentes à realização de um objetivo final da Administração Pública, qual seja, a seleção e o recrutamento de pessoas potencialmente capacitadas para assumir cargos ou empregos públicos. Como está voltado para um fim determinado, o concurso público constitui um processo administrativo especial, marcado por regras e princípios específicos. O objeto material do concurso público (coisa sobre a qual recai o ato) são os cargos e empregos públicos vagos em que haja necessidade de seu imediato provimento; seu objeto jurídico (efeito jurídico imediato do ato) é o preenchimento de tais lugares vagos na estrutura administrativa por pessoas previamente classificadas e selecionadas por intermédio de realização de provas ou provas e títulos, atendendo-se, rigorosamente, à ordem de classificação dos candidatos, fazendo nascer um vínculo jurídico de natureza funcional (cargo público) ou trabalhista (emprego público) entre o cidadão e o Poder Público” (MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O regime jurídico do concurso público e seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 14-15).

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 960429/RN. Recorrente: Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte. Recorrido: Francisco Josevaldo da Silva. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 24 de junho de 2020. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343547939&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2022.

⁸⁸ Importante destacar que, na decisão em questão, o Supremo não faz ressalva entre empresas estatais prestadoras de serviços públicos e exploradoras da atividade econômica. Ou seja, segundo constou do julgado, esse caráter jurídico-administrativo da fase pré-contratual se expressa independentemente da atividade exercida.

⁸⁹ Isso também ocorre na aposentadoria do empregado público, cuja ação que questione o seu desligamento, nos termos do art. 37, §14 da Constituição da República deverá ser processada e julgada pela Justiça Comum. Esse tema será tratado de forma mais detida mais à frente (item 4.3.5).

competência será da Justiça do Trabalho. Assim, por exemplo, na hipótese de o empregado público impugnar a não concessão de suas férias, nos termos do art. 129 da CLT, será competente a Justiça do Trabalho para o processamento e julgamento da ação. Todavia, se o fundamento da lide desafiar aspecto relacionado aos critérios de admissão utilizados no concurso público, será competente a Justiça Comum.

4.3.2 O vínculo

Conforme fixado no primeiro capítulo desta pesquisa (item 1.2.1), no plano das relações privadas, o vínculo de emprego é formado, automaticamente, quando presentes seus elementos fático-jurídicos⁹⁰, quais sejam: pessoa física trabalhando com pessoalidade, onerosidade, subordinação e habitualidade. No entanto, a forma de consubstanciação da vinculação entre servidores-empregados e a Administração Pública se reveste de contornos próprios. Vejamos.

É assente que a prévia aprovação em concurso público, bem como a publicação do ato são requisitos essenciais para a formação do vínculo empregatício válido no seio do Poder Público. Mas não é só. Ao firmar um “contrato” de trabalho com o ente estatal (a rigor, um ato administrativo bilateral com forma de direito privado e vestes celetárias), é fato que essa avença se encontrará sobreposta a um conjunto subjacente de normas de direito público: será, portanto, um ato de direito público. Por essa razão, os elementos em questão não serão exatamente os mesmos, o que impõe uma correta compreensão dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego quando inseridos no contexto normativo público. Neste sentido, conforme explicitado anteriormente, quando transpostos de um âmbito a outro, caso não encontrem um análogo no polo distinto, os institutos sofrem uma deformação para fins de acomodação. Com os caracteres essenciais à relação de emprego não é diferente.

Assim, de fato, um empregado público admitido pela Administração Pública deve ser uma pessoa física, selecionada com base em suas qualidades pessoais (afinal, ela é quem fora aprovada no certame condicionante ao ingresso) e trabalha com onerosidade, haja vista que nos debruçamos aqui sobre o vínculo permanente dos profissionais da Administração Pública. No entanto, dois elementos se deformam quando a avença tem a Administração Pública em um de seus polos: a habitualidade e a subordinação.

⁹⁰ Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 354.

4.3.2.1 *Habitualidade vs investidura*

Rememoramos que, para fins do direito privado, a habitualidade se refere ao requisito atinente à exigência de que o trabalhador compareça perante o empregador com alguma regularidade. Conforme ressaltamos, não se impõe, necessariamente, que a prestação ocorra por muitas horas ou dias seguidos, mas que seja dada de modo regular, inserida nas atividades rotineiras da empresa (mais detalhes no item 1.2.1.5 desta pesquisa). No entanto, é certo que essa habitualidade, por si só, não é capaz de validar o vínculo de um empregado com o Poder Público, haja vista o óbice representado pelos requisitos específicos necessários quando se trata de ato de admissão realizado por entes estatais.

Neste sentido, para fins de configuração de requisito essencial para a caracterização do vínculo com a Administração Pública, a habitualidade encontra seu paralelo nos atos de provimento e investidura. Ou seja, não é condição inafastável o requisito temporal para que alguém seja considerado empregado público: o nêmesis publicístico desse elemento fático-jurídico consubstancia-se nos regulares provimento e investidura. Para fins de esclarecimento, conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “provimento é o ato do poder público que designa para ocupar cargo, emprego ou função a pessoa que preencha os requisitos legais⁹¹”, ao passo que a investidura consiste em “ato pelo qual o servidor público é investido no exercício do cargo, emprego ou função, abrangendo a pessoa e o exercício⁹²”. Neste sentido, o provimento é ato do Poder Público, condição para que se dê a investidura⁹³.

Sobre as afirmações acima, apenas uma ressalva: é certo que, na iniciativa privada, empregado e empregador podem firmar contrato de trabalho com início imediato, o qual seria assim reconhecido já desde o seu primeiro dia, antes de obter certa prolongação temporal. Isso torna imperioso reconhecer que o ato admissional privado também encontra algum paralelo no provimento e na investidura. Ou seja, é possível que o empregador introduza ato formal de admissão do empregado. Desse modo, tanto o ato de admissão de empregado na iniciativa

⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 741.

⁹² Idem, *ibidem*.

⁹³ Sobre a relação entre provimento e investidura, valiosa a lição de Márcio Cammarosano: “O provimento, o preenchimento de um cargo e a investidura de alguém, a aquisição por alguém da titularidade de um cargo, verificam-se no mesmo instante. Não se pode conceber um cargo provido sem alguém investido, ou alguém investido sem que algum cargo tenha sido provido com a designação de seu titular. E, também como o provimento, a investidura não se confunde com o ato que lhe dá causa” (CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. 1982. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, pp. 33-34).

privada quanto a habitualidade encontram um contraponto administrativo nos atos acima expostos (provimento e investidura). No entanto, no direito público, o provimento e a investidura são requisitos *essenciais* de validade, ao passo que o ato admissional privado, conforme visto, é dispensável para fins de regular formação do vínculo.

Contudo, existe situação na qual o decurso de tempo produz efeitos perante a Administração Pública. Não obstante consista em situação revestida de elevado grau de excepcionalidade, dado o paralelismo dos institutos, merece atenção. Trata-se da chamada *teria do fato consumado*, analisada adiante.

4.3.2.1.1 *A teoria do fato consumado e a habitualidade*

A chamada teoria do fato consumado⁹⁴ pode ser, em tese, cogitada referentemente a cidadãos que ingressaram irregularmente na Administração Pública e que, decorrido considerável lapso temporal, ainda veem em situação de pendência a resolução acerca da condição de seus vínculos funcionais. Discute-se nesses casos a possibilidade de uma estabilização do vício originário e a consumação de sua investidura pelo decurso do tempo. Normalmente, essas situações se referem a admissões em que o agente público viu seu direito reconhecido, de forma precária, com base em liminar na prova de concurso público, tomou posse, permaneceu algum tempo no cargo, mas, depois, teve sua demanda negada no mérito. Não obstante esses sejam os casos mais comuns, podemos estender o raciocínio a situações

⁹⁴ Importante lembrar que, não obstante tratemos da teoria em questão no que tange ao acesso cargos públicos, ela foi originariamente desenvolvida para outras situações. Vejamos a exposição de Ricardo Marcondes Martins: “A teoria do fato consumado é uma criação da jurisprudência brasileira e originou-se de uma decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a seguinte questão: na década de sessenta discutia-se no Judiciário a possibilidade de os regimentos internos das Universidades Públicas exigirem do aluno nota cinco para aprovação; muitos juízes de primeiro e segundo grau consideraram ilegal essa fixação e concederam a segurança impetrada pelo aluno para possibilitar-lhe a regular continuidade de seus estudos, apesar da não obtenção da referida nota. O Supremo entendeu legítima a fixação da nota e editou, nesse sentido, na sessão plenária de 12.12.1963, a Súmula 58. Ocorre que os processos só chegaram ao Supremo vários anos após a concessão da segurança nas primeiras instâncias: a aplicação do entendimento sumulado importava na invalidação dos atos praticados com base nas decisões anteriores, de modo que, se o aluno havia obtido nota inferior a quatro e meio no primeiro ano do curso universitário e o processo chegou ao Supremo após sete anos, importava na invalidação do diploma universitário concedido ao aluno, bem como de todos os atos por ele praticados durante o exercício profissional. Para evitar esse resultado, o Ministro Vilas Boas, no Recurso em Mandado de Segurança nº 14.017, julgado em 22.03.1965, entendeu, diante da consumação dos fatos, ser impossível a aplicação do entendimento sumulado e a invalidação dos atos praticados, entendimento acolhido pelos demais Ministros, dentre eles, Victor Nunes Leal e Evandro Lins. A decisão foi por unanimidade” (MARTINS, Ricardo Marcondes. Apontamentos sobre a invalidação do ato administrativo na jurisprudência do STF. *Revista Internacional de Direito Público – RIDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 05, p. 9-19, jul./dez. 2018).

mais amplas, como por exemplo, para aquelas em que houve algum tipo de irregularidade na contratação.

Pois bem. É preciso dizer que, como regra, no que tange à admissão de pessoal, não se admite a aplicação de referida teoria no Ordenamento Jurídico brasileiro. Considera-se que o vício de desrespeito à regra do concurso público é tão grave que apenas se corrige em situações excepcionalíssimas. Assim, a título de regra geral, não é admitida a teoria do fato consumado, ou seja, o vínculo inválido não se converte em válido pelo mero decurso do tempo. Neste caso, digna de nota é a jurisprudência do STF, na qual a Suprema Corte fixou, em sede de repercussão geral, que “não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado⁹⁵”. Não obstante, a jurisprudência admite que, em determinadas situações, o decurso do tempo pode implicar a consolidação dessas. Foi o que reconheceu o STJ, ao fixar que existem situações excepcionais, nas quais a solução padronizada ocasionaria mais danos sociais do que a manutenção da situação então analisada. No caso, decidiu pela manutenção de policial rodoviário federal, que exercia o cargo há mais de 20 (vinte) anos com base em decisão liminar⁹⁶.

Admitimos de forma mais restritiva o posicionamento jurisprudencial esposado pelo STJ para fixar que como regra, o decurso do tempo (o que seria a habitualidade no âmbito trabalhista) não é capaz de corrigir o vício de ingresso. No entanto, são aceitáveis situações excepcionalíssimas cujo fenômeno jurídico consistiria, em verdade, na estabilização do vício, ou seja, “sem que o Estado tome providência alguma, sem a edição de qualquer ato jurídico, seja administrativo, seja jurisdicional, o ato inválido sofre uma mutação e se transforma num ato irregular”⁹⁷. Seria o caso de saneamento espontâneo do vício, que depende da combinação de dois fatores: o longo decurso de tempo e a quantidade de relações jurídicas criadas por aquele ato (quanto mais relações jurídicas geradas, maior o dever de manutenção). Nesses casos, “com

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 608482/RS. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Vanusa Fernandes de Araújo. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 07 de agosto de 2014. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3831488>>. Acesso em: 17 ago. 2022.

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n. 1256762/RJ. Agravante: União. Agravado: Maurício Mannarino Teixeira Lopes. Relator: Min. Sérgio Kukina. Brasília, 28 de outubro de 2020. Disponível em < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100831084&dt_publicacao=28/10/2020>. Acesso em: 17 ago. 2022.

⁹⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 296.

o decorrer do tempo, com a instituição das relações jurídicas, o sistema, que antes repudiava o ato, passa a aceitá-lo⁹⁸. No entanto, conforme dito, adotamos uma posição mais rigorosa do que aquela abraçada pelo Superior Tribunal de Justiça. Pensamos que, mesmo com extenso lapso temporal, a princípio, o vício não se estabilizaria. Para tanto, far-se-ia necessário algum elemento a mais, como, por exemplo, a aposentadoria do servidor, o que, de fato, traria uma razão a mais, no que tange às relações jurídicas constituídas.

Fixada a premissa acima, uma afirmação precisa ser feita: habitualidade é instituto do direito do trabalho, subsistindo no âmbito público, diferentemente, a estabilização do vício do ato. Neste sentido, frisamos que a hipótese ora tratada não versa sobre a aplicação da habitualidade, tal como no direito do trabalho, mas na estabilização de vício de ato administrativo com base no decurso do tempo e dos efeitos por ele gerados. Nesses termos, mais um giro hermenêutico se torna evidente: pelo princípio da continuidade da relação de emprego, a habitualidade é a regra no plano laboral, ao passo que, à luz do regime jurídico administrativo, a regularização do vínculo irregular é situação excepcionalíssima. Desse modo, concluímos mais uma vez pela profunda distinção do fenômeno jurídico quando analisado sob as lentes do direito público.

4.3.2.2 Subordinação vs sujeição especial

Outro aspecto relevante, merecedor de análise, é o fato de que o elemento típico da relação trabalhista é a subordinação, ao passo que as relações intestinas da Administração Públicas são marcadas por um estado de sujeição especial. Neste sentido, há de se reconhecer que o vínculo de emprego estabelecido com o Poder Público insere o empregado numa relação especial de sujeição, a qual difere sobremaneira da mera subordinação. Vejamos.

Conforme explicitado no item 1.2.1.4, a subordinação é caractere essencial da relação de emprego, correspondente à submissão jurídica do empregado ao empregador, a qual decorre do contrato de trabalho e dos efeitos que o Ordenamento Jurídico confere a esse. Nesta toada, o empregado é obrigado a cumprir ordens as ordens do empregador, sujeito à aplicação de penalidades em caso de descumprimento. Nos termos declinados, expusemos que essa subordinação, no sistema jurídico pátrio, é objetiva, de maneira a não se espriar sobre aspectos

⁹⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 297.

peçoais do trabalhador. Nas relações especiais de sujeição, todavia, a trama obrigacional e disciplinar é muito mais complexa, conforme se contextualiza, rapidamente, abaixo.

4.3.2.2.1 As relações especiais de sujeição

As relações especiais de sujeição compreendem aspectos que vão além da mera subordinação a que se sujeita um trabalhador comum. Historicamente, o gérmen desse ideário remete a autores alemães do Século XIX, a exemplo de Schmitthenner, que se referiu a uma “teoria da sujeição orgânica⁹⁹” e Laband, o primeiro a utilizar o termo “*besondere gewaltverhältnis*”, com enfoque na voluntariedade¹⁰⁰. No entanto, tais ensaios ganharam maior sistematização com Otto Mayer, considerado o “autêntico construtor da teoria¹⁰¹”, tendo ele citado um “um estado de liberdade restringido¹⁰²”, em decorrência desse vínculo em caráter especial. Basicamente, nesses casos era admitida uma livre ordenação de direitos, *independentemente de lei*, feita por meio de atos administrativos¹⁰³. Uma longa marcha histórica foi percorrida pela ciência do direito desde então, de maneira que, no atual momento histórico, já não é mais aceita pela doutrina majoritária essa livre ordenação de sujeitos no seio da Administração Pública¹⁰⁴. Todavia, não é errado dizer que remanescem algumas características das relações especiais de sujeição originais (ou pelo menos resquícios delas).

⁹⁹ Cf. HIPPLER, Vera Regina. *Aspectos das relações especiais de sujeição no direito brasileiro: natureza jurídica e pressupostos constitucionais*. 2009. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, pp. 41-43.

¹⁰⁰ Idem, pp. 43-44.

¹⁰¹ Idem, p. 45.

¹⁰² Cf. HIPPLER, Vera Regina. *Aspectos das relações especiais de sujeição no direito brasileiro: natureza jurídica e pressupostos constitucionais*. 2009. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, p. 46.

¹⁰³ Acrescentamos que, conforme concepção difundida na origem do instituto, somente seria necessária lei em sentido estrito para a afetação de liberdade e propriedade. Neste sentido, cita-se a doutrina de Alfredo Gallego Anabitarte: “[...] la mayor parte de los Gobiernos de Alemania que, tras las guerras napoleónicas, se lanzaron al trabajo de montar una legislación constitucional decidieron que sólo sería necesaria la aprobación de las respectivas Dietas ‘para aquellas leyes generales que afectaran a la libertad y propiedad de los súbditos’. A decir de THOMA, la fórmula ‘libertad y propiedad’ (Freiheit und Eigentum) la importo el Barón Vom Stein de la realidad política inglesa – liberty and property -. Así, pues, se obtiene reserva de la ley = intervenciones generales em la libertad y propiedad de los ciudadanos” (ANABITARTE, Alfredo Gallego. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. *Revista de Administración Pública*, Madri, n. 34, p. 24, p. 11-51, ene-abr. 1961).

¹⁰⁴ É preciso ressaltar que a teoria das relações especiais de sujeição foi bastante criticada, mesmo em períodos pretéritos, por ser considerada, por parcela da doutrina, mera teoria justificante do exercício de um poder de fato sobre a legalidade. Neste sentido, citamos Jorge Luis Salomoni: “[...] esta ‘teoría’ de la relación especial no se construyó como una teoría. En realidad termina siendo una cuestión de aplicación práctica a colectivos, que inclusive no están predeterminados, pudiendo, estos últimos, aumentar o disminuir respecto de la situación fáctica en la cual se está aplicando la relación. Por lo tanto el fundamento de la institución, en mi modesto

Neste sentido, acrescentamos que Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰⁵, ao estabelecer uma oposição entre supremacia geral e supremacia especial, relembra que, no primeiro caso, a Administração Pública somente pode agir com base em poderes extraídos diretamente da lei. No segundo caso, todavia, segundo a concepção consagrada no direito europeu, o Poder Público teria a prerrogativa de utilizar poderes não extraídos diretamente do texto legal, ressalvando que essa concepção deve ser reconhecida no direito pátrio, “com todas as cautelas e limitações¹⁰⁶”. Nesses termos, reconhece o autor que, enquanto não forem construídas categorias que melhor adequem as situações compreendidas pelo fenômeno em tela, há de se aceitá-las, “ainda que bastante reformadas em relação a sua formulação de origem¹⁰⁷”.

Acerca das categorias abrangidas, conforme doutrina do professor Ricardo Marcondes Martins¹⁰⁸, é possível apontar três critérios (não excludentes) para fins de identificar onde restariam constituídas relações especiais de sujeição. São eles: a) critério orgânico (ou do estabelecimento público), proposto por Otto Mayer, considera em sujeição especial aqueles que se unem, de forma perene e em trato sucessivo, com o Poder Público, a exemplo dos presos e dos servidores públicos; b) critério da união de vontades: admite a possibilidade de ingresso numa relação de sujeição especial por ato volitivo, a exemplo dos concessionários de serviços públicos; c) critério material (ou funcional): admite o estabelecimento de uma relação especial de poder por força da relevância ou interesse social da atividade praticada pelo administrado, tal como a fabricação cigarros (trata-se de critério minoritário, ressalvamos).

Segundo teorizamos em outra oportunidade¹⁰⁹, é possível imputar, hodiernamente, as seguintes características às relações especiais de sujeição: a) são relações formadas a partir de um vínculo especial estabelecido entre Poder Público e particular; b) em decorrência dessa vinculação, é válida a imposição deveres mais intensos aos particulares em sujeição especial do que aqueles impositivos à população em geral; c) essa afetação pode alcançar direitos

entender, no tiene existência. Es más, en realidad creo que nunca se intento fundamentar, sino que fue una doctrina de facto. Es decir, la relación de sujeción especial no fue otra cosa que el intento de legitimar el poder por sobre el principio de legalidad. La legitimación del poder como en la totalidad de las instituciones del Derecho administrativo, pero aquí más descaradamente” (SALOMONI, Jorge Luis. La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el derecho público argentino. In: *Problemática de la Administración contemporánea*. Buenos Aires: Universidad Notarial Argentina, 1997, p. 165-166).

¹⁰⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 789-794.

¹⁰⁶ Idem, 790.

¹⁰⁷ Idem, p. 792.

¹⁰⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 116-117.

¹⁰⁹ FERNANDES, Felipe Gonçalves. *A tipicidade e o regime disciplinar de servidores públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 69.

fundamentais do particular e, potencialmente, incrementar o campo de atuação do administrador. Isso traz uma série de consequências, que distanciam uma relação especial de sujeição da mera subordinação empregatícia. Vejamos na sequência.

4.3.2.2.2 Consequências da sujeição especial

Conforme repisado, a subordinação admitida no direito pátrio diz respeito apenas ao seu aspecto objetivo (cf. item 1.2.1.4), ou seja, aquele atinente ao âmbito da prestação de serviços pelo trabalhador. Neste sentido, como regra, não pode o empregador privado restringir direitos da personalidade do trabalhador ou afetar direitos fundamentais deste. Quando se trata de relações especiais de sujeição, todavia, o fenômeno se reveste de contornos peculiares.

Acerca do mencionado delineamento específico, é possível realçar primeiramente que, enquanto a subordinação jurídica encontra seu fundamento imediato no contrato de trabalho, as relações especiais de sujeição encontram seu fundamento na lei. Nesses moldes, não obstante seja possível que empregado e empregador, no âmbito privado, criem, *sponte propria*, uma série de restrições ou imposições passíveis de punição, no campo público, as obrigações decorrem necessariamente da lei legislação de regência. Não é possível, assim, que, em âmbito público, as partes, por acordo de vontades, estabeleçam certa convenção para inovar no Ordenamento Jurídico com o fim de criar hipóteses punitivas ou benefícios. Neste diapasão, ainda que, numa relação especial de sujeição, seja reconhecida certa margem de discricionariedade ao hierarca, todo o arcabouço obrigacional deve remeter à legislação. Destarte, não obstante o Ordenamento Jurídico pátrio, por reminiscência das relações especiais de sujeição originárias, ainda aceite os chamados tipos formais (legalmente estabelecidos) abertos, jamais se admitirá a imposição de pena ao empregado público sem o suporte legal (ainda que amplo). Doutra ponta, não ferindo o Ordenamento, é possível que empregado e empregador da iniciativa privada criem obrigações não previstas na legislação pátria, a exemplo de punições previstas exclusivamente no âmbito do regulamento empresarial.

Seguindo adiante, destacamos que as relações especiais de sujeição permitem um avanço significativamente mais profundo sobre o patrimônio individual e sobre os direitos fundamentais daqueles nelas inseridos, quando comparadas com a mera subordinação. Um aspecto que ajuda a tornar mais evidente essa distinção consiste na manifestação de pensamento e na liberdade de expressão. Nesses termos, o empregador privado não pode, como regra, restringir a autonomia na vida privada de seus empregados, sendo vedado àquele interferir sobre as manifestações de cunho pessoal por parte destes. Acerca deste ponto, apenas um aspecto é

digno de ressalva, que são as chamadas organizações de tendência. Segundo a doutrina, essas consistem em instituições que se destinam à “difusão de determinada ideologia pela manifestação de um interesse coletivo¹¹⁰”, tais como os partidos políticos, sindicatos e escolas religiosas. Quanto a essas, admite-se que “no curso do contrato de trabalho, os empregados das organizações de tendência deverão adotar uma postura que seja condizente com seu objetivo¹¹¹”. Nesses termos, não obstante a vida pessoal do trabalhador seja resguardada, é possível admitir que esse “não se obriga a renunciar a suas liberdades pessoais, mas se compromete a respeitar a orientação da organização e a não manifestar, de forma pública, opinião contrária à tendência adotada pelo empregador¹¹²”. Como se vê, todavia, trata-se de hipótese excepcional. A regra geral opera no sentido de que, a princípio, não há qualquer comprometimento das manifestações do empregado para com as tendências político-ideológicas adotadas pelo empregador.

No que tange aos servidores públicos (expressão que engloba os empregados públicos), no entanto, é certo que esses renunciam a parcela de sua liberdade quando adentram numa relação de sujeição especial travada com o Poder Público. Nesses termos, a sua liberdade de expressão e manifestação ganha contornos bem mais específicos. Com efeito, é pressuposto da atuação válida da Administração Pública a impessoalidade, o que impede a adoção de uma postura pública que venha a enaltecer ou achincalhar grupos específicos. Assim, não obstante o ingresso na Administração Pública não signifique o despojamento de convicções pessoais, políticas e religiosas do servidor, é assente que “apesar da garantia de liberdade de pensamento, não é possível admitir que as convicções pessoais do agente público possam-se sobrepor aos seus deveres de imparcialidade e neutralidade¹¹³”. O âmbito de proteção do direito fundamental torna-se, portanto, diminuído¹¹⁴. Imagine-se, por exemplo, a possibilidade de edição de uma Emenda Constitucional que vede a filiação político-partidária de determinadas categorias de servidores públicos (advogados públicos, *exempli gratia*), tal como o Texto de 1988 impôs em relação ao Ministério Público e à Magistratura. Seria de duvidosa constitucionalidade a emenda em questão caso ela fosse dirigida a categorias da iniciativa privada, haja vista a liberdade inerente a esse meio. No que tange ao serviço público, todavia, já possuímos exemplo no Ordenamento Jurídico. Assim, reforçamos que, apesar de o servidor público não se despir de

¹¹⁰ CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 342.

¹¹¹ Idem, p. 345.

¹¹² Idem, p. 346.

¹¹³ SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição - O caso dos agentes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 225.

¹¹⁴ Idem, p. 227.

suas convicções pessoais ao adentrar na Administração, ele sofre significativa de redução no âmbito de proteção de sua militância ideológica em prol da garantia da impessoalidade.

Outro ponto relevante diz respeito ao direito à intimidade, o qual se reveste de contornos distintos quando comparadas as imposições atinentes à subordinação e à sujeição especial. Neste sentido, rememoramos que o inciso X do art. 5º da Constituição da República garante a inviolabilidade da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. No entanto, essa não é uma determinação absoluta, passível de mitigações a depender dos casos sobre os quais venha a incidir. Nesses moldes, quando incidente às relações travadas pelos empregados da iniciativa privada, esse princípio constitucional apresenta densidade bem mais consistente se comparada àquela obtida quando cogitada a situação de servidores públicos.

Nesta toada, é certo que seria passível de indenização a publicação nominal dos salários dos empregados de uma empresa privada. Esse tipo de informação se encontra resguardada no seu direito de intimidade. No que tange aos servidores públicos, todavia, já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, que “é legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias¹¹⁵”. Não obstante discordemos quanto à autorização da divulgação nominal (o que poderia ser suprido pela publicação apenas pelo número da matrícula funcional do servidor¹¹⁶), é certo que, além

¹¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Extraordinário com Agravo n. 652777/SP. Recorrente: Município de São Paulo. Recorrido: Ana Maria Andreu Lacambra. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 23 de abril de 2015. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4121428> >. Acesso em: 20 ago. 2022.

¹¹⁶ Acerca dessa divulgação nominal dos servidores e as divergências que ela comporta, interessante a ponderação de Ricardo Marcondes Martins sobre o tema: “Numa entidade federativa, o Executivo decidiu indicar na internet o valor que cada servidor recebe em seu contracheque. Há, no caso, valores conflitantes, de um lado os valores relativos ao controle dos gastos públicos, do direito republicano de o cidadão saber desses gastos, do dever republicano de prestar contas aos cidadãos (P1); de outro, o valor da privacidade dos servidores públicos (P2). Sobre o assunto, devem ser considerados principalmente os seguintes textos normativos: a regra constitucional do §6º do art. 39, introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98, as regras infraconstitucionais dos arts. 48 e 48-A da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/00), introduzidas pela Lei Complementar nº 131/09. Surgiram duas posições: 1. os valores concretizados pela publicidade nominal dos vencimentos, mesmo considerando os referidos textos normativos, não têm peso suficiente para afetar de forma tão radical a privacidade dos servidores públicos. A ponderação, ao preconizar nesses termos ‘P1’, não foi correta, vale dizer, não foi justa. A decisão justa exige sim que sejam publicados os valores das remunerações dos cargos públicos, dos vencimentos e de cada vantagem pecuniária; exige também que sejam publicados os valores das despesas com pessoal relativas a cada órgão da Administração, mas não permite a publicação nominal dos vencimentos. [...] 2. Os valores concretizados pela publicidade nominal dos vencimentos têm sim peso suficiente para afetar, no caso, a proteção à privacidade dos servidores públicos. Ao optar por exercer função pública, o agente constrange-se a uma sensível afetação de sua privacidade, por força, justamente, do caráter público das atividades que exerce. Eu sou servidor público e sempre considereei correta a primeira posição. Para mim, a publicação nominal não é apenas um desrespeito aos servidores, mas uma violenta afronta a eles.

do princípio da publicidade, consagrado no artigo 37 da Constituição da República, esse tipo de exposição somente restou válido em razão do menor espaço de proteção à intimidade do indivíduo submetido a uma relação especial de sujeição.

Mais um ponto digno de nota atinente à mitigação da intimidade numa relação especial de sujeição diz respeito à publicidade nos processos administrativos disciplinares. Neste sentido, conforme orientação estabelecida no Manual de Processo Administrativo Disciplinar da Controladoria-Geral da União, instaurado o procedimento disciplinar, este segue com o *status* de restrito para acesso de terceiros durante todo o seu curso, sendo que “atendendo aos comandos de publicidade contidos na LAI, assim que concluído, ele passa a ser acessível a terceiros, com exceção dos dados que sempre serão protegidos por cláusulas específicas de sigilo¹¹⁷”. Entendemos que, em verdade, salvo situações excepcionais, o processo deve correr *sem sigilo* em todo o seu curso até a publicação final de seu resultado¹¹⁸. Até porque existem penas que transcendem a relação institucional, como por exemplo, a proibição de reingresso no serviço público, até determinado lapso temporal, imposta àqueles que sofreram as penas de demissão ou demissão a bem do serviço público¹¹⁹. Para que a pena se torne efetiva, faz-se necessária a devida divulgação do ato punitivo. No que tange aos empregados da iniciativa privada, todavia, deve ser respeitada sua intimidade, inclusive no que tange ao final da relação, sobretudo quanto à aplicação de penalidades¹²⁰. Conforme dispõe o §4º do art. 29 da CLT, é

Sempre considereí óbvia a injustiça da decisão mencionada, o valor da privacidade, positivado no art. 5º. X, da CF/88 (‘P2’), impede a publicação nominal (meio ‘M1’ da concretização de ‘P1’)” (MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito e Justiça. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Um diálogo sobre a Justiça – A Justiça arquetípica e a Justiça deontica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 78-79).

¹¹⁷ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Corregedoria-Geral da União. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*, de 12 de fevereiro de 2021. Brasília, 2021. Disponível em: < https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/64869/11/Manual_PAD_2021_1.pdf >. Acesso em: 20 ago. 2022.

¹¹⁸ Sobre a publicidade nos processos disciplinares, citamos Mauro Roberto Gomes de Mattos, quando se debruça sobre a Lei nº 8.112/90: “[...] tipificada a infração disciplinar, o indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da Comissão Disciplinar para apresentar defesa, no prazo de 10 (dez) dias, além de ter a faculdade de consultar o processo na repartição. Como visto, mesmo o ato interno sendo publicado no Diário Oficial, o servidor público terá, obrigatoriamente, que ser citado pessoalmente, para dar validade ao processo administrativo disciplinar. A publicidade, como princípio da Administração Pública, abrange todos os atos que a lei não declarar sigilosos, devendo os pareceres, despachos e providências tomados nos processos administrativos, procedimentos licitatórios, orientações normativas, ou seja, todos os atos praticados pelo Poder Público, serem divulgados, para que surtam os legais e jurídicos efeitos em cada caso” (DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes. *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 132).

¹¹⁹ A título de exemplo, mencionamos o parágrafo único do artigo 307 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de São Paulo, que impõe que a demissão e a demissão a bem do serviço público acarretam a incompatibilidade para nova investidura em cargo, função ou emprego público, pelo prazo de 5 (cinco) e 10 (dez) anos, respectivamente.

¹²⁰ Ensina Henrique Correia ao tratar da dispensa por justa causa: “[...] cabe frisar novamente que a conduta praticada pelo empregado prevista em um dos incisos do art. 482 da CLT já destacados, não poderá constar

vedado ao empregador efetuar anotações desabonadoras à conduta do empregado em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social. Dessarte, não pode o empregador divulgar ou anotar na CTPS do empregado a aplicação de qualquer punição disciplinar. Outrossim, conforme interpretação obtida a partir da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), terminada a relação laboral, o empregador deve eliminar todos os dados do obreiro¹²¹, o que certamente não deve ocorrer na Administração Pública. Assim, observamos diferenças profundas referentes ao resguardo da intimidade de um âmbito a outro.

Em conclusão, destacamos que os parágrafos acima apontaram algumas diferenças quando observado o fenômeno jurídico inserto numa relação especial de sujeição ou numa relação de subordinação trabalhista comum. Como os empregados das empresas estatais exploradoras de atividade econômica estão ligados a essas entidades por vínculos de sujeição especial, aplicam-se a eles todas as conclusões referentes aos liames desta natureza: seu regime é baseado na lei, de maneira que todas as penalidades devem encontrar suporte legal (ainda que de grande abertura semântica), sua liberdade individual encontra grau de restrição mais elevado, típico desse regime e sua intimidade resta também diminuída, nos termos acima expostos.

4.3.3 O regime na constância do vínculo

Além dos aspectos acima tratados, é preciso notar que, na constância do vínculo empregatício junto ao Poder Público, há outra sorte de situações nas quais a relação pública de trabalho ganha contornos peculiares. Buscando traçar o completo regime a que os vínculos ora estudados estão submetidos, passemos à análise.

ada Carteira de Trabalho do empregado. Como a CTPS é um documento oficial e permanecerá com o trabalhador por toda a sua vida profissional, não pode conter anotações desabonadoras, que inviabilizem ou dificultem a obtenção de outro emprego” (CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 1233).

¹²¹ Nesses termos, ensina a doutrina: “É necessário esclarecer, ainda, que após o término do tratamento dos dados pessoais, representado pelo desligamento definitivo do obreiro da relação de emprego, o empregador-controlador deverá eliminar os seus dados pessoais, salvo nas instituições em que a própria legislação autoriza a conservação, entre outras hipóteses, para fins de instrução em processo judicial, conforme já esclarecido anteriormente. Logo, havendo a extinção do pacto laboral, constata-se que a finalidade do tratamento foi alcançada, não havendo mais necessidade de manter os dados armazenados, como regra geral” (MAIA, Daniel Azevedo de Oliveira. As hipóteses autorizativas de tratamento das relações de trabalho sob a ótica da LGPD e do GDPR. In: MIZIARA, Raphael; MOLLICONE, Bianca; PESSOA, André (Coord.). *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 195).

4.3.3.1 Ausência de estabilidade e o dever de motivação do ato de dispensa

Primeiramente, é importante destacar que, diferentemente do que fora defendido em relação aos empregados vinculados a empresas estatais prestadoras de serviços públicos (cf. item 4.2.2.1), os trabalhadores das companhias exploradoras de atividade econômica não gozam de estabilidade. Nesses termos, eles não restam salvaguardados pela regra esculpida no artigo 41 da Constituição da República, tal como acima exposto. Isso não quer dizer, todavia, que eles possam ser livremente desligados pelo hierarca. Ou seja, o fato de os empregados das empresas estatais ora tratadas não gozarem de estabilidade não torna válido que qualquer ato de dispensa a eles dirigido esteja dispensado da exposição dos motivos que levaram a ele. Neste ponto, é preciso fazer uma análise crítica da jurisprudência pátria.

Começamos pelo entendimento consolidado no âmbito do TST, que, no inciso I da Orientação Jurisprudencial nº 247, fixou que a despedida de empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade. No inciso II do mesmo verbete, ressaltou apenas que a validade do ato de despedida dos empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, no bojo do Recurso Extraordinário nº 589.998/PI¹²² fixou entendimento que parecia impor o dever de motivar a todas as empresas estatais, indistintamente. Isso, certamente, corrigiria a falha hermenêutica consagrada na OJ nº 247 da SDI-I do TST. No entanto, o acórdão em epígrafe foi alvo de Embargos de Declaração, no qual foi adotada uma “tese minimalista” para restringir os efeitos daquela decisão à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, uma empresa pública prestadora de serviços públicos. É importante ressaltar que, conforme se extrai dos votos, a intenção dos Ministros da Corte Suprema não foi propriamente a de eximir as demais empresas estatais do dever de motivar os atos de dispensa, mas de limitar os efeitos daquela decisão a quem era parte no processo analisado, no caso, os Correios. Sendo assim, referido dever não foi imposto às demais, mas também não foi negado. Segundo o Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, o problema, no caso, não seria de cunho material, mas formal: a construção da solução

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 589998/PI. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Recorrido: Humberto Pereira Rodrigues. Relator: Min. Roberto Barroso, 20 de março de 2013. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=169674101&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

jurídica com eficácia vinculante deveria ter como ponto de partida a situação específica do caso eleito como paradigma, o qual, na espécie, se restringia a um empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Desse modo, eventual expansão de seus efeitos estaria em desacordo com o que estabelece o Ordenamento Jurídico pátrio¹²³.

Analisando a situação posta, entendemos que a Suprema Corte perdeu grande oportunidade de reconhecer algo que parece óbvio na interpretação do Ordenamento Jurídico: o ato de dispensa do empregado público, ainda que não estável, é ato administrativo¹²⁴ e, como tal, está sujeito à motivação. Importante lembrar que a motivação é aspecto ligado à forma e exigida, como regra, para a prática de atos administrativos, sob pena de invalidade¹²⁵. Tal dever ser impõe por uma questão republicana¹²⁶: quem exerce função pública o faz em nome e em benefício de outrem, de sorte que toda a sua atuação deve ser basear na busca pelo interesse público, e não os seus interesses egoísticos e suas idiossincrasias. Nesses moldes, somente será possível aferir se a atuação estatal se deu com base nos devidos termos do Ordenamento Jurídico com a exposição das razões que levaram o agente a tanto. Por esses motivos, admitir que o hierarca possa simplesmente dispensar os agentes das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, a seu bel prazer, é consagrar o arbítrio, situação rechaçada pelo sistema jurídico pátrio. Outrossim, em termos formais, é imperioso respeitar o devido processo legal,

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 589998/PI. Embargante: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Embargado: Humberto Pereira Rodrigues. Relator: Min. Roberto Barroso, 5 de dezembro de 2018. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339175084&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

¹²⁴ Sobre a dispensa como ato administrativo, ensina a doutrina, ainda que de forma mais branda em relação à posição que adotamos nesta pesquisa: “É forçoso concluir que o ato de despedida da sociedade de economia mista é ato administrativo, pois praticado por quem faz as vezes do Estado, além do que está por imposição constitucional jungido nesse particular ao regime jurídico administrativo. Defende-se o argumento de que o Estado, em momento algum, se equipara ao empregador particular, pois, desde a admissão do empregado público, é possível constatar a presença de normas de direito público a derogar o ordenamento jurídico trabalhista, visto que, na ordem constitucional vigente, só é juridicamente viável o ingresso em cargo ou emprego público mediante a aprovação em concurso público, exigência que inexistia em relação ao empregador particular” (FERRO, Marlúcia Lopes. *O Devido Processo Legal na Dispensa do Empregado Público*. São Paulo: LTr, 2009, p. 80).

¹²⁵ Conforme leciona Maria Sylva Zanella Di Pietro: “Integra o conceito de forma a motivação do ato administrativo, ou seja, a exposição dos fatos e do direito que serviram de fundamento para a prática do ato; a ausência de forma impede a verificação da legitimidade do ato” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 251).

¹²⁶ Nesses termos, Ricardo Marcondes Martins: “(...) se o agente age em nome do povo e no interesse deste, sua atuação não é guiada por sua vontade, mas pelo Direito. No Estado de Direito não existe, rigorosamente, liberdade de atuação estatal: o agente está sempre subordinado ao Direito, globalmente considerado; ou seja, aos princípios constitucionais e às regras abstratas. Não há atuação estatal à margem do Direito: toda atuação estatal restringe-se a cumprir a Constituição. A atuação do agente restringe-se, sempre, ao cumprimento do Direito, a fazer atuar não a sua vontade, mas a vontade do ordenamento jurídico, a vontade objetiva extraída do conjunto de normas. Por isso, ao exercer a sua função deve justificá-la perante o Direito, indicar a norma jurídica que a fundamenta” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 237-238).

haja vista que a regularidade do ato não se bastará pela mera motivação¹²⁷. Assim, tratando-se, por exemplo, da aplicação de pena disciplinar, é pressuposto dessa a sequência de todo o trâmite estabelecido na legislação do respectivo ente, referentemente aos processos administrativos, observando-se, especialmente, os princípios do contraditório e da ampla defesa, constitucionalmente consagrados (sobre os pressupostos de regularidade do processo administrativo disciplinar, remetemos o leitor ao item 4.2.3).

Não obstante o quanto acima exposto, um aspecto merece ser matizado em relação ao motivo da dispensa. Isso porque o dever de motivação não se confunde com a estabilidade, sendo que, caso as hipóteses de dispensa restassem restritas ao cometimento de faltas funcionais, tratar-se-iam de institutos com o mesmo significado. Por essa razão, consideramos que a ausência de estabilidade abre a possibilidade para uma gama mais ampla de motivos para o desligamento. Nesses termos, também podem ser justificativas válidas para a dispensa (caso encontrem eco na realidade fática) os motivos técnico, econômico ou financeiro. Desse modo, na hipótese de a estatal vir a ser extinta, o empregado não terá direito ao aproveitamento em outro órgão da Administração Pública (como ocorreria caso ele gozasse de estabilidade), configurando a extinção, de pronto, o motivo para seu desligamento. Outrossim, pode haver o desligamento do empregado com base em motivos técnicos, como, *verbi gratia*, a desnecessidade de suas funções naquela empresa à vista do desenvolvimento tecnológico. Não obstante, qualquer desses atos deve ser formalizado em procedimento específico, direcionado ao empregado, que terá a oportunidade de se manifestar e, eventualmente, impugnar os fundamentos ali trazidos, respeitando-se, assim, o devido processo legal. E não é demais ressaltar: por óbvio, não basta a mera motivação vazia de fundamento. Faz-se imprescindível que o motivo alegado na motivação exista de fato e seja relevante, não bastando o juízo subjetivo do hierarca, o qual, para fins de sua validade, deve estar vinculado a razões de cunho objetivo alicerçadas no interesse público.

¹²⁷ Sobre esse aspecto, válida a citação doutrinária: “A bem da verdade, sobrou afirmado que a incidência inafastável do princípio da motivação corresponde à concretização do controle da finalidade e transparência dos atos administrativos. A exigência do devido processo legal, porém, não se esgota nessa mera exposição das razões, pois, consoante afirmado no presente relatório, deve-se conjugar o processo administrativo com o princípio da motivação, uma vez que os dois se revelam como garantias de efetivação do próprio Estado Democrático de Direito. Urge ser possibilitado ao empregado impugnar as razões apresentadas no âmbito da Administração, mediante processo administrativo no qual se assegurariam a ampla defesa e o contraditório” (FERRO, Marlúcia Lopes. *O devido processo legal na dispensa do empregado público*. São Paulo: LTr, 2009, p. 102).

4.3.3.2 A principiologia do direito do trabalho em contato com a coluna normativa do regime jurídico administrativo

Aspecto muito sensível no curso do contrato de trabalho na Administração Pública se refere ao equilíbrio entre os princípios que informam cada um desses sistemas. Com efeito, o Direito do Trabalho surgiu como reação à exploração desmedida do labor humano¹²⁸, elegendo o indivíduo como centro de sua rede de proteção, com o fito de resguardar a higidez e a saúde dos trabalhadores, então assujeitados a condições aviltantes. Já o Direito Administrativo, em sua formação histórica, teve um claro viés autoritário, surgido a partir da jurisprudência do Conselho de Estado Francês, que manteve em seu cerne muitos dos caracteres adotados pelos revolucionários franceses¹²⁹. Nesses moldes, lembramos que, conforme se consolidaram as relações, os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade vigeriam na sociedade, entre os cidadãos, mas, nas vinculações estatais, denotava-se o marcado uso do poder. Diante disso, ter-se-ia simplesmente substituído um poder absoluto por outro¹³⁰. É bem verdade que de lá até os dias atuais foi percorrida uma longa marcha histórica, que amenizou conceitos e humanizou a relação entre Estado e cidadãos. No entanto, não obstante a constitucionalização do direito vivida na contemporaneidade, é certo também que remanesce nesta disciplina um maior enfoque aos bens coletivos que aos individuais. Desse modo, observamos centros de gravidade distintos nos respectivos âmbitos, o que pode levar a pontos de colisão entre os princípios que permeiam cada uma das respectivas disciplinas.

Pois bem. Diante dessa oposição, é preciso verificar como a principiologia do Direito do Trabalho se comporta ao entrar em contato com o sistema jurídico administrativo. Com efeito, o Direito Administrativo, conforme premissa fixada, possui como referenciais os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da indisponibilidade

¹²⁸ Conforme ensina Vólia Bomfim Cassar: “O Direito do Trabalho nasce como reação ao cenário que se apresentou com a Revolução Industrial, com a crescente e incontrolável exploração desumana do trabalho. É produto da reação da classe trabalhadora ocorrida no século XIX contra a utilização sem limites do trabalho humano” (CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 11).

¹²⁹ Sobre a gênese autoritária do direito administrativo francês, válida a lição de Fernando Dias Menezes de Almeida: “Pode-se, pois, compreender que a obra da Revolução, a abrir caminho para o Direito administrativo em seu momento imediatamente subsequente, foi o afastamento das instituições feudais e dos privilégios aristocráticos, com o reforço do poder da Administração Pública, porém submetida a regras de Direito – diversamente do que se passava com os monarcas do Antigo Regime. Desse modo, tem-se que o Direito administrativo francês nasce em um Estado autoritário na sua origem. Isso explicará a ênfase inicial desse ramo do Direito na noção de prerrogativas especiais da Administração e de um caráter de ‘exorbitância’ em relação ao que seria o Direito (privado) comum” (DE ALMEDA, Fernando Dias Menezes. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 31).

¹³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y administración contemporánea*. 4. ed. reimpr. Navarra: Civitas, 2005, passim.

do interesse público (cf. item 3.3.1), ao passo que o direito do trabalho se baseia no chamado *princípio da proteção*¹³¹. Esse, segundo ensina Américo Plá Rodriguez, “se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador¹³²”. Por sua vez, nos termos fixados pelo autor uruguaio, o princípio protetivo se subdivide em três: princípio da condição mais benéfica, princípio da norma mais favorável e princípio do *in dubio pro operario*. Vejamos a aplicabilidade de cada um desses sobre a coluna normativo-axiológica de direito público.

4.3.3.2.1 O princípio da condição mais benéfica

Pelo princípio da condição mais benéfica, as vantagens incondicionalmente concedidas pelo empregador ao empregado, no curso do contrato de trabalho, não podem ser retiradas. Nesses termos, essas condições aderem ao patrimônio individual do trabalhador. Nas palavras de Américo Plá Rodriguez, “a regra da condição mais benéfica pressupõe a existência de uma situação concreta, anteriormente reconhecida, e determina que ela deve ser respeitada, na medida em que seja mais favorável ao trabalhador que a norma aplicável¹³³”. Conforme sistematiza a doutrina, são condições para a incidência de referido princípio¹³⁴: a) o estabelecimento de uma condição mais favorável ao trabalhador; b) a habitualidade na concessão da benesse; c) concessão voluntária e incondicional e; d) inexistência de impedimento legal de sua incorporação.

Dessa maneira, no contexto privado, caso o empregador venha a conceder benesse válida ao seu empregado, incondicionalmente, durante certo lapso de tempo, ainda que não haja disposição expressa quanto à sua manutenção, ele não poderá mais retirá-la. A situação na Administração Pública, todavia, ganha matizes distintos. Primeiramente porque o Direito Administrativo tem como uma de suas pedras de toque a indisponibilidade do interesse público.

¹³¹ Acerca do princípio da proteção, válida a citação da doutrina de Carla Teresa Martins Romar: “O princípio protetor é o critério que orienta todo o Direito do Trabalho e com base no qual as normas jurídicas devem ser elaboradas, interpretadas e aplicadas e as relações jurídicas devem ser desenvolvidas. Este princípio tem por fundamento a proteção do trabalhador enquanto parte economicamente mais fraca da relação de trabalho e visa assegurar uma igualdade jurídica entre os sujeitos da relação, permitindo que se atinja uma isonomia entre eles” (ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do Trabalho esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 59).

¹³² RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 83.

¹³³ Idem, p. 131.

¹³⁴ Cf. CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 174.

Assim, não poderia um hierarca de empresa estatal simplesmente conceder benefícios a determinado(s) empregado(s) a esmo, o que um empregador privado certamente poderia. Dessarte, a condição mais benéfica criada à margem do sistema legal próprio àquele contexto funcional, não obstante não viole ontologicamente o Ordenamento Jurídico, não poderá ser incorporada ao patrimônio individual do empregado. A título de exemplo, podemos mencionar o caso de uma empresa estatal, na qual o hierarca resolveu por bem conceder cestas básicas aos empregados daquela, sem que houvesse qualquer norma sustentando essa posição. Caso a situação se desse de maneira incondicionada e habitual numa empresa privada, o benefício restaria incorporado ao patrimônio individual dos empregados. Numa empresa estatal, todavia, a resposta seria negativa, haja vista que, não obstante a concessão de cestas básicas não viole, ontologicamente, o Ordenamento Jurídico, sua incorporação, em âmbito jurídico-administrativo, passa por um crivo mais amplo, consistente na legalidade geral. Assim, no contexto público, afasta-se a condição mais benéfica como regra geral.

A situação em questão também pode ser analisada sob espectro mais amplo. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho consagrou o enunciado de súmula nº 51, segundo o qual as cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento¹³⁵. Ou seja, a alteração do regulamento empresarial não prejudicará os empregados admitidos quando da sua vigência. No direito público, tal regra não se aplica. Para evidenciar esse fundamento, destacamos o também consagrado entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação a servidores públicos, segundo a qual “não há direito adquirido a regime jurídico-funcional pertinente à composição dos vencimentos ou à permanência do regime legal de reajuste de vantagem¹³⁶”. Em outras palavras, como o regime dos servidores públicos possui

¹³⁵ Henrique Correia e Élisson Miessa comentam a súmula em questão: “O regulamento da empresa ou regulamento interno é, na verdade, uma ‘lei interna’ da empresa. Ele prevê regras ligadas às questões técnicas (forma de desempenhar as atividades, horário de trabalho, utilização de EPIs), disciplinares (hipóteses de aplicação da advertência e suspensão, instauração de inquérito para apuração de falta cometida) e direitos dos empregados (adicional por produtividade ou tempo de serviço, plano de cargos e salários, forma de participação nos lucros e resultados das empresas) [...] As regras vigentes o ato da contratação deverão ser cumpridas durante todo o contrato de trabalho, com fundamento no direito adquirido do empregado e no princípio da condição mais benéfica. As cláusulas regulamentares que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente não podem ser aplicadas aos trabalhadores que já tinham incorporado em seu contrato de trabalho as normas atinentes ao regulamento anterior. Trata-se da observância dos princípios da condição mais benéfica e da inalterabilidade contratual lesiva ao trabalhador, que não foram revogados ou modificados pela Reforma Trabalhista” (CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. *Súmulas, OJs do TST e recursos repetitivos – Comentados e organizados por assunto*. 10. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022, pp. 54-55).

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 593304-0 CE. Agravante: Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - DNOCS. Agravado: José Gerson Lima. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 29 de setembro de 2009. Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604718> >. Acesso em: 10 nov. 2022.

cunho legal, não há que se falar em direito adquirido a ele. Modificado o estatuto, modifica-se a situação individual do servidor. Nesses termos, o raciocínio em questão incide sobre os empregados públicos, que não poderão invocar validamente a aplicação da Súmula nº 51 do TST.

Por derradeiro, uma ressalva é pertinente, referente a algumas situações excepcionais. Há casos em que, em razão do lapso de tempo percorrido, bem como pelo número de relações formadas, o ato administrativo viciado possa ser convertido em mero ato irregular. É o que se chama estabilização do vício¹³⁷, quando o ato passa de viciado a irregular pelo decurso do tempo. Ainda, há situações que não albergam o saneamento espontâneo do vício, mas a mutação do dever de correção. Nesses casos, “por força dos efeitos gerados pelo ato inválido também é afastada sua invalidação, mas ainda se exige uma atuação do Estado, ou seja, a edição de outro ato para a correção do vício¹³⁸”. Nessas hipóteses, é possível que, eventual e excepcionalmente, situações eivadas de vício (imaginem-se a situação de uma gratificação concedida por ato infralegal a membros de uma entidade pública) retem estabilizadas no seio da Administração Pública. Traduzindo esse raciocínio para a situação sob análise, é imperioso reconhecer que não se aplica o princípio da condição mais benéfica sobre a coluna normativa de direito público. Quando for o caso de manutenção, tratar-se-á, em verdade, de estabilização de vício em ato administrativo. Dessa maneira, não basta o atendimento aos requisitos acima expostos (estabelecimento habitual de condição mais benéfica ao trabalhador, de forma voluntária e incondicional, despida de impedimento legal), fazendo-se necessário, um lapso temporal mais longo¹³⁹, bem como a formação de relações jurídicas consideráveis, o que, para efeitos desta análise, poderia ser demonstrada pelos compromissos assumidos pelo empregado em função daquela benesse.

4.3.3.2.2 O princípio da norma mais favorável

Outro desdobramento do princípio da proteção é o princípio da norma mais favorável. Segundo ele, havendo duas ou mais normas incidentes ao caso concreto, deve ser aplicada aquela mais favorável ao empregado, independentemente de sua hierarquia. Na doutrina de

¹³⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 296.

¹³⁸ Idem, p. 297.

¹³⁹ Acerca desse lapso temporal, não é possível fixar um período de forma apriorística. No entanto, apontamos a seguinte regra: quanto mais benéfica aquela medida for ao empregado, ou seja, quanto maior o ônus da retirada do benefício, maior deve ser o lapso temporal pelo qual ele foi concedido. Por outro lado, caso benefício seja algo menor, mais restrito, o lapso temporal será analisado em critérios mais diminutos.

Américo Plá Rodriguez, por força desse princípio, “não se aplicará a norma correspondente dentro de uma ordem hierárquica predeterminada, mas se aplicará, em cada caso, a norma mais favorável ao trabalhador¹⁴⁰”. Como se vê, a norma em questão tem o condão de inverter a hierarquia tradicional do ordenamento jurídico, razão pela qual Mauricio Godinho Delgado imputa a ele uma função hierarquizante¹⁴¹.

Sobre esse princípio, duas ressalvas precisam ser feitas inicialmente. A primeira se refere ao art. 620 da CLT, alterado pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), segundo o qual as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho. Desse modo, ainda que menos favoráveis aos empregados, as normas produzidas em acordos coletivos *sempre* prevalecerão sobre aquelas fixadas em convenções coletivas¹⁴². A título de esclarecimento, lembramos que acordos e convenções coletivas são normas oriundas das negociações coletivas¹⁴³. Os primeiros dizem respeito a regramentos criados entre uma ou mais empresas e o sindicato da respectiva categoria profissional. Nos termos do art. 611 da CLT, é facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar acordos coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis *no âmbito da empresa* ou das acordantes respectivas relações de trabalho. Por outro lado, convenção coletiva de trabalho é a avença de caráter normativo, pela qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de

¹⁴⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 124.

¹⁴¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 232.

¹⁴² Sobre a mudança perpetrada pela Reforma Trabalhista, ensina Henrique Correia: “A aplicação do princípio da norma mais favorável no conflito entre as fontes continua sendo regra no Direito do Trabalho. Portanto, se a previsão na legislação específica for mais benéfica que a Constituição Federal, ela deverá prevalecer sobre o texto constitucional. Contudo, a Reforma Trabalhista alterou a redação do art. 620 da CLT para prever que o acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerá sobre a convenção coletiva de trabalho: (...). Antes da Reforma Trabalhista, o dispositivo em comento previa a prevalência da convenção coletiva caso fosse mais favorável do que o acordo coletivo: (...) Removeu-se do artigo a ressalva de que essa prevalência somente seria possível caso fosse mais favorável. Privilegiou, portanto, a negociação que está mais próxima do dia a dia da empresa. O que se pretendeu com as mudanças foi estabelecer uma hierarquia estática, fixa, entre convenção e acordo coletivos de trabalho. Ainda que as normas contidas no acordo coletivo sejam prejudiciais ao trabalhador, deverão prevalecer sobre as disposições contidas em convenção coletiva, caso haja conflito entre as duas” (CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 131-132).

¹⁴³ Acerca da divisão feita no Ordenamento Jurídico brasileiro, válida a doutrina de Octavio Bueno Magano, que considera “convenção coletiva” um gênero: “A nossa legislação prevê duas espécies de convenção coletiva, ou seja, a convenção coletiva propriamente dita, que é sempre intersindical, e o acordo coletivo, cujos sujeitos são, de um lado, ou uma entidade sindical, ou um grupo denominado de trabalhadores, e, de outro lado, o empregador. Em outras legislações, não se depara com distinção idêntica, o que não quer dizer, porém, que nelas não se possam identificar espécies diversas de convenções” (MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho: direito coletivo do trabalho*. Vol 3. São Paulo: LTr, 1986, p. 141).

trabalho. Ou seja, por abrangerem toda a categoria, as convenções coletivas têm um âmbito de incidência mais amplo, alcançando todas as empresas albergadas em seu escopo. Nesses termos, o legislador reformador, atendendo a uma certa regra de especialidade, deu preferência às normas firmadas em acordo coletivo, em clara exceção ao princípio ora tratado (não importará a norma mais favorável, prevalecendo aquela consagrada em acordo coletivo).

Outra exceção importante ao princípio da norma mais favorável se refere ao art. 611-A da CLT, também acrescido pela Lei nº 13.467/2017. Esse consagra o chamado “negociado sobre o legislado”, estabelecendo matérias sobre as quais a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho terão prevalência sobre a lei, ainda que menos favoráveis aos empregados. A intenção com referido dispositivo foi flexibilizar as relações trabalhistas, dando maior autonomia para que os entes sindicais pudessem direcionar os rumos de suas respectivas categorias. Não obstante, tamanha prerrogativa trouxe consigo sério risco aos direitos dos trabalhadores, haja vista a possibilidade de disposição de uma gama de benefícios, o que pode, ao final e ao cabo, levar a uma erosão do patrimônio social laboral de determinada categoria¹⁴⁴.

Fixadas as premissas e exceções acima, seguimos adiante. Verificando os institutos em questão, é preciso lembrar que a Administração Pública está jungida ao princípio da legalidade: como o patrimônio é da coletividade, e não do administrador público, esse deve submeter seus atos aos cidadãos, os quais, por sua vez, são representados pelo corpo legislativo, composto por representantes democraticamente eleitos pelo povo¹⁴⁵. Para efeitos de nossa pesquisa, lembramos que a normatização remuneratória das empresas estatais pressupõe a existência de uma base legal, haja vista que essas têm sua criação autorizada por lei, recebem (ou receberam) recursos estatais para sua manutenção e/ou criação e se submetem aos ditames

¹⁴⁴ Acerca do dispositivo, teorizou acertadamente a doutrina à época da Reforma Trabalhista: “O *caput* do art. 611-A da CLT autoriza a ampla flexibilização, aumentando o leque de possibilidades de direitos previstos em lei que podem ser reduzidos ou suprimidos. A norma não teve o objetivo de ampliar direitos, pois isso sempre foi possível. O texto afirma que a enumeração desses direitos nos incisos do artigo é meramente exemplificativa. A prevalência do negociado sobre o legislado enfraquece o princípio da indisponibilidade dos direitos legais trabalhistas, assim como derruba o princípio da norma mais favorável. Torna os direitos trabalhistas menos públicos e mais privados, transformando a maioria dos direitos contidos na CLT, que não se encontram na Constituição, em direitos disponíveis” (BORGES, Leonardo Dias; CASSAR, Vólia Bomfim. *Comentários à Reforma Trabalhista*. São Paulo: Método, 2017, p. 76).

¹⁴⁵ Sobre os fundamentos do princípio da legalidade, válida a lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello: “Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a *tradução jurídica* de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se, através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social -, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 84).

de responsabilidade fiscal (o que será tratado de forma mais detida à frente), de maneira que os princípios em questão devem restar compatibilizados.

Neste sentido, rememoramos inicialmente o entendimento sumulado do STF, cristalizado no enunciado de Súmula nº 679, segundo o qual a fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva. Outrossim, dispõe a Orientação Jurisprudencial nº 5 da SDC do TST que, em face de pessoa jurídica de direito público que mantenha empregados, cabe dissídio coletivo exclusivamente para apreciação de cláusulas de natureza social. Ou seja, seria incabível dissídio para o estabelecimento de cláusulas econômicas em face de entes estatais de direito público. A título de esclarecimento, válido mencionar que cláusulas econômicas são aquelas “destinadas à criação de normas com conteúdo econômico, financeiro, como é o caso, por exemplo, dos reajustes salariais¹⁴⁶”, ao passo que as cláusulas sociais “fixam e regulam as novas condições para as relações de trabalho sem que tenham conteúdo econômico, como, por exemplo, aquelas que tratam de intervalos para descanso e refeição, substituição de empregados etc.¹⁴⁷”. Em face dos empregadores de *direito público* são oponíveis apenas essas últimas.

No que tange às empresas estatais exploradoras de atividade econômica (pessoas jurídicas com personalidade de direito privado), a incidência da vedação em questão merece algumas ressalvas, haja vista que tais entes não podem gozar de benefícios não extensíveis à iniciativa privada, nos termos do §2º do art. 173 da Constituição da República. Ou seja, a princípio, elas não poderiam se furtar da aplicação de normas coletivas estabelecidas em favor das categorias profissionais que abarcar, haja vista que, normalmente, essas negociações geram custos à atividade empresarial, o que poderia vir a acarretar vantagem indevida das estatais em relação aos demais atores econômicos atuantes no respectivo setor. No entanto, a essas companhias, dentre outras limitações, também são aplicáveis os rigores da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), que na alínea *b* do §3º de seu art. 1º dispõe que suas disposições obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, compreendidos nesses as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e *empresas estatais dependentes* (o tema das empresas estatais dependentes e não dependentes será tratado adiante). Há uma necessidade, portanto, de equalizar essas duas orientações.

Conforme ensina Hugo Fidelis, “o repasse financeiro periódico de verbas públicas para custeio das empresas estatais, nos termos do art. 2º, III, da LRF, atrai a imposição de limites à

¹⁴⁶ MIESSA, Élisson. *Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 1490.

¹⁴⁷ Idem, *ibidem*.

atuação da empresa estatal dependente e isso refrata, especialmente, na negociação coletiva de trabalho, a qual passa a ocorrer apenas nos termos autorizados e determinados em lei¹⁴⁸. Nesses termos, podemos dizer que haveria uma mitigação da autonomia coletiva nas empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Concordamos com o autor citado, para destacar que a negociação coletiva apenas pode ocorrer nos termos fixados e autorizados em lei, o que abarca, inclusive, a legislação orçamentária. Ainda, em termos burocráticos, qualquer benefício concedido deve passar pelas comissões de políticas salariais do respectivo ente, a exemplo do Conselho de Defesa dos Capitais do Estado – CODEC, firmado no âmbito do Estado de São Paulo. Mas não somente. Mostra-se também necessário que essas entidades estejam submetidas aos ditames estabelecidos pela Administração central, a fim de evitar discrepâncias e posturas anti-isonômicas na política salarial, bem como o respeito ao planejamento e equilíbrio fiscal daquela unidade federativa. Com efeito, lembramos a necessidade de observância dos limites de gasto com pessoal, o qual certamente engloba os custos com as empresas estatais¹⁴⁹.

Dada a regra geral sobre as negociações coletivas, é preciso fazer um corte entre as suas espécies, a fim de verificar as diferenças quando tratarmos de acordos ou convenções coletivas. No que tange aos acordos coletivos (firmados diretamente entre empresa e sindicato), as empresas estatais não poderão, livremente, firmar cláusulas econômicas (consignando, por exemplo, aumento aos seus empregados), restringindo-se, nesses casos, a encaminhar eventuais propostas aos órgãos competentes, que poderão tomar as medidas pertinentes, dentro do seu âmbito de planejamento e competência¹⁵⁰. Quanto a essas, poderão, no limite, firmar

¹⁴⁸ FIDELIS, Hugo. *Negociação coletiva de trabalho nas empresas estatais dependentes*. Publicação Independente, 2020. Livro eletrônico. posição 1813.

¹⁴⁹ Sobre os limites de gastos com pessoal e as empresas estatais, nos valem da doutrina de Hugo Fidelis: “Em resumo, existem os seguintes degraus regulamentares que impõem o controle do aumento de gastos públicos com despesas de pessoal, a saber: a) o *limite de alerta*, que ocorre quando o Poder ou órgão ultrapassa 90% dos limites de gasto com pessoal estabelecidos na LRF. Nesta hipótese, os Tribunais de Contas simplesmente alertam o respectivo poder ou órgão de seu dever de cuidado com o extrapolamento de gastos; b) o *limite prudencial*, que é atingido quando a despesa total com pessoal excede 95% (noventa e cinco por cento) do limite estabelecido no art. 20 da LRF. Nesta hipótese, são impostas restrições aos gastos públicos com pessoal; c) o próprio atingimento ou superação do *limite de gastos com pessoal estabelecido no art. 20 da LRF*, hipótese em que as restrições aos gastos públicos podem abranger inclusive a exoneração de servidores públicos, nos termos do art. 169, parágrafos 3º e 4º da CF. Em caso de atingimento destes limites de gasto com pessoal, cabe ao ente federativo a redução de suas despesas. Este dever de regularização de contas alcança, por decorrência lógica e jurídica, as empresas estatais dependentes, nos mesmos limites e deveres dos entes federativos quanto às despesas com pessoal. Em outros termos, se o ente federativo mantenedor não pode, por exemplo, conceder reajustes a seus servidores, também não pode ser obrigado a arcar com reajustes ou outras despesas adicionais com pessoal das empresas estatais dependentes” (FIDELIS, Hugo. *Negociação coletiva de trabalho nas empresas estatais dependentes*. Publicação Independente, 2020. Livro eletrônico. posições 2581-2589).

¹⁵⁰ Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Francisco Ferreira Jorge Neto consideram possível a ampla utilização da negociação coletiva na Administração Pública, a qual à luz do regime jurídico administrativo, dar-se-ia apenas em termos “políticos e morais”. Consideramos que a posição em questão até pode ser utilizada, mas

negociações nos termos legal e administrativamente autorizados. Não obstante, terão autonomia para convencionar cláusulas de natureza *social*, para fins de regulamentar aspectos não econômicos e sem impacto financeiro imediato, como, por exemplo, para o estabelecimento de regime de teletrabalho ou banco de horas.

No entanto, além dos acordos coletivos, existem as convenções coletivas, firmadas entre os sindicatos, no caso, sindicatos de categorias econômicas (empregadores) e sindicatos de categorias profissionais (empregados). Nessas hipóteses, a negativa de aplicação das normas oriundas de tais negociações poderia acarretar benefícios indevidos às empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Isso porque, enquanto todas as demais empresas teriam que arcar com os ônus de um aumento concedido a toda a categoria, as estatais ver-se-iam livres de tal imposição, remanescendo, dessarte, em condição mais favorável, o que ofenderia a norma constitucional. Nesses termos, tendo em conta que convenções coletivas de trabalho versam sobre a instituição de normas a toda uma categoria profissional, não seria razoável sacar as empresas estatais de referida incidência. Isso criaria um benefício indevido, prejudicando a concorrência. Assim, cogitar que fosse concedido um aumento via convenção coletiva a toda uma categoria profissional, mas que esse não fosse estendido às estatais, certamente criaria uma situação de vantagem econômica em relação às demais, numa espécie de *dumping* institucional. Essa submissão apenas pode ser afastada em situações excepcionais, a exemplo de a Administração se encontrar dentro do chamado limite prudencial ou mesmo tenha ultrapassado os limites de gastos com pessoal, o que afastaria, temporária e excepcionalmente, a aplicação de cláusulas econômicas da convenção coletiva. Assim, em suma, as empresas estatais exploradoras de atividade econômica possuem autonomia deveras mitigada em relação aos acordos coletivos, mas devem, a princípio, observar aquelas estabelecidas em convenções coletivas.

Por derradeiro, lembramos que a doutrina e a legislação fazem uma diferenciação muito profunda entre as chamadas empresas estatais dependentes e as não dependentes. As primeiras seriam aquelas, conforme §9º do art. 37 da Constituição da República, *que recebem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de*

apenas em relação às empresas estatais. Desse modo, válida a citação: “Em relação à limitação da reserva legal e da competência privativa para início do processo legislativo, a questão seria facilmente superada por uma composição da administração com a entidade sindical. Certamente, a legalidade e a competência são dispositivos constitucionais insuperáveis juridicamente, tendo o acordo firmado entre os interessados cunho político e moral, com o comprometimento da autoridade competente de enviar projeto de lei nos termos do pactuado para o Poder Legislativo. Seria a negociação coletiva informal” (CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O empregado público*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 432).

despesas de pessoal ou de custeio em geral. De modo mais detalhado, define o art. 2º, III, da Lei de Responsabilidade Fiscal que empresa estatal dependente seria aquela controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária. Conforme Hugo Fidelis, o que caracteriza uma empresa estatal dependente é a “ausência de autonomia financeira para pagamento de despesas com pessoal, de custeio em geral ou de capital, salvo se, neste último caso, a despesa de capital ocasionar aumento de participação acionária¹⁵¹”. Doutra ponta, empresa estatal não dependente seria aquela que não se enquadrasse no conceito acima, ou seja, que não receba recursos dos entes administrativos para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.

A distinção acima apontada é relevante, pois grande parte das restrições orçamentárias acima tratadas¹⁵², segundo parcela da doutrina, que se baseia no texto constitucional reformado e na redação de um dispositivo da Lei de Responsabilidade Fiscal, só seria aplicável às empresas dependentes¹⁵³. O juízo sob testilha é plasmado na redação do já citado §9º do art. 37 da Constituição da República, incluído pela Emenda Constitucional nº 19/98, segundo o qual o disposto no inciso XI (redação relativa ao teto remuneratório público) aplica-se às empresas estatais interpretadas como dependentes, bem como na literalidade da alínea *b* do §3º do artigo 2º da Lei de Responsabilidade Fiscal, que imputa a aplicação desse diploma às respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais *dependentes*.

Discordamos de tal posicionamento por entender que os refreamentos em questão vão muito além do custeio, envolvendo-se, em verdade, com a própria razão de ser de tais entes. Conforme fixado no segundo capítulo desta pesquisa, mesmo quando explora atividade econômica, o Estado não é um empresário a mais. Desse modo, o ente estatal jamais poderá se comportar propriamente como um explorador privado, incidindo a ele tanto as prerrogativas pertinentes quanto as *restrições* do regime jurídico administrativo, o que envolve a higidez do tratamento do dinheiro e de todos os esforços públicos. Ora, a finalidade almejada por essas

¹⁵¹ FIDELIS, Hugo. *Negociação coletiva de trabalho nas empresas estatais dependentes*. Publicação Independente, 2020. Livro eletrônico. posição 1298.

¹⁵² Sobre tais restrições, válida a doutrina de Alexandre Santos de Aragão: “Por outro lado, estando incluídas no Orçamento Fiscal e da Seguridade Social, as empresas estatais dependentes do Tesouro Nacional são submetidas às mesmas normas orçamentárias da Administração Direta, autárquica e fundacional. Por isso, subjugam-se aos mesmos tipos de restrição fiscal descritos na LRF a que, comumente, estão sujeitos os órgãos e entes públicos da União, por exemplo, os limites com despesas com pessoal e para endividamento” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais – O regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 290).

¹⁵³ Por todos: ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Financeiro Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.101.

empresas é a realização do interesse público, de maneira que todo o seu excedente (em termos financeiros e institucionais) deverá direcionado à realização de atividades de interesse de toda a sociedade. Como reforço argumentativo, lembramos que o art. 32 da LRF estabelece que o Ministério da Fazenda verificará o cumprimento dos limites e condições relativos à realização de operações de crédito de cada ente da Federação, inclusive das empresas por eles controladas, direta ou indiretamente. Diante disso, reputamos os dispositivos inicialmente citados carecem de uma interpretação conforme o texto originário da Constituição. Nesses termos, entendemos que tanto as empresas estatais dependentes quanto as não dependentes estão submetidas aos rigores da Lei de Responsabilidade Fiscal, da aplicação do teto remuneratório aos seus empregados e demais limitações legais apresentadas nesta pesquisa.

Diante de todo o exposto, concluímos que o princípio da norma mais favorável sofre sérias mitigações quando ingressante no regime jurídico administrativo. Em verdade, seria possível falar na sua inaplicabilidade, ante todas as restrições demonstradas. Desse modo, reconhece-se um espaço para a negociação coletiva em empresas estatais, mas esse tem seu escopo bastante reduzido, nos termos adrede delineados.

4.3.3.2.3 O princípio do *in dubio pro operario*

O princípio do *in dubio pro operario* representa norma de caráter hermenêutico. Américo Plá Rodriguez ensina que “no caso de que uma norma seja suscetível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador¹⁵⁴”. Assim, segundo tal princípio, havendo duas interpretações possíveis e razoáveis, deve-se optar por aquela que mais favoreça o empregado.

Em se tratando de Administração Pública, todavia, tal princípio, como os demais, comporta nuances. Um primeiro exemplo que pode ser rememorado se refere à divulgação da remuneração dos servidores públicos (já tratado o item 4.3.2.2.2, desta pesquisa, mas de abordagem pertinente também neste tópico). Conforme já exposto, na iniciativa privada, com base na Lei Geral de Proteção de Dados e, por respeito à intimidade do empregado, não se coaduna com os princípios gerais do Direito do Trabalho, a divulgação nominal da remuneração dos empregados de uma empresa privada. No que tange ao âmbito público (conforme mencionado no item 4.3.2.2.2), a jurisprudência já admitiu a divulgação da remuneração dos

¹⁵⁴ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 107.

servidores estatais¹⁵⁵. Segundo registramos, discordamos da decisão do Supremo acerca da publicação *nominal* dos servidores, entendendo, por outro lado, que seria razoável a divulgação salarial com o respectivo *número de matrícula*, omitindo o nome do servidor¹⁵⁶. A discussão neste ponto, todavia, é outra: existem duas interpretações possíveis e razoáveis, mas, neste caso, não foi escolhida aquela mais favorável ao empregado (prevalência da intimidade), em razão do arcabouço normativo-axiológico de direito público.

No caso acima, pois, sagrou-se prevalente o arcabouço do regime jurídico administrativo, o qual afastou a interpretação individualmente mais vantajosa ao empregado. Não obstante esse raciocínio a trate de um caso específico, é possível espraizar a lógica atinente a ele a outras situações, em especial em razão do que fora dito em item anterior: os empregados públicos em questão estão inseridos numa relação especial de sujeição, o que torna possível o avanço mais agudo da intervenção estatal sobre alguns aspectos de seu patrimônio individual. Essa interferência do direito público faz com que o princípio em questão, como os demais, reste mitigado.

Por fim, é certo que existem na Administração Pública benefícios típicos do regime estatutário, bem como vantagens próprias do regime trabalhista. Numa interpretação favorável aos empregados, seria possível cogitar a extensão de referidos benefícios de um regime a outro. No entanto, haja vista a indisponibilidade do interesse público, bem como a supremacia do interesse público sobre o privado, faz-se mister a não transposição de vantagens. Neste sentido, consagrou o TST, no enunciado de súmula nº 243, que a incidência do regime trabalhista implica a renúncia dos direitos inerentes ao arcabouço estatutário. Reservamos esse tipo de discussão, todavia, ao próximo subtópico, no qual os aspectos remuneratórios serão tratados com maior atenção.

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n. 652.777/SP. Recorrente: Município de São Paulo. Recorrido: Ana Maria Andreu Lacambra. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 23 de abril de 2015. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307135406&ext=.pdf> >. Acesso em: 12 jul. 2022.

¹⁵⁶ Aqui, mais uma vez esclarecemos: apesar de não concordarmos com a divulgação nominal da remuneração dos servidores, conforme decidido pelo Supremo, entendemos que o interesse público justifica uma publicação parcial, com a matrícula funcional e a remuneração a ela vinculada. Não obstante não se trate de posicionamento amplo como aquele adotado pelo STF, trata-se de posição mais extensiva que aquela referente ao Direito do Trabalho.

4.3.3.3 Aspectos remuneratórios

Os aspectos remuneratórios certamente são dos mais importantes quando nos referimos ao regime jurídico dos empregados das empresas estatais. Vejamos abaixo os principais pontos de toque entre o Direito do Trabalho e o Direito Administrativo.

4.3.3.3.1 Irredutibilidade salarial

No que tange aos aspectos remuneratórios, é preciso notar primeiramente que, tanto no regime trabalhista quanto no regime público, existe a proibição da redução salarial dos trabalhadores atuantes em cada âmbito. Trata-se da irredutibilidade salarial. A doutrina juslaboral afirma que “o empregador não poderá, por ato unilateral, reduzir o salário do empregado¹⁵⁷”, ressaltando que “há possibilidade de redução salarial, excepcionalmente, via negociação coletiva (acordo ou convenção)¹⁵⁸”, conforme artigo 7º, VI da Constituição da República, que garante irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo. Já em âmbito administrativo, é consagrada a irredutibilidade de vencimentos ou subsídio¹⁵⁹, nos termos do inciso XV do artigo 37 do Texto Maior, a qual se funda na “proteção da probidade, do Estado Democrático de Direito e do direito individual a uma boa Administração que assiste aos cidadãos¹⁶⁰”. As consequências são semelhantes, mas os fundamentos são distintos. Com efeito, é preciso notar que, no Direito do Trabalho, essa garantia visa a proteger os empregados do abuso do poder econômico, ao passo que, no

¹⁵⁷ CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 961.

¹⁵⁸ Idem, *ibidem*.

¹⁵⁹ Sobre o tema, relevante a doutrina de Wallace Paiva Martins Junior com apenas a ressalva de que os fundamentos que o autor utiliza para justificar a irredutibilidade da magistratura e dos membros do Ministério Público é também extensível aos demais servidores. Nesses termos, da mesma forma que atendem os predicamentos à magistratura e as imunidades aos parlamentares, aos servidores atende suas prerrogativas, como pressupostos do bom exercício da função pública. Vejamos: “A irredutibilidade foi sensível conquista dos servidores públicos, na medida em que, em outras épocas, era prerrogativa de certas carreiras como os magistrados na Constituição republicana de 1891 (art. 57, §1º). Para os empregados públicos, não obstante a regra constar do art. 37, XV, que a eles também se aplica, a Constituição a cunhou ainda no art. 7º, VI, aos trabalhadores, ressaltado o disposto em convenção ou acordo coletivo. No caso dos magistrados e membros do Ministério Público – e por extensão do Tribunal de Contas (art. 73, §3º, da Constituição) –, ela é uma garantia qualificada instituída *pro societatis*, dada a gravidade de suas funções, que, aliada à vitaliciedade e à inamovibilidade, dotadas do mesmo sentido, forma os baldrames e alicerces de seu regime jurídico peculiar, absolutamente necessário à independência funcional, e cujo substrato lógico é distinto dos demais servidores públicos (...)”. (MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Remuneração dos agentes públicos*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 159-160).

¹⁶⁰ FERNANDES, Felipe Gonçalves. *A tipicidade e o regime disciplinar de servidores públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 41.

subsistema jurídico administrativo essa socorre os servidores públicos tanto do abuso do poder econômico quanto do poder político.

Quando nos referimos às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, é certo que essas, congregando uma amálgama de normas de direito público e de regras oriundas de diplomas de direito privado, terminam por fornecer a seus empregados garantias das duas sortes, ou seja, tanto do abuso do poder político quanto do abuso do poder econômico. Neste sentido, proíbe-se a redução salarial dos empregados públicos como forma de evitar que esses sejam, por exemplo, pressionados para que desistam de suas funções, que visam ao interesse público, mas também pelo suporte trabalhista referente ao princípio da alheabilidade (ou *ajenidad*¹⁶¹), segundo o qual os riscos do negócio correm por conta do empregador, não podendo ser transferidos aos empregados. Neste caso, conforme visto, é possível que uma empresa estatal trabalhe com resultados financeiros desfavoráveis, mas, obviamente, isso não afetará a remuneração de seus empregados. Desse modo, tanto do ponto de vista político quanto do ponto de vista econômico, impõe-se a irredutibilidade salarial no âmbito das empresas estatais.

Um aspecto relevante merece ser destacado neste ponto. Conforme acima apontado, é garantida a irredutibilidade salarial dos empregados “salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”. Claramente, o disposto em tela se refere aos empregados da iniciativa privada, de maneira que dúvida poderia surgir quanto a sua aplicação aos empregados públicos. Sobre isso, ressaltamos que, não obstante essa exceção seja, em tese, capaz de ultrapassar a barreira da irredutibilidade referente à forma celetista, ela não é apta a adentrar na seara jurídico-administrativa. Com efeito, nos termos dantes expostos, a irredutibilidade que atende aos empregados públicos se reveste de dois vieses: contra o abuso do poder econômico e contra o abuso do poder público. Dessarte, não obstante a regra em questão possa transpassar a barreira estabelecida em face do primeiro, não é capaz de perfurar a segunda camada protetiva, de modo a se concluir que o salário dos empregados públicos não pode ser reduzido por meio de negociação coletiva.

¹⁶¹ Sobre esse princípio, ensina Vólia Bomfim Cassar: “*Ajenidad* significa aquisição originária de trabalho por conta alheia. Este princípio revela dois conteúdos: a) que a aquisição do trabalho gera o vínculo de emprego com o tomador que originariamente recebe os serviços do empregado, daí por que a assunção é originária; b) que o trabalho é exercido para e por conta de outra pessoa. Isso quer dizer que a energia desprendida pelo trabalhador destina-se a outro que não é ele próprio e que é por conta deste tomador que ele exerce seus serviços, logo, é o empregador quem corre os riscos deste negócio” (CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 238).

Seguindo adiante, outro tópico é digno de nota. Trata-se de ressalva referente a acontecimento histórico¹⁶² e a análise de sua validade: a aplicação do chamado “teto remuneratório”. Esse está previsto no inciso XI do art. 37 da Constituição da República, atualmente conforme redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003, segundo o qual a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos. Tal disposição não constava da redação originária da Constituição Federal, que foi primeiramente alterada pela Emenda Constitucional nº 19/98, a qual previa a existência de um limite remuneratório ao serviço público brasileiro, mas o condicionava à edição de lei, a qual não sobreveio. A Emenda Constitucional nº 41/2003, todavia, impôs, de maneira imediata, a aplicação do chamado “teto remuneratório”. Pois bem. Quando da referida alteração, havia servidores que recebiam acima do limite estabelecido, de modo que foi questionada a possibilidade de esses servidores virem a sofrer redução salarial imediata, contrariando, a regra da irredutibilidade salarial. Segundo o Supremo Tribunal Federal, todavia, o limite em questão possui eficácia imediata, “submetendo às referências de valor máximo nele discriminadas todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda que adquiridas de

¹⁶² Conforme ensina Wallace Paiva Martins Junior: “No que tange ao limite remuneratório (teto), há três momentos distintos no art. 37, XI, da Constituição de 1988: a) redação original; b) a redação dada pela Emenda n. 19/98; c) a redação atribuída pela Emenda n. 41/2003. Sua concepção passa, obrigatoriamente, pela compreensão do estabelecimento dos regimes remuneratórios (vencimentos e subsídios) e por sua auto-aplicabilidade, inclusive do teto. Por teto há de se entender o limite máximo de remuneração aos servidores e agentes públicos que recebem vencimento ou subsídio” (MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Remuneração dos agentes públicos*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 169).

acordo com regime legal anterior¹⁶³”. Em seara trabalhista, o TST seguiu o mesmo posicionamento¹⁶⁴, consagrando a aplicação imediata do teto remuneratório, a qual insculpiu na Orientação Jurisprudencial nº 339 da SDI-I, segundo a qual as empresas públicas e as sociedades de economia mista estão submetidas à observância do teto remuneratório previsto no inciso XI do art. 37 da CF/88, sendo aplicável, inclusive, ao período anterior à alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98. O posicionamento em questão não é isento de críticas, eis que não faz sentido estabelecer uma irredutibilidade salarial quando os vencimentos podem ser reduzidos, de imediato, por força de alteração de regime. Nesses termos, consideramos que, quando menos, as vantagens de caráter pessoal (assim como as indenizatórias) deveriam permanecer em seus valores originários, preservando o direito adquirido do servidor¹⁶⁵.

Sobre esse tema, outro ponto suscita discussões. Segundo jurisprudência do STF e do TST, apenas as empresas estatais dependentes estão submetidas ao teto remuneratório. Com efeito, decidiu a Corte Laboral que “as Sociedades de Economia Mista se submetem ao teto remuneratório previsto no artigo 37 da Constituição Federal apenas quando recebem recursos da União, dos Estados ou Municípios para pagamento das despesas com pessoal ou de custeio geral¹⁶⁶”. Outrossim, o Pretório Excelso, no bojo da ADI 6.584/DF¹⁶⁷, declarou inválida norma

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 609.381/GO. Recorrente: Estado de Goiás. Recorrido: Anthony Jeferson Soares Frazão e outros. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 02 de outubro de 2014. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=288230706&ext=.pdf> >. Acesso em: 12 jul. 2022.

¹⁶⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo n. 10017933820175020047. Agravante: Cláudio Katsuhiko Sumida. Agravado: Companhia Paulista de Trens Metropolitanos. Relator: Min. Nilton Correia. Brasília, 15 de setembro de 2021. Disponível em < <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1001793&digitoTst=38&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0047&submit=Consultar> >. Acesso em: 12 jul. 2022.

¹⁶⁵ Em sentido semelhante a doutrina: “Se o regime do servidor público é unilateral e legal e não há direito adquirido à sua manutenção, não se mostram adequadas à segurança jurídica, à irredutibilidade estipendial e aos direitos fundamentais reduções arbitrárias e inconstitucionais de estipêndios lícitamente adquiridos. A alteração de regime quando consentida por lei deve preservar o padrão atual de vencimentos do agente público, sob pena de enriquecimento sem causa do poder público e de expropriação gratuita de salários, por meio de soluções de compromisso como a absorção das vantagens excedentes do novo padrão nos aumentos ou reajustes futuros” (MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Remuneração dos agentes públicos*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185).

¹⁶⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 1160001620065010036. Recorrente: Companhia Estadual de Águas e Esgotos - CEDAE. Recorrido: Osvaldo José Ferreira Cordeiro. Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Brasília, 03 de outubro de 2012. Disponível em < <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/decisaoForm.do?numInt=573572&anoInt=2009&codOrgaoJudic=69&anoPauta=2012&numPauta=23&tipSessao=O> >. Acesso em: 12 jul. 2022.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.584/DF. Requerente: Governador do Distrito Federal. Intimado: Mesa Diretora da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 24 de maio de 2021. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346584523&ext=.pdf> >. Acesso em: 12 jul. 2022.

da Lei Orgânica do Distrito Federal, que impunha o teto remuneratório aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista não dependentes do erário daquela unidade federativa. Com toda a vênua ao entendimento dessas Cortes, conforme dito acima, entendemos que mesmo as empresas estatais não dependentes estão submetidas ao teto constitucional, eis que, o fato de não receberem recursos do erário naquele momento histórico, não significa que nunca tenham se beneficiado de recursos públicos nem que estejam isentas dos deveres de cuidado e indisponibilidade dos haveres estatais. Desse modo, o texto reformado do §9º do art. 37 da Constituição da República falou menos do que deveria, ao limitar suas disposições às estatais que recebam, correntemente, recursos públicos. O fato de hoje elas possuírem alguma autonomia financeira não tem o condão de excluí-las do regime jurídico administrativo. O fundamento ontológico é o mesmo declinado no item 4.3.3.2.2 deste trabalho: as restrições em questão vão além do custeio, haja vista que o Estado interventor na atividade econômica não é um empresário a mais, de maneira que a ele incidirão (em maior ou em menor medida) tanto as prerrogativas cabíveis quanto as *restrições* do regime jurídico administrativo. Nesses moldes, por mais que essas companhias, na sua forma, assemelhem-se a entes da iniciativa privada, é inafastável o arcabouço normativo-axiológico de direito público sobre o qual elas se sustentam, dentre os quais se destaca a imposição do limite remuneratório adotado ao serviço público brasileiro.

4.3.3.3.2 Cumulação remunerada de cargos, empregos e funções

Não obstante se trate de relação funcional com forma de direito privado, é certo que aos empregados das empresas estatais, nos moldes acima delineados, aplica-se o regime jurídico administrativo às hipóteses de acumulação de cargos, empregos ou funções. Nesses termos, conforme o inciso XVI do artigo 31 da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico ou; c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas. Trata-se de imposição que visa a manter o profissionalismo no exercício da função pública, consagrando ainda o princípio fundamental à boa Administração. Neste sentido, “a eficiência e a excelência buscadas no

serviço público em benefício do administrado são mais bem atendidas, em regra, pela investidura, em cada cargo, de um servidor e de cada servidor para apenas um cargo¹⁶⁸”.

Pois bem. No que tange a essa acumulação remunerada, algumas observações podem ser feitas. A primeira se refere ao limite remuneratório imposto a elas. Neste sentido, cabe rememorar (o tema já foi mencionado no item 4.2.2.6) que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em entendimento hoje superado, quedava no sentido de que o limite remuneratório do funcionalismo público brasileiro (acima tratado) seria aplicável às duas remunerações somadas. Posteriormente, todavia, o Pretório Excelso reviu seu posicionamento para estabelecer que o limite remuneratório seria considerado individualmente para cada um dos vínculos. Assim, decidiu, em sede de repercussão geral (tema 377), que “nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público¹⁶⁹”. Concordamos com referido posicionamento, por uma questão lógica. Ora, se o constituinte admitiu a acumulação *remunerada* de cargos, empregos ou funções, é certo que isso compreende a autorização para que a remuneração ocorra em cada um dos vínculos. Dessa maneira, autorizado labor, é certo que também é autorizada a sua justa remuneração¹⁷⁰.

Doutra ponta, é importante ressaltar mais uma diferença conceitual entre o contrato de emprego na iniciativa privada e aquele realizável sob a égide do regime jurídico administrativo: a exclusividade não é um requisito da relação empregatícia. Nesses termos, nada impede que o empregado trabalhe para mais de um empregador. Conforme ensina Henrique Correia, “não é requisito para configurar o vínculo empregatício que ele (o empregado) trabalhe para apenas um único empregador¹⁷¹”, de maneira que “há possibilidade de vários contratos de trabalho, com empresas diversas, simultaneamente¹⁷²”. Assim, pressupondo a liberdade das partes na

¹⁶⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 266.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 612975/MT. Recorrente: Estado do Mato Grosso. Recorrido: Isaac Nepomuceno Filho. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 24 de abril de 2017. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312672762&ext=.pdf> >. Acesso em: 14 jul. 2022.

¹⁷⁰ A ponderação em tela encontra vazão na doutrina: “Ora, se a própria Constituição admite excepcionalmente a acumulação remunerada (arts. 37, CVI e XVII, 95, parágrafo único, I e 128, §5º, II, d) ela tem como pressuposto a licitude da duplicidade de remuneração, perdendo sentido submeter a soma das remunerações ao um único teto, até porque poderá haver tetos de esferas federativas diversas. Compreensível que cada uma delas esteja sujeita ao seu respectivo teto, sendo ofensiva ao princípio da razoabilidade interpretação desconforme ou vedação extravagante contida em norma constitucional ou subalterna subordinativa de teto único” (MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Remuneração dos agentes públicos*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 202).

¹⁷¹ CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 185.

¹⁷² Idem, *ibidem*.

iniciativa privada, nada impede que o empregado firme contrato com vários empregadores. No que tange ao contrato de trabalho na Administração Pública, não. O empregado apenas pode cumular, de forma remunerada, os cargos constitucionalmente previstos, sob pena de cometimento de falta funcional. Ainda que o hierarca franqueie essa possibilidade, tal atuação é vedada pelo Ordenamento Jurídico. Esse tipo de limitação denota mais uma diferenciação entre o regime de emprego público e o regime de emprego privado.

4.3.3.3 *Ascensão funcional*

Outrossim, no decorrer do contrato de emprego, é certo que o seu ocupante estará sujeito a uma evolução funcional. Isso contribui para a profissionalização da função pública, a qual, segundo abalizada doutrina, é considerada verdadeiro dever jurídico do Estado¹⁷³. Neste sentido, salutar mencionar a doutrina de Raquel Dias da Silveira, segundo a qual o direito subjetivo do servidor e a obrigação estatal referentes à profissionalização em questão encontram fundamento nos princípios da “impessoalidade, da eficiência, da proibição do retrocesso, da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho, positivados expressa ou implicitamente na Constituição da República de 1988¹⁷⁴”. Nesses moldes, o empregado público¹⁷⁵ poderá galgar melhores posições na empresa, ascendendo de um posto a outro, de maior complexidade e responsabilidade. Sobre este ponto, todavia, fazemos as ressalvas seguir.

Primeiramente, é importante destacar que os empregados da iniciativa privada têm a possibilidade de ascender funcionalmente por meio de planos de cargos e salários, podendo essas promoções ocorrer, nos termos do §3º do art. 461 da CLT, por merecimento e por

¹⁷³ Cf. DA SILVEIRA, Raquel Dias. *Profissionalização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Livro eletrônico, posições 1548-1555.

¹⁷⁴ Idem, posições 1555-1562.

¹⁷⁵ Sobre o direito à progressão funcional dos empregados públicos, ensina Raquel Dias da Silveira: “O direito público subjetivo do servidor à carreira estende-se não só aos titulares de cargos efetivos e vitalícios previstos em carreira, mas também aos empregados públicos. Em se tratando de empregados das sociedades de economia mista e das empresas públicas, como a norma do art. 39 da CR/88 a estes não se refere, a fonte imediata e essencial do direito à carreira corresponde aos mesmos princípios que informam a profissionalização da função pública [...]. A explicação para se estender o direito à carreira aos servidores trabalhistas advém igualmente da interpretação sistemática da Constituição da República de 1988. O direito público subjetivo à profissionalização do servidor e à integração em determinada carreira, ressalvados os casos dos cargos isolados, assim previstos no plano de cargos e salários, aplica-se a toda função pública, indiscriminadamente” (DA SILVEIRA, Raquel Dias. *Profissionalização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Livro eletrônico, posições 1982-1997).

antiguidade, ou por apenas um destes critérios, dentro de cada categoria profissional¹⁷⁶. Nada impede, todavia, que o empregador opte por não ter um plano de cargos e salários e conceda as promoções com base em seu sentimento pessoal de experiente gestor. Nesses termos, a ascensão numa empresa privada pode estar sujeita aos desígnios do empregador: cogitando essa hipótese, seria viável que o superior hierárquico designasse um estagiário para a função de coordenador simplesmente porque enxergou potencial naquele jovem.

No setor público, todavia, a ascensão funcional se dá de forma diversa. Os empregados públicos estão sujeitos à promoção, forma de provimento derivado vertical, na qual o servidor é alçado a posição mais alta dentro do seu estamento e da sua carreira¹⁷⁷. Asseveramos que essa deve se basear, necessariamente, em critérios objetivos (por merecimento ou antiguidade, alternadamente), limitada a classes dentro do emprego para o qual o agente prestou concurso público. Assim, um oficial administrativo de empresa estatal poderá galgar os degraus estabelecidos dentro de seu emprego, mas estará impedido de ascender a emprego superior ao chegar ao último grau de sua designação (ser, por exemplo, promovido a advogado). A propósito, esse entendimento está consagrado na Súmula Vinculante nº 43 do STF, que fixa ser inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido. Desse modo, caso os dirigentes da empresa estatal desejem conferir função de direção, chefia ou assessoramento àquele empregado, este passará a ocupar função de confiança, de livre nomeação e exoneração, mas, ressaltamos, isso não representará uma ascensão funcional. Cessada a designação, ele retorna ao cargo de origem.

Diante disso, concluímos que, enquanto na iniciativa privada o estabelecimento de um quadro de carreiras passa pelo juízo subjetivo do gestor, no serviço público, trata-se de verdadeiro direito subjetivo do empregado e dever do administrador. Nesses termos, até podem existir cargos isolados no seio da Administração Pública, mas a regra é a organização em estamentos organizados, nos quais os empregados poderão ascender funcionalmente conforme critérios objetivos e impessoais, previamente estabelecidos.

¹⁷⁶ Conveniente lembrar que essa redação foi dada ao dispositivo mencionado pela Lei nº 13.467/2017, a qual confrontou frontalmente a redação da Orientação Jurisprudencial nº 418 da SDI-I do TST, que dispunha não constituir óbice à equiparação salarial a existência de plano de cargos e salários que, referendado por norma coletiva, prevê critério de promoção apenas por merecimento ou antiguidade, não atendendo, portanto, o requisito de alternância dos critérios, então previsto no art. 461, § 2º, da CLT. Como o dispositivo foi alterado, considera-se o enunciado superado.

¹⁷⁷ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 256.

4.3.4 Término do vínculo

Para efeitos da análise deste tópico, é preciso primeiramente fazer um aparte para explicar as formas de extinção do contrato de trabalho na CLT. Conforme ensina a doutrina, o término da avença laboral pode se dar por rescisão, por rescisão ou por resolução¹⁷⁸. A rescisão se refere à extinção do contrato de trabalho sem que tenha havido o cometimento de falta grave por qualquer das partes. Esta pode ser unilateral, quando uma das partes (empregado ou empregador), imotivadamente, põe fim à avença ou bilateral, quando elas o fazem de comum acordo (trata-se do chamado distrato). Já a rescisão se refere ao término do contrato de trabalho à vista da existência de alguma nulidade¹⁷⁹. Doutra ponta, a resolução se refere ao término do contrato de trabalho ante o cometimento de falta grave por alguma das partes¹⁸⁰. Quando inseridos em relação da qual consta a Administração Pública em um dos polos, todavia, os institutos em questão ganham contornos diversos, conforme passa a ser exposto neste subtópico.

Primeiramente, é preciso destacar que inexistente, propriamente, rescisão por iniciativa do superior na Administração Pública. Ora, o instituto em comento versa sobre o término do contrato de trabalho, de forma imotivada, pelo empregador. Contudo, sabido que o contrato de trabalho público é, em verdade, ato administrativo bilateral de forma privada e vestes celetárias e é pressuposto da regular forma deste a motivação (cf. 4.3.3.1), é certo que, como conclusão lógica, não pode existir a dispensa imotivada no seio da Administração Pública. Neste sentido, afirmamos que, em se tratando de empregados públicos admitidos pela via do concurso público, o ato de dispensa *sempre* deverá ser motivado. Conforme já ressaltamos, esses servidores não gozam de estabilidade, não se confundindo a necessidade de motivação, contudo, com a prerrogativa em questão.

Dessarte, nos moldes adrede fixados, nas hipóteses em que não se verifica o cometimento de falta funcional, mas existe motivo (técnico, econômico ou financeiro) para a dispensa do empregado público, estaremos diante de situação paralela àquela prevista no direito do trabalho como rescisão unilateral por iniciativa do empregador. Não obstante, em âmbito jurídico-administrativo, a rigor, esse não consiste em ato de rescisão do contrato, mas,

¹⁷⁸ Cf. CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 1211.

¹⁷⁹ Idem, p. 1239.

¹⁸⁰ Idem, p. 1227

tecnicamente, em *ato administrativo de contraposição ou derrubada*¹⁸¹. Nesses casos, o empregado fará jus a todas as verbas trabalhistas decorrentes da dispensa imotivada, muito embora não se confunda com ela.

Doutra ponta, a resilição unilateral por iniciativa do empregado equivale ao pedido de exoneração no regime jurídico administrativo. Por óbvio, o ato não depende de motivação, eis que o particular não é obrigado a se manter vinculado à Administração Pública, podendo ele, por iniciativa própria e imotivada, requerer o seu desligamento. Esse caso, todavia, por consubstanciar ato unilateral do servidor, que põe fim ao seu vínculo é, conforme dito, hipótese de pedido de exoneração, que configura, tecnicamente, ato de renúncia¹⁸².

Por derradeiro, não vislumbramos a hipótese de resilição bilateral, haja vista que inexistem margem para um acordo de vontades, nesses termos, dentro da Administração Pública. Quando muito, seriam cogitáveis duas hipóteses. A primeira se refere a uma espécie de dispensa acertada, nos termos autorizados por norma geral e abstrata, a qual regularia seus aspectos administrativos. Assim, enquadradas certas situações no espectro normativo, estaria autorizado o desligamento do empregado, nos termos preestabelecidos no diploma, o que pode envolver, decerto, certas concessões no momento rescisório, a exemplo do que ocorre no distrato, desde que respeitado o núcleo fundamental dos direitos do trabalhador. A outra situação vislumbrável são os chamados Planos de Demissão Voluntária – PDV’s, instrumentos por meio do qual os trabalhadores podem aderir a um termo geral e abstrato de desligamento da empresa à qual vinculada, normalmente mediante alguma compensação¹⁸³.

Doutra banda, tratando da resolução, recapitulamos que, conforme dito anteriormente, essa está condicionada ao cometimento de falta grave por uma das partes. Em sendo aplicável

¹⁸¹ Sobre o ato de contraposição ou derrubada, ensina o professor Celso Antônio Bandeira de Mello: “retirada porque foi emitido ato, com fundamento em competência diversa da que gerou o ato anterior, mas cujos efeitos são contrapostos aos daquele. É a *contraposição* ou derrubada. Lembre-se o exemplo de Stassinopoulos, da exoneração de um funcionário, que aniquila os efeitos da nomeação” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 368).

¹⁸² Pedimos vênias para citar novamente a basilar doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello: “(...) *renúncia*. Consiste na extinção dos efeitos do ato ante a rejeição pelo beneficiário de uma situação jurídica favorável de que desfrutava em consequência daquele ato. Exemplo: a renúncia a um cargo de secretário de Estado” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 368).

¹⁸³ Acerca dos PDV’s, citamos a doutrina de Henrique Correia: “O Plano de Demissão Voluntária – PDV – ou programa de incentivo à demissão voluntária é tratado, por alguns autores, como hipótese de transação individual de direitos trabalhistas. O PDV tem por objetivo conceder uma vantagem pecuniária ao empregado que se desligar do trabalho voluntariamente. É utilizado para reduzir os quadros da empresa e também para colocar fim ao contrato de trabalho. Em resumo, o empregado pede demissão e recebe uma indenização, além das verbas rescisórias clássicas” (CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 1213).

a legislação trabalhista, pressupõe-se o cometimento de falta grave pelo empregado¹⁸⁴ (com base no art. 482 da CLT) ou do empregador (prática dos atos previstos no art. 483 do texto consolidado). Tratando-se dos atos administrativos bilaterais com forma trabalhista firmados no âmbito das empresas estatais, é preciso destacar o seguinte. Primeiramente, fixar que a CLT não será o único diploma regente dessas situações, eis que, haja vista o arcabouço comum de direito público, serão também aplicáveis àqueles atos as hipóteses normativas referentes a faltas funcionais previstas no Estatuto dos Servidores Públicos da respectiva unidade federativa. Desse modo, caso a falta grave seja cometida pelo empregado, consistirá, tecnicamente, em hipótese de demissão¹⁸⁵, aplicável a ela todo o regime jurídico atinente a esse instituto, tal como a apuração por processo administrativo disciplinar, respeitados o contraditório e a ampla defesa. Por outro lado, caso a falta grave seja praticada pelo empregador, será o caso de invalidação do ato administrativo com efeitos *ex nunc*¹⁸⁶, em razão de vício quanto ao objeto. Neste caso, o empregado fará jus a todas as verbas decorrentes da aplicação da rescisão indireta no Direito do Trabalho¹⁸⁷.

Por derradeiro, temos a chamada rescisão do contrato de trabalho, consistente na sua extinção com base na existência de “nulidade¹⁸⁸”. Neste ponto, antes de avançar sobre a forma de incidência do instituto no regime jurídico-administrativo, é preciso fixar algumas premissas

¹⁸⁴ Sobre a justa causa e a dispensa por justa causa no Direito do Trabalho, citamos Gustavo Filipe Barbosa Garcia: “Pode-se conceituar a justa causa como a prática de ato que configura séria violação de deveres do empregado, rompendo a confiança inerente à relação de emprego, tornando indesejável ou inviável a manutenção do referido vínculo. A dispensa por justa causa, por sua vez, pode ser conceituada como a cessação do contrato de trabalho em razão da prática de ato faltoso, dotado de gravidade, abalando a fides entre as partes da relação de emprego” (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Manual de Direito do Trabalho*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 590).

¹⁸⁵ Conforme ensina a doutrina: “Apesar de a exoneração e a demissão criarem a vacância do cargo, a primeira hipótese não possui a natureza jurídica de penalidade disciplinar, ao passo que na última situação ela é imposta em decorrência da prática de uma infração disciplinar grave, investigada através de processo administrativo disciplinar” (DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes. *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 758).

¹⁸⁶ Conforme ensina Ricardo Marcondes Martins: “A *invalidação* consiste na expedição de um ato administrativo cujo efeito é a retirada do ato inválido do mundo jurídico; pode ter efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* (*infra*, Capítulo VIII-9.7). É a forma mais radical de correção do vício de um ato administrativo e, por isso, indica uma maior repulsa do ordenamento à norma viciada. A invalidação não salva o ato viciado, elimina-o totalmente do mundo jurídico” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 275).

¹⁸⁷ Sobre a despedida indireta, referenciamos Octavio Bueno Magano: “A despedida indireta constitui figura híbrida, com algumas características de demissão e outras de despedida. Assemelha-se à demissão, por ser ato unilateral de iniciativa do empregado, mas dela se distancia por não implicar qualquer ideia de renúncia. Ao contrário, o empregado denuncia o contrato com fundamento em falta grave do empregador. E por aí a figura em exame se aproxima da despedida sem justa causa” (MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho: direito individual do trabalho*. 4. ed. Vol 2. São Paulo: LTr, 1993, p. 330).

¹⁸⁸ Conforme aduz Henrique Correia: “[...] ocorre a rescisão quando há nulidade contratual, como nos casos de trabalho ilícito e contatos efetivados com a Administração Pública sem o prévio concurso público” (CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 1.239).

terminológicas. Com efeito, conforme ensina Ricardo Marcondes Martins¹⁸⁹, a doutrina civilista, por influência do direito romano, que considerava o ato viciado inexistente e, como tal, não produzia efeitos, desenvolveu a dicotomia entre atos nulos e anuláveis. No entanto, com o tempo, foi sendo identificada a impossibilidade de aplicação da teoria clássica das nulidades tanto ao direito público¹⁹⁰ quanto ao próprio direito privado. Nesses termos, o mais técnico é considerar o ato jurídico *viciado* (eivado de vício), e não nulo, haja vista que se trata de ato existente, com eficácia deôntica. Dessarte, o ato viciado institui situações jurídicas e uma relação entre elas. O vício do ato, por sua vez, pode levar ao dever de correção, ao direito passivo de resistência do administrado, ao dever de reparar o dano e ao dever de responsabilizar o agente público. Nos termos aqui analisados, portanto, o que a doutrina juslaboral chama de “nulidade” no contrato, chamaremos de *vício* no ato administrativo bilateral de vestes celetárias. Assim, o ato em questão, quando fulminado por vício (a exemplo da ausência de prévia aprovação em concurso público) implicará a invalidação do ato, com efeitos *ex tunc*. Ou seja, reconhecida a existência de vício insanável, o ato deve ser retirado com efeitos retroativos, desde o seu nascedouro. Não se trata, portanto, de rescisão do contrato de trabalho, mas de invalidação do ato administrativo com efeitos *ex tunc*. Essa é a regra geral. Em contrapartida a ela, ressaltamos que, a depender da situação apresentada no caso concreto (sobretudo dos efeitos jurídicos gerados e do lapso transcorrido), pode se fazer necessária a modulação dos efeitos da decisão de invalidação ou mesmo a estabilização do vício, conforme dispusemos ao tratar da excepcionalíssima aplicação da teoria do fato consumado no direito brasileiro (conforme item 4.3.2.1.1).

4.3.4.1 Inexistência de perdão tácito

Outro instituto típico dos contratos de trabalho, aplicável às hipóteses de cometimento de falta grave, é o chamado perdão tácito. Ou seja, cometido o ato faltoso pelo empregado, caso o empregador não aplique a respectiva sanção de forma imediata, pressupõe-se que teria havido

¹⁸⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 263-267.

¹⁹⁰ Sobre a impropriedade da aplicação dessa dicotomia ao direito público, já lecionava Seabra Fagundes: “Acolher a orientação do Código apenas para catalogar de *nulos* ou *anuláveis* os atos administrativos, será, positivamente, muito pouco. E talvez e possa dizer até mais, isto é, que nenhuma vantagem resulta para o Direito Administrativo do acolhimento da teoria civilista, quando a isso não corresponda considerável afinidade de conceitos. A comum nomenclatura poderá tornar-se, então, apenas um fator de confusão de princípios do que aproveitamento das experiências e sedimentações do Direito Privado” (FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 69).

a implícita remissão, ou seja, aquele ato fora considerado perdoado pelo empregador em decorrência de sua inação. Com efeito, a imediatidade é um pressuposto da dispensa por justa causa, explicando a doutrina que “a dispensa por justa causa deve ser logo em seguida à prática da falta grave¹⁹¹”, ressaltando que “o referido espaço de tempo só deve ser contado a partir do momento em que o empregador toma ciência da falta disciplinar praticada pelo empregado¹⁹²”. Na Administração Pública, contudo, esse instituto se mostra inaplicável, haja vista a necessidade de tutela da coisa pública com maior rigor. Com efeito, o administrador público não é dono daquele patrimônio, sobre o qual apenas exerce função semelhante à tutela, de modo que não pode agir de forma magnânima, perdando alguns servidores e apenando outros conforme sua subjetividade. No entanto, isso não significa que sempre que ocorrer uma falta funcional aplicar-se-á, de forma telegráfica, uma pena. Vejamos na sequência duas situações em que se cogita a existência de falta funcional, mas não há aplicação de sanção, sem que isso se confunda, todavia, com o perdão tácito.

Primeiramente, sem esquecer que não há que se falar em perdão, pois o administrador não goza de disponibilidade sobre a situação faltosa do servidor, lembramos que, em alguns casos, pode ocorrer a ponderação de princípios no sentido de que a penalidade poderá surtir efeitos mais negativos que positivos ao serviço público. Como toda penalidade precisa respeitar a uma gama de princípios (dentre eles a proporcionalidade e razoabilidade¹⁹³), é possível que a ponderação efetuada no caso concreto informe a impropriedade da aplicação da sanção. Eventualmente, o bom servidor que, de forma inadvertida comete falta de caráter leve, pode já se sentir devidamente apenado pela própria existência de um processo administrativo disciplinar em face dele. Neste caso, puni-lo poderia vir a representar reprimenda desnecessária e desproporcional, a qual, aí sim, levaria à perda do bom servidor. Nesses termos, “se a conduta do agente público se subsumir à literalidade do tipo de uma infração disciplinar, mas for

¹⁹¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Manual de Direito do Trabalho*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 598.

¹⁹² Idem, ibidem.

¹⁹³ Acerca da razoabilidade na imposição de sanções administrativas, valiosa a lição de José Roberto Pimenta Oliveira: “Como qualquer competência administrativa, o alcance dos fins pressupõe, de direito, o recurso a meio adequado, necessário e proporcional. *Poena devet proportionari delicto*. Não deve o meio sancionatório ficar além nem aquém do grau requerido para cumprir a sua teleologia. Toda demasia vai de encontro à lógica do próprio instituto, que intrinsecamente demanda proporcionalidade para não contrariar a si próprio, já que o excesso ou descomedimento apenas contribui tão-somente para o desprestígio da sanção, além de representar menosprezo injustificado a posições jurídico-subjetivas protegidas pela ordem jurídica, ambos inadmissíveis no Estado Democrático de Direito” (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo brasileiro*. 2003. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, p. 511).

socialmente adequada, ou seja, conforme à ordem social, à realidade histórica, ao ‘normal’ da vida –, não será passível de sanção, ainda que não seja exemplar¹⁹⁴”.

Doutra ponta, no que tange ao lapso temporal propriamente dito, ressaltamos que as faltas graves cometidas no âmbito das empresas estatais estão sujeitas, em verdade, aos prazos prescricionais impostos à Administração Pública (o tema será analisado na sequência, no item 4.3.6). Nesses termos, aplicada a sanção em momento consideravelmente posterior à prática do ato, mas, dentro do prazo prescricional, essa será considerada válida. Nesses termos, devido ao transcurso do tempo, o que pode ocorrer é a prescrição da pretensão punitiva, mas, nesta hipótese, será, tecnicamente, caso de extinção da punibilidade¹⁹⁵, não de perdão.

4.3.4.2 Reconsideração do aviso prévio

Aspecto relevante se refere à aplicação da reconsideração do aviso prévio na Administração Pública. Prefacialmente, explicamos que o aviso prévio é salvaguarda inserida pelo constituinte originário, que, no artigo 7º da Constituição da República de 1988, em seu inciso XXI, garantiu aos empregados o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei. O diploma referente à proporcionalidade do aviso prévio já foi editado, consistente na Lei nº 12.506/2011, que, em seu artigo 1º, prevê que, ao aviso prévio serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias. Segundo a doutrina, “o aviso prévio pode ser conceituado como a comunicação que uma parte faz à outra, no sentido de que pretende findar o contrato de trabalho¹⁹⁶”, ressaltando-se que ele “pode ser concedido tanto pelo empregador como pelo empregado, dependendo de quem está tomando a decisão de fazer cessar o vínculo de emprego¹⁹⁷”.

¹⁹⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 628.

¹⁹⁵ Acerca da prescrição como um impedimento ao poder de punir, citamos a doutrina de Regis Fernandes de Oliveira: “Opera-se a perda do direito de punir, fundamentalmente, pela *prescrição*, ou seja, o decurso do tempo entre a infração e a sanção sugere a desnecessidade de sua aplicação. Destina-se a prescrição a resguardar a segurança jurídica, a estabilidade das relações formadas. No direito romano primitivo, as ações eram perpétuas e o interessado a elas podia recorrer a qualquer tempo. A ideia de prescrição surge no direito pretoriano, pois o magistrado vai proporcionar às partes, determinadas ações capazes de contornar a rigidez dos princípios do *jus civile*. O Estado não tem interesse em prolongar indefinidamente os litígios. Deseja dirimi-los com brevidade, a fim de restituir a paz e a harmonia ou impedir perigo para a sociedade, além de gerar economia para os cofres públicos. [...] Assim, a prescrição vem a ser o modo pelo qual um direito se extingue pela inércia, durante certo lapso de tempo, de seu titular, que fica sem a ação própria para assegurá-lo” (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 169).

¹⁹⁶ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Manual de Direito do Trabalho*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 652.

¹⁹⁷ Idem, *ibidem*.

Segundo o art. 489 da CLT, dado o aviso prévio, a rescisão torna-se efetiva depois de expirado o respectivo prazo, mas, caso a parte notificante reconsiderar o ato, antes de seu termo, à outra parte é facultado aceitar ou não a reconsideração. Outrossim, na hipótese de ser expressamente aceita a reconsideração ou, continuada a prestação depois de expirado o prazo, o contrato continuará a vigorar, como se o aviso prévio não tivesse sido dado. Ou seja, as partes podem simplesmente desistir, de forma tácita ou expressa, do aviso prévio anteriormente concedido.

Na Administração Pública, a rigor, isso não poderia acontecer. Como os atos são motivados, o administrador estaria vinculado às razões anteriormente expedidas, não podendo simplesmente mudar de opinião. No entanto, como admitimos a dispensa em outras hipóteses, diferentes da demissão, como, por exemplo, o término do contrato por motivos técnicos, é possível que, havendo alteração das circunstâncias fáticas ou jurídicas que motivaram o ato, o administrador precise retroceder daquela decisão anterior (a título de exemplo, o setor do empregado seria extinto, mas não vai mais). Nesse caso, todavia, tecnicamente, não se tratará de reconsideração do aviso prévio, mas de *caducidade ou decaimento* do ato administrativo anterior, em razão da modificação das circunstâncias fáticas¹⁹⁸ ou jurídicas. Nesses termos, esclarecemos que a caducidade se refere à exigência do sistema da invalidação de ato devido à desconformidade superveniente deste com o direito, ou seja, o ato era inicialmente válido, mas, devido a alterações fáticas e/ou jurídicas, passa a ser inválido¹⁹⁹. Com efeito, conforme consideramos, existem duas espécies de caducidade ou decaimento: a) o sistema pode exigir a retirada do ato em decorrência da modificação das circunstâncias jurídicas (caducidade

¹⁹⁸ Consideramos que o decaimento se refere à inadequação posterior do ato, em razão de condições fáticas ou jurídicas. No entanto, respeitável doutrina restringe seus efeitos às condições jurídicas. Assim, por respeito à divergência, registramos a lição de Márcio Cammarosano: “Enrique Sayagués Laso professa que ‘el decaimento de un acto administrativo puede producirse em diversas circunstancias: a) desaparación de um presupuesto de hecho indispensable para la validez del acto; b) derogación de la regla legal em que se fundaba e lacto, cuando dicha regla era condición indispensable para su vigencia; c) modificación del régimen legal, que constituya un impedimento para el mantenimiento del acto’. Assim considerado, o decaimento é consequência do desaparecimento quer de um pressuposto de fato, quer de um pressuposto de direito indispensável à existência de um ato administrativo, ou à sua validade, ou à sua eficácia, ou à manutenção do seu efeito. De nossa parte, aceitamos o decaimento não como modalidade de extinção do ato administrativo ou de seus efeitos, como a invalidade superveniente, que dará ensejo à extinção do ato ou de seus efeitos mediante a emanção de outro ato. Restringimos, destarte, o conceito de decaimento, de sorte a compreender apenas o fenômeno da invalidade superveniente de um ato ou relação jurídica, em virtude de modificação da ordem legal que fundamentava sua validade” (CAMMAROSANO, Márcio. Decaimento e extinção dos atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, vol. 3, p. 369-388, out./dez. 2017).

¹⁹⁹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes Martins. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 199-205.

normativa²⁰⁰) ou; b) em decorrência da alteração das circunstâncias fáticas (caducidade fática)²⁰¹. Em ambos os casos, observa-se que o ato era inicialmente válido, passando-se à posterior invalidade. No caso, portanto, verificada a invalidade superveniente do ato, pela alteração das circunstâncias fáticas ou jurídicas, o administrador poderá declarar a sua invalidade, haja vista a caducidade, o que, todavia, não se confunde com a reconsideração do aviso prévio. No que tange ao aviso prévio concedido pelo empregado, todavia, entendemos que esse, até o final do prazo, poderá desistir do pedido de exoneração, permanecendo sua relação com a Administração Pública hígida caso assim o faça.

4.3.5 Aposentadoria

Outro aspecto relevante se refere à aposentadoria. Com efeito, os empregados das empresas estatais exploradoras de atividade econômica deverão ser aposentados pelo Regime Geral da Previdência Social, vinculando-se a esse da mesma forma que os empregados da iniciativa privada. No entanto, algumas diferenciações são dignas de nota.

Primeiramente, apontamos que, para o Direito do Trabalho, a aposentadoria não é causa de extinção do contrato de trabalho. Esse entendimento está cristalizado na Orientação Jurisprudencial nº 361 da SDI do TST, segundo a qual a aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Caso o empregador venha a dispensar o empregado que se aposentou, deverá pagar a ele as verbas decorrentes da dispensa imotivada, com acréscimo da indenização de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral. Em relação ao vínculo, público, todavia, o fenômeno jurídico da aposentação apresenta consequências diferentes. Neste caso, a passagem do empregado à inatividade levará ao rompimento do vínculo laboral. Essa determinação restou expressa na Emenda Constitucional nº 103/2019, que inseriu o parágrafo 14 ao artigo 37 da Constituição da República, o qual fixa que a aposentadoria concedida com a utilização de tempo de contribuição decorrente de cargo, emprego ou função pública, inclusive do Regime Geral de Previdência Social, acarretará o rompimento do vínculo que gerou o referido tempo de contribuição. Interpretando referido dispositivo, decidiu o STF que a concessão de aposentadoria aos empregados públicos

²⁰⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes Martins. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 199-205.

²⁰¹ Idem, *ibidem*.

inviabiliza a permanência no emprego, salvo para as aposentadorias concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor da Emenda Constitucional 103/2019²⁰². Ousamos discordar do Supremo Tribunal Federal apenas no que tange ao marco temporal. Isso por entendermos que, mesmo antes da Emenda em questão, a passagem à inatividade já era causa de desligamento do servidor do emprego público, o que ocorria pelo fato de a aposentadoria ser considerada uma das hipóteses de vacância o cargo, o que, por correlação lógica, também se aplicaria ao emprego. Não obstante, após a EC nº 103/2019, é certo que o regime de aposentadoria no emprego público passa a ter um sistema claramente distinto daquele consagrado na iniciativa privada, representando, assim, causa de extinção do vínculo funcional. Nesses termos, o ato de desligamento já será considerado suficientemente motivado pela comprovação da aposentadoria e o servidor não fará jus às verbas decorrentes da dispensa imotivada, assemelhando-se a hipótese ao pedido de demissão.

Quanto aos termos fixados no julgado acima mencionado, há um ponto que merece atenção. No acórdão em questão, reconheceu a Suprema Corte que “a natureza do ato de demissão de empregado público é constitucional-administrativa e não trabalhista, o que atrai a competência da Justiça comum para julgar a questão²⁰³”. Dessa maneira, não obstante não tenha utilizado a proposição apresentada nesta pesquisa, o STF reconheceu que a consequência jurídica tratada (extinção do vínculo funcional em razão da aposentadoria) decorre do regime jurídico-administrativo, fazendo com que a Justiça Comum seja a competente para julgar as demandas com ela relacionadas. Pensamos que tal raciocínio encontra paralelo naquele adotado referentemente à designação de que a Justiça Comum é a competente para processar e julgar as ações que versem sobre o questionamento de ato praticado em concurso público realizado como condição prévia à assunção de empregos públicos (conforme tratamos no item 4.3.1.5). No entanto, entendemos que o debate é mais profundo, uma vez que a competência é apenas a consequência de algo subjacente: esses institutos são irrupções do regime jurídico de direito público e, quando essas tocarem os institutos de direito privado aos quais se relacionam, torná-los-ão públicos em todo o seu regime. Ou seja, não basta modificar a competência: todo o regime deve ser interpretado a partir da ótica pública. Eis aqui mais uma diferença marcante entre o emprego na iniciativa privada e o regime de emprego público.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 655283/DF. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Recorrido: Federação das Associações de Aposentados dos Correios - FAACO. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 02 de dezembro de 2021. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348987317&ext=.pdf> >. Acesso em: 14 jul. 2022.

²⁰³ Idem.

Por derradeiro, lembramos que aos empregados das empresas estatais exploradoras de atividade econômica é aplicável a aposentadoria compulsória consagrada no art. 40, §1º, II da Constituição da República, segundo o qual o servidor abrangido por regime próprio de previdência social será aposentado compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar. Esclarecemos ainda que, regulamentando o dispositivo em questão foi editada a Lei Complementar nº 152/2015, que fixou a idade da aposentadoria compulsória em 75 (setenta e cinco) anos, aplicável aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, aos membros do Poder Judiciário, aos membros do Ministério Público, aos membros das Defensorias Públicas e aos membros dos Tribunais e dos Conselhos de Contas²⁰⁴. Com efeito, a Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, inseriu o parágrafo 16 ao artigo 201 da Constituição da República para esse passar a dispor expressamente que os empregados dos consórcios públicos, das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das suas subsidiárias serão aposentados compulsoriamente, observado o cumprimento do tempo mínimo de contribuição, ao atingir a idade máxima de que trata o inciso II do § 1º do art. 40, na forma estabelecida em lei. Não obstante, esclarecemos que, antes mesmo da reforma constitucional, o TST já vinha reconhecendo a aplicação da aposentadoria compulsória aos empregados públicos²⁰⁵, o que só foi reforçado pela emenda em questão.

²⁰⁴ Sobre a regra da aposentadoria compulsória, ensina a doutrina ao analisar os diplomas atinentes aos servidores estatutários da União e do Estado de São Paulo: “A aposentadoria compulsória é automática, como consta tanto do artigo 187 da Lei nº 8.112/90, que disciplina o Regime Jurídico dos Servidores da União, quanto do artigo 224 do Estatuto dos Funcionários do Estado de São Paulo, a Lei Estadual nº 10.261/1968. Logo, ainda que o desfecho do procedimento de aposentadoria demore, e que a publicação do respectivo ato ocorra tempos depois da data em que o interessado completou a idade máxima prevista, é certo que a partir do dia seguinte não poderá mais exercer suas funções, sendo o seu cargo considerado vago” (BEDONE, Igor Volpato; FERREIRA, Juliana de Oliveira Duarte. *Direito Previdenciário Público: Regime Próprio de Previdência Social dos servidores públicos do Estado de São Paulo*. Salvador: Juspodivm, 2018, pp. 172-173).

²⁰⁵ A título de exemplo, citamos o julgado a seguir: “(...) Em relação à questão de fundo, consignou-se que o entendimento consagrado nesta Corte é o de que o empregado público celetista se submete à aposentadoria compulsória prevista no art. 40, § 1º, II, da CF, razão pela qual o fato de as reclamantes completarem 70 anos de idade autoriza o empregador a dispensá-las sem que se configure a hipótese de dispensa injusta ou tratamento discriminatório, ressaltando-se, ainda, que, por se tratar de regular extinção do contrato de trabalho autorizada por lei, mostra-se indevida também eventual reintegração ou o pagamento de aviso prévio e multa de 40% do FGTS. Ausentes, no acórdão embargado, os vícios inscritos nos arts. 897-A da CLT e 1.022 do CPC. Embargos de declaração rejeitados. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos de Declaração no Recurso de Revista n. 9909320175060004. Embargante: Carmen Maria Ramos Carrazzoni Pereira. Embargada: Autarquia de Serviços Urbanos do Recife - CSURB. Relatora: Min. Dora Maria da Costa. Brasília, 10 de abril de 2019. Disponível em <<https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&cons csjt=&numeroTst=990&digitoTst=93&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=06&varaTst=0004&submit=Consultar>>. Acesso em: 22 ago. 2022).

4.3.6 Prescrição

No que tange à prescrição, alguns pontos de distinção merecem destaque. Neste sentido, lembramos primeiramente que, conforme estabelecido no inciso XXIX do artigo 7º da Constituição da República, são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho. Desse modo, findo o contrato de emprego, o trabalhador tem o prazo de dois anos para o ajuizamento de ação trabalhista, a qual retroagirá cinco anos, contados da data da propositura da ação²⁰⁶. No curso do contrato de trabalho, estabelece o §2º do art. 11 da CLT que, tratando-se de pretensão que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração ou descumprimento do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei. Assim, em suma, a prescrição dos créditos trabalhistas corre no lapso de cinco anos no decorrer do contrato, limitada a 02 dois após o término da avença. Desrespeitado o biênio prescricional, a prescrição é total. Ainda, forçoso acrescentar que a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) inseriu o artigo 11-A na CLT, passando a legislação consolidada a prever a chamada prescrição intercorrente²⁰⁷, aquela que ocorre no curso do processo (especificamente no transcorrer da execução), no lapso de 02 dois anos. Assim, caso a parte exequente quede inerte pelo prazo em questão, seu processo restará fulminado pela prescrição intercorrente, extinguindo-se o processo.

²⁰⁶ Neste sentido, citamos a doutrina especializada: “Para o início da contagem do prazo prescricional deve-se levar em conta o período do aviso prévio. Lembre-se de que o período do aviso, mesmo que indenizado, é contado para todos os fins. Ainda, o empregado poderá pleitear os direitos trabalhistas dos últimos 5 anos a contar do ajuizamento da reclamação. Ressalta-se que o pedido dos últimos 5 anos não conta da extinção do contrato, mas do ingresso da reclamação trabalhista. Assim sendo, se demorar para ingressar com a ação judicial, consequentemente estará deixando escoar o período pleiteado” (CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 1285).

²⁰⁷ Acerca da prescrição intercorrente, válida a citação de Henrique Correia: “No processo do trabalho, não havia espaço para a incidência da prescrição da pretensão executiva, tendo em vista que a execução se iniciava de ofício. Contudo, com o advento da Lei nº 13.467/2017, o art. 878 da CLT foi alterado para permitir a execução de ofício ‘apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado’, o que significa que para os demais casos passa a ter incidência tal modalidade de prescrição. Esse prazo prescricional será de 2 anos para os contratos extintos na data do ajuizamento da ação e de 5 anos para contratos em vigência na data do ajuizamento da ação. No segundo caso (prescrição no curso do processo), temos a prescrição intercorrente, objeto do art. 11-A, que ocorre no curso do processo, em decorrência da inércia prolongada da parte de realizar ato processual de sua incumbência” (CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 1299).

É preciso notar, todavia, que os prazos acima expostos foram estabelecidos numa perspectiva unidimensional, com fins de disciplinar verbas trabalhistas em relações privadas. Contudo, quando inserido na Administração Pública, o vínculo funcional alcança situações outras, que vão além da busca por créditos decorrentes do contrato de trabalho. Cientes disso, vejamos como funciona esse regime prescricional no que tange aos atos administrativos bilaterais de vestes celetárias firmados pelas empresas estatais.

Em razão da peculiaridade acima alertada, num primeiro momento, é preciso verificar se o direito versado sobre a ação que se deseja ajuizar em face da entidade estatal tem fundo trabalhista ou se referente a algum instituto do regime jurídico-administrativo. Caso se refira à primeira hipótese, será aplicado o regime prescricional trabalhista, nos termos delineados no primeiro parágrafo deste subtópico. No entanto, na hipótese de se referir a caractere de direito público, o regime prescricional é o jurídico-administrativo. Nesses casos, por exemplo, findo o contrato, caso o empregado deseje obter judicialmente o pagamento de verbas como saldo salarial, férias e décimo terceiro salário, aplicar-se-á a prescrição bienal total para fins de ajuizamento da ação, retroagindo a cinco quanto aos créditos (prescrição trabalhista). Por outro lado, caso o empregado intente, *verbi gratia*, questionar seu desligamento pelo ato de aposentadoria (uma clara irrupção do regime jurídico-administrativo), nesse caso, incidirá o prazo prescricional genérico para o questionamento de atos da Administração Pública de 05 (cinco) anos, conforme previsto no Decreto nº 20.910/1932. Observa-se, assim, que não apenas a competência será deslocada quando questionado instituto do regime jurídico administrativo (conforme item 4.3.1.5), mas também o prazo prescricional deverá ser adequado ao âmbito no qual se atua.

Em acréscimo, sobre a prescrição na Administração Pública, é preciso fazer um aparte para a diferenciação de alguns prazos. Valemo-nos da doutrina do professor Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰⁸ para indicar os lapsos em questão, já com a ressalva de que, caso a situação de um empregado público se amolde às hipóteses delineadas, o prazo prescricional aplicável será o respectivo. Nesses termos, conforme artigo 6º do Decreto nº 20.910, o direito à reclamação administrativa, que não tiver prazo fixado em disposição de lei para ser formulada, prescreve em um ano a contar da data do ato ou fato do qual essa se originar. Seguindo adiante, conforme art. 1º do mesmo diploma, o prazo prescricional para o ajuizamento de ações em face da Administração Pública é de cinco anos. Assim, conforme acima ressaltado, será esse o prazo

²⁰⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, pp. 988-997.

para o questionamento de critério adotado em concurso público ou para desafiar a imposição de aposentadoria compulsória, por exemplo. Doutra ponta, o prazo prescricional para o ajuizamento de ações pela Administração Pública em face do administrado é, como regra, de cinco anos. Conforme doutrina do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, “faltando regra específica que disponha de modo diverso, ressalvada a hipótese de comprovada má-fé em uma, outra ou em ambas as partes da relação jurídica que envolva atos ampliativos de direito dos administrados, o prazo para a Administração proceder judicialmente contra eles é, como regra, de cinco anos²⁰⁹”.

Acerca dos prazos específicos, um merece destaque. É o caso, por exemplo, do prazo prescricional para o ajuizamento de ações de improbidade administrativa. Nessas hipóteses, aplica-se o lapso previsto no artigo 23 da Lei nº 8.429/92, segundo o qual a ação para a aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa prescreve em 08 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência²¹⁰. Caso se tratasse de uma ação entre sujeitos do âmbito privado, para a apuração de falta grave do empregado por ato de improbidade previsto no artigo 482 da CLT (que não se confunde com a improbidade administrativa, por óbvio), o prazo seria de dois anos após o término do contrato de trabalho. Por derradeiro, ressaltamos que, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa²¹¹. Tal hipótese se aplica, também, aos empregados das empresas estatais exploradoras de atividade econômica.

²⁰⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 996.

²¹⁰ Importante notar que a Lei nº 14.230 unificou os prazos prescricionais previstos na Lei de Improbidade Administrativa. Nesses termos, válida a reflexão doutrinária: “A Lei de Improbidade, em sua versão anterior, estabelecia dois prazos distintos (em 3 situações específicas) de prescrição para as ações que pretendessem levar a efeito as sanções previstas, que tinham relação com o vínculo jurídico mantido pelo agente público, com o sujeito passivo em potencial. (...) A primeira impressão que se pode ter é que o momento do início de contagem do prazo foi bastante ampliado, pois um prazo que era, em princípio, de 5 anos passou a ser de 8 anos. Ocorre que há de se observar que não mais será contabilizado a partir do término do exercício do mandato, cargo ou função, mas a partir da data do fato, o que, inclusive, traz maior responsabilidade para o agir do órgão fiscalizador” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. *Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021*. 5. ed., 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 556).

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 852475/SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorridos: Antônio Carlos Coltri e outro. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 25 de março de 2019. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339769948&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2022.

4.4 Conclusão do capítulo

Conforme analisamos ao longo deste capítulo, o direito público é expressão jurídico-normativa que envolve as relações estatais de maneira inafastável. Nesses termos, “o Estado, como um Midas, publiciza tudo o que toca²¹²”, fazendo com que os ditames do regime jurídico administrativo adiram aos institutos alcançados de forma definitiva, passíveis de pontual abrandamento apenas quando incidentes condições muito específicas.

Diante disso, observamos que, ausente o fundamento racional para o afastamento das prerrogativas e restrições do regime publicístico nas empresas estatais *prestadoras de serviços públicos*, não é válida qualquer exclusão desse âmbito normativo-axiológico. Dessarte, até que sobrevenha decisão definitiva sobre esses entes, aos seus empregados deve incidir, de forma global, a disciplina aplicável aos servidores estatutários. Atos como a admissão, estabilidade, demissão, estabilização de relações e todos os demais institutos correlatos estarão, pois, integralmente submetidos ao regime jurídico administrativo.

No que tange aos empregados das empresas estatais *exploradoras de atividade econômica*, todavia, a situação se apresenta outra: a adoção da forma privada, nessas hipóteses, é justificada. Isso não significa, no entanto, que essas companhias ajam, propriamente, como particulares. Pelo contrário, são entes estatais que, por imposições dos fatos, devidamente franqueadas pelo sistema jurídico, adotam forma privada. Desse modo, submeter-se-ão a regime com roupagem de direito privado, mas fundo de direito público, o que impõe uma série de ressignificações aos institutos por elas utilizados. Esse escopo abrange institutos como o vínculo funcional de seus servidores, o qual consiste, tecnicamente, em ato administrativo bilateral de forma privada e vestes celetárias (e não contrato) e, como tal, restará submetido à teoria do ato administrativo, e não à teoria dos contratos. Isso implica profunda revisão da doutrina laboral, quando aplicável às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, para fins corrigir equívocos hermenêuticos históricos e conformá-la ao regime ao qual ela se curva quando inserida no âmbito do regime jurídico administrativo.

²¹² SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 77.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dada sua proposta, a presente pesquisa se voltou à investigação sobre a forma como o vínculo dos empregados das empresas estatais se configura e se expressa no Ordenamento Jurídico pátrio. Ou melhor, qual seria a interpretação correta do fenômeno jurídico analisado perante as premissas fixadas pela Constituição da República de 1988.

Nesse mister, foi necessário inicialmente investigar no que consiste o próprio contrato de trabalho para, num segundo momento, verificar a validade de sua utilização pela Administração Pública. Nesses termos, identificamos a excepcionalidade do vínculo trabalhista como forma de liame entre a Administração Pública e seus profissionais, o que não impede, num primeiro momento, a adoção desse tipo de junção funcional no seio das empresas estatais.

Ao longo desta pesquisa, tornou-se evidente a dualidade entre direito público e direito privado, antagonismo que se repete ao tratar de regime jurídico administrativo e direito do trabalho, por serem estes, respectivamente, subclasses daqueles. Nesses termos, uma analogia possível aponta no sentido de que a Administração Pública atua como um corpo de órbita própria, que condiciona o ingresso de elementos à sua atmosfera a um teste de pertencimento. Para penetração, o instituto deve buscar um suporte (um instituto análogo) no direito público ou, tal como ocorre com os corpos celestes, deformar-se pela nova gravidade a que passam a se submeter. Essa “deformação” resta caracterizada, em termos técnico-jurídicos, pela correta compreensão da significação transmutada em determinados signos quando transpostos do âmbito do direito privado para o direito público.

É com base nesse raciocínio que se identificam ambientes muito distintos nos campos tratados: áreas com missões diversas e diferentes ferramentas para a solução dos problemas que se prestam a resolver. Nesses moldes, observamos a existência de classes próprias de direito público e classes próprias de direito privado, além de um arcabouço axiológico típico (e muitas vezes antagônico) a cada um deles. Conforme se reconheceu, eventualmente, é possível a transposição de elementos de um âmbito a outro, mas essa tarefa não passa incólume ao “teste de pertencimento” acima afirmado: ou o instituto encontra um espelhamento na nova órbita ou se deforma para se acoplar a uma estrutura de natureza diversa, transformando-se. Nesses termos, apenas a forma se une ao destino: para efeitos de nossa análise, utilizam-se formas de direito privado sobre uma coluna normativa de direito público e, dessa maneira, publiciza-se o fenômeno, coloniza-se o privado pelo público. Após esse processo de depuração, já não são mais normas de direito privado, mas normas de direito público.

Nesses termos, verificamos que a Administração Pública até pode utilizar invólucros de origem privatística, tais como as empresas estatais, mas isso demanda um teste jurídico: é necessário que exista justificativa racional para a utilização dessas companhias. Diante disso, fixamos que não há justificativa para a utilização de formas de direito privado para a prestação de serviços públicos. Isso faz com que se conclua que empresas estatais prestadoras de serviços públicos são, em verdade, contrafações de autarquias, de maneira que, até que sobrevenha a imperativa extinção dessas, a elas deve incidir integralmente o regime jurídico administrativo, inclusive no que tange aos seus servidores. Sobre esses agentes, algumas conclusões foram explicitadas: sua admissão é condicionada à previa aprovação em concurso público, esses empregados gozam de estabilidade e fazem jus à disponibilidade em caso de extinção do emprego ou declaração de sua desnecessidade. Ademais, a eles também atenderão formas de provimento derivado típicas do regime estatutário (por promoção, readaptação, recondução, reintegração, aproveitamento ou reversão). Serão salvaguardados pela irredutibilidade de vencimentos, nos termos do art. 37, XV, da Constituição da República e aposentar-se-ão pelo regime próprio de previdência social, incidindo a eles, ainda, as restrições constitucionais relativas à cumulação de cargos e vencimentos.

Doutra ponta, no que tange aos empregados das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, a forma de direito privado é admitida. No entanto, dada a incompatibilidade conceitual entre o regime contratual e a Administração Pública, esses empregados estarão ligados aos respectivos entes, tecnicamente, por atos administrativos bilaterais de forma privada e vestes celetárias. Esse invólucro celetista impõe cuidadosa análise do fenômeno jurídico que abarca, haja vista as peculiaridades do regime trabalhista, o que torna tarefa ainda mais sensível o estabelecimento de pontos de toque desse com o regime jurídico administrativo. Nesses termos, o vínculo desses empregados não se dará tal como ocorre no direito do trabalho, no qual basta a presença concomitante dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego (pessoa física, personalidade, onerosidade, subordinação e habitualidade). À vista das restrições do regime de direito público, impõem-se a prévia aprovação em concurso público, bem como a investidura, como requisitos indispensáveis à formação do liame em questão. São, portanto, elementos essenciais próprios da relação pública de trabalho, inexistentes na iniciativa privada, o que já dá pistas de que, ainda que ordinariamente sejam utilizados os mesmos signos, os operadores não se referem ao mesmo objeto quando falam em “contrato de trabalho” em âmbito público e em âmbito privado. Ainda, a admissão no direito público resta submetida a diversos caracteres específicos, como as restrições da legislação eleitoral e regras de públicas de acessibilidade, que se somam àquelas impostas no âmbito

laboral. Na constância do vínculo, verificamos que a habitualidade não ganha contornos tão profundos no regime jurídico administrativo: apenas em situações excepcionalíssimas é admitida a estabilização do vício de ingresso pelo decurso do tempo. Dessa forma, concluímos que inexistente a habitualidade como elemento do vínculo público: seu nêmesis publicístico resta configurado na investidura. Outrossim, aspecto de extrema relevância demonstrado foi a distinção entre a subordinação, presente em contratos de trabalho privados, e a sujeição especial a que estão submetidos os agentes públicos, inclusive os empregados das companhias exploradoras de atividade econômica. Não fosse um vínculo de especial sujeição, seria inválido o avanço sobre direitos fundamentais perpetrados pela Administração Pública em relação a esses agentes. Por outro lado, verificamos que tais empregados não gozam de estabilidade, mas, como seu ato de dispensa consiste em ato administrativo, depende da devida motivação. Demonstramos, ainda, como a principiologia trabalhista é abrandada (em algumas vezes até afastada) na Administração Pública, sobretudo pela evidência da depuração dos desdobramentos do princípio da proteção nessa seara. Por outro lado, observamos como o vínculo público se mostra próprio ao analisar a irredutibilidade salarial sob dois aspectos (político e econômico), bem como a vedação à acumulação remunerada de empregados públicos, óbice inexistente na iniciativa privada. Assim, concluímos que a relação pública trabalhista se reveste de caracteres próprios desde seu nascedouro até o seu término, o qual, inclusive, pode decorrer da aposentadoria do empregado público, o que inócorre no direito privado.

Diante de todo o exposto, verificamos como os vínculos jurídicos dos empregados das empresas estatais se revestem de contornos próprios, os quais, mesmo quando agasalhados em forma privada, ainda se submetem a confluências próprias do regime público, o que merece cuidado e atenção do intérprete para fins de evitar conclusões teóricas impróprias. Nesses termos, essa foi a proposta da presente pesquisa: a verificação do fenômeno laboral público sob a ótica do regime jurídico administrativo, de maneira que, identificadas inconsistências hermenêuticas, foi adotado o papel do cientista de corrigi-las e, assim, propor uma interpretação mais próxima dos ditames fixados pelo constituinte originário de 1988.

REFERÊNCIAS

- ABE, Nilma de Castro. Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 11/2008. p. 135 – 154. Jan-Jun/2008.
- ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Financeiro Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- ALEXY, Robert. *Direito, razão e discurso: estudos para a Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 4 tir. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALVES, Eliete Tavelli. *Parassubordinação e uberização do trabalho: algumas reflexões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- ALVES, Waldir; MAZUOLLI, Valerio. *Acumulação remunerada de cargos públicos: uma questão de aplicação da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ANABITARTE, Alfredo Gallego. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. *Revista de Administración Pública*, Madri, n. 34, p. 24, p. 11-51, ene-abr. 1961.
- ANTUNES, Gustavo Amorim. *Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei nº 13.303 comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais – O regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da subsidiariedade: potencialidades e limites. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 45-55, mar./ abr. 2017.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 15 de abril de 2022.
- BANDEIRA, Paula Greco; KONDER, Carlos Nelson; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos de Direito Civil*. Vol 3. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos. 1. ed., 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; DA ROCHA, Silvio Luís Ferreira; SAAD, Amauri Feres. (Coord.). *Direito Administrativo e Liberdade – Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*, São Paulo: Malheiros, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2. ed. 11 tir. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, v.1, p. 347-374, abr.-jun., 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime constitucional dos servidores da Administração Direta e Indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço Público e Telecomunicações. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*, São Paulo: 2008. Disponível em <<https://revistas.pucsp.br/red/article/view/725/503>>. Acesso em 12 de outubro de 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Servidores públicos: aspectos constitucionais. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, v.14, p. 439-450, jul.-set., 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Natureza jurídica da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. Vol. 12/2020, p. 403-442, Jan-Mar, 2020.

BEDONE, Igor Volpato. *Empresas estatais e seu regime jurídico*. Salvador: Juspodivm, 2019.

BEDONE, Igor Volpato; FERREIRA, Juliana de Oliveira Duarte. *Direito Previdenciário Público: Regime Próprio de Previdência Social dos servidores públicos do Estado de São Paulo*. Salvador: Juspodivm, 2018.

BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições civis no Direito do Trabalho - Curso completo de Direito Civil com aplicação subsidiária nas relações de trabalho*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

BERNARDES, Hugo Gueiros (Coord.). *O contrato de trabalho e sua alteração*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2014.

BORGES, Leonardo Dias; CASSAR, Vólia Bomfim. *Comentários à Reforma Trabalhista*. São Paulo: Método, 2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRITTO, Carlos Ayres. A Constituição e o Monitoramento de Suas Emendas. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º1, janeiro, 2004. Disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso em 21 de julho de 2022.

CALSING, Renata de Assis; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Trabalho decente doméstico: a nova Lei Complementar 150/2015. *Revista Fórum Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, ano 33, n. 395, p. 17-46, nov. 2016.

CÂMARA, Jacintho Arruda. O lucro nas empresas estatais. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, p. 918, abr./jun. 2012.

CAMMAROSANO, Márcio. Decaimento e extinção dos atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, vol. 3, p. 369-388, out./dez. 2017.

CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. 1982. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

CAMMAROSANO, Márcio. Servidores Públicos. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

CARRAZZA, Elizabeth Nazar (Coord.); MORETI, Daniel (Org.). *Imunidades tributárias*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 1977.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 2. ed. Vol 2. São Paulo: Saraiva, 1998.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 2. ed. Vol. 4, t. I. São Paulo: Saraiva, 1998.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Método, 2020.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio universitário de Direito do Trabalho*. Vol 1. São Paulo: Editora Jurídica Universitária, 1972.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O empregado público*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2016.

CHAGAS, Gabriel Costa Pinheiro. *A discricionariedade administrativa nas empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

CHALMERS, A. F. *O que é Ciência afinal?*. Tradução de Raul Filker. São Paulo: Brasiliense, 1993.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, vol.1: direito de empresa*. 22. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. *Direito e Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2021.

CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. *Súmulas, OJs do TST e recursos repetitivos – Comentados e organizados por assunto*. 10. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

COUTINHO, Raianne Liberal. *Subordinação algorítmica: há autonomia na uberização do trabalho?*. São Paulo: Dialética, 2021.

DA ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DA SILVA, Luiz Augusto. *Empresa estatal e regulação: a atuação empresarial do Estado com objetivos regulatórios*. Curitiba: CRV, 2019.

DA SILVEIRA, Raquel Dias. *Profissionalização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Livro eletrônico.

DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; (Org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018.

DE ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

DE ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes. *Contribuição ao estudo da função de fato*. São Paulo: Saraiva, 1957.

DE ARAÚJO, Florivaldo Dutra. *Negociação coletiva dos servidores públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DE CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de Teoria Geral do Direito: O construtivismo lógico-semântico*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

DE CARVALHO, Aurora Tomazini (Org.). *Constructivismo Lógico-Semântico*. São Paulo: Noeses, 2014.

DE LIMA, Francisco Meton. *Elementos de Direito do Trabalho e processo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1989.

DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes. *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial. T. III*. São Paulo: Malheiros, 2012.

DE SAUSSURE, Ferdinand. *Course in general linguistics*. Tradução de Roy Harris. Londres: Bloomsbury Academic, 2013. Livro eletrônico.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro. Vol. 3. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Forense, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito privado administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores públicos na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DOS SANTOS, José Manuel Melo. *Manual de direito do servidor público*, vol. único. Salvador: Juspodivm, 2020.

DUGUIT, León. *Leçons de Droit public général*. Paris: E. de Boccard Editeur, 1926.

DUGUIT, León. *Traité de Droit Constitutionnel. Tome 1*. Bordeaux: Impr Y Cadoret 17 Rue Poquelin-Molière, s.d.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FERNANDES, Felipe Gonçalves. *A tipicidade e o regime disciplinar de servidores públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FERNANDES, Felipe Gonçalves; PENNA, Rodolfo Breciani; PORTO, José Roberto Mello. *Manual de Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Conceito de sistema no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRO, Marlúcia Lopes. *O devido processo legal na dispensa do empregado público*. São Paulo: LTr, 2009.

FIDELIS, Hugo. *Negociação coletiva de trabalho nas empresas estatais dependentes*. Publicação Independente, 2020. Livro eletrônico.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Empresas públicas e sociedades de economia mista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução de Sabino A. Gendin. Barcelona: Labor, 1933.

FLUSSER, Vilém. *Língua e realidade*. 3. ed. São Paulo: Annablume, 2007.

FLUSSER, Vilém. Para uma teoria da tradução. São Paulo, *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. XIX, fasc. 73, 1969.

FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Conselhos de fiscalização profissional: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedroso de Figueiredo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. *Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021*. 5. ed., 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

GALEANO, Eduardo. *As Veias Abertas da América Latina*. Tradução de Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM POCKET, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Manual de Direito do Trabalho*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Terceirização*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y administración contemporánea*. 4. ed. reimpr. Navarra: Civitas, 2005.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *O exercício da função administrativa e o direito privado*. Fórum: Malheiros, 2021.

GOMES, Ana Cláudia Nascimento. *Emprego público de regime privado – A laboralização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. T. 1. Parte General. 1. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017.

GRANCONATO, Márcio Mendes. *Análise conceitual e aplicada dos requisitos caracterizadores da relação de Emprego à luz dos direitos fundamentais: a adequação constitucional da interpretação e aplicação dos artigos 2º e 3º da CLT*. 2014. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Panorama do sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa na Lei de Improbidade Administrativa reformada. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto

Pimenta (Coord.). *Lei de Improbidade Administrativa reformada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HARTMANN, Nicolai. *Ethics. Vol II. Moral values*. Tradução de Stanton Coit. Londres: George Allen & Unwin Ltd, 1932.

HEGENBERG, Leonidas; DE ANDRADE E SILVA, Mariluze Ferreira. *Novo dicionário de lógica*. Rio de Janeiro: Pós Moderno, 2005.

HERZOG, J. L. *Les Représentants de Commerce et les Accidents du Travail*, Paris : 1946.

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Coimbra: Armênio Amado, 1944.

HIPPLER, Vera Regina. *Aspectos das relações especiais de sujeição no direito brasileiro: natureza jurídica e pressupostos constitucionais*. 2009. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Fernando Costa Mattos. 4 reimp. Petrópolis: Vozes, 2018.

KELLER, Albert. *Teoria geral do conhecimento*. Tradução de Enio Paulo Giachini. São Paulo: Loyola, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

LANGER, Suzanne K. *An introduction to symbolic logic*. 3. ed. Nova York: Dover Publications, 1967.

LAKATOS, Imre. *The methodology of scientific research programmes*. Vol. 1. Nova York: Cambridge University Press, 1989.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LUHMANN, Niklas. *O Direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Contratação temporária por excepcional interesse público – Aspectos polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MAGANO, Octávio Bueno. *Lineamentos de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1972.

MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho: direito individual do trabalho*. 4. ed. Vol 2. São Paulo: LTr, 1993.

MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho: direito coletivo do trabalho*. Vol 3. São Paulo: LTr, 1986.

MAIA, Daniel Azevedo de Oliveira. As hipóteses autorizativas de tratamento das relações de trabalho sob a ótica da LGPD e do GDPR. In: MIZIARA, Raphael; MOLLICONE, Bianca; PESSOA, André (Coord.). *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O regime jurídico do concurso público e seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 1993.

MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

MARTINS, Bruce Bastos. *Tributação de lucros no exterior*. São Paulo: Noeses, 2021.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Apontamentos sobre a invalidação do ato administrativo na jurisprudência do STF. *Revista Internacional de Direito Público – RIDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 05, p. 9-19, jul./dez. 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e Administração Pública: contribuição para o sepultamento do tema. *Interesse Público*, v. 12, n. 64, p. 85-104, nov./dez. 2010.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Pressupostos da responsabilização disciplinar. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, vol. 16, p. 179-212, an./mar. 2021.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no direito administrativo. *Interesse Público (IP)*, Belo Horizonte, ano 15, n. 80, p. 83-124, jul-ago. 2013, p. 101-102.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Reforma da previdência e servidores públicos: uma sucessão de catástrofes. *Direito do Estado*, 2017. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/reforma-da-previdencia-e-servidores-publicos-uma-sucessao-de-catastrofes> >. Acesso em: 13 set. 2022.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria das contrafações administrativas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 115-148, abr./jun. 2016.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 98, p. 65-94, jul./ago. 2016.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. *Manual de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Contratação por prazo determinado – Comentários à Lei nº 8.745/93*. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Remuneração dos agentes públicos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas do entendimento humano*. Tradução de Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Psy, 1995.

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán. Tomo II*. Tradução de Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1950.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*. Universidade de São Paulo, v. 18, n. 1, 2006. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ts/issue/view/994>>. Acesso em: 14 abr. 2022.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Teoria dos servidores públicos. *Revista de Direito Público*, Rio de Janeiro, v.1, n. 1, p. 40-53, jul.-set., 1967.

MIESSA, Élisson. *Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2019.

MILL, John Stuart. *Sistema di logica deduttiva e induttiva*. Tradução de Mario Trincherro. Turim: UTET, 2013. Livro eletrônico.

MIZIARA, Raphael; PINHEIRO, Iuri. *A regulamentação da terceirização e o novo regime do trabalho temporário – Comentários analíticos à Lei n. 6.019/74*. São Paulo: LTr, 2017.

MORRIS, Charles. *Fundamentos de la teoria de los signos*. Tradução de Rafael Grasa. Barcelona: Ediciones Paidós, 1985.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005.

MUKAI, Toshio. *O Direito Administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo brasileiro*. 2003. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEIRCE, Charles S. *Semiótica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2005.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal – Função econômica e dilemas societários*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Um diálogo sobre a Justiça – A Justiça arquetípica e a Justiça deontica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

POPPER, Karl R. *Em busca de um mundo melhor*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. 5. ed., 10 tir. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do Trabalho esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

ROONEY, Anne. *A história da física: da filosofia ao enigma da matéria negra*. São Paulo: M. Books, 2013.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 20. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

SALOMONI, Jorge Luis. La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el derecho público argentino. In: *Problemática de la Administración contemporánea*. Buenos Aires: Universidad Notarial Argentina, 1997.

SANTOS, Flávio Rosendo dos; OLIVEIRA, Antônio Gonçalves de; NASCIMENTO, Décio Estevão do. As empresas estatais e seu conflito intrínseco: lucratividade versus colaboração na implementação de políticas públicas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 111-131, out./dez. 2015.

SCAVINO, Dardo. *A Filosofia atual: pensar sem certezas*. Tradução de Lucas Galvão de Britto. São Paulo: Noeses, 2014.

SCHELER, Max. *Formalism in ethics and non-formal ethics of values*. Tradução de Manfred S. Frings e Roger L. Funk. Evanston: Northwestern University Press, 1973.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição - O caso dos agentes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para cééticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2012.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. (Org.) GARCIA, Maria. São Paulo: Forense, 1991.

TONIN, Mayara Gasparoto. *Sociedades de economia mista e acionistas minoritários*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

TOURINHO, Rita. *Concurso público: análise abrangente de questões doutrinárias, legais e jurisprudenciais*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial. Volume 1*. São Paulo: Malheiros, 2004.

VON BERTALANFFY, Ludwig. *Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. Tradução de Francisco M. Guimarães. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Tradução de Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982.

WISNIK, Guilherme. *Dentro do nevoeiro*. São Paulo: Ubu, 2018.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas: Philosophische untersuchungen*. Apresentação, tradução e notas de João José R. L. de Almeida. Curitiba: Horle Books, 2022.

Jurisprudência e legislação consultadas

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 07 de dezembro de 1940.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 1º de maio de 1943.

BRASIL. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. *Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências*. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 25 de fevereiro de 1967.

BRASIL. Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952. *Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União* (Revogada pela Lei nº 8.112, de 1990). Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 28 de outubro de 1952.

BRASIL. Lei n. 4.886, de 09 de dezembro de 1965. *Regula as atividades dos representantes comerciais autônomos*. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 08 de dezembro de 1965.

BRASIL. Lei n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974. *Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências*. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 03 de janeiro de 1974.

BRASIL. Lei n. 7.170, de 14 de dezembro de 1983. *Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências* (Revogada pela Lei nº 14.197, de 2021). Diário Oficial da União. Brasília, DF, 14 de dezembro de 1983.

BRASIL. Lei n. 7.773, de 08 de junho de 1989. *Dispõe sobre a eleição para Presidente e Vice-Presidente da República*. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 08 de junho de 1989.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*. Diário Oficial da União. Senado Federal, 18 de abril de 1991.

BRASIL. Lei nº 8.429/92, de 02 de junho de 1992. *Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências*. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 03 de junho de 1992.

BRASIL. Lei n. 8.745, de 09 de dezembro de 1993. *Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências*. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 09 de dezembro de 1993.

BRASIL. Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995. *Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências*. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 23 de abril de 1995.

BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. *Estabelece normas para as eleições*. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 30 de setembro de 1997.

BRASIL. Lei n. 9.608, de 18 de fevereiro de 1998. *Dispõe sobre o serviço voluntário e dá outras providências*. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 18 de fevereiro de 1998.

BRASIL. Lei n. 9.796, de 05 de maio de 1999. *Dispõe sobre a compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos casos de contagem recíproca de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria, e dá outras providências.* Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 de maio de 1999.

BRASIL. Lei n. 9.801, de 14 de junho de 1999. *Dispõe sobre as normas gerais para perda de cargo público por excesso de despesa e dá outras providências.* Diário Oficial da União. Brasília, DF, 14 de junho de 1999.

BRASIL. Lei n. 6.094, de 20 de janeiro de 2000. *Autoriza o Poder Executivo a realizar contratação temporária de Defensores Públicos, em caráter emergencial, de forma a assegurar o cumprimento da Lei Complementar nº 55/94.* Diário Oficial do Estado. Vitória, ES, 20 de janeiro de 2000.

BRASIL. Lei n. 11.107, de 06 de abril de 2005. *Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências.* Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 de abril de 2005.

BRASIL. Lei n. 11.442, de 05 de janeiro de 2007. *Dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração e revoga a Lei no 6.813, de 10 de julho de 1980.* Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 de janeiro de 2007.

BRASIL. Lei n. 12.023, de 27 de agosto de 2009. *Dispõe sobre as atividades de movimentação de mercadorias em geral e sobre o trabalho avulso.* Diário Oficial da União. Brasília, DF, 27 de agosto de 2009.

BRASIL. Lei n. 12.506, de 11 de outubro de 2011. *Dispõe sobre o aviso prévio e dá outras providências.* Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 de outubro de 2011.

BRASIL. Lei n. 12.815, de 05 de junho de 2013. *Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências.* Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 de junho de 2013.

BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. *Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.* Diário Oficial da União. Brasília, DF, 30 de junho de 2016.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. *Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.* Diário Oficial da União. Brasília, DF, 13 de julho de 2017.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).* Diário Oficial da União. Brasília, DF, 14 de agosto de 2018.

BRASIL. Lei n. 14.197, de 1º de setembro de 2021. *Acrescenta o Título XII na Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), relativo aos crimes contra o Estado Democrático de Direito; e revoga a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional), e dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais)*. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 1º de setembro de 2021.

BRASIL. Lei Complementar n. 150, de 1º de junho de 2015. *Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e nº 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências*. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 1º de junho de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança n. 52138 / GO. Agravante: Muriel José de Magalhães. Agravado: Estado de Goiás*. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 10 de junho de 2020. Disponível em < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602555448&dt_publicacao=10/06/2020>. Acesso em: 09 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial n. 1256762/RJ. Agravante: União. Agravado: Maurício Mannarino Teixeira Lopes*. Relator: Min. Sérgio Kukina. Brasília, 28 de outubro de 2020. Disponível em < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100831084&dt_publicacao=28/10/2020>. Acesso em: 17 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial n. 1947345/DF. Agravante: União. Agravado: Rômulo Humberto Torres de Castro Osta*. Relator: Min. Sérgio Kukina. Brasília, 13 de outubro de 2020. Disponível em < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100831084&dt_publicacao=28/10/2020 >. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Mandado de Segurança n. 52922/MG. Recorrente: Thiago de Oliveira Costa Pires. Recorrido: Estado de Minas Gerais*. Relator: Min. Francisco Galvão. Brasília, 05 de dezembro de 2019. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700116510&dt_publicacao=14/02/2019>. Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1569547/RN. Recorrente: Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Recorrido: Ramon Evangelista dos Anjos Paiva*. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 15 de dezembro de 2015. Disponível em < https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201503019934&dt_publicacao=02/02/2016>. Acesso em: 21 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 180 RS. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul*. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, 30 de abril de 2003. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1493584>>. Acesso em: 10 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1150 RS. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Governador do Estado do Rio Grande*

do Sul. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 17 de abril de 1998. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1600860>>. Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2229/ES. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Governador do Estado do Espírito Santo*. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 09 de junho de 2004. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1827801>>. Acesso em: 06 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2968. Requerente: Procurador-Geral da república. Intimado: Congresso Nacional*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 19 de agosto de 2003. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2155268>>. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3247/MA. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Governador do Estado do Maranhão e Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão*. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 18 de abril de 2014. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2227233>>. Acesso em: 10 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5358/PA. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado do Pará*. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 15 de dezembro de 2020. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345259351&ext=.pdf> >. Acesso em: 19 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5615 SP. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Governador do Estado de São Paulo*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 29 de maio de 2020. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5078733>>. Acesso em: 10 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6584/DF. Requerente: Governador do Distrito Federal. Intimado: Mesa Diretora da Câmara Legislativa do Distrito Federal*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 24 de maio de 2021. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346584523&ext=.pdf> >. Acesso em: 12 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação n. 4351 PE. Agravante: Município de Recife. Agravado: Juiz do Trabalho da 4ª Vara do Trabalho de Recife*. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. Brasília, 11 de novembro de 2015. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2381795>>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 593304-0 CE. Agravante: Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - DNOCS. Agravado: José Gerson Lima*. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 29 de setembro de 2009. Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604718> >. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 367 DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Presidente da República. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Redator do Acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 08 de setembro de 2020. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4838268>>. Acesso em: 05 set. 202.*

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 387 PI. Requerente: Governador do Estado do Piauí. Intimado: Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 23 de março de 2017. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313112445&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2021.*

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 434251 RJ. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrido: Disbarra – Distribuidora Barra de Veículos Ltda. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 29 de junho de 2020. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2684516>>. Acesso em: 11 mai. 2022.*

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 482814 SC. Recorrente: União. Recorrido: SEMASA – Serviço Municipal de Água, Saneamento e Infraestrutura. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 14 de dezembro de 2011. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2391319>>. Acesso em: 12 mai. 2022.*

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 589998/PI. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Recorrido: Humberto Pereira Rodrigues. Relator: Min. Roberto Barroso, 20 de março de 2013. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=169674101&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2022.*

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 608482/RS. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Vanusa Fernandes de Araújo. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 07 de agosto de 2014. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3831488>>. Acesso em: 17 ago. 2022.*

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 600867 SP. Recorrente: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo. Recorrido: Município da Estância Balneária de Ubatuba. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 31 de agosto de 2017. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2248204>>. Acesso em: 11 mai. 2022.*

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 612975/MT. Recorrente: Estado do Mato Grosso. Recorrido: Isaac Nepomuceno Filho. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 27 de abril de 2017. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312672762&ext=.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2022.*

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 693456/RJ. Recorrente: Fundação de Apoio à Escola Técnica - FAETEC. Recorridos: Renato Barroso Bernabe e outros. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 de outubro de 2016. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313045246&ext=.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2022.*

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 741938/MG. Recorrente: Centro Operacional de Desenvolvimento e Saneamento de Uberaba - CODAU. Recorrido: Estado de Minas Gerais.* Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 09 de outubro de 2014. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4387127> >. Acesso em: 12 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 841526/RS. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: V J de Q (representado por Simone Jardim).* Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 30 de março de 2016. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4645403> >. Acesso em: 11 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 843112/SP. Recorrente: Município de Leme. Recorrido: Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Leme.* Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 22 de setembro de 2020. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344858972&ext=.pdf> >. Acesso em: 19 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 960429/RN. Recorrente: Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte. Recorrido: Francisco Josevaldo da Silva.* Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 24 de junho de 2020. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343547939&ext=.pdf> >. Acesso em: 14 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 609381/GO. Recorrente: Estado de Goiás. Recorrido: Anthony Jeferson Soares Frazão e outros.* Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 02 de outubro de 2014. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=288230706&ext=.pdf> >. Acesso em: 12 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 655283/DF. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Recorrido: Federação das Associações de Aposentados dos Correios - FAACO.* Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 02 de dezembro de 2021. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348987317&ext=.pdf> >. Acesso em: 14 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 852475/SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorridos: Antônio Carlos Coltri e outro.* Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 25 de março de 2019. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339769948&ext=.pdf> >. Acesso em: 14 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 1066677 MG. Recorrente: Estado de Minas Gerais. Recorrido: Beatriz Saleh da Cunha.* Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 1º de julho de 2020. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5240485> >. Acesso em: 10 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 652777/SP. Recorrente: Município de São Paulo. Recorrido: Ana Maria Andreu Lacambra.* Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 23 de abril de 2015. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4121428> >. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 1246685/RJ. Recorrente: União. Recorrido: Cassia da Conceição Melo Duarte*. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 19 de março de 2020. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342957670&ext=.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 1306505/AC. Recorrente: Estado do Acre. Recorrido: Juarez Generoso de Oliveira Filho*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 04 de abril de 2022. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350463556&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Recurso Ordinário n. 00118972120165030110. Recorrente: Márcia Valéria do Nascimento Lovisi. Recorrida: Natura Cosméticos S/A*. Relatora: Des. Taisa Maria Macena de Lima. Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2019. Disponível em <<https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011897-21.2016.5.03.0110/2#b964601>>. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento no Recurso de Revista n. 105758820195030003. Agravante: Ricardo Ramos de Sá. Agravado: Uber do Brasil Tecnologia Ltda*. Relator: Min. Alexandre Luiz Ramos. Brasília, 11 de set. de 2020. Disponível em <<https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=10575&digitoTst=88&anoTst=2019&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0003&submit=Consultar>>. Acesso em: 15 mai. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos de Declaração no Recurso de Revista n. 9909320175060004. Embargante: Carmen Maria Ramos Carrazzoni Pereira. Embargada: Autarquia de Serviços Urbanos do Recife - CSURB*. Relatora: Min. Dora Maria da Costa. Brasília, 10 de abril de 2019. Disponível em <<https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=990&digitoTst=93&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=06&varaTst=0004&submit=Consultar>>. Acesso em: 22 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 1003530220175010066. Recorrente: Elias do Nascimento Santos. Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia Ltda*. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado, 11 de abril de 2020. Disponível em <<https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=100353&digitoTst=02&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=01&varaTst=0066&submit=Consultar>>. Acesso em: 15 mai. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo n. 10017933820175020047. Agravante: Cláudio Katsuhiko Sumida. Agravado: Companhia Paulista de Trens Metropolitanos*. Relator: Min. Nilton Correia. Brasília, 15 de setembro de 2021. Disponível em <<https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1001793&digitoTst=38&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0047&submit=Consultar>>. Acesso em: 12 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 1160001620065010036. Recorrente: Companhia Estadual de Águas e Esgotos - CEDAE. Recorrido: Osvaldo José Ferreira Cordeiro*. Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Brasília, 03 de outubro de

2012. Disponível em <
<https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/decisaoForm.do?numInt=573572&anoInt=2009&codOrgaoJudic=69&anoPauta=2012&numPauta=23&tipSessao=O>>. Acesso em:
12 jul. 2022.