AS EMPRESAS ESTATAIS E O REGIME JURÍDICO DE SEUS EMPREGADOS

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA*

I — Introdução; II — As pessoas jurídicas: sua caracterização; III — As pessoas jurídicas empresariais e o estado brasileiro; IV — A natureza das diferentes situações jurídicas dos agentes públicos, dos empregados paradministrativos e daqueles das empresas privadas com participação governamental

I — Introdução

1. Nesta quadra da vida nacional, em que mais uma vez se movimenta o pêndulo da História Pátria, a caracterização das empresas estatais no universo governamental, econômico e fiscal; e a análise da situação jurídica de seu pessoal são assuntos de inquestionável realce.

2. Este é o objeto do presente estudo.

II — As pessoas jurídicas: sua caracterização

1. A identificação da *natureza de uma pessoa jurídica*, com todos os respectivos desdobramentos e conseqüências, exige que se considerem *diferentes fatores* e *aspectos*.

2. O *primeiro* dado diz respeito a ser a entidade dotada, ou não, de *ius imperii*.

2.1. O *poder de império*, que corresponde à *'organização da coação social a serviço e no exercício dos comandos estatais'*; à *vontade imperante*, a que — como emanação da *soberania popular*; com as *limitações democráticas* e a *oponibilidade*

* Professor Titular de Direito Administrativo no Rio de Janeiro. Advogado. Desembargador Federal, aposentado. Ex-Membro do Ministério Público Estadual. Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e do Instituto dos Advogados Brasileiros.

dos *direitos públicos subjetivos*, que caracterizam o *Estado de Direito* — ficam sujeitos os jurisdicionados.

2.2. *Pessoas públicas* ou *de direito público* são aquelas titulares, *'iure proprio'*, desse *poder*. No seu exercício, e sempre dentro da moldura tracejada, aquelas assumem posições de *supremacia*, nas *relações jurídicas* de que participam, em face de seus *membros* ou de *terceiros*.

2.2.1. No Direito Pátrio, as *pessoas político-federativas*, que compõem o *Estado Brasileiro*, a *República Federativa do Brasil (União, Estados federados, Municípios e Distrito Federal)*, e as *autarquias* são as *pessoas públicas*. As segundas estão sujeitas ao *princípio da especialidade*, eis que o *Estado* — que é a pessoa pública abrangente — atribui, por via *constitucional* ou *legislativa*, para a realização de determinado *objeto* de sua *atuação*, para a consecução de certo de seus *fins*, parte de seus *poderes executivos* a esses entes, que se identificam como *pessoas públicas autárquicas*, as quais, em função do citado *princípio*, nunca são duplicatas daquele primeiro.

2.2.2. São ditas *estatais*, as *pessoas públicas*, já que, como explicita Francesco Ferrara (*'Teoria delle Persone Giuriche', Turim, 2ª ed., 1923, p. 750 e s.*), *público* significa *estatal*, no sentido de que as *pessoas públicas* são aquelas que detêm *caráter estatal*, isto é, prerrogativas essenciais e próprias do *Estado*.

2.3. Quando o ente personificado não é dotado, nesta moldura, de *poder de império*, diz-se ser ele *pessoa privada*.

3. O *segundo* aspecto é o do *ramo jurídico* a cujo *regime primariamente* está submetida a *pessoa jurídica*.

3.1. As *pessoas públicas* são: (a) de *Direito Internacional, pessoas jurídicas de direito público externo (Código Civil de 1916, art. 13; art. 40 do de 2002)*; (b) *pessoas jurídicas de direito público interno (ib)*, de *Direito Constitucional (pessoas político-federativas)* ou *Administrativo (autarquias)*.

3.2. As *pessoas privadas* são de *Direito Civil* (como as *fundações*), de *Direito Comercial (p.ex., sociedades anônimas)*; de *Direito Social* (*e.g. sindicatos, entidades fechada de previdência complementar*).

4. Em terceiro lugar, leva-se em conta o *substrato*, o *suporte jurígeno* que recebe o *selo* da *personificação*.

4.1. Sob este ângulo, temos as *corporações* (*sociedades* e *associações*) e as *instituições* (*fundações* e *institutos*).

4.2. Nas primeiras, predomina o aspecto *pessoal*, pela união de duas ou mais pessoas na sua *constituição* e *estrutura*, dotadas que são de *membros*.

4.3. Nas últimas, o *substrato personificado* é *objetivo*: o *patrimônio*, nas *fundações*; e a *estrutura organizacional*, nos *institutos*. Não têm *membros*, ou *capital*, mas sim *administradores*, sempre *órgãos servientes* ao *fim fundacional* ou *institucional*, e não *órgãos dominantes*, como a assembléia geral, nas *corporações*.

5. Mas faceta fundamental é a da *posição*, da *pessoa jurídica*, no contexto *sócio-político-administrativo*.

5.1. Neste campo, distingue-se entre as entidades que integram o *setor público*, e que, cingindo-nos ao Direito Brasileiro, são, em relação a cada *pessoa político-federativa* (cada uma destas, por seu turno, com seus *órgãos*, *não personalizados*,

políticos e os da denominada *administração direta*), as *autarquias*, as *fundações públicas*, as *empresas públicas* e as *sociedades de economia mista*, e que compõem, as quatro últimas, a denominada *administração Indireta*: são as *pessoas jurídicas administrativas*. As *autarquias*, *pessoas públicas*, são, como assinalado, *estatais*; e as demais, *privadas*, mas *pessoas administrativas*, integrantes da *AP*, são *paraestatais*, isto é, 'próximas das estatais' (*Constituição Federal, art. 37, 'caput'*, e *XIX*).

5.2. Agregado a esse conjunto, que forma a *organização governamental-administrativa*, situa-se um *setor intermediário* entre o *setor público* e o *privado*, constituído pela *Paradministração*, integrada pelos *entes de cooperação*, que abrangem *ofícios públicos — como os notariais e de registro*; os *serviços sociais autônomos*; *as empresas subsidiárias das entidades da administração indireta* (*Constituição Federal, art. 37, XX, 1ª parte*); as *autarquias corporativas* (*a OAB, os Conselhos profissionais*).

5.3. Finalmente, as *pessoas jurídicas* que se inserem na *sociedade civil*, a abarcar o *setor político*, no qual se inscrevem os *partidos políticos*; e o *setor privado*. Este último comporta: (a) os *entes de colaboração da Administração Pública*, como os *concessionários* e *permissionários de serviços públicos*; as *organizações sociais*; as *entidades fechadas de previdência privada*; (b) a *sociedade civil organizada*, como as *ONGs*, as *OSCIPs*; e (c) as *empresas privadas, particulares*, algumas delas com a *participação das pessoas do setor público*, e que atuam no *mercado*. É a área da *livre iniciativa*.

5.4. A *diferença* de *posicionamento* tem, como uma de suas traduções, o *conjunto*, e respectiva *natureza*, de *poderes* do *Poder Público* sobre a *pessoa jurídica*, e que vai desde a *supervisão* da *Administração Direta* sobre as *entidades* da *Indireta*, até o simples *poder de polícia* sobre as *empresas privadas*.

6. Outro aspecto fundamental, caracterizador de uma *pessoa jurídica*, e, tal como os anteriores, de decisiva *relevância de direito*, são os *fins* a que ela se destina, suas *finalidades*, seus *interesses-alvo* (*fins mediatos*), a que se liga o *objeto* de sua *atuação* (*fim imediato*) e os *objetivos* (*propósitos*; *metas*; *fins próximos*).

6.1. Diversamente da *pessoa física*, que, em razão do *direito à liberdade* (*CF, art. 5º, 'caput'*, e *inciso I*), pode exercer suas atividades em todas as direções, sem estarem sujeitas a *fins predeterminados*, as *pessoas jurídicas* são criadas e têm de operar sob o império do *princípio da especialidade*. Daí, a obrigação, de seus órgãos, de só exercerem suas *atribuições*, para, sob pena de *ilicitude*, e realizando o *objeto* da atuação da entidade, alcançar os *fins* para cuja consecução foram criadas, buscando atingir *objetivos* que permitam melhor atendê-los.

6.2. O *objeto* configura o *conteúdo* da atuação da *pessoa jurídica*, na *consecução* dos seus *fins* e *objetivos*.

6.3. No concernente às *pessoas políticas* e *administrativas*, o *fim geral* é o *interesse público*, que, especialmente quanto às últimas, se pormenoriza em *fins específicos (p.ex., saúde pública)*. Para a *realização* desses *fins*, a *pessoa jurídica administrativa* desenvolve *sua atuação com determinado objeto (e.g. combate a determinada doenças)* e *objetivos* (*v.g., vacinação de certo percentual mínimo da população*).

6.3.1. Cada *autarquia, pessoa pública*, tem, como *fim* e *objeto de atividade*, um *subconjunto* dos *fins* e *objetos* da *pessoa político-federativa* que a criou, atuando sob um *regime de direito público*, ou *gratuitamente*, ou com a cobertura por *impostos*, ou, ainda, com remuneração por *taxas* ou *preços públicos*. Por isso, o *Decreto-lei nº 200, de 25.05.62*, em seu *art. 5º, I*, conceituando *autarquia*, atribui-lhe a execução de *'atividades típicas de Administração Pública'*, em que se incluem a *prestação de serviços públicos ou sociais* (como o ensino, a assistência à saúde; e, inclusive, produção de bens, como a edição de livros didáticos para distribuição gratuita); o exercício de uma das áreas do *poder de polícia*, a *regulação econômico-social*. Não pode, diversamente das *pessoas político-federativas*, por meio de sua *administração direta*, ter, a *autarquia*, como *objeto institucional*, a *exploração de atividade econômica*, e, destarte, tampouco, *fim* e *objetivos patrimoniais*.

6.3.2. Também as *pessoas jurídicas administrativas de direito privado* estão submetidas à realização de *fins* de *interesse público*.

6.3.2.1. As *fundações públicas* são *sem fins lucrativos*, e seu *objeto* não pode ser de espécie que exija *'execução por órgãos ou entidades de direito público' (art. 5º, IV, do Decreto-lei nº 200/67, com a redação da Lei nº 7.596, de 10.04.87)*.

6.3.2.2. As *empresas públicas* e as *sociedades de economia mista*, como *pessoas administrativas* que são, estão comprometidas com o *interesse público*, e, como *objeto* seu, no atingimento dessa *finalidade*, podem ter a *prestação de serviços públicos* (*v. CF, art. 37, § 6º*) ou a *exploração de atividade econômica de produção de bens* e *prestação de serviços* (*CF, art, 173, § 1º*). É distinção fundamental, com os mais relevantes *reflexos jurídicos*, conforme detalharemos.

6.3.2.3. Mesmo se se tratar da *produção* ou *comercialização* de *bens* ou *serviços*, as *empresas públicas* e as *sociedades de economia mista* estão, de acordo com o disposto no *art. 173 da CF*, submetidas aos *fins de interesse público* nele citados, especificamente, pela própria *Carta Magna Nacional*: *imperativos* da *segurança nacional* ou outro *relevante interesse coletivo*, definidos em *lei*. O *art. 173, § 1º, I, da CF*, com a redação da *Emenda Constitucional nº 19/98*, impõe a esses entes uma *função social*. Mas, cognatamente com o *fim público*, presente está, nessas *empresas administrativas*, o *fim privado* de *natureza patrimonial*.

6.3.2.4. É que, mesmo quando se trata de *prestadora de serviços públicos*, criada, *por lei*, com esse *objeto*, delegatária *ex vi legis*, ou mesmo concessionária ou permissionária, *empresa* é, e o *fim patrimonial* está presente. É, aliás, o que ocorre com os concessionários e permissionários particulares, porque essas formas de *prestação de serviços públicos* correspondem ao desenvolvimento de uma *atividade pública*, mas conduzida *economicamente*. A *CF* define, com propriedade, no *art. 236*, essa situação, quando trata de *serviços notariais e de registro*, os quais, embora *públicos*, são prestados 'por *delegação* do Poder Público', e *'são exercidos em caráter privado'*.

6.3.2.4.1. Caracteriza-se, nesta hipótese *(CF, art. 175)* a *prestação direta de serviços públicos (cf. art. 6º, VII, VIII e XII, da Lei nº 8.666, de 21.06.93)*, isto é, por meio de *pessoas administrativas*, ainda que da *Administração Indireta* Se a *entidade parestatal* integra *AP* de outra unidade federativa, que não a titular do

serviço, aquela assumirá, necessariamente, a posição de *concessionária* ou *permissionária*.

6.3.2.4.2. Estamos, neste caso, diante do denominado *serviço público virtual*, da *gestão privada do serviço público*, em que o *serviço* é *público*, seu *regime* é de *direito público*, mas sua *prestadora* é *pessoa jurídica de direito privado*. Já quando se trata de *serviço público orgânico*, a prestadora é a *Administração Direta* ou *Autárquica*, e *atividade* e *entidade* estão sob o *regime de direito público*.

6.3.2.4.3. A *remuneração* da *empresa pública* ou *mista*, pela prestação de *serviço público*, é a *tarifa*, espécie de *preço público*.

6.3.2.5. Se o *objeto* é a *atividade econômica*, no *mercado*, ele também é *privado*, sob um regime de *ius privatum*, e a *remuneração* se faz mediante *preços privados*.

6.3.2.5.1. Por isso, a *Carta Política Brasileira* prescreve, para a *exploração de atividade econômica*, a sujeição das *entidades empresariais 'ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias'*: *art. 173, § 1º, II*. É, pois, completa a *identidade*, neste caso.

6.3.2.5.2. Os *objetivos* são também *econômicos*, como a *economicidade*, a *produtividade*.

7. Fator que assumiu importância especial, com a *Emenda Constitucional nº 19/98*, é o que respeita ao fato de a *pessoa jurídico-administrativa, empresarial*, receber, ou não, *recursos* com a finalidade de cobertura de dispêndio com *pessoal*, ou de custeio em geral: *art. 37, § 9º*, da *CF*. Na mesma linha, a *Lei Complementar nº 101, de 04.05.00* (*Lei de Responsabilidade Fiscal*), ao definir *empresa estatal dependente* (*art. 2º, III*), um de seus destinatários, eis que tida por incluída nas referências às *pessoas político-federativas*.

III — As pessoas jurídicas empresariais e o estado brasileiro

1. Na *Administração Pública Indireta*, ao lado da *Administração Autárquica* e da *Fundacional*, situa-se, como exposto, a *Administração Empresarial*, em que a *organização administrativa* e a *organização econômica*, que é a *empresa*, se fundem, constituindo o *setor econômico público*, no qual atuam as *empresas públicas* e *sociedades de economia mista (arts. 4º, II, 'b' e 'c', e 5º II e III, do Decreto-lei nº 200/67, e art. 5º do Decreto-lei nº 900, de 29.09.69)*. A *criação* dessas *entidades* é sempre por *lei* (*art. 37, XIX, da CF*).

1.1. O *Direito Público Administrativo* não mais tem, destarte, o monopólio, nem do *regime*, nem da *organização administrativa*, nem, tampouco, da *atividade executiva*.

1.2. A *empresa pública* tem *capital exclusivo* da *pessoa político-federativa* cuja *Administração* ela integra; admitida, porém, uma vez preservada a maioria do capital votante como pertencente a pessoa de direito constitucional, a participação de outras da mesma natureza, ou de *pessoas administrativas* de qualquer órbita federativa.

Podem assumir qualquer forma admitida em Direito, inclusive *Civil*, mas sempre com *fins econômicos* (*art. 5º, II, do Decreto-lei nº 200/67 e art. 5º do Decreto-lei nº 900/69*).

1.3. As *sociedades de economia mista* são sempre *sociedades anônimas* (*art. 5º, III, do Decreto-lei nº 200/67*) e, portanto, *empresariais, mercantis (art. 2º, § 2º, da Lei nº 6.404, de 15.12.76)* com *capital votante* pertencente, em sua maioria, ou a *pessoa político-federativa* ou a *entidade* da *Administração Indireta (arts. 235 a 240 da Lei das Sociedades por Ações)*.

1.3.1. Nesta segunda hipótese, configura-se a *sociedade mista de segundo grau*, também integrante da *Administração Pública*.

1.3.2. É de fundamental importância a caracterização das *subsidiárias mistas*, para distingui-las, com exatidão, das demais espécies de empresas que iremos, em seguida, abordar.

1.3.2.1. Considerando-se que temos *sociedade de economia mista*, desde que atendidos os requisitos e pressupostos exigidos pelo *inciso XIX do art. 37 da CF* e do *Dec-lei 200/67, será sociedade de economia mista* a *subsidiária* criada por *lei*, sob a forma de *sociedade anônima*, e uma vez que *as ações, com direito a voto ('maioria do capital votante', e não, apenas, 'maioria acionária')* pertençam, em *sua maioria, a entidade governamental*, estabelecida a *vinculação* com o Ministério ou Secretaria competente e a *supervisão* desses, e respeitado o *princípio da especialidade*. O *ato legal* há de dirigir-se, especificamente, à *constituição de companhia mista*, com fixação do respectivos *fins, objeto* e outros elementos básicos.

1.3.2.2. Cumpre observar que as *empresas públicas* podem criar *sociedades de economia mista*, mas não outras *empresas públicas*, tendo em vista o disposto no *art. 5º* do *Dec-lei 900/67*.

1.3.2.3. As *companhias mistas de segundo grau* são, reitere-se tal como suas *controladoras, pessoas administrativas*, componentes da *Administração Indireta*.

1.3.2.4. Para o *Direito Administrativo* são *sociedades de economia mista subsidiárias*; para o *Direito Comercial*, são *sociedades controladas* (*art.243,§ 2º*, da *Lei 6.404/76*), sendo a entidade, que a controla, sua *acionista controladora* (*arts. 116, 117 e 238 da mesma Lei*).

1.3.2.5. Tal como ocorre com referência às *mistas de primeiro grau*, sobre elas são exercidos poderes de *acionista controlador* (pela *acionista majoritária*) e de *supervisão* (pelo *Ministério* ou *Secretaria* a que estiver vinculada, que, *como é claro, atua, duplamente, pois que também o faz sobre a controladora*).

1.3.2.6. A jurisprudência administrativa e a judicial têm precisado os contornos conceituais das *subsidiárias mistas:*

(a) O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em decisões sobre *a Banrio — Crédito Imobiliário S/A*, expressou que *'é a situação especial que o Estado se assegura, através da lei criadora da pessoa jurídica, que a caracteriza como sociedade mista. Se alguma dúvida pudesse existir, ele desapareceu com o art. 236* da Lei das Sociedades Anônimas, que exige, para a constituição de companhia de economia mista, *prévia autorização legislativa específica* (*cf. decisão unânime da*

1ª turma, de 14.10.80, Relator Min.Soares Muñoz, RE nº 93.175-9-RJ, DJ de 31.10.80, p. 8.893).

(b) A Consultoria-Geral da República igualmente concluiu que '*o conceito de sociedade de economia mista, como integrante da Administração Indireta, supõe, sob o aspecto formal, a concorrência de dois requisitos essenciais, ou seja, a criação em virtude de lei autorizativa e a participação majoritária da entidade 'mater', de modo permanente e indeclinável*' (*Parecer L-154,de 21.7.77,DOU de 26.6.77, p. 9.519 e s..*).

2. Se, de um lado, tem-se desenvolvido uma *igualação* entre as *Administrações Autárquica* e *Fundacional*, mercê de uma verdadeira *autarquização*, *publicização*, das *fundações governamentais*, embora, por definição, sejam de *direito privado* (*art. 5º, IV, do Decreto-lei nº 200/67*; *cf. art. 41, V, e parágrafo único, do novo Código Civil*), a *Administração Empresarial* tem uma posição cada vez mais *nítida* e *própria* no conjunto da *organização administrativa*.

2.1. Já o *Decreto-lei nº 200/67*, bem caracterizava a *especificidade* do aspecto '*posicionamento*', dentro da *Administração Indireta*, de *empresas públicas* e *mistas*.

2.2. Com efeito, a diferença de *posicionamento* dos vários *subconjuntos* da *Administração Indireta* traduz-se no complexo de *poderes* que a *Administração Direta*, a que está *vinculada* cada *entidade* da *Indireta*, tem com referência a essa, poderes esses que compõem a capacidade de *supervisão* da primeira em relação à segunda.

2.3. No tocante às *empresas públicas* e *mistas*, dispôs o *art. 27, e respectivo parágrafo único, do Decreto-lei nº 200/67*:

> *"Art. 27. Assegurada a supervisão ministerial, o Poder Executivo outorgará aos órgãos da Administração Federal a autoridade executiva necessária ao eficiente desempenho de sua responsabilidade legal ou regulamentar.*
> *Parágrafo único — Assegurar-se-á às empresas públicas e às sociedades de economia mista condições de funcionamento idênticas às do setor privado, cabendo a essas entidades, sob a supervisão ministerial, ajustar-se ao plano geral do Governo."*

2.4. A evolução deu-se em *nível constitucional*, e a atual disciplina da matéria, pela *Carta Magna Nacional*, é expressiva, especialmente pela já abordada distinção entre *empresas estatais prestadoras de serviços públicos* e aquelas que *exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços*: *cf. arts. 37, § 6º, e 173, § 1º, II, da CF.*

2.5. A *Emenda Constitucional nº 19/98* adensou as distinções entre, de um lado, a *Administração Direta, Autárquica e Fundacional*, e, de outro, a *Administração Empresarial*; e, nesta última, entre as *empresas* que prestam *serviços públicos* e aquelas que *exploram atividade econômica. A fortiori*, ainda mais definida é a situação das *subsidiárias não-mistas, paradministrativas* e das *empresas privadas com participação governamental em seu capital*, a que só se aplicam as regras de *Direito Público*, que a elas se dirijam *expressamente*.

3. Mas a anteriormente referida *Paradministração* — conjunto de entes já fora da *Administração Pública* — também conta com *entidades empresariais* ligadas ao *Poder Público.*

3.1. *A Paradministração* (o prefixo de origem grega *para* significa '*proximidade*') é produto da *descentralização por cooperação* e integrada pelos *entes de cooperação ou cooperadores* da *Administração Pública*, que surgem como produto do mencionado processo descentralizador.

3.2. É que, não obstante a grande variedade de *pessoas administrativas*, o Poder Público necessita, dada a complexidade da atividade administrativa, de lançar mão de formas de descentralização, cuja característica é da dizer respeito a pessoas e círculos de competência fora da Administração Pública, embora exerçam parcelas da atividade administrativa, no campo da *prestação de serviços públicos, do exercício do poder de polícia, e da participação social do poder público.*

3.3. A *Paradmistração* é conjunto *heterogêneo*, com regime jurídico variado. Estão seus componentes submetidos a uma forma de *tutela, a tutela paradministrativa*, que compreende, pelo menos, mecanismos de *controle de legalidade*, podendo chegar à *intervenção*, tudo nos estritos limites legais (*art.183 do Decreto-lei 200/67 e Decreto-lei 772, de 29.8.69*).

3.4. Essa diversificada constelação encontra-se em *situação jurídica distinta* da dos *órgãos* e *organismos administrativos*, de um lado; e dos *administrados*, de outro.

3.5. Os *entes paradministrativos* exigem, para a sua criação ou transformação e para a definição de seu posicionamento nesse conjunto de *cooperadores*, o *ato legislativo* (*cf. art. 37, XX, 1ª parte, da CF*). Só por *lei* poderá haver a diferenciação deles, em face das *entidades administrativas* e dos *entes privados.*

3.6. O *Poder Público* pode preferir, ao invés de instituir ou constituir *empresas administrativas*, integrantes da *Administração Indireta* e, desse modo, componentes da *organização administrativa*, criar, em *cooperação* com particulares, *empresas* que sejam *instrumentos de participação pública na economia*, mas sem a natureza de *pessoas administrativas paraestatais.* São as *empresas*, dessa nova espécie, de *Direito Privado*, mas tipicamente *paradministrativas*, pois que situadas fora da Administração Pública, embora com essa relacionadas, com ela cooperando; e tampouco pertencendo ao *setor econômico privado.*

3.6.1. A *criação* dessas *empresas*, *ex novo* ou *por transformação de outras* já existentes, insere-se pois, no processo, de *descentralização administrativa* denominado de *descentralização por cooperação*, expressão que bem caracteriza o sentido social do fenômeno, pela *co-participação* do Poder Público e dos particulares. Daí, falar-se em *empresas de cooperação.*

3.6.2. Muitas *entidades de cooperação* são *empresas* que passaram ao *controle do Poder Público*, por compra de ações ou desapropriação, mas que não reuniram os requisitos necessários à sua caracterização como *empresas públicas ou sociedades mistas.* É o caso da LIGHT, da TELERJ, antes de suas privatizações.

3.6.3. Quando o objetivo é a *criação* da *sociedade* mista, tal *desideratum* fica evidenciado na própria lei criadora (*v. Lei nº 5.736, de 22.11.71*).

3.6.4. Às *empresas de cooperação* se dirige o disposto no *art. 235, § 2º, da Lei das Sociedades por Ações*, que prescreve que as *companhias* de que participarem,

majoritária ou minoritariamente, as *sociedades de economia mista*, estarão sujeitas ao regime das sociedades anônimas em geral, e não ao das companhias mistas (*v. Pareceres nºs L-154, de 21.7.77, e P-010, de 2.9.81, da Consultoria-Geral da República, DOU de 26.6.77 e 10.9.81*).

3.6.5. O *Poder Público* desenvolve, sobre as *empresas de cooperação*, a *tutela paradministrativa*, exercendo poderes administrativos de controle, calcados nas normas que compõem o regime jurídico dessas empresas.

3.6.6. A *empresa governamental controladora*, além dos poderes de *acionista* dessa qualidade, exerce a *tutela paradministrativa* sobre as *empresas de cooperação*.

3.6.7. Às *empresas paradministrativas* se dirige de modo muito específico, o *art.37, XX*, da *CF*, ao aludir a *subsidiárias* (designação que, no Direito Público, abrange as *controladas*), que são, exatamente, as *subsidiárias não mistas*, eis que, *se sociedades mistas de segundo grau* fossem, *enquadradas estariam no elenco do art.37, XIX*.

4. A *Constituição Federal*, em seu *art. 37, XX, 2ª parte*, e a *Lei 6.404/76* chancelam a existência de *empresas privadas, particulares, do setor econômico privado*, de que *participam empresas administrativas, públicas* ou *mistas*, e que não são *subsidiárias mistas*, nem *paradministrativas*.

4.1. Nesta modelagem, o *art. 235, § 2º*, da *Lei das S/A* prescreve, de maneira expressa, conforme já citado, que '*as companhias de que participarem, majoritária ou minoritariamente, as sociedades de economia mista*' estão sujeitas ao disposto naquele diploma normativo, mas *sem as exceções do capítulo específico sobre as sociedades de economia mista. Em outras palavras, não são sociedades mistas*, tal como as *paradministrativas*.

4.2. A própria *Lei 6.404/76* reconhece que essa *participação* tem, no entanto, de ser objeto de prévia *autorização legal (art. 237, § 1º.), mas a finalidade dessa é a participação no capital*, e não, a *constituição de uma subsidiária mista*. Não são, portanto, *subsidiárias mistas*, pela *não-reunião* dos pressupostos e requisitos pertinentes.

4.3. Algumas dessas *empresas não-administrativas*, embora com *participação de entidades administrativas*, são apenas, *coligadas* ou *associadas dessa*, mas, mesmo se *controladas*, no sentido *societário*, não são *mistas*, nem *paradministrativas*: são *empresas privadas*.

4.4. A *jurisprudência* tem reconhecido tal fato. Decidiu o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em acórdão antes referido:

> *"Sociedade de economia mista. Com ela não se confunde a sociedade sob controle acionário do Poder Público. É a situação especial que o Estado se assegura, através da lei criadora da pessoa jurídica, que a caracteriza como sociedade de economia mista"(RE 92.340-3RJ- Relator Min. Soares Muñoz — Ac. unân- 1ª Turma — 25.3.80- DJ de 18.4.80, p. 2.567)."*

4.5. A Procuradoria-Geral da República, em despacho, de 24.8.79, do Procurador-Geral Dr.Firmino Paz, aprovou parecer do então Procurador da República, José Francisco Resek, em que se concluiu, incisivamente (*Proc. PGR- 39.911/79*), acerca

da incidência do *art. 205 da CF de 67*: "*Em tais circunstâncias, submeto á consideração de Vossa Excelência a conclusão de que, sem embargo do controle acionário ora exercido pela ELETROBRÁS, a LIGHT- Serviços de Eletricidade S/A conserva incólume sua qualidade de empresa privada, não havendo razão para que deixem de prosseguir os feitos em que aquela sociedade contende com a União ante a Justiça Federal*".

4.6. É óbvio que, em se tratando de *empresas privadas*, o seu *regime jurídico* é o destas, sendo *inconstitucional* qualquer discriminação.

4.7. A *participação do Poder Público*, mediante a aquisição de ações de empresas privadas, constitui mera *participação acionária ou financeira*, representativa de simples investimento ou garantia especial de negócios jurídicos, do que é exemplo a tomada de ações por bancos de desenvolvimento federais, regionais e estaduais, de empresas beneficiárias de financiamento seus. Pode ter, até mesmo, cunho interventivo: *v.* Lei nº 6.493, de 07.12.97, que autorizou subsidiárias da Petrobrás a participar do capital de outras sociedades *(cf. Exposição de motivos* do Ministro das Minas e Energia, DCN, de 28.10.97, p. 2.926). *Não ocorre, no caso, a transmudação em sociedade de economia mista.*

5. Resumindo, temos:

(a) a *Administração Empresarial*, integrante da *Administração Indireta*, é constituída de *pessoas jurídicas empresariais, de direito privado, paraestatais*, e que são as *empresas públicas* e as *sociedades de economia mista*, de *primeiro* e de *segundo graus;*

(b) as *empresas paradministrativas*, de *cooperação*, são *subsidiárias* das entidades da *Administração Pública*, mas não componentes dessa, e sim, da *Paradministração*, setor *intermediário* entre o *setor público* e o *privado*;

c) as *empresas privadas com participação*, em seu *capital*, dos *entes* da *Administração Pública*, estão situadas no *setor privado.*

5.1. Todos esses segmentos estão submetidos a *regime de direito privado*, incidindo o *Direito Público* no tocante às espécies sob as letras *a* e *b*, nos aspectos pertinentes, e quando se trata de entes *prestadores de serviços públicos.*

5.2. Se se cuida de *empresas exploradoras de atividade econômica*, há *identidade de regime jurídico* com as *empresas particulares*, com as ressalvas postas, expressamente, nos incisos I (*função social* e *fiscalização*), III (*licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípio da administração pública*) e IV (*organização e responsabilidade*).

5.2.1. Efetivamente, o *art. 173, §1º, da CF* estabelece que as *empresas públicas, mistas, e suas subsidiárias, exploradoras de atividade econômica*, têm *estatuto jurídico próprio*, isto é, um *regime específico, idêntico (o mesmo)* das *empresas do setor privado*, apenas com as *especificações* constantes do próprio parágrafo, em seus demais *incisos*, e nos *§§ 2º* e *3º* do mesmo dispositivo constitucional.

6. Embora, originariamente, sem base legal, difundiram-se duas *denominações*, que assumiram, de início, *matriz regulamentar*: '*empresas estatais*' (com sentido abrangente e atécnico) e '*entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios*' (com sentido impreciso).

6.1. Foi editado o *Decreto nº. 84.128*, de *29.10.79*, que conferiu amplos poderes, na matéria, ao Ministério do Planejamento, criando, inclusive, para fins de controle, *um conceito latíssimo de* empresas estatal. Com efeito, dispôs o respectivo *art. 2º*, e seu *parágrafo único:*

> *"Art. 2º. Consideram-se empresas estatais, para os fins deste Decreto:*
> *I. empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e todas as empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União;*
> *II. autarquias e fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público;*
> *III. órgãos autônomos da Administração Direta (Decreto-lei nº 200/67, art.172).*
> *Parágrafo único. Poderão ser equiparadas às empresas estatais, para efeito do controle governamental de que trata o presente Decreto, as entidades e organizações de direto privado, que recebem contribuições parafiscais ou transferências do Orçamento da União e prestem serviços de interesse público ou social, observado o disposto no art.183 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e no Decreto-lei nº 772, de 19 de agosto de 1969".*

6.1.1. Foi criada a *Secretaria de Controle das Empresas Estatais (SEST)*, como integrante da Secretaria de Planejamento da Presidência da República, e órgão central do Subsistema de Controle de Recursos e Dispêndios das *empresas estatais*, do Sistema de Planejamento Federal.

6.1.2. A *SEST* (*art. 4º*) passou a coordenar atividades das *empresas estatais*, acompanhando-lhes a gestão, participando da fixação de preços e tarifas, propondo critérios de reajustamento de remuneração de dirigentes, manifestando-se sobre aumento de capital etc.

6.2. O *Decreto nº 137, de 27.05.91*, já revogado, instituiu o *Programa de Gestão das Empresas Estatais*, (*PGE*), e dispôs (*art. 1º, parágrafo único*):

> *"Consideram-se empresas estatais, para fim deste Decreto, as empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, e demais entidades sob o controle direto ou indireto da União".*

6.2.1. A finalidade da instituição da *PGE* foi '*promover a eficiência e a competitividade das empresas estatais*' (*art. 1º*), para isso, compatibilizando a gestão das mesmas com a política econômica e o planejamento setorial; bem como '*promover a modernização das empresas estatais*'. Foi prevista a celebração, por essas, com a União, de '*contratos individuais de gestão*', com o objetivo de '*aumento de sua eficiência e competitividade*'. O *art. 2º* previu que ao *Comitê de Controle das Empresas Estatais* (*CCE*) competiria, dentre outras atribuições, a aprovação de propostas, das *empresas estatais*, referentes à '*administração de pessoal*' e a '*despesa*' com este.

6.3. O mesmo conceito de *empresa estatal* se conteve no *art. 1º* do *Decreto nº 2.673, de 16.07.98*, que dispôs sobre o pagamento, pelas mesmas, de dividendo ou juros sobre o capital próprio.

6.4. Na *Lei nº 10.180, de 06.02.01*, que tratou dos *Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal*, o *parágrafo único do art. 7º* conceituou:

> "*Consideram-se empresas estatais, para efeito do disposto no inciso VIII, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direto a voto*".

6.5 O *Decreto nº 3.735, de 24.01.01*, ao estabelecer diretrizes aplicáveis às *empresas estatais federais*, conceituou-as, para seus fins (*art. 1º, § 1º*) e dispôs sobre as competências do *Ministro do Planejamento*; da *Comissão de Controle e Gestão Fiscal*; do *Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais*.

6.6. Verifica-se que o conceito não é de conteúdo unívoco, tanto que, cada diploma legal ou regulamentar varia sua definição, limitada sempre ao respectivo contexto.

6.7. O objetivo, muito especialmente em sede de *gastos* e *de eficiência* e *de produtividade*, é de *controle administrativo-financeiro*, o mais abrangente, a abarcar as diversas espécies de entes focalizados. Mas nada que afete a *natureza jurídica* da *entidade*, e, tampouco, seu posicionamento dentro da *Administração Pública*, ou da *Paradministração*, ou, então, no *setor privado da economia.*

7. A designação '*entidades controladas direta ou indiretamente pela União*' *ou por outra entidade federativa*, recebeu a chancela legal, em termos de *licitação*, inclusive pelo *art. 1º, parágrafo único,* da *Lei nº 8.666, de 21.06.93*, que as submete a seu regime.

7.1. Ressalve-se que esse diploma legal foi editado, no período em que, de acordo com a redação original do *art. 22, XXVII*, da *Constituição de 88*, as *normas gerais nacionais* tinham como *destinatárias*, não apenas as *entidades da Administração Indireta*, mas também, '*nas diversas esferas de governo*', as '*empresas sob seu controle*'. Ocorre que, com a redação do dispositivo dada pela *emenda Constitucional nº 19/98*, o conjunto de *destinatários* é composto, tão-somente, na porção *empresarial*, das *empresas públicas* e *sociedades de economia mista*. No tocante às que se dedicam à *exploração de atividade econômica*, o *art. 173, § 1º, III*, acrescenta as *subsidiárias*, mas, como preceitua essa disposição, para submetê-las, em termos de *licitações* e de *contratações*, aos '*princípios da administração pública.*'

7.2. Para o fim específico de *extensão* da *vedação* de *acumulação de cargos*, a *CF*, no *art. 37, XVII*, em decorrência da alteração da mesma *Emenda Constitucional*, passou a abranger, na referida *proibição*, as '*subsidiárias e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.*'

7.3. Conclui-se, portanto, que o atingimento de *subsidiárias* e *empresas controladas, direta ou indiretamente*, é sempre *específico*, *tópico*, *expresso*, e com fins, conforme salientado, de controle de gastos, de eficiência, de produtividade, sem transmudação ou de *natureza jurídica* ou de *posicionamento contextual* das várias espécies de entidades.

8. Observe-se, finalmente, que a *CF*, além das designações *empresas públicas, sociedades de economia mista, subsidiárias, empresas privadas com participação* (*art. 37, XIX e XX*), já abordadas, alude a: *entidade de que o Estado participe* (*art. 5º, LXXIII, para efeito de ação popular*); *sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal* (*art. 71, II: controle pelo Tribunal de Contas*); *entidades controladas pelo poder público* (*art. 163, III: finanças públicas*); *empresas controladas pelo poder público* (*art. 164, § 3º 'idem'*); *empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto* (*art. 165, § 5º, IV: orçamento*). Todas as referências também com *sentido tópico*.

9. Aduzamos que, para os efeitos da *Lei Complementar nº 101, de 04.05.00* (*Lei de Responsabilidade Fiscal*), duas conceituações são relevantes (*art. 216, II e III*):

(a) *empresa controlada: 'sociedade cuja maioria do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação'*;

(b) *empresa estatal dependente: 'empresa 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'*.

10. Por seu turno, no *Regimento Interno do TCU*, os *incisos III, VI e X, do art. 5º*, elencam, dentre as pessoas submetidas à jurisdição daquela Corte de Contas:

> *"III — os dirigentes de empresas públicas e sociedades de economia mista constituídas com recursos da União;*
>
> .....
>
> *VI — os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social;*
>
> .....
>
> *X — os representantes da União ou do poder público federal na assembléia geral das empresas estatais e sociedades anônimas de cujo capital as referidas pessoas jurídicas participem, solidariamente com os membros dos conselhos fiscal e de administração, pela prática de atos de gestão ruinosa ou liberalidade à custa das respectivas sociedades."*

10.1. Anote-se que a *Instrução Normativa TCU nº 12, de 24.04.96*, que dispõe sobre *Tomadas e Prestações de Contas e Rol de Responsáveis*, abrangendo *'empresas públicas, sociedades de economia mista e demais empresas controladas direta ou indiretamente pela União* (*arts. 2º e 17 e s.*).

11. Resumindo, podemos concluir que, sob as designações *empresas estatais* e *controladas direta ou indiretamente pela União*, se foram progressivamente estabelecendo tópicos de *controle* sobre, não só as *empresas públicas, mistas* e *paradministrativas*, como alcançando, inclusive, as *empresas privadas com participação*, antes não atingidas, como defendemos em trabalhos mais antigos, pois que submetidas, tão-somente, ao *controle de Direito Societário*, e não *administrativo*.

11.1. Houve, porém, a evolução no sentido de abarcar essas *empresas privadas* com os rótulos em tela e submetê-las a certas formas de controle *fiscal* e de *eficiência*.

11.2. Mas, reiteramos, isso sem arranhão de *natureza jurídica*, nem de sua *caracterização*, nos termos vistos.

IV — A natureza das diferentes situações jurídicas dos agentes públicos, dos empregados paradministrativos e daqueles das empresas privadas com participação governamental

1. A distinção apontada, existente no concerto das entidades da *Administração Pública*, de *posicionamento*, conjugadamente com os demais *fatores*, entre, de um lado, as *Administrações Autárquica* e *Fundacional*; e, de outro, a *Administração Empresarial*, essa subdividida em *Empresarial — Serviço Público e Empresarial — Atividade Econômica*; e, fora da própria *Administração Indireta*, na *Paradministração*, em relação às *empresas subsidiárias paradministrativas*; bem como, já no *setor privado*, às *empresas privadas* com *participação governamental*; essa distinção reflete-se na diferente *natureza* da *situação jurídica* dos conjuntos das *pessoas físicas* que *operam* nessas várias espécies de *entes*.

2. Cumpre, preliminarmente, recordar distinção básica entre a *estrutura e a organização das pessoas jurídicas privadas e das públicas.*

2.1. Quando se trata das primeiras, há a discriminação entre os *órgãos "stricto sensu"* e os *ofícios*, ambos, espécies de *competência*, células de atribuições e encargos, de poderes e deveres. Mas os *órgãos* integram a *estrutura mesma da pessoa jurídica* (como a *assembléia-geral* de uma *sociedade de economia mista*), enquanto os *ofícios* (como a chefia do departamento de compras) compõem sua *organização operacional complementar,* sendo ocupados, exercidos por *empregados* da *pessoa jurídica.* Essa *organização operacional*, que desenvolve *atividades-meio* e as *atividades-fim*, da *pessoa jurídica* é, *v.g.*, o *estabelecimento de ensino* em relação à *pessoa jurídica mantenedora*; a *empresa*, enquanto unidade econômica produtiva, em relação à *sociedade mercantil.*

2.2. Se se cuida de *pessoas jurídicas públicas* (*político-federativas e autárquicas*) e das *fundações públicas*, por força de sua progressiva *autarquização* e conseqüente *publicização*, o Direito Brasileiro considera todas as *células de competência*, componentes da respectiva *estrutura*, como *órgãos*, embora, é claro, se possa fazer a distinção entre: (a) *órgãos políticos*, integrantes dos *Poderes Políticos* e das *instituições de provedoria de justiça*, como o *Ministério Público*, poderes e instituições que possuem *membros* (a *CF,* em seu *art. 37, XI,* refere-se a *'membros de qualquer dos Poderes'*; a *'detentores de mandato eletivo* e aos *'demais agentes políticos; e o art. 39, § 4º* alude a *'membro de Poder'* e a *'detentor de mandato eletivo'*); e (b) os *órgãos administrativos*, como a chefia do departamento de um Ministério. Em suma, na *Administração Direta, Autárquica e Fundacional autarquizada, só temos órgãos, e não ofícios.*

2.3. Já nas *empresas públicas*, nas *companhias mistas*, *subsidiárias não-mistas* e nas *empresas privadas com participação governamental*, estabelece-se a diferenciação entre *órgãos* e *ofícios*, e, conseqüentemente, entre *titulares* dos primeiros e *empregados.*

2.4. *Nas empresas públicas societárias, unipessoais e pluripessoais*, nas *companhias mistas*, nas *sociedades paradministrativas* e *privadas com participação*, está presente a figura do *membro*, que é o *sócio* ou *acionista*, o elemento mais importante do *suporte fático societário*, e que compõe o *órgão* mais relevante da *estrutura* da *pessoa jurídica corporativa*, a *assembléia geral*. O *membro* pode ser *pessoa jurídica* (e, nas *sociedades empresariais* de que estamos tratando, pelo menos um o é) ou *física*.

3. Interessam-nos, neste passo do presente estudo, as *pessoas físicas*, ocupantes, conforme o caso, de *órgãos* e *ofícios* desses conjuntos *político-administrativo, paradministrativo* e *privado com participação governamental*.

4. Para que uma *pessoa física* possa exercer um *órgão* ou um *ofício* de uma dessas *pessoas jurídicas*, e de sua *organização operacional*, é preciso que ocupe uma *situação jurídica* própria; assuma uma *qualidade jurídica*, passe a ostentar um *status* hábil.

5. Quando se trata das *pessoas públicas* e *fundacionais*, dá-se a essa *situação jurídica*, a esse *status*, a tal *qualidade jurídica*, a denominação de *função pública*, que comporta um *sentido estático* e um *sentido dinâmico*.

5.1. No primeiro, é essa *situação jurídica* enquanto espécie de *capacidade*, englobando um *conjunto* de poderes, de faculdades, de direitos, de deveres, de responsabilidades.

5.2. Em *sentido dinâmico*, *função* é *atividade* com *comprometimento finalístico*: é o *exercício* desse conjunto de poderes e atribuições, dessa capacidade, em um *órgão*.

5.2.1. Com efeito, esse exercício se dá através do *órgão* que a *pessoa física*, *investida* na *função*, ocupe, e que serve de canal para a sua *atuação*.

5.3. A *função pública individual, pessoal*, é a *qualidade jurídica* que confere, à *pessoa física*, *capacidade* (*aspecto estático*) para *exercer* poderes, *cumprir* deveres, *atender* a responsabilidades (*aspecto dinâmico*), através da realização da *competência* dos *órgãos* das *pessoas públicas* (*político-federativas* e *autarquias*) e das *fundações públicas*.

5.4. Por meio dessa *realização*, é que essas *pessoas jurídicas* desenvolvem as *funções estatais* (*legislativa, executiva, administrativa, jurisdicional, de provedoria de justiça*), mediante cujo exercício os *Poderes Públicos* cumprem os encargos que lhe são atribuídos.

5.5. Fala-se de *função* em todos esses casos, porque as atribuições, os encargos, os poderes que formam seu conteúdo, e o dos *órgãos, têm de ser utilizados, estritamente, com o* comprometimento finalístico da consecução dos *fins estatais*.

5.6. A *investidura* na *função pública* dá-se sob várias *modalidades*: a *eleição* e *diplomação*, a *nomeação*, a *designação*, a *contratação*.

6. A denominação mais abrangente, para identificar todo esse enorme conjunto de *pessoas físicas*, é a de *agentes públicos*, termo que tem, na atualidade, a preferência dos doutrinadores.

6.1. O *agente público* é, portanto, o titular da *função pública*, que é exercida nos *órgãos* citados.

6.2. Há várias *espécies* de *funções*, e, em conseqüência, de *agentes públicos*.

6.3. No conjunto dos *agentes públicos,* há de distinguir-se, entre: (a) os *agentes dos Poderes Políticos*, incluídas as *instituições de provedoria de justiça ('membros de Poder', 'detentores de mandato eletivo', 'agentes políticos'*, conforme referência constitucional nos *arts. 37, XI, e 39, § 4º)*; e (b) os *agentes da Administração Pública Direta, Autárquica* e *Fundacional.*

7. Fundamental a identificação das diferentes *espécies* de *funções públicas*, e que são: (a) os *cargos públicos*; (b) os *empregos públicos*; e (c) as *funções públicas*, essas últimas tomadas, agora, *em sentido estrito*, já que, *lato sensu*, conforme exposto, *função* é o *gênero*, que compreende as três referidas *espécies.*

8. Na *Administração Direta, Autárquica e Fundacional*, um primeiro tipo de *função pública* é, com efeito, o *cargo público*, de criação *constitucional* ou *legal*, de índole *objetiva*, pois que seu *conteúdo* de poderes e deveres está na *norma jurídica.* Daí, seu *caráter estatuário, normativo.*

8.1. O número de *pessoas físicas* que podem ser *investidas* em determinada espécie de *cargo público* também é fixado *normativamente.* É, pois, uma sorte de *qualidade jurídica*, de natureza *estatutária*, que tem um *número máximo* de *investidos.*

8.1.1. Por isso, costuma falar-se em *número* de *cargos,* rotulando-se, o conjunto respectivo, como *classe.* Em verdade, porém, a *situação jurídica*, no sentido abrangente de poderes, deveres, responsabilidades, de índole *legal*, é *uma só*, é *a mesma*, há uma *identidade.* O *número* é o *de pessoas* que podem estar simultaneamente *investidas* nessa situação.

8.2. Os *agentes públicos*, titulares de *cargos públicos*, estão distribuídos nas seguintes categorias.

(a) *agentes políticos* — membros dos Poderes Políticos e das instituições essenciais à realização da justiça, abrangendo: os titulares de cargos eletivos; os Magistrados; os Membros das instituições de provedoria de justiça, como os do Ministério Público, e os Ministros e Conselheiros das Cortes de Contas *(CF, arts. 27 a 29, I; 31; 37, XI; 39, § 4º; 45; 46; 55; 56; 73; 76; 86; 92 e s.; e 127 a 135)*;

(b) *agentes político-administrativos* — Ministros e Secretários de Estado, Municipais e Distritais; Governadores e Secretários dos Territórios *(CF, arts. 28, § 2º, 33, § 3º, 39, § 4º, 52, III, 'c, 76 e 87, e seu parágrafo único)*;

(c) *militares federais e federados* — integrantes das Forças Armadas, das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares *(CF, arts. 42 e 142)*;

(d) *policiais não-militares* — componentes das polícias federal, rodoviária e ferroviária federais, civis locais e guardas municipais *(CF, art. 144, e §§)*;

(e) *agentes públicos administrativos — servidores públicos*, que são *agentes públicos administrativos, profissionais da função pública administrativa*, exercida na *Administração Direta, Autárquica* e *Fundacional.*

8.3. Os *cargos públicos* podem ser *efetivos, vitalícios* e *em comissão.*

9. A *situação jurídico-funcional* do *servidor público*, da *Administração Direta, Autárquica* e *Fundacional*, em vez que ser *estatutária*, e, portanto, ser um *cargo público*, com a configuração já tracejada, pode ter a *natureza trabalhista, de trabalho subordinado*, com a formação de uma *relação de emprego*, tendo-se, neste caso, o *emprego público.*

9.1. A *segunda subespécie* de *função pública* é, portanto, o *emprego público*, a que são *admitidos* os *empregados públicos*, também *servidores públicos administrativos*.

9.2. Essa *função pública* é *contratual*, embora, em grande parte, *institucional*. Os *empregados públicos* mantêm com a *pessoa política*, *autárquica* ou *fundacional*, *empregadora*, *relação de trabalho*, de *trabalho subordinado*, de *emprego*, e esse *inter-relacionamento jurídico* é, em geral, de *Direito do Trabalho*, sendo, neste caso, os *empregados públicos*, ditos *celetistas*; mas pode tratar-se, também, de *contrato administrativo de trabalho*, de *emprego*, que não se confunde com o *contrato administrativo de prestação de serviço*, modalidade de *terceirização*, pois que, enquanto, no primeiro caso, a *pessoa física* se torna um *agente público*, um integrante do *quadro de pessoal* da *Administração Direta*, da *autarquia* ou da *fundação pública*; no segundo, é ela um *terceiro*.

9.3. Os *empregos públicos* podem ser *permanentes*, *temporários* ou *funções empregatícias de confiança (CF, arts. 142, § 3º, 'd', e ADCT, art. 19, § 2º)*.

9.4. O *art. 37,IX, da CF prevê* que *'a lei estabelecerá os casos de contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público'*, *contratação* que pode ser de índole *celetista* ou *administrativa* (v. *Lei nº 8.745, de 09.12.93, com alterações ulteriores, como da Lei nº 9.849, de 26.10.99, e da MP nº 2.229-43, de 06.09.*01).

9.5. Tratam do *emprego público*, na *Constituição Federal*, os artigos *37, I, II, VIII, XI, XV, e XVII, e §§ 3º e 7º; 38, I a III; 39, § 6º; 40, § 13; 54, I, 'a', e II, 'b'; 61, § 1º, 'a'; 114; e 142, § 3º, II e III.*

9.6. Os *agentes*, *empregados públicos*, da *Administração Direta, Autárquica* e *Fundacional* são, reiteremos, *servidores públicos* (*Título III, Capítulo VII, Seção II*, da *CF*), atualmente sob o *regime celetista*, com forte incidência do *Direito Administrativo* (*CF, arts. 37, XI*; e *38*; *ADCT, art. 19*), e, em parte, sob *regime especial*, dentro do próprio *Direito do Trabalho* e do *Processo do Trabalho* (cf. *Lei nº 6.185, de 11.12.74*, alterada pela *Lei nº 6.335, de 31.05.76*; *Decreto-lei nº 779, de 21.08.69; Lei nº 9.469, de 10.07.97; Enunciados TST* nºs *4* e *235*).

9.7. No campo da *Administração Pública Federal Direta, Autárquica* e *Fundacional*, dispõe sobre o *regime de emprego público*, do respectivo *pessoal*, a *Lei nº 9.962, de 22.02.00*. A *Lei nº 9.986, de 18.07.00*, cuida, especificamente, do *regime de emprego público* dos *agentes* das *autarquias* que são *agências reguladoras*.

9.8. A citada *Lei nº 9.962, de 22.02.00*, *'disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal, direta, autárquica e fundacional'*, prescrevendo que *'o pessoal admitido para emprego público terá sua relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, naquilo que a lei não dispuser em contrário'*.

9.8.1. Verifica-se que *a opção* pelo *regime celetista* foi do legislador, que poderia ter adotado outro, como o do *contrato administrativo de trabalho*. De todo modo, mesmo no sistema atual, a *legislação trabalhista* não incide na íntegra, eis que a própria *Lei nº 9.962/00*, além da ressalva genérica citada, contém prescrições específicas sobre essa espécie de *relação de emprego*.

9.8.2. Adite-se que o *§ 1º do art. 1º* estabelece que *leis específicas* disponham sobre a *criação* de *empregos públicos*, inclusive por transformação de cargos *(art. 61, § 1º, 'a', da CF).*

9.8.3. O mesmo panorama normativo nos é apresentado pela referida *Lei nº 9.986/00*, que *'dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras'*, que são *entidades autárquicas.*

10. A *terceira subespécie* da *função pública*, sempre na *Administração Direta, Autárquica* e *Fundacional*, é a da *função pública em senso estrito (cf. art. 37, I)*, também referente aos *agentes públicos administrativos, servidores públicos.* A designação, que alberga os demais tipos *residuais* daquela primeira, compreende, por exemplo, as *funções de confiança*, como as *funções gratificadas (CF, art. 37, V).*

10.1. A *função pública "strictissimo sensu"*, coloca-se, não como *gênero*, a abranger o *cargo público* e o *emprego público*, mas se põe ao lado deles *(CF, arts. 37, I e XI; 48, X; 51, IV; e 52, XIII; e ADCT, art. 19, § 2º).*

10.2. Mantém, pois, relação de *espécie* para *gênero*, com a *função pública em senso largo*, a que se refere, *verbi gratia*, a *Constituição Federal*, nos *arts. 37, § 4º*; e *128, § 5º, II, d.*

11. Os *agentes* da *Administração Empresarial*, ou seja, das *empresas públicas* e *sociedades mistas*, são:

(a) *Administradores e Membros do Conselho Fiscal* — Titulares de *mandatos*, exercidos nos *órgãos* estruturais estatuários dessas pessoas privadas (*diretoria, conselho de administração, conselho fiscal*), escolhidos pela entidade controladora ou pela assembléia-geral da própria empresa ou sociedade, segundo a hipótese. O *conteúdo* das respectivas situações jurídicas está, conforme o caso, nas normas de *Direito Societário, Civil* ou *Comercial*, e no *Direito Administrativo* (lei criativa ou autorizativa da criação; decreto instituidor, estatutos). Dispõem a respeito desses *órgãos*, e *administradores* e *conselheiros, os arts. 37, § 8º, e 173, § 1º, IV e V, da CF*; e os *arts. 239, e parágrafo único*, e *240 da Lei nº 6.404/76.*

(b). *Empregados* — Titulares de *empregos*, de natureza *trabalhista* (*contrato individual de trabalho),* tendo exercício nos *ofícios* integrantes da *organização empresarial da entidade.*

11.1. Os *empregos*, podem ser *permanentes, temporários* ou de *confiança (v. CF, arts. 54, I, 'b', e 142, § 3º, III).*

11.2. Os *empregados* das *empresas públicas* e *mistas* são *celetistas*, são *empregados* de *pessoas jurídicas de direito privado.* Sua situação jurídica é regida, portanto, pelo *Direito do Trabalho (cf. Lei nº 6.184, de 11.12.74)*, com incidência restrita de normas do *Direito Público (v. CF, arts. 37, XVII, e §§ 3º, III, 7º e 9º, e 114)* e de normas especiais de *Direito do Trabalho* e de *Processo do Trabalho (cf. Lei nº 9.469/67 e Decreto-lei nº 779/69).*

11.3. Mas, agora, uma vez mais, reflete-se a distinção, que limpidamente faz a *Constituição Federal*, entre *empresas administrativas* que *prestam serviço público* e *as que exploram atividade econômica.* Quando se trata de *empresa pública* ou sociedade de economia mista que *explora atividade econômica*, o *art. 173, § 1º, II,*

da CF, enfatiza a *identidade* (*mesmeidade*) do *regime trabalhista* a que elas e as *empresas do setor privado* se submetem.

12. Nas *pessoas jurídicas paradministrativas*, inclusive as *subsidiárias não mistas*, além de, se se cuidar de *corporações*, haver os respectivos *membros*, encontram-se as *pessoas físicas* que, por *nomeação* ou *eleição*, se tornam *administradores* e *conselheiros* dessas entidades, *qualidade jurídica* cujos poderes e deveres são desenvolvidos nos *órgãos* das mesmas, segundo um regime de *Direito Societário*, *Civil* ou *Comercial*, com incidência do *Direito Público*.

12.1. Os *empregados* desses *entes cooperadores* da *Administração Pública* estão em situação *contratual* de *Direito do Trabalho*, com restritíssima incidência do *Direito Público*. Assim, a *CF* refere-se, especificamente, a *subsidiárias*, em especial no que tange a *pessoal*, no *inciso XVII* e no *§ 9º* do *art. 37*..

12.2. O *art. 173, § 1º, II*, da *CF*, também com relação às *subsidiárias* de *empresas públicas* e *mistas*, *subsidiárias* essas *'que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços'*, *identifica o respectivo regime jurídico*, inclusive quanto a *direitos* e *obrigações trabalhistas*, com o das *empresas particulares*.

13. Quanto às *empresas do setor privado com participação governamental*, são elas *empresas privadas*, e, portanto, nenhuma diferenciação, em relação ao *regime comum* dessas, pode ser estabelecida em razão dessa *participação*, que não constitui *discrímen* hábil para tanto.

13.1. Seus *membros*, *administradores*, *conselheiros* e *empregados* estão, conforme o caso, submetidos ao *Direito Privado* e ao *Direito do Trabalho*.

14. O sistema da *Constituição Federal* faz a *distinção* entre o *conjunto* dos *agentes públicos* da *Administração Direta*, *Autárquica* e *Fundacional*, e o dos *empregados* da *Administração Empresarial*, refletindo a *diferenciação*, que, igualmente clarifica, entre as diversas *espécies* de *entidades* que integram a *Administração Pública*, assim como o faz em relação à *Paradministração* e ao conjunto das *empresas privadas com participação governamental*.

14.1. Daí, a relevância da análise dos *trabalhos constituintes* e da *sistemática adotada*, *pela Constituição Federal*, *quanto aos dispositivos sobre a matéria*, com seus reflexos na *legislação infraconstitucional* e na *concretização jurídica*.

15. O *caput* do *art. 37* da *CF*, ao enumerar *princípios básicos*, tem como *destinatárias* as *Administrações Públicas* das *várias órbitas federativas*, e, em cada uma delas, as dos *diferentes Poderes* respectivos. E isso, no tocante à *Administração Direta* e à *Indireta*.

15.1. Nem todas as regras contidas nos *diferentes incisos* do mesmo *art. 37* aplicam-se, contudo, a esse abrangente conjunto, em sua integralidade.

15.2. Na manifestação do Relator-Geral da Constituinte, Bernardo Cabral, datada de 5.7.88, e constante do Projeto de Constituição (B), oferecido ao 2º turno de votação pela Assembléia Nacional Constituinte (*julho a agosto de 1988*), explicita-se aspecto básico do sistema adotado, pela *CF*, quanto ao que chamou de *servidores públicos*. Disse o Relator:

"Promovi substancial redistribuição dos dispositivos aprovados em primeiro turno, para compatibilizar seus mandamentos com o princípio constante do título da Ordem Econômica (art.179, § 1º), que submete as entidades estatais, no tocante às obrigações trabalhistas, ao regime fixado para as empresas privadas, e, assim, obstar desvirtuamentos da 'mens legislatoris' em interpretações futuras. Com esse intuito, reuni na Seção I (Das Disposições gerais) os preceitos que dizem respeito aos diversos segmentos de Administração Pública e aos servidores em geral, independentemente de seu regime jurídico. Na Seção II, agrupei os dispositivos aplicáveis apenas aos servidores civis da administração direta, autárquica e fundacional."

15.3. Efetivamente, nas versões correspondentes às etapas anteriores dos trabalhos constituintes, a sistemática era substancialmente diversa:

(a) No Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização (*julho de 1987*), o Capítulo sobre *Administração Pública* (*arts. 77e s.*) englobava uma parte geral, que só tratava da *administração* enquanto *organização*, seguindo-se três seções sobre *servidores públicos* (*civis, da administração direta e autárquica — cf. art. 86, IV- e militares*): a primeira com disposições gerais; a segunda, apenas para servidores civis; e a terceira, específica dos servidores militares. Por seu turno, os *§§ 2º e 4ºdo art. 303* cuidavam, apenas, dos *empregados das empresas públicas, sociedades mistas e fundações públicas.*

(b) No Projeto de Constituição (*Comissão de Sistematização*), reimpressão, substitutivo do Relator (*segundo; setembro de 1987*), nos *arts. 43 e s.*, fundiram-se a parte geral sobre *administração pública* e as *disposições gerais* acerca dos *servidores públicos*, mantendo-se a orientação de considerar como *servidores públicos civis* os da *administração direta e da autárquica* (*cf. art. 44, § 2º*)

(c) O Título sobre a *Ordem Econômica e Financeira* continuava (*art.194, § 1º*) a tratar do *regime de trabalho* dos *empregados das empresas públicas, companhias mistas e fundações públicas, embora sem a disposição do art. 303, § 4º, do texto anteriormente citado, que exigia concurso público para a admissão desses empregados.*

(d) No Projeto de Constituição (A), de novembro de 1987, o Capítulo sobre a *Administração Pública* (*arts. 44 e s.*) seguia a mesma orientação. O *art.202, § 1º*, no *Título da Ordem Econômica*, continuou cuidando dos *empregados das empresas públicas e mistas*, mas era confuso quanto aos das *fundações.*

15.4. *A sistemática prevista pelo Constituinte Bernardo Cabral levaria a que, no* art. 37, *os vários incisos e parágrafos que tratam de* pessoal, *contivessem regras comuns a todos, ou seja,* civis e militares, e da administração direta, indireta e fundacional*; enquanto a* Seção II *deste mesmo* Capítulo *trataria, apenas, dos* servidores civis da administração direta, autárquica e fundacional*; e a* Seção III, *na sua feição original, dos* militares.

15.5. Mas, em verdade, a *Seção I* é composta de certos dispositivos que só têm como destinatários alguns subconjuntos de agentes em geral, assim como a *Seção II*, na sua versão primitiva, não era abrangente de todos os *servidores civis* da *administração direta, das autarquias e fundações.*

15.6. Há necessidade, portanto, de identificar-se, em relação a cada regra, sua exata destinação. Toda essa evolução dos trabalhos constituintes impõe, com efeito, que se precise, com referência a cada dispositivo, sua destinação específica.

15.7. Podemos, no entanto, desde logo, assinalar: (a) o *art. 37* encerra vários *incisos* e *parágrafos* que se dirigem *a todos* os *agentes públicos*, inclusive membros dos Poderes Políticos e instituições de provedoria de justiça; mas outros, apenas, a *determinadas categorias*; (b) No tocante às *empresas administrativas* e às *subsidiárias paradministrativas*, estão elas submetidas às regras do art. 37, apenas quando *explicitamente referidas*.

16. Fixemo-nos, tendo em vista o objeto do presente estudo, na *distinção, constitucional*, do *tratamento* entre *emprego* como *gênero*; e *emprego público*, como *espécie*, própria da *Administração Direta, Autárquica* e *Fundacional*.

16.1. No *sentido genérico*, a abranger os *empregos públicos*, da *Administração Direta, autárquica* e *fundacional*, e também os *empregos* nas *empresas públicas* e *mistas*, e, em alguns casos, das *subsidiárias paradministrativas*, citem-se os seguintes *dispositivos constitucionais*:

(a) *art. 14, § 9º — 'abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta'*;

(b) *art. 37, XVII* — extensão da proibição de acumular a *empregos*, inclusive em *empresas públicas, sociedades de economia mista* e suas *subsidiárias;*

(c) *art. 37, § 3º, III — 'representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública';*

(d) *art. 37, § 7º — 'restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas';*

(e) *art. § 4, I, b* — vedação a Deputados e Senadores, *'desde a expedição do diploma'* de aceitar ou exercer *'emprego remunerado'* em *'pessoa jurídica de direito público, autárquica, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços público'*;

(f) *art. 114* — competência, da Justiça do Trabalho, para dissídios entre *'trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União'*;

(g) *art. 142, § 3º, III* — posse, de militar da ativa, *'em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta'*.

16.2. Diversamente, a espécie *emprego público* é identificada, pela *CF*, como *modalidade* de *situação jurídico-funcional* própria dos *agentes públicos*, específica da *Administração Direta, Autárquica e Fundacional*, conforme se verifica pela dicção dos *dispositivos* que se seguem:

(a) *art. 37, XI* — limite estipendial dos *'ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional'*;

(b) *art. 38, I, IV* — situação, do exercente de mandato eletivo, *'servidor público da administração direta, autárquica e fundacional'*, em relação a seu *'cargo, emprego ou função'*;

(c) *art. 39, § 6º* — publicação anual, pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, dos *'valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos'*;

(d) *art. 40* — filiação, ao regime geral de previdência social, do *servidor* ocupante de *'emprego público'*;

(e) *arts. 51, IV, e 52, XIII* — competência privativa, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, para dispor sobre *'cargos, empregos e funções de seus serviços'*;

(f) *art. 61, § 1º, a* — iniciativa privativa do Presidente da República, *'das leis que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração'*.

16.3. O *Regulamento da Previdência Social*, aprovado pelo *Decreto nº 3.048, de 06.05.99*, é expressivo, ao dispor, em seu *art. 9º, I, 'm'*, que é *segurado obrigatório* do *regime geral de previdência social*, *'o servidor da União, Estado, Distrito Federal ou Município, incluídas suas autarquias e fundações, ocupante de emprego público'*.

16.3.1. Não se refere, especificamente, às *empresas públicas*, nem às *sociedades de economia mista*, porque o *empregado* dessas se enquadra na *regra geral* do *art. 9º, I, a*, do *mesmo Regulamento*, pois que se subsume no conceito de *pessoa física* que *'presta serviço de natureza urbana ou rural a empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como Diretor empregado'*.

16.3.2. Outrossim, para fins *previdenciários*, a *empresa pública*, a *mista*, a *paradministrativa* e, necessariamente, a *empresa privada com participação governamental* entram, sem qualquer destaque ou menção especial, no *conceito genérico* de *empresa* (*art. 12, I*). Também o são *'os órgãos e as entidades da administração pública direta, indireta e fundacional'* (*ib.*), mas por *referência expressa*.

16.3.3. Finalmente, só é excluído do *regime geral de previdência social*, exatamente *'o servidor civil ocupante de cargo efetivo, o militar da União, Estado, Distrito Federal ou Município, bem como o das respectivas autarquias e fundações'*, isso *'desde que amparadas por regime próprio de previdência social'*.

17. O *emprego público*, próprio da *Administração Direta, Autárquica e Fundacional*, difere, portanto, *ontologicamente*, do *emprego* na *Administração Empresarial*, nas *empresas paradministrativas* e nas *empresas privadas com participação administrativa*.

17.1. No *emprego público*, em sua atual configuração constitucional, tal como no caso do *cargo* e no da *função pública stricto sensu*, a *pessoa física* é *investida* em uma *função pública*; e, daí, designação mais correta seria a tradicional de *funcionário público*, pois que, como ensina Pontes de Miranda (*'Tratado de Direito Privado', São Paulo, Borsoi, XLVII: 338*), a regra jurídica pode fazer *funcionário público* (no preciso sentido de *exercente* de *função pública* em que a pessoa física está *investida*) o *contratado* pela *legislação trabalhista*, passando a conjugar-se — e até prevalecer — o aspecto *institucional*. Afirma Pontes que *'é possível que a lei faça funcionário público o contratado; mas, aí, há o 'plus', que põe ao vivo não se tratar de simples relação jurídica contratual. O funcionário público contratado é mais do que contratante: é funcionário público."*

17.2. Já os *empregados* das *pessoas de direito privado*, quer *administrativas*, quer *paradministrartivas*, quer com *simples participação governamental*, como *não exercem função*, prestam

serviço, que materializa uma *atividade*.

17.3. A denominação *servidores públicos*, quando dirigida aos *estatutários*, tem de ser entendida, pois, *cum grano salis*, pois que os *agentes públicos*, isto é, da *Administração Direta, Autárquica e Fundacional*, não se limitam a *prestar serviço*, mas desempenham uma *função*.

18. *Em face de todo o exposto, podemos concluir que a denominação 'emprego público' designa, tão-somente,* as *funções públicas contratuais, em relação jurídica de trabalho,* atualmente de índole *celetista*, da *Administração Direta, Autárquica* e *Fundacional*, não abrangendo os *'empregos' — estes necessariamente celetistas —* das *empresas públicas, mistas, paradministrativas* e *privadas com participação governamental.*

19. O *inciso II do art. 37 da CF*, com a redação da *Emenda Constitucional nº 19/98*, preceitua que

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

19.1. Na moldura tracejada, essa disposição não alcança a *empregados* das *empresas estatais.*

19.2. Aprofundemos a *interpretação* quanto à sua *abrangência, em termos de destinatários,* de *empregos* alcançados pela regra constitucional em tela.

19.3. Recorramos, uma vez mais, aos *trabalhos constituintes.*

19.3.1. O Anteprojeto (*junho/87*) e o Projeto de Constituição (*julho/87*), art. 303, § 4º (*Ordem Econômica e Financeira*), prescreviam que a admissão de pessoal nas *empresas públicas* e *mistas* e nas *fundações públicas* se fizesse mediante *concurso público,* disposição que desapareceu no Substitutivo do Relator (*setembro de 1987*), e no projeto (A) (*novembro de 1987*).

19.3.2. Naqueles dois primeiros textos, na Seção *'Dos Servidores Públicos* Civis' (*arts. 85, II,e 86, II, respectivamente*), havia disposição prescrevendo que a *"admissão (o" ingresso") no serviço público, sob qualquer regime"* dependeria de *concurso.*

Verifica-se, assim, que *a disposição última, genérica, não tinha, como seus destinatários, os empregados das empresas públicas, mistas e paradministrativas.*

19.3.3. No Substitutivo e no Projeto A, o tópico genérico passou, respectivamente, para os *arts. 44, § 1º, e 45, § 1º*, da Seção sobre *Servidores Públicos Civis*, com referência a *"primeira investidura em cargo ou emprego público, sob qualquer regime".*

A Emenda Coletiva nº 2P02039-9 reiterou *"cargo ou emprego público, sob qualquer regime"* (*art. 44, § 1º*), com parecer favorável do Relator (*janeiro/88*).

19.3.4. Na *Sessão de 10.3.88*, foi aprovada a fusão dessa emenda com outras, uma das quais (2P001750-9) aludia a *"ingresso no serviço público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios"*. O texto aprovado fazia referência a *cargo* ou *emprego público*, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios.

19.3.5. O Projeto (B) (*agosto/88*), no *art.38, II*, promoveu a alteração que veio a prevalecer : o dispositivo, falando, apenas, de "*cargo ou emprego público*" (não alude a *funções*, referidas no inciso imediatamente anterior), passou para as *Disposições Gerais*, do Capítulo *'Da Administração Pública'*, dentre os *'preceitos que dizem respeito aos diversos segmentos de Administração Pública e aos servidores em geral, independentemente de seu regime jurídico'* (segundo manifestação do Relator, de *5 de julho de 1988*).

19.3.6. Essa afirmativa do Relator, em face da sistematização da matéria de *pessoal*, que veio a prevalecer na *CF*, conforme já expusemos, há-de ser adequadamente considerada.

19.4. Como concluímos, tem de ser analisada *disposição por disposição* do *art. 37*, para que se saiba a que segmento da *Administração Pública*, e respectivos *agentes públicos e empregados*, se dirige, consoante o sistema constitucional vigente. Em razão disso, sustentamos que *empregos públicos* são apenas *os Administração Direta, Autárquica e Fundacional.*

19.5. Em nossos *'Comentários à Constituição' (Rio, Freitas Bastos, 1991, p. 137)*, escrevemos:

> *"Entendemos que, pelo histórico mencionado, a regra somente se destina à administração direta e autárquica".*

19.6. Em parecer recente, sobre o tema *'Empresa estatal — Funções de confiança — Constituição Federal — Art. 37, nº II' (RDA, 227: 397-457)*, salientamos, já em face da progressiva *autarquização fundacional*, que a designação '*emprego público*' abrange, tão-somente, os *empregos* na *Administração Direta, Autárquica e Fundacional (p. 404).*

19.6.1. E reiteramos que cada dispositivo constitucional que trata de *agentes públicos e empregados da Administração Pública* tem de ser adequadamente interpretado, de modo que se conclua quanto a que se aplique ele a toda a *Administração Pública*, incluindo as *empresas administrativas*, ou, apenas, à *Administração Direta, Autárquica* e *Fundacional*, sendo de se dar a significação pertinente às designações *cargo, emprego* e *função.*

19.6.2. Também tem de ser considerado que a eventual abrangência dos *empregos* das *empresas paradministrativas e privadas com participação* só tem lugar, se *expressamente* estabelecida.

20. A *Consultoria-Geral da República* tem oscilado em seu posicionamento na matéria (*pareceres publicados no DOU de 28.08.89, p. 14.763 e s.; de 1º.11.89, p. 19.783; Avisos CGR nºs 106 e 107, de 22.06.89; DOU de 28.08.89, p. 14.763; de 05.01.94, p. 82; de 09.05.98, p. 6.259*).

20.1. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em acórdão de *03.12.92* (*RTJ 146: 139 e s.*), com a seguinte ementa, decidiu:

> *"Cargos e empregos públicos. Administração pública direta, indireta e fundacional. Acessibilidade. Concurso público.*
> *A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da Lei e mediante concurso público é princípio constitucional explícito, desde 1934, art.1, 68.*
> *Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a iludir a regra, não só foi reafirmado pela Constituição, como ampliado, para alcançar os empregos públicos, art.37, I e II.*
> *Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público.*
> *As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios.*
> *Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art.173, § 1º.*
> *Exceções ao princípio, se existem, na própria Constituição."*

20.2. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO tem seu '*leading case*' em processo apreciado em *16.05.90* (*DOU de 06.06.90, p. 10.834/10.840*):

> *"As entidades integrantes da Administração Indireta, nela compreendidas as Autarquias, as Empresas Públicas, as Sociedades de Economia Mista e as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, estão, em regra geral, sujeitas à exigência de concurso público, prevista no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, para admissão de seu pessoal, ressalvadas as exceções que menciona."*

20.2.1. Editou, por seu turno, a *Súmula nº 231*, com o seguinte enunciado:

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

21. Do conjunto de entendimentos judiciais e administrativos pode concluir-se que àqueles pronunciamentos que, na justa medida, identificaram o *emprego público*

como modalidade de *função pública*, pertinente, de forma exclusiva, à *Administração Direta, Autárquica e Fundacional*, e, portanto, só aquele e essas *destinatários* da *imposição concursal* estabelecida pelo *art. 37, II, da CF*; somaram-se as *exceções* reconhecidas por aqueles que, embora entendessem que, *em regra*, os *empregos* das *empresas públicas e mistas*, ou, até mesmo, dessas duas espécies e das *subsidiárias e controladas direta ou indiretamente pela União* também estivessem alcançados, *ressalvaram*, expressa e incisivamente, as seguintes hipóteses:

(a) aquelas situações e circunstâncias especiais, inclusive as ditadas pela premência de tempo ou especialização da atividade do empregado, mediante exame, *em cada caso*, caracterizando-se essas situações como casos de *inexigibilidade* ou *dispensa* da *competição seletiva*;

(b) distinção entre a admissão para a *estrutura administrativo-burocrática*, e o *setor operacional*, ligado ao próprio *objeto* da entidade;

(c) *não-ocorrência* da *criação* da *empresa* com a participação do *Legislativo*, e *não-caracterização* do *controle societário permanente*;

(d) *diferença* entre o *ramo* da *atividade econômica* da *controladora* e da *controlada*;

(e) identificação da natureza de *sociedade empresarial privada comum*, ainda que com a *participação governamental*.