EMPRESA PÚBLICA — SERVIDOR — PERÍODO ELEITORAL

PARECER

Empresa pública. Natureza jurídica da relação de trabalho com os seus empregados. Conceito de servidor público. Movimentação de pessoal durante a fase eleitoral.

1. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública criada pelo Decreto-lei nº 509, de 20 de março de 1969, consulta-nos se lhe é aplicável a proibição de admitir, transferir ou despedir empregados, a que alude o art. 15 da Lei nº 7.773, de 8 de junho deste ano.

2. Essa lei, que trata da eleição para Presidente e Vice-Presidente da República, cujo primeiro turno realizou-se a 15 de novembro p.p., estatui no precitado dispositivo:

"Art. 15. São vedados e considerados nulos de pleno direito, não gerando obrigações de espécie alguma para a pessoa jurídica interessada e nenhum direito para o beneficiário, os atos que, no período compreendido entre o trigésimo dia da publicação desta lei e o término do mandato do Presidente da República, importarem em nomear, admitir ou contratar ou exonerar *ex-officio*, demitir, dispensar, transferir ou suprimir vantagens de qualquer espécie de servidor público, estatutário ou não, da Ad-

ministração Pública Direta ou Indireta e Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios.

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo:

I — nomeação de aprovados em concurso público ou de ascensão funcional;

II — nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de função de confiança;

III — nomeação para cargos da Magistratura, do Ministério Público, de Procuradores do Estado e dos Tribunais de Contas.

§ 2º Os atos editados com base no § 1º deste artigo deverão ser fundamentados e publicados dentro de 48 (quarenta e oito) horas após a sua edição, no respectivo órgão oficial.

§ 3º O atraso da publicação no *Diário Oficial* relativo aos 15 (quinze) dias que antecedem os prazos iniciais a que se refere este artigo implica a nulidade automática dos atos relativos a pessoal nele inseridos."

3. Como se infere, a norma proibitiva alude a

"servidor público, estatutário ou não, da Administração Pública Direta ou Indireta e Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público..."

4. A administração pública, em qualquer das órbitas territoriais, pode ser direta, indireta ou fundacional (art. 37, *caput*, da Constituição). Por sua vez, a administração pública indireta, no âmbito federal, é constituída (art. 5º do Dec.-lei nº 200/67, alterado pelo Dec.-lei nº 900/69):

a) de autarquias (pessoas jurídicas de direito público);

b) empresas públicas (pessoas jurídicas de direito privado de capital oriundo exclusivamente de pessoas jurídicas de direito público interno);

c) de sociedades de economia mista (pessoas jurídicas de direito privado com capital majoritário de pessoas jurídicas de direito público interno).

5. Todavia, se a expressão "Administração Pública Indireta" compreende as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, certo é que a designação *servidor público* só concerne às primeiras e, também, obviamente, ao pessoal dos órgãos dos três poderes, em qualquer das esferas geográficas, estejam eles sujeitos ao regime estatutário ou ao da CLT e leis complementares. E entre os *empregados públicos* incluem-se, já agora, os das fundações públicas.

6. Convém, desde logo, reproduzir a lição sempre atual do saudoso mestre Carlos Maximiliano, deduzida do princípio clássico *"Exceptiones sunt strictissimae interpretationis"*;

"As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente" (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio, Freitas Bastos, 3.ª ed., 1941, p. 2.741).

7. Por conseguinte, as proibições inseridas no art. 15 da Lei nº 7.773, estabelecidas contra as disposições gerais que regem as respectivas hipóteses, só alcançam as entidades da administração pública indireta cujo pessoal é juridicamente conceituado como servidor público. Esse artigo, como vimos, refere apenas *servidor público*. Daí por que a proibição nele contida não atinge às empresas componentes da administração pública indireta cujos empregados não são *servidores públicos*.

8. Se o Direito é ciência, cumpre atribuir às expressões da lei os correspondentes significados jurídicos; principalmente em se tratando de comando legal restritivo, que não comporta, por isso mesmo, interpretação extensiva.

9. Ninguém discute que a Consulente, como empresa pública que é, integra a administração pública indireta (art. 4º, II, do Decreto-lei nº 200/67); mas também é incontroverso que nas empresas públicas, assim como nas sociedades de economia mista, não há "cargo ou emprego público",

porque o serviço é contratado e prestado a pessoa jurídica de direito privado, sob o regime de pessoal próprio das empresas privadas. s servidores dos órgãos integrantes da administração pública direta e das autarquias, às quais agora se equiparam as fundações públicas, é que são admitidos em cargos públicos, sujeitos ao regime estatutário, ou em empregos públicos, submetidos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho e legislação complementar.

10. Essa conceituação jurídica está inquestionavelmente consagrada pela Carta Magna de 1988. Cumpre enfatizar, neste passo, que a exegese da norma constitucional resulta, preponderantemente, do respectivo sistema e dos princípios a este concernentes, ainda que inferidos por indução. Conforme ponderou Celso Ribeiro Bastos, há nas Constituições

"uma interferência recíproca entre normas e princípios, que faz com que a vontade constitucional só seja extraível a partir de uma interpretação sistemática, o que por si só já exclui qualquer possibilidade de que a mera leitura de um artigo isolado esteja em condições de propiciar o desejado desvendar daquela vontade" (*Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, vol. I, 1988, p. 348).

11. Aliás, porque o Direito positivo deve constituir

"vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio."

preleciona Carlos Maximiliano consistir o *processo sistemático de interpretação*

"em comparar o dispositivo sujeito a exegese com outros do mesmo repositório, ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto" (ob. cit., p. 161/2).

12. Como veremos a seguir, as normas sobre a administração pública, constantes do corpo permanente e das disposições transitórias da Constituição de 1988, bem como a legislação ordinária que com esta se compatibiliza e os correspondentes conceitos doutrinários, harmonizam-se, em uníssono, no sentido de que as expressões "cargo público", "emprego público" e "servidor público" não dizem respeito às pessoas jurídicas de direito privado denominadas "empresa pública" e "sociedade de economia mista".

13. Registre-se que o art. 39 da Lei Maior reforça a interpretação que esposamos, ao estatuir que:

"A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas."

14. Esse "regime jurídico único" acabará com a distinção entre funcionário e empregado público, que formam a categoria dos servidores públicos. Entretanto, porque os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista não são servidores públicos, a norma transcrita os deixou fora do mencionado *regime unificado de pessoal*. Se assim não fosse, todos os três artigos que compõem a Seção "Dos servidores públicos civis" seriam aplicáveis aos empregados das citadas pessoas jurídicas de direito privado: a isonomia de vencimentos entre servidores dos três Poderes (art. 39, I); a limitação da aplicabilidade dos direitos sociais-trabalhistas (art. 39, II); o direito a aposentadoria e pensão em condições especiais (art. 40) e a estabilidade no emprego (art. 41).

15. Aliás, por coerência, o art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias só conferiu o direito de *estabilidade* ao pessoal admitido sem concurso público, há pelo menos cinco anos, em órgão da administração direta, autárquica e das fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Não aludiu, portanto, àqueles que, em face do sistema constitucional, não são considerados servidores públicos.

16. E assim é, como acentuou Diogo de Figueiredo Moreira Neto, porque,

"para exercer atividades administrativas impróprias, principalmente no campo dos serviços públicos e do fomento, a execução direta e mesmo a autárquica, pesadas, contro-

ladas, sujeitas a estritas regras de funcionamento, são inteiramente inadequadas. Nosso País já teve, mesmo, dura experiência com a autarquização de serviços industriais, campo em que realizar (eficácia) não basta, pois é mister realizar bem (eficiência). Desenvolveram-se, assim, as formas indiretas de administração, apresentando-se, hoje, com inúmeras variedades, as pessoas administrativas que se ligam ao Estado para colaborar no desempenho de atividades delegáveis, desde as cláusulas concessionárias às modernas formas da sociedade de *economia mista e da empresa pública*

(...)

Por serem entes de direito privado, as pessoas administrativas da administração indireta exercem direitos e contraem obrigações em seu próprio nome, sujeitas ao regime do direito comum, sem responsabilidade subsidiária do ente estatal a que se ligam. *O regime de seu pessoal é, também, o comum, trabalhista* e não gozam de privilégios, salvo os que a lei, expressamente, lhes conferir" (*Curso de Direito Administrativo*, Rio, Forense, 7.ª ed., 1989, p. 210).

17. Por tudo isto, Hely Lopes Meirelles não inclui os empregados das empresas públicas e das sociedades de economia mista entre os servidores públicos. É que estes — os servidores públicos —

"constituem subespécies dos *agentes públicos* administrativos", categoria que abrange a grande massa de prestadores de serviços à Administração (direta e autárquica) e a ela vinculados por relações profissionais, em razão da investidura em cargos e funções, a título de emprego e com retribuição pecuniária" (grifos e parênteses do autor. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Rev. dos Tribunais, 14.ª ed., 1989, p. 357).

18. Eros Roberto Grau, depois de invocar esse pronunciamento e o de Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de que o termo *servidor público* é

"indicativo de todos quantos prestam serviços de natureza e caráter não eventual, sob vínculo de dependência, a *entidades públicas da Administração centralizada e autárquica*" (grifos do autor. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1988, p. 85),

acrescenta que, por esta razão, quando o legislador deseja a aplicação da norma editada, tanto ao servidor público propriamente dito, como aos empregados de empresa pública e sociedade de economia mista, ele esclarece, explicitamente, que, para os efeitos da lei, a expressão "servidor público" compreende os aludidos empregados. Se não o fizer, a lei ou o decreto normativo não se lhes aplicarão. Isso corresponde a um "*conceito estipulado*, diverso e mais amplo do que o conceito doutrinário de servidor público, de modo a abranger em si os empregados das sociedades de economia mista e das empresas públicas" (E. R. Grau, ob. cit., p. 86).

19. Foi o que ocorreu, por exemplo, com o Decreto-lei nº 2.355, de 1987, que estabeleceu limite de retribuição na Administração Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios (cf. art. 1º, I, *b*). Não fôra o alargamento do conceito de servidor público, somente

"Para os efeitos deste Decreto-lei",

o limite de remuneração não teria se estendido aos empregados das empresas públicas e das sociedades de economia mista, porquanto, em face do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, eles não são servidores públicos.

20. O ilustre Consultor-geral da República, em recente parecer (CE-01/89, *in DO* de 01.11.89), reconhece que:

a) ao referir-se, no art. 39, ao regime jurídico único, o constituinte dirigiu-se apenas a "servidores da Administração pública direta, das Autarquias e das Fundações públicas";

b) a mencionada Lei nº 7.773 não se aplica às empresas estatais "Petrobrás, Vale do Rio Doce, Sistema Telebrás, siderurgias, Eletrobrás, etc. e, em suma, a toda espinha dorsal da economia brasileira, onde é presente o Estado";

c) não procede a distinção entre as empresas estatais prestadoras ou exploradoras de serviços públicos e as exploradoras de

atividades econômicas, para atribuir a condição de servidor público aos empregados das primeiras, sendo certo que "todos os comentaristas (...) reconhecem que o Estado, nesses casos, opta por uma estrutura de caráter privado (...) Do contrário, seria anquilosar a estrutura, restringir o poder de iniciativa e condenar previamente o Estado empresário à ineficiência. A nosso ver, portanto, quando a lei em estudo referiu-se a servidores públicos, dirigiu-se aos Agentes Públicos, à Administração Pública e não às empresas que se enquadram nos princípios do art. 173 da vigente Constituição".

21. Em face da clareza e jurisdicidade dessas assertivas, não entendemos a distinção feita entre as empresas estatais empreendedoras de atividades econômicas e as que realizam encargos públicos da responsabilidade do Estado, para aplicar a estas últimas as restrições, em matéria de pessoal, concernentes à Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

22. Do disposto no § 1º do art. 173 da Carta Magna não se pode, *data venia*, deduzir essa conclusão. O que ele impõe é a igualdade de tratamento, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, entre as empresas privadas e as sociedades de economia mista, empresas públicas e outras entidades estatais que explorem atividade econômica: quando o Estado concorrer com as empresas privadas nos empreendimentos econômicos não poderá haver privilégios em favor das empresas estatais.

23. Isto não significa, porém, que os empregados das empresas estatais prestadoras ou exploradoras de serviços ou atividades que constituem *monopólio estatal* sejam servidores ou empregados públicos. É o caso das empresas que se dedicam ao serviço postal e ao correio aéreo nacional; à pesquisa e lavra das jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos; ao transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional; à pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, etc. (arts. 21, n.os X e XXIII, e 177, n.os I, IV e V). Se o Estado empreende tais serviços ou atividades por intermédio de empresas públicas ou sociedades de economia mista, que são pessoas jurídicas de direito privado, segue-se, como corolário, que os respectivos empregados não se classificam como servidores públicos. Aliás, o douto Consultor-geral da República asseverou, no mencionado parecer, que à Petrobrás não se aplicam as limitações da Lei nº 7.773, atinentes aos servidores públicos. Estes, como já assinalamos, são apenas os que integram, como funcionários ou empregados públicos, os quadros de pessoal dos órgãos da Administração pública direta, autárquica ou fundacional.

24. Conforme escreveu o constitucionalista José Afonso da Silva,

"O objeto das empresas públicas e das sociedades de economia mista (entidades paraestatais), tanto pode ser a exploração de atividade econômica como de uma atividade não econômica de interesse coletivo, ou mesmo um serviço público ou de utilidade pública delegado pelo Estado. Mas — e aí está a diferença — se desejar explorar atividade econômica, não poderá fazê-lo senão por meio de empresa pública ou sociedade de economia mista subordinadas às normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações, bem como ao regime tributário aplicável às empresas privadas do mesmo setor" (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., 4ª ed., 1987, p. 519).

25. Convém insistir: quando o Estado "opta por uma estrutura de caráter privado", prestando serviços ou explorando atividades por meio de organizações empresariais, os empregados destas não adquirem a qualidade de servidor público, pouco importando que se trate de monopólio estatal ou de empreendimento susceptível de ser também executado por empresas privadas. A diferença está em que na primeira hipótese o Estado pode conceder certos privilégios à correspondente empresa pública ou sociedade de economia mista; na segunda,

porque concorrente, o § 1º do art. 173 da Constituição impõe a isonomia quanto ao regime jurídico aplicável.

26. Pondere-se, nesta oportunidade, que essa opção por uma estrutura empresarial visa, sobretudo, a flexibilizar a respectiva administração, inclusive no tocante à política de recursos humanos; tudo isto, obviamente, em consonância com os princípios de legalidade e moralidade. O que seria ilógico, por exemplo, é que o serviço de entrega postal tivesse de ser interrompido num pequeno Município, onde faleceu ou aposentou-se o único entregador de cartas e telegramas, seja por estar proibida a transferência de postalista de outra cidade, seja por depender a contratação de novo empregado da realização de concurso público de provas ou de provas e títulos.

27. A jurisprudência sobre o conceito jurídico de servidor público não deixa margem a dúvidas. A colenda *Suprema Corte*, ao analisar o tema em face do estatuído no Decreto-lei nº 200, de 1967, proclamou que esse diploma legal,

"ao referir-se a servidor público da administração indireta, somente abrange o das autarquias" (Ac. do STF, 2.ª T, no RE-93.970, rel. Min. Décio Miranda, *DJ* de 10.4.81, p. 3.176).

28. Também a Justiça do Trabalho — agora competente para os litígios trabalhistas de que são partes as entidades "da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União" (art. 114, da Const.) já firmou jurisprudência sobre a matéria:

"Sociedade de Economia Mista — Qualificação Jurídica dos prestadores de serviços — As sociedades de economia mista, embora integrando a Administração Pública Indireta, são pessoas jurídicas de direito privado. Os respectivos prestadores de serviços não são servidores públicos, nem, com maior razão, funcionário público" (Ac. do TST, Pleno, nos E-RR-5.564/82, rel. Min. Marco Aurélio de Mello, *DJ*, de 22.8.86. *Idem, ibidem*, nos E-RR-6.185/84, rel. cit. *in Repertório de jurisprudência Trabalhista* de João de Lima Teixeira Filho, Rio, Freitas Bastos, Vol. V, Verbete 1.333);

"Servidor Público — sociedade de economia mista — proibição de exoneração. Empregado contratado por sociedade de economia mista não é conceituado como servidor público. Logo, a ele é inaplicável o disposto no art. 16 da Lei nº 7.332/85, quando veda a exoneração do servidor público no período de 15.07.85 a 01.01.86" (Ac. do TRT da 3.ª Reg., 3.ª T, no RO-3.344/85, rel. Juiz Ney Proença Doyle, *in* "Boletim de Jurisprudência ADCOAS, 1986, nº 108.598. *Idem*, do TRT da 1ª Reg., no RO-2.550/85, rel., *in* "Repertório" cit., Verbete 2.277).

29. Merece especial destaque, eis que proferido já na vigência da nova Constituição, o seguinte aresto do Pleno do egrégio Tribunal Superior do Trabalho:

"Está, portanto, (o Banco do Brasil S.A.), quanto à sua natureza jurídica, emoldurado pelo art. 173, § 1º, da Constituição Federal, sucessor do artigo 170, § 2º, da Emenda I à Constituição Federal de 1967. Os seus funcionários não são servidores públicos civis, mas bancários, e assim organizados pelos Sindicatos dos Empregados em Estabelecimentos Bancários e pela CONTEC, no plano nacional. A eles se aplicam as garantias e obrigações constantes dos arts. 7º, 8º e 9º da Lei Maior, além de outros dispositivos que regem as relações de trabalho nas empresas privadas, por equiparação, nas empresas estatais e sociedades de economia mista. Em conseqüência, *fica afastada a incidência do artigo 37*, inciso VII, da Constituição Federal, do Capítulo VII — Da Administração Pública — do Título III, que cuida da Organização do Estado" (DC-16/89, rel. Min. Almir Pazzianotto, *DJ* de 04.8.89, ps. 12.688).

30. Sublinhe-se que, nesta última decisão, o mais alto Tribunal da Justiça do

Trabalho nega a aplicação de um dos incisos do questionado art. 37 a empregados de sociedade de economia mista (a posição jurídica da empresa pública, como entidade da administração pública indireta, é idêntica), porque *não são servidores públicos.*

31. Em face de todo o exposto, cumpre concluir:

1º) a Consulente é uma pessoa jurídica de direito privado, razão por que é também de direito privado a relação de emprego entre ela e seus empregados;

2º) por via de conseqüência, não se aplicam à Consulente as restrições constantes do art. 15 da Lei nº 7.773, de 1989, eis que os seus empregados não são servidores públicos.

S.M.J., é o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 15 de dezembro de 1989.

Arnaldo Süssekind (OAB-RJ-2.100)