

EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS: NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO PARA DESPEDIR SEUS EMPREGADOS

GOVERNMENT-OWNED CORPORATIONS AND GOVERNMENT CONTROLLED-COMPANIES RENDERING PUBLIC SERVICES: THE NEED FOR GROUNDS FOR DISMISSAL OF EMPLOYEES

José Roberto Dantas Oliva *

Resumo: Este estudo tem por propósito evidenciar que, a par da jurisprudência que já se firmou sobre a inexistência de estabilidade dos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, e sem contrariar também (tal questão nem é aqui discutida) a Orientação Jurisprudencial n. 247, I, da SBDI-1 do TST (que dispensa a motivação quando se trata de despedir tais empregados), em se tratando de empresas públicas ou sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, a motivação se impõe para despedir seus empregados, gerando, sua ausência, a nulidade do ato de desligamento. No Estado de São Paulo, aliás, a exigência de motivação está prevista na Carta Paulista. Se o empregador, em caso já submetido à análise judicial, apresentar motivação posterior, esta será inválida, mas, ainda assim, o vinculará quanto ao motivo alegado. Havendo razões econômicas, devem existir critérios objetivos para a escolha dos que serão despedidos, sob pena de igual nulidade e, em todos os casos, reintegração.

Palavras-chave: Empresa pública. Sociedade de economia mista. Estabilidade. Motivação. Demissão. Empregado público. Reintegração.

Abstract: This article aims to offer evidence that government-owned corporations or government-controlled companies rendering public services must present grounds for dismissal of employees and that the absence of this condition implies that the dismissal is null - though acknowledging

* Juiz Titular da 1ª Vara e diretor do Fórum Trabalhista de Presidente Prudente, Mestre em Direito das Relações Sociais - subárea Direito do Trabalho - pela PUC-SP, Especialista em Direito Civil e Processo Civil, Professor das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente-SP (graduação e pós-graduação), membro do Conselho Editorial da Revista do Tribunal Regional do Trabalho 15ª Região, representante da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região na Circunscrição de Presidente Prudente - SP, Diretor Cultural da Associação dos Magistrados do Trabalho da 15ª Região - Amatra XV, Presidente do Conselho Editorial da Revista da Amatra XV e membro da Academia Venceslauense de Letras.

the prevailing decisions about the nonexistence of job security of employees working at government-owned corporations and government-controlled companies and without going against the provisions of OJ n.247, I, SBDI-1/TST (which allows discharge without cause), an issue that is not even discussed here. In the state of São Paulo, by the way, the need for grounds for dismissal of employees is established in the State Constitution. If the employer declares that there is a reason for dismissal after the issue has already been analyzed by a court, it will be considered invalid, yet he will commit himself to the reason he has posed. In case of economic grounds, there must be strict criteria to decide which workers will be dismissed, under penalty of the dismissal be considered null and the workers be reinstated to their jobs.

Key words: Government-owned corporation. Government-controlled company. Job security. Reason for dismissal. Government employee. Reinstatement.

Sumário: 1 Introdução; 2 Empresas públicas e sociedades de economia mista em geral – jurisprudência – inexistência de estabilidade; 3 Empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos – tratamento diferenciado; 4 Inaplicabilidade da OJ n.247, I, da SBDI-1 do TST – necessidade de motivação nos casos sob análise; 5 Ato de gestão ou de império – distinção que não se justifica no direito contemporâneo; 6 No Estado de São Paulo, a obrigatoriedade da motivação é prevista na Constituição; 7 Motivação posterior – invalidade, mas vinculação ao quanto alegado; 8 Demissão por razões econômicas – ausência de critérios objetivos – inconsistência; 9 Reintegração no emprego que se impõe; 10 Antecipação da tutela possível; 11 Conclusão; 12 Referências.

1 Introdução

A questão que se propõe a debater no presente estudo não é simples. Exige cautela, uma vez que a conclusão extraída poderá ter reflexos, irradiando-se para todo o quadro de empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos e, ainda mais, sugerindo a possibilidade de reversão de desli-

gamentos consolidados. Poderá, mesmo, exigir mudança de conduta por parte de administradores de empresas desta natureza.

Dispusemo-nos a estudá-la a partir de casos concretos que nos chegaram às mãos para análise, conscientes da responsabilidade e das consequências das decisões a serem proferidas. Animamo-nos à publicação, em texto na forma de

artigo (ensaio), a partir do estímulo recebido de colegas magistrados que, ao se depararem com casos semelhantes, encontraram, como nós, razões suficientes para chegar ao mesmo entendimento aqui exposto.

Esperamos, com isto, apenas contribuir para a reflexão um pouco mais aprofundada do tema, fugindo da superficialidade e da tentação – que o volume excessivo de trabalho às vezes torna quase irresistível – de adotar jurisprudência genérica – consolidada e sempre invocada – para especificidade na qual é ela inaplicável, como tentaremos demonstrar nas linhas que se seguem.

2 Empresas públicas e sociedades de economia mista em geral – jurisprudência – inexistência de estabilidade

Segundo a jurisprudência pacificada pelo Tribunal Superior do Trabalho, no caso de empresas públicas e sociedades de economia mista, com empregados contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, não há cogitar-se de estabilidade. Vejamos:

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 37, em sua redação original, submeteu toda a administração pública, inclusive a indireta ou fundacional, aos princípios da legalidade, impessoalidade, mora-

lidade e publicidade. No inciso II, do artigo supracitado, condicionou o acesso e investidura, não mais apenas no cargo (Carta de 1967/69, art. 97, § 1º), mas também no emprego público, à prévia aprovação em concurso público¹.

Ao determinar, no art. 39, a instituição de regime jurídico único e de planos de carreira para os servidores da administração pública, o legislador constituinte não fez qualquer distinção entre funcionário e empregado público. Simples interpretação hermenêutica, portanto, permite chegar à segura convicção de que, quando se refere a servidor, a Constituição Federal engloba tanto aqueles regidos pela CLT quanto os estatutários.

Qualquer dúvida que pudesse remanescer a respeito era definitivamente superada quando se analisava o disposto no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Ali, a CF/88 conferiu estabilidade a servidores contratados mais de cinco anos anteriores à sua promulgação, que não tivessem sido admitidos na forma regulada no art. 37. Ora, quem seriam esses? – Formou-se entendimento que a norma alcançou indiscriminadamente os servidores, mas principalmente os que tinham seus contratos regidos pela CLT, que até então não gozavam de nenhuma estabilidade.

¹Ver, a propósito: OLIVA, José Roberto Dantas. *Tutela de urgência no processo do trabalho*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 127-131. Na referida obra, já expusemos tal entendimento.

Pois bem! – Tornou-se imperativo ao Poder Público, de todos os níveis, optar pelo Regime Jurídico Único (exigência que havia sido suprimida pela EC n. 19/1998 mas que foi restabelecida pelo plenário do STF, na ADI 2135-4, em medida cautelar deferida por maioria, com efeitos *ex nunc*. DJ 07.03.2008).

Divergências doutrinárias à parte (alguns entendem que este só poderia ser o estatutário), mesmo quando adotado o da CLT, deve-se

obediência aos princípios e normas constitucionais. Verifica-se, pois, que o ÚNICO do regime jurídico deve ser interpretado de forma cautelosa, em consonância com os dispositivos da Constituição, pois a aplicação da CLT não é exclusiva.

O que há, na verdade, é um regime híbrido: CF/CLT. Não fosse assim e estaríamos vivendo uma regressão. Bastaria ao poder público optar pelo regime da CLT para os administradores-políticos contratarem e despedirem ao sabor de seus interesses eleitorais, beneficiando apaniguados e punindo seus desafetos, sem sujeição a qualquer controle. Isto não é possível.

Depois da nova Constituição Federal, a investidura no cargo ou emprego público, seja o regime estatutário ou da CLT, subordina-se ao concurso. A demis-

são, por conseguinte, deve – quanto aos empregados públicos, como é certo, ao menos para casos anteriores à vigência da Emenda Constitucional n. 19/1998 – igualmente ficar vinculada às garantias dele (concurso) decorrentes. Dentre elas, a da estabilidade após dois anos (agora são três) de efetivo exercício, conforme assegurava indistintamente o art. 41 da CF, na sua redação original.

Aliás, antes das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 19/1998, inclusive no que respeita ao empregado público, mesmo durante o período de estágio probatório, não poderia haver despedimento sem qualquer motivação.

Respeitadas opiniões contrárias, a expressão **servidor** é gênero, que comporta as espécies **Funcionário** e **Empregado** públicos.

Com o advento da Carta Magna de 1988, por sinal, a Súmula n. 21 do Supremo Tribunal Federal, antes aplicável apenas ao Funcionário, passou a ser estendida ao Empregado Público, uma vez que, não fazendo distinção entre um e outro, a CF/1988 estabeleceu formas de acesso e direitos iguais a ambos.

Eis o enunciado da referida súmula:

Súmula 21 do STF: Funcionário

em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.

Onde se lê "funcionário", leia-se também (ao menos, repita-se, antes da EC n. 19/1998) Empregado Público. Esta necessidade de justificação, com base em fatos reais, da exoneração e/ou demissão, é hoje extensiva a todos os servidores públicos da administração direta que foram admitidos antes do advento da EC n. 19/1998. Não importa que o regime adotado seja o da CLT, pois se a Constituição não fez (não fazia) exceções ao conferir direitos à estabilidade, não cabe ao intérprete estabelecer distinções em casos de preestabilidade.

O simples fato de estar sob o império da CLT quando do despedimento, não subtrai do empregado público a possibilidade de alcançar a estabilidade. Nem o fato de ser "optante" do FGTS (por sinal, a partir de 1988, esta opção nem sequer existe). Logo, o desligamento não pode ser arbitrário nem desmotivado, sob pena de estar-se abrindo espaço para perseguições de toda ordem. Só se justificaria se sustentado na incapacidade ou inadequação comprovadas para o serviço público.

A Emenda Constitucional n. 19/1998, no entanto, trouxe significativas alterações ao texto da Constituição Federal. Acrescentou, no *caput* do art. 37, por exemplo, o

princípio da eficiência, ampliando as hipóteses de avaliação do desempenho do servidor público. É verdade que, no inciso II do mesmo dispositivo, restou mantida a exigência de concurso público para investidura em cargo ou emprego público, mas a questão da estabilidade recebeu novo tratamento, não sendo mais possível adquiri-la o empregado público.

É que o art. 41, agora, no seu *caput*, além de ter aumentado o prazo de estágio probatório para três anos, reputou estáveis, após o decurso do triênio, apenas os "servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público". O vocábulo "servidores" utilizado não tem a extensão de antes, pois nomeados para cargos de provimento efetivo só poderão ser os estatutários (funcionários públicos).

A redação anterior do art. 41 era esta: "São estáveis, após 2 anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público". "Servidores", aqui, interpretava-se como gênero, não invalidando ou restringindo a abrangência do *caput* a alusão que era feita, no parágrafo 1º do mesmo dispositivo, a hipóteses de perda do "cargo" para servidor estável (pois apenas individualizava tratamento para uma espécie, sem excluir, entretanto, a outra).

De qualquer modo, a despeito da posição ora exposta, para empregados públicos da adminis-

tração direta, pacificou entendimento o Tribunal Superior do Trabalho de que subsiste a estabilidade.

Assim, em situações tais, talvez seja o caso mesmo de adotar a sinalização da mais alta Corte Trabalhista. Não obstante, quando se trata da administração indireta, nela incluídas as empresas públicas e sociedades de economia mista em geral, mesmo o TST é categórico ao afastar a possibilidade de alcançar-se a estabilidade. Veja-se a Súmula n. 390:

SUM-390. ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.00)

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida

a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001).

Verifica-se, assim, que empregados de empresas públicas ou de sociedades de economia mista, embora só possam, desde o advento da CF/88, ser admitidos por meio de concurso público, não têm assegurada - conforme jurisprudência pacificada pela mais alta Corte trabalhista do País - a estabilidade dele advinda.

Ressalva-se, porém, que em se tratando de empresas públicas ou sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, como se verá a seguir, sustentável seria mesmo asseverar-se que, adotado o entendimento da Súmula transcrita, seria o caso de inserção da hipótese no inciso I e não no II.

3 Empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos - tratamento diferenciado

O art. 37, XIX, da Constituição Federal, dispõe que "[...] somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação [...]".

É comum, assim, que a União, os Estados e os Municípios autorizem a instituição de empresas públicas e sociedades de economia mista especificamente para prestarem serviços públicos. Isto

traz consequências no relacionamento entre os instituidores e as empresas e sociedades de economia mista, dispensando, por exemplo, a exigência de licitação para a contratação dos serviços das últimas.

Em razão disto, toda a atuação da empresa/sociedade de economia mista constituída fica vinculada aos propósitos da lei que a instituiu como prestadora – normalmente exclusiva – de serviços públicos.

Ora, as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público diferem daquelas que exploram atividade econômica. Enquanto as últimas objetivam lucro, aquelas se destinam

a, com seu trabalho, minimizar custos de serviços, obras, preços e tarifas públicas, em benefício do ente a que estão atreladas e, em última e cardeal análise, do interesse público.

Apenas as que exploram atividade econômica se equiparam às empresas privadas. E isto em razão de que o próprio art. 173 da Constituição Federal, em seu *caput*, já estabelece que “[...] a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos

em lei.”

Ou seja: a exploração de atividade econômica pelo Estado só se justifica nas situações excepcionais mencionadas. A respeito de empresas públicas, sociedades de economia mista ou outras entidades da administração indireta exploradoras de atividade econômica, o § 1º do art. 173 da CF citado dispunha, em sua redação original (com grifos nossos):

§ 1º - A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica

“Ora, as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público diferem daquelas que exploram atividade econômica. Enquanto as últimas objetivam lucro, aquelas se destinam a, com seu trabalho, minimizar custos de serviços, obras, preços e tarifas públicas, em benefício do ente a que estão atreladas e, em última e cardeal análise, do interesse público.”

sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às

obrigações trabalhistas e tributárias.

Fica evidenciado, portanto, pela redação mencionada, que as empresas públicas, sociedades de economia mista ou outras entidades que se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas, sem exceção, inclusive nos aspectos trabalhistas e tributários, são aquelas que exploram atividade econômica. Não é o caso das que são meras prestadoras de serviços públicos que tem vedada, ordinariamente, a prestação de serviços a terceiros.

No plano aludido, nada

mudou com a nova redação dada ao dispositivo pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998. Eis a nova dicção:

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

I - [...]

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; [...]

A distinção entre as duas espécies de empresas públicas, sociedades de economia mista, ou outras entidades, reside justamente na maior ou menor injunção de preceitos administrativos.

Nas que exploram atividade econômica ela é menor e, justamente em razão disto, o constituinte preocupou-se, inclusive, com a proteção das empresas da iniciativa privada, evitando concorrência desleal, ao estabelecer, no § 4º do mesmo art. 173, que "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros".

Obviamente não está se referindo, na hipótese, às prestadoras de serviço público, pois estas não concorrem no mercado. Aliás, a con-

tratação destas pelo Poder Público independe de licitação (art. 24, VIII c/c art. 6º, XI, ambos da Lei n. 8.666/1993, o primeiro dispensando licitação nas hipóteses que especifica e o último conceituando administração pública direta e indireta), ao passo que a das que exploram atividade econômica dela não prescindem.

Muito provavelmente, aliás, é isto que move os entes estatais instituidores a definir que a empresa ou sociedade de economia mista será prestadora de serviços públicos: a desnecessidade de submissão a processo licitatório, sem que a instituída tenha de concorrer com a iniciativa privada.

Neste sentido, estabelece o art. 175 da Constituição Federal:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Resumindo: a prestação de serviços públicos, quando não for direta, dependerá sempre de licitação. Se não se cogita aqui de concessão ou permissão de serviços públicos, implica dizer que é considerada direta a prestação quando executada por empresa com finalidade específica para tal.

Fora do contexto, mas apenas para deixar evidenciado que o tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos é dife-

rente daquelas que, conquanto tenham capital público, exploram atividade econômica, cabe trazer a lume o disposto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal já referido:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Em relação aos danos praticados por seus agentes, verifica-se, aqui, autêntica equiparação entre as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos. Mais uma evidência, assim, que apenas as exploradoras de atividade econômica se equiparam às empresas privadas, para os fins de aplicação do art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, são preciosas também as lições do saudoso Hely Lopes Meirelles² (grifos nossos):

[...] Observe-se que a Constituição da República, não impõe forma a qualquer empresa estatal, nem lhe discrimina o objeto; apenas, condiciona a que, quando o Estado lhe incumbir de alguma atividade econômica só poderá explorá-la em igualdade de condições com as empresas particulares e em caráter suple-

mentar da iniciativa privada para não lhe fazer concorrência (art. 173 e §§). Mas, isto não impede que o Estado traspasse à sociedade de economia mista, serviços públicos compatíveis com a natureza da instituição, mesmo que não substanciem atividades econômicas, e, neste caso, pode operá-los em condições diversas das da iniciativa privada, pois não haverá qualquer ofensa à ordem econômica e social, sob cujo título se inscreve a vedação constitucional, para as atividades econômicas que não se confundem com serviços públicos.

[...]

O objeto da sociedade de economia mista tanto pode ser um serviço público ou de utilidade pública, como uma atividade econômica empresarial. Quando for serviço público ou de utilidade pública a sua liberdade operacional é ampla e irrestrita; quando for atividade econômica fica limitada aos preceitos constitucionais da subsidiariedade e da não competitividade com a iniciativa privada, sujeitando-se às normas aplicáveis às empresas congêneres particulares e ao regime tributário comum, pois é dever do Estado dar preferência, estímulo e apoio à iniciativa privada para o desempenho de atividade econômica (Constituição da República, art. 173 e §§). [...]

²MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. São Paulo: RT, 1989, p. 326-327.

Ora, se o fato de serem prestadoras de serviços públicos confere à empresa pública ou sociedade de economia mista ampla liberdade operacional, dispensando-as, inclusive, de licitação para serem contratadas pelo poder público instituidor, lícito concluir que, neste caso, em relação aos trabalhadores que lhes prestam serviços, devem ser observados os mesmos princípios aplicáveis à administração pública direta. Assim, seria possível mesmo sustentar que, no tocante aos influxos do direito administrativo, se daria o contrário do que ocorre no plano econômico.

Melhor explicando: se, no plano econômico, as sociedades de economia mista ou empresas públicas que prestam serviços públicos, têm maior liberdade operacional do que as que exercem atividade econômica, no aspecto das normas aplicáveis aos seus empregados, que são públicos, aquelas mesmas sociedades ou empresas pertencentes à administração indireta sofrem injunção administrativa muito maior. Com relação às prestadoras de serviços públicos, os princípios do direito administrativo são aplicáveis aos seus quadros de empregados.

É por isto que, com absoluto acerto, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar das espécies de empresas públicas e sociedades de economia mista, falando da dupla

natureza das mesmas (das que exploram atividades econômicas e das que prestam serviços públicos), acentua:³

Há, portanto, dois tipos fundamentais de empresas públicas e sociedades de economia mista: exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos ou coordenadoras de obras públicas e demais atividades públicas. Seus regimes jurídicos não são, nem podem ser, idênticos, como procuramos demonstrar em outra oportunidade.

No primeiro caso, é compreensível que o regime jurídico de tais pessoas seja o mais próximo possível daquele aplicável à generalidade das pessoas de Direito Privado. Seja pela natureza do objeto de sua ação, seja para prevenir que desfrutem de situação vantajosa em relação às empresas privadas – às quais cabe a senhoria no campo econômico –, compreende-se que estejam, em suas atuações, submetidas a uma disciplina bastante avizinhada da que regula as entidades particulares de fins empresariais. Daí haver o Texto Constitucional estabelecido que em tais hipóteses regular-se-ão pelo regime próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º, II). Advirta-se, apenas, que há um grande exagero nesta dicção da Lei Magna, pois ela mesma se encarrega de desmentir-se em

³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 198-199

inúmeros outros artigos, como além será demonstrado.

No segundo caso, quando concebidas para prestar serviços públicos ou desenvolver quaisquer atividades de índole pública propriamente (como promover a realização de obras públicas), é natural que sofram o influxo mais acentuado de princípios e regras de Direito Público, ajustados, portanto, ao resguardo de interesses desta índole.

Além daquele conferido à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, encontramos, na jurisprudência, hipóteses também de tratamento diferenciado para empresas públicas prestadoras de serviços públicos.

É o que se dá, por exemplo, com o Hospital das Clínicas de Porto Alegre-RS, como se extrai da ementa abaixo transcrita:

EXECUÇÃO. PRECATÓRIO. EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS. HOSPITAL DAS CLÍNICAS DE PORTO ALEGRE. 1. O Hospital das Clínicas de Porto Alegre é uma empresa pública atípica porque presta serviço público. 2. Não se aplica o artigo 173 da Constituição Federal às empresas públicas e sociedades de economia mista que não exploram atividade econômica, mas prestam serviço público. Por conseguinte, seus bens não são penhoráveis. 3. Dessa forma, a execução deve cumprir-se por meio de precatório, nos termos

do artigo 100 da Constituição Federal, salvo em caso de débito de pequeno valor. 4. Recurso de revista conhecido e provido. (TST AIRR - 94876/2003-900-04-00.1 - Ac. 1. T., 08.02.2006, v.m., Red. Min. João Oreste Dalazen. DJ 10.03.2006. Disponível em: <www.tst.jus.br>).

Ressalte-se que o julgado presta-se apenas para demonstrar a possibilidade de tratamento diferenciado. A impenhorabilidade de bens nele expressa decorre, como se extrai do voto proferido pelo eminente Ministro, da previsão contida no parágrafo único do art. 15 da Lei n. 5.604/1970, que criou o Hospital das Clínicas de Porto Alegre, com redação dada pela Medida Provisória n. 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, que estatuiu: "Aplica-se ao HCPA o regime de impenhorabilidade de seus bens, serviços e rendas".

Tal dispositivo foi considerado constitucional, por entender a Corte que o art. 173, § 1º, II, da CF/88, não é aplicável indistintamente a todas as empresas públicas ou sociedades de economia mista, mas apenas às que exploram atividade econômica, comportando a exceção criada.

Considerou o C. TST, na hipótese, que ao hospital, que é inclusive vinculado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a exemplo do que ocorre com a ECT, não se aplica o art. 173 da Constituição Federal, citando, ain-

da, outros julgamentos que serviram de paradigma: TST-RR-726/1995-021-04-00.1, 4. T., Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ de 16.09.2005; e TST-RR-103-703/2003-900-04-00.8, 5. T., Rel. Juiz Convocado José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, DJ de 26.08.2005. Por tais fundamentos, afastou alegada inconstitucionalidade da MP que declarou impenhoráveis os seus bens.

De qualquer modo, não se imagine que toda empresa pública ou sociedade de economia mista teriam, automaticamente, o benefício de impenhorabilidade de seus bens. Isto dependeria de previsão legal, o que, notadamente nos planos estadual e municipal, se houvesse, seria de duvidosa constitucionalidade. Não obstante, sendo elas prestadoras de serviços públicos, submetem-se aos princípios regentes da administração pública em geral. Assim, como se verá adiante, não podem despedir seus empregados sem motivação.

4 Inaplicabilidade da OJ n. 247, I, da SBDI-1 do TST - necessidade de motivação nos casos sob análise

Pelas razões já expostas, inaplicável aos casos sob exame o inciso I da Orientação Jurisprudencial n. 247 da Seção Brasileira de Dissídios Individuais 1 do Tribunal Superior do Trabalho. Merece transcrição, primeiro, a OJ:

247. SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTI-

VADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE (alterada pela Res. nº 143/2007) - DJ 13.11.2007.

I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;
II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

A única inferência possível, apesar do ainda incipiente enfrentamento da questão, é que o inciso I destina-se apenas a empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica. Não é o caso das empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos.

A exemplo da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (contemplada, como exceção, na mesma OJ transcrita) ou o Hospital das Clínicas de Porto Alegre-RS, as empresas prestadoras de serviços públicos precisam motivar suas demissões, sob pena de estas serem nulas de pleno direito.

Ainda que a elas não tenha havido a extensão dos privilégios conferidos à Fazenda Pública em geral, nos campos econômico (dispensa de licitação para prestação de serviços para o ente instituidor) e do seu quadro de pessoal, têm tratamento diferenciado. Vinculam-se, em relação ao último, aos princípios administrativo-constitucionais que regem os servidores públicos.

Neste aspecto, quando trata das relações internas das empresas estatais (nelas incluídas as empresas públicas e sociedades de economia mista, como deixa bem claro), Celso Antônio Bandeira de Mello⁴ é ainda mais incisivo:

Assim como não é livre a admissão de pessoal, também não se pode admitir que os dirigentes da pessoa tenham o poder de desligar seus empregados com a mesma liberdade com que o faria o dirigente de uma empresa particular. É preciso que haja uma razão presente para fazê-lo, não se admitindo caprichos pessoais, vinganças ou quaisquer decisões movidas por mero subjetivismo e, muito menos, por sectarismo político ou partidário.

Com efeito, a empresa estatal é entidade preposta a objetivos de interesse de toda a coletividade. Quem tenha a responsabilidade de geri-la exerce função, isto é, poder teleologicamente orientado para o cumprimento de fins que são impo-

sitivos para quem o detém. Em rigor, o que dispõe é de um dever-poder. O dever de bem curar um interesse que não é próprio, mas da coletividade, e em nome do qual lhe foi atribuído o poder, meramente instrumental, de bem servi-la. Logo, para despedir um empregado é preciso que tenha havido um processo regular, com direito à defesa, para apuração da falta cometida ou de sua inadequação às atividades que lhe concernem. Desligamento efetuado fora das condições indicadas é nulo. O empregado, se necessário, recorrerá às vias judiciais trabalhistas, devendo-lhe ser reconhecido o direito à reintegração, e não meramente à compensação indenizatória por despedida injusta.

Nos casos em que a empresa deva adotar uma política de contenção de despesas na área de pessoal ou que, por qualquer razão, convenha promover uma redução do quadro, deverão ser previamente anunciados os critérios objetivos em função dos quais serão feitos os cortes, para que se possa aferir se o desligamento de tais ou quais empregados obedeceu a critérios impessoais, como tem de ser.

Não se está advogando a tese da necessidade de processo administrativo para a dispensa (a não ser que a lei instituidora assim o preveja ou faça alguma outra exi-

⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 220-221.

gência, como a de sindicância, por exemplo). Mas, a exemplo do que se exige para o servidor em estágio probatório (Súmula n. 21 do STF), aos empregados públicos, ainda que da administração indireta, que se submeteram a concurso público para admissão, deve ser assegurado também, como garantia mínima irreduzível, ao menos a motivação do ato, evitando-se distorções de toda ordem.

Confiram-se, a propósito, as sempre precisas lições de Helly Lopes Meirelles³:

O que os tribunais têm sustentado - e com inteira razão - é que a exoneração na fase probatória não é arbitrária, nem imotivada. Deve basear-se em motivos e fatos reais que revelem inaptidão ou desídia do funcionário em observação, defeitos esses apuráveis e comprováveis pelos meios administrativos consentâneos (ficha de ponto, anotações na folha de serviço, investigações regulares sobre a conduta no trabalho etc.), sem o formalismo de um processo disciplinar. O necessário é que a Administração justifique, com base em fatos reais, a exoneração, como, a final, sumulou o Supremo Tribunal Federal [...]

Advirta-se, por fim e a propósito, que a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, em julgamento recentíssimo, reconhe-

cendo que um dos fundamentos do v. acórdão recorrido era a abusividade da despedida de um empregado da Companhia Rio-grandense de Saneamento (Cor-san), entendeu que houve má aplicação da Orientação Jurisprudencial n. 247 e restituiu o processo à 6ª Turma, para novo julgamento, evitando a supressão de instância, afastada desde logo, entretanto, a incidência da referida OJ.

Eis a ementa do v. acórdão:

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. MÁ APLICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N.º 247, DA SBDI1/TST. 1. O Regional, ao manter a sentença que havia reconhecido o direito do Reclamante à reintegração no emprego, lastreou-se nos seguintes fundamentos: a) as empresas públicas e as sociedades de economia mista estão adstritas aos princípios norteadores da Administração Pública, razão pela qual estão obrigadas a motivar a demissão de seus empregados; b) a dispensa do Reclamante constituiu ato abusivo e arbitrário, uma vez que se baseou em avaliação que considerou o desempenho na execução de tarefas relativas a cargo superior e de maior responsabilidade do que aquele para o qual o empregado foi contratado; c) a

³MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. São Paulo: RT, 1989, p. 382.

avaliação de desempenho, que considerou o Reclamante inapto, foi feita, mesmo que de forma indireta, pelo gerente da CORSAN, que é pai do segundo colocado no concurso público para o mesmo cargo ocupado pelo Reclamante. 2. Apesar de a decisão regional ter como um de seus fundamentos a impossibilidade de as empresas públicas e das sociedades de economia mista demitirem seus empregados sem a devida motivação, o que, em tese, contraria

a jurisprudência desta Corte consolidada na Orientação Jurisprudencial n.º 247 da SBDI-1, esse não foi o principal fundamento que norteou a decisão

regional, visto que a nodal argumentação para a reintegração do Reclamante decorreu da abusividade e da arbitrariedade da dispensa do empregado, com lastro em avaliação de desempenho que levou em consideração atribuições de cargos superiores ao ocupado pelo Autor. 3. Dessa feita, conforme alegado pelo Reclamante, o Precedente jurisprudencial que rendeu ensejo ao conhecimento do Recurso de Revista da Reclamada (Orientação Jurisprudencial n.º 247 da

“Assim, tendo sido sem motivo declarado e sem justa causa, o desligamento de empregados de empresa pública ou sociedade de economia mista que prestem serviços públicos é nulo de pleno direito, por afronta direta ao princípio constitucional da impessoalidade. E, na era do pós-positivismo, os princípios, notadamente aqueles positivados na Constituição Federal, não admitem tergiversação.”

SBDI-1) não abarca todos os fundamentos utilizados pela Corte de origem. 4. Recurso de Embargos conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à 6.ª Turma, a fim de que analise o Recurso de Revista da Reclamada, afastada a incidência da OJ-SBDI-1/TST n.º 247, como entender de direito. (TST E-ED-RR - 443/2001-721-04-00 - SBDI-1, 08.10.2009, v.m., Rel. Min. Maria de Assis Calsing. DEJT 27.11.2009. Disponível em:

<www.tst.jus.br>).

Nos casos aqui tratados, portanto - e é sempre bom repetir -, não se está negando aplicação à OJ n. 247, I, da SBDI-1 do C. TST. Está-se, sim, afirmando que a previ-

ção nela contida não se aplica às hipóteses aqui versadas.

Por consequência, a ausência de motivação fulmina de nulidade a demissão de qualquer empregado de empresa pública ou sociedade de economia mista quando prestadoras de serviços públicos. E motivação válida, advirta-se também desde já, é aquela da qual se dá conhecimento ao destinatário, abrindo-se-lhe, inclusive, espaço para o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CF).

Assim, tendo sido sem motivo declarado e sem justa causa, o

desligamento de empregados de empresa pública ou sociedade de economia mista que prestem serviços públicos é nulo de pleno direito, por afronta direta ao princípio constitucional da impessoalidade. E, na era do pós-positivismo, os princípios, notadamente aqueles positivados na Constituição Federal, não admitem tergiversação.

Hoje, princípios e regras são espécies do gênero norma. Ou seja: os princípios constitucionais exigem concreção jurídica e, na esfera de aplicação, não cabe ao intérprete outro caminho que posicioná-los no ápice do ordenamento jurídico, afastando qualquer entendimento que os contrarie.

5 Ato de gestão ou de império - distinção que não se justifica no direito contemporâneo

Não se justifica mais a distinção antes feita entre atos de gestão e de império, para afastar a responsabilidade do Estado. Eis, a propósito, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, já por diversas vezes citado:

Esta velha distinção está em desuso desde o final do século passado por imprecisa, inexata e haver perdido sua função primordial (excluir responsabilidade do Estado pela prática dos primeiros e admiti-la para os segundos). De acordo com a antiga concepção, só os primei-

ros seriam verdadeiramente atos administrativos. Tal distinção foi aqui mencionada apenas porque, às vezes, anacronicamente e - é claro - com resultados errôneos, doutrina e jurisprudência pátrias invocam-na para separar atos administrativos de atos de Direito Privado da Administração ou de suas entidades auxiliares que têm personalidade de Direito Privado.

Hoje, com certa similaridade, porém maior precisão, fala-se em atos de **Direito Privado** praticados pela Administração e **atos regidos pelo Direito Público**. É lógico, todavia, que não se atribuem as conseqüências dantes cogitadas quanto à exclusão de responsabilidade estatal. Alguns, como Gordillo, sob o correto fundamento de que os primeiros regem-se pelo Direito Administrativo quanto às condições de produção, controle e vícios, os incluem entre os atos administrativos. Outros, como nós mesmos, rejeitam esta inclusão, sob fundamento de que o conteúdo e os efeitos do ato são regulados pelo Direito Privado. [...]

Parece não haver dúvida que, adotada a nova classificação, há que se concluir que, a empresa pública ou sociedade de economia mista que prestam exclusivamente serviços públicos, no que respeita ao seu quadro de pessoal, têm seus

⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 423.

atos regidos pelo Direito Público.

Sobre a inexistência atual de distinção entre ato de gestão ou de império, reforça a convicção a leitura de excelente acórdão da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, proferido no Mandado de Segurança n. 21.109-1 - DF, impetrado por Francisco de Assis Sabino Dantas contra ato do Presidente da República, de onde se extrai passagem em que S. Exa., louvando-se em voto por ele mesmo proferido no RE 116.419, observa que "superada a vetusta teoria da dupla personalidade do Estado, a atividade estatal é sempre pública, ainda quando inserida em relações de direito privado e sobre elas irradiando efeitos"⁷.

A partir daí, no que foi acompanhado por seus pares (e, neste particular, a votação foi unânime), entendeu o Ministro que o decreto que consumou o desligamento daquele empregado, que tinha contrato regido pela Consolidação das Leis do Trabalho e se dizia dirigente sindical, era ato de autoridade, desafiando até mesmo mandado de segurança.

Ainda acerca do precedente a que se reportou, disse o eminente Ministro, invocando Agustín

Gordilho⁸.

[...] a administração é sempre pessoa de direito público, que realiza operações públicas, como fins públicos e dentro dos princípios e das formas de direito público, ainda que revista seus atos com formas que são comuns ao direito privado e use dos meios que este autorize e para objetos análogos.

Prosseguiu lembrando a observação de Lafayete Pondé⁹:

[...] a vontade da Administração é formada sempre mediante um processo de direito público, ainda quando os efeitos do seu ato sejam definidos pelo direito privado". "Da mesma forma que a vontade dos indivíduos não se altera, qualquer que seja o regime jurídico regulador dos seus efeitos", [...] "também a vontade da Administração é sempre mantida mediante o processo estabelecido na lei de sua organização. Esta lei especifica o órgão competente para expressar a vontade pública, os poderes desse órgão, o modo de exercício desses poderes, os requisitos e formalidades de sua atuação.

"Na atividade da Administração" - arrematou o ministro,

⁷Ver a propósito: OLIVA, José Roberto Dantas. *Tutela de urgência no processo do trabalho*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 109-111.

⁸GORDILHO, Agustín, apud MUKAI, Toshio. *Direito administrativo e empresas do estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 36.

⁹PONDÉ, Lafayette. *Sobre o campo de aplicação do direito administrativo*. In: *Direito administrativo aplicado e comparado*. Tomo I. São Paulo: Ed. Resenha Universitária, 1979.

invocando ainda lições de Pondé, citadas no precedente da Corte - "a norma externa (norma de relação) é que pode ser de direito privado ou de direito administrativo. Mas a norma interna (norma de ação) é sempre, por definição, uma norma de direito público, pois dispõe sobre o funcionamento mesmo do Estado".

Alentada ementa sintetiza, sob diversos enfoques - pois múltiplos foram os embates jurídicos travados naquele feito - , os termos do v. acórdão. Eis, no que interessa para o deslinde do presente litígio, a transcrição:

EMENTA:

1. Mandado de segurança: cabimento: ato de autoridade: dispensa de servidor público por decreto presidencial.

A atividade estatal é sempre pública, ainda que inserida em relações de direito privado e sobre elas irradiando efeitos; sendo, pois, ato de autoridade, o decreto presidencial que dispensa servidor público, embora regido pela legislação trabalhista, a sua desconstituição pode ser postulada em mandado de segurança.

Por tais razões, integrando a administração indireta do ente público instituidor e sendo empresa pública ou sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos, para ter validade, o ato de desligamento deve ser motivado.

6 No Estado de São Paulo, a obriga-

toriedade da motivação é prevista na Constituição

Conquanto o princípio da motivação não esteja previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, em relação à contratação de trabalhadores pela administração pública direta e indireta, a Constituição do Estado de São Paulo, em seu Título III - Da Organização do Estado, Capítulo I - Da Administração Pública, Seção I - Disposições Gerais, prescreve:

ARTIGO 111 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

Poder-se-ia argumentar que tal disposição só se aplicaria ao Estado como ente federado em si considerado, não se espraiando sobre os demais. Não obstante, no Título IV da Carta Estadual - Dos Municípios e Regiões, Capítulo I - Dos Municípios, Seção I - Disposições Gerais, quaisquer dúvidas que pudessem remanescer são espancadas pelo quanto disposto no art. 144, deste teor:

ARTIGO 144 - Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição. (grifos nossos)

Assim, ainda que, no geral, não se exigisse motivação mesmo para atos praticados por empresa pública ou sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos, no Estado de São Paulo, incluídos os municípios a ele pertencentes, tal exigência seria irrefragável, erigida que foi ao plano Constitucional.

Age com acerto o Estado de São Paulo. Ainda que para despedir empregado público não se exija o rigor de um processo

administrativo específico, isto não implica dizer que o administrador público, mesmo o indireto, pode despedir (contratar não é possível, em face da exigência de concurso público) a seu bel prazer.

Deve motivar, adequadamente, o despedimento, norteado por critérios impessoais, sob pena de poder ver seu ato corrigido pelo Poder Judiciário, não estando infenso a isto sob a alegada discricionariedade em hipóteses como tais, que deve sim estar afeta a controle jurisdicional.

Como já dito, sendo SEM justa causa o ato de rescisão contratual, ainda que com motivação apenas posterior, a única certeza que se pode extrair é que tem caráter pessoal. E isto é inadmissível, em se tratando de Administração Pública,

mesmo indireta. Fere princípios básicos contidos no art. 37 da Carta Magna, especialmente o da impessoalidade e, no que respeita à Constituição Estadual, também o da motivação. Não há como, em razão disto, negar-se ao trabalhador o direito de ver-se reintegrado em casos tais, declarando NULO o despedimento.

Pondere-se, ainda, que a própria lei instituidora da empresa pública ou sociedade de economia

mista prestadora de serviços públicos pode trazer a exigência de sindicância ou outra forma de apuração de eventuais faltas para desligamento dos empregados, o que deverá, sempre, ser também observado.

7 Motivação posterior - invalidade, mas vinculação ao quanto alegado

É comum, quando a questão é discutida em Juízo, a empresa pública ou a sociedade de economia mista prestadoras de serviços públicos, que no ato da demissão nada justificaram, apresentarem motivação que, até o momento, nem ao empregado despedido havia sido alegada. Como já dito anteriormente, motivação posterior equivale à ausência de motivação. Este é também o pensamento de

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰:

Parece-nos que a exigência de motivação dos atos administrativos, contemporânea à prática do ato, ou pelo menos anterior a ela, há de ser tida como uma regra geral, pois os agentes administrativos não são "donos" da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição, "todo o poder emana do povo (...)" (art. 1º, parágrafo único). Logo, parece óbvio que, praticado o ato em um Estado onde tal preceito é assumido e que, ademais, qualifica-se como "Estado Democrático de Direito" (art. 1º, caput), proclamando, ainda, ter como um de seus fundamentos a "cidadania" (inciso II), os cidadãos e em particular o interessado no ato têm o direito de saber por que foi praticado, isto é, que fundamentos o justificam.

Certo que o autor citado esclarece que, em se tratando de atos vinculados, o que mais importaria seria ocorrer o motivo perante o qual o comportamento era obrigatório. Mas, mesmo em se tratando de ato de competência discricionária, acrescenta Bandeira de Mello¹¹:

[...] o ato não motivado está irremissivelmente maculado de

vício e deve ser fulminado por inválido, já que a Administração poderia, ao depois, ante o risco de invalidação dele, inventar algum motivo, "fabricar" razões lógicas para justificá-lo e alegar que as tomou em consideração quando da prática do ato. [...]

Em casos excepcionais, até admite-se que ulteriormente a Administração (mesmo a indireta) pudesse demonstrar, de maneira absolutamente inquestionável, o motivo extemporâneo alegado, que deve se revelar idôneo e de que foi, efetivamente, a razão determinante do ato. Não é, porém, o que comumente ocorre.

Os motivos, normalmente, não são legítimos. Releva ponderar, ainda, com a boa doutrina e à mercê da **teoria dos motivos determinantes** (dimanada, no plano nacional, dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa – art. 37, caput, da CF/88 – e, no plano estadual, do próprio princípio da motivação administrativa – art. 111 c/c 144 da Constituição paulista), que, de qualquer forma, uma vez invocados, eles vinculam o ato praticado¹².

Se inexistentes, falsos ou inconsistentes, implicam invalidação do próprio ato, que será declarado nulo de pleno direito.

¹⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 396.

¹¹Ibid., p. 397

¹²Verificar, a propósito, as sempre precisas lições de Guilherme Guimarães Feliciano, expressas no julgamento do feito 1634/2006-9, da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté.

Eis o escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³:

Ainda relacionada com o motivo, há a teoria dos motivos determinantes, em consonância com a qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade. Por outras palavras, quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija a motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros.

Tomando-se como exemplo a exoneração *ad nutum*, para a qual a lei não define o motivo, se a Administração praticar esse ato alegando que o fez por falta de verba e depois nomear outro funcionário para a mesma vaga, o ato será nulo por vício quanto ao motivo.

No mesmo sentido as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca da teoria dos motivos determinantes¹⁴:

De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de "motivos de fato" falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme se disse, a lei não haja estabeleci-

do, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calcou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.

Pois na acepção mencionada, sendo os fatos falsos, inconsistentes ou viciados, tornam nulo o próprio ato que deles seria proveniente (ou seja, o desligamento do empregado nas situações referidas).

8 Demissão por razões econômicas - ausência de critérios objetivos - inconsistência

No que respeita ao quase sempre alegado motivo econômico, nem mesmo demissões posteriores em massa (muitas igualmente sem motivação), ainda que existentes, justificam o ato anteriormente praticado, notadamente quando, como chega a ser até comum, contrata-se outro para ocupar o emprego vago, às vezes com salário superior, e ainda abre-se vaga em concurso público, mesmo que sob justificação de que seria para cadastro reserva.

Ora, reserva de que, se a intenção não era preencher a vaga aberta? - Em situações como a de redução do quadro funcional por

¹³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 204.

¹⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 398.

razões econômicas, não podem a empresa pública ou sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos escolher, a bel prazer, aqueles que vão despedir.

Para que não haja o risco de perseguição pessoal ou de afronta, pura e simples, ao princípio da impessoalidade, só há uma forma de, na área de pessoal, conter despesa, consoante, aliás, autorizada doutrina alhures citada: anúncio prévio de critérios objetivos em função dos quais serão feitos os cortes.

Ainda que, de fato, fiquem comprovados posteriormente os motivos econômicos alegados, quando não se pautar a despedida em critérios objetivos como os mencionados, não se sustentará. É que não se saberá ao certo nem mesmo se o caminho adotado para enfrentá-los seria mesmo a redução de quadro de pessoal, pois não houve anúncio prévio, com critérios objetivos, para isto.

Desligamentos posteriores, repita-se, não implicam ratificação de motivação inválida na essência quando da prática do ato.

Assim, também por este ângulo, o ato de despedir seria nulo.

9 Reintegração no emprego que se impõe

Em ação em que se discuta a matéria, restando cabalmente demonstrado, documentalmente e por prova oral, que o empregado de empresa pública ou sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos foi despedido sem justa causa e sem motivação inicial, que se submeteu a concurso público, convencido o juiz de que o ato de desligamento é NULO de pleno direito, a teor, inclusive, do que dispõe o art. 9º da CLT, deve ele ser reintegrado no emprego para o qual foi aprovado em concurso público.

As provas mencionadas são necessárias porque, como advertia em clássica obra José Cretella Júnior¹⁵:

[...] a reintegração é consequência direta da anulação do ato demissório. Tanto assim que é preciso fazer prova de que a demissão foi efetivada, por exemplo, sem processo administrativo, ou que houve este, mas lhe faltou formalidade essencial. Ninguém vai pedir, pura e simplesmente, na inicial, uma "prestação" ao Estado - a volta ao cargo - sem motivar o pedido, atacando o vício do ato demissório.

Acrescente-se, ainda, que, ao agir desta forma, a empresa pública ou sociedade de economia

¹⁵CRETELLA JÚNIOR, José. *Do mandado de segurança*. São Paulo: J. Bushatsky, EDUSP, 1974, p. 332. Aliás, vislumbra-se a hipótese, até, de ser discutida a questão em Mandado de Segurança, quando as provas deveriam ser documentais e pré-constituídas, uma vez que, em se tratando de remédio tal, não se admite dilação probatória.

mista excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social e, bem assim, pela boa-fé, o que torna seu ato abusivo e ilícito (art. 187 do Código Civil, de aplicação supletiva no Direito do Trabalho em razão do que prevê o art. 8º da CLT). Infringe ainda os princípios da boa-fé objetiva e da segurança jurídica que devem revestir os contratos em geral e também os de emprego (art. 422 do CC c/c art. 8º da CLT), especialmente se públicos.

É por tais razões que o empregado despedido sem motivação ou com motivação posterior e/ou inválida deve ser reintegrado no emprego, restabelecendo-se o vínculo empregatício indevidamente rompido, assegurando-lhe as mesmas condições de trabalho e todas as vantagens – inclusive previstas em normas coletivas – que advierem (salários, 13ºs salários, férias mais 1/3, FGTS, por exemplo), em parcelas vencidas e vincendas.

A fim de evitar o enriquecimento sem causa, o ideal é que já fique estabelecida a compensação de valores pagos por ocasião da rescisão contratual, pelos títulos respectivos, vencidos ou vincendos.

10 Antecipação da tutela possível

Não há dúvida que, adotando o entendimento exposto, exceto a empresa pública ou sociedade de economia mista prestadora

de serviços públicos os contornos legais do direito – que, no caso, nem potestativo é! – de despedir, possível seria até mesmo a antecipação da tutela para reintegrar o empregado indevidamente despedido. Pouco importa que, como nas hipóteses versadas, a matéria demande análise complexa ou até mesmo suscite controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

Encontrando-se presentes os pressupostos da antecipação da tutela previstos nos arts. 273 e 461, § 3º, do CPC, a antecipação da tutela, se requerida, é de rigor. Para que seja relevante o fundamento da demanda (art. 461, § 3º, do CPC), no entanto, há esta que estar calcada em existência de prova inequívoca (ao menos naquele momento processual), convencendo-se o juiz da verossimilhança da alegação (art. 273 do mesmo diploma legal).

Existindo prova inequívoca de que o empregado, sem justa causa e sem motivação inicial, ou com motivação posterior falsa ou inconsistente, foi despedido, em afronta aos mais mezinhos princípios administrativo-constitucionais já mencionados (nacionais e estaduais), a tutela pode (deve) ser antecipada.

Em situação tal, a verossimilhança dos direitos subjetivos materiais invocados seria patente, além de ser evidente e fundado o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, uma vez que teve o

empregado rescindido seu contrato de trabalho de forma ilegal e arbitrária, o que o afeta, dada a incerteza gerada pela situação.

Por consequência, nos termos do art. 461, § 4º do CPC e dos dispositivos anteriormente citados, todos de aplicação supletiva no processo do trabalho por força da previsão contida no art. 769 da CLT, poderá (deverá) o juiz, se assim requerido, determinar que o empregador, de imediato, restabeleça o vínculo empregatício existente entre as partes, reintegrando o empregado no emprego (com salário e demais vantagens que o concurso público lhe assegurou), tudo sob pena de multa diária a ser, a seu prudente arbitrio, fixada.

Sobre a habitual alegação de que haveria irreversibilidade da medida e de que - pasme-se! - o trabalhador, que depende do salário para sobreviver, não sofreria prejuízo caso no futuro se chegasse à conclusão de que o desligamento foi nulo, pois a reintegração importaria pagamento de todos os valores - vencidos e vincendos - devidos, merece destaque trecho de acórdão da lavra do eminente Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, onde enfatizou que "as condições do mundo moderno, exigem, preponderantemente, mais Segurança

e Justiça nas relações humanas". E sentenciou:

Entre o constrangimento de uma reintegração forçada liminar e sua possível reversão posterior, deve-se prestigiar a primeira, seja porque atende à finalidade de sobrevivência do trabalhador, de sua família e de sua dignidade, seja porque é moralmente mais justo trabalhar e ganhar do que só auferir a indenização compensatória, exclusivamente monetarista. (TRT 15 - MS 356/99 - Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. Disponível - inteiro t e o r - e m : <<http://www.trt15.gov.br>>. Acesso em: 01 mai. 2001)¹⁶.

Vê-se, assim, que quando presente prova inequívoca do direito, convencendo-se o juiz da verossimilhança das alegações do empregado despedido (requisitos gerais do art. 273 do CPC), verificando ser relevante o fundamento da demanda (art. 461, § 3º, do CPC), deve deferir - em reclamação ordinária - a liminar¹⁷, mesmo não havendo previsão expressa na CLT, autorizado que está pelo art. 769 consolidado a valer-se das regras processuais do direito comum.

Por fim, em sede de julgamento definitivo, deve, além de determinar a reintegração nas hipóteses aqui tratadas, declarar nulo antes o ato de desligamento, por

¹⁶Ver OLIVA, José Roberto Dantas. *Tutela de urgência no processo do trabalho*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 135.

¹⁷O mesmo poderia ocorrer, segundo entendemos, em Mandado de Segurança.

abusivo, ilegal e arbitrário, afrontando os princípios constitucionais (nacionais e estaduais, caso seja no Estado de São Paulo ou em outro que a Constituição Estadual respectiva também os preveja) da impessoalidade, moralidade e motivação administrativas, bem assim os da boa-fé objetiva e da segurança jurídica, e ainda porque, em determinadas situações, os motivos ulteriormente alegados, a par de inválidos, são falsos e/ou inconsistentes.

11 Conclusão

O estudo desenvolvido acerca da demissão de empregado de empresa pública ou sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos permitiu, de forma resumida, que se chegasse às seguintes conclusões:

- a) A empresa pública ou a sociedade de economia mista, quando prestadoras de serviços públicos, exigem tratamento diferenciado, submetendo-se aos princípios regentes da administração pública, dentre eles o da impessoalidade, o que exige a motivação do ato de desligamento de seus empregados;
- b) Com a conclusão acima, não se nega aplicação, nem à Súmula n. 390 do TST e nem à OJ n. 247, I, da SBDI-1 da mesma Corte, sendo que, em relação à última, a previsão nela contida não se aplica às hipóteses aqui estudadas;
- c) No Estado de São Paulo, o princípio da motivação dos

atos da Administração pública, mesmo indireta, foi erigido a *status* constitucional (art. 111 c/c art. 144 da Constituição paulista), sendo que a sua ausência (motivação), no caso concreto, nulifica o ato praticado;

d) Deve-se atentar para regimentos internos ou outras normas que prevejam, expressamente, outras exigências para despedir empregados de empresas ou sociedades de um modo em geral, mas, especialmente, as que prestam serviços públicos;

e) A motivação posterior, conquanto inválida, vincula a administração aos fatos alegados, adotada a teoria dos motivos determinantes, que, no plano nacional, decorre dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da CF/88) e, no plano estadual, em São Paulo (ou em outros Estados que também o adotem), do próprio princípio da motivação administrativa (art. 111 c/c 144 da Carta paulista); e

f) A ausência de critérios objetivos previamente anunciados e de provas convincentes torna também inconsistente a alegação de que o desligamento é fundado em razões econômicas, indicando, ao contrário, que não observou o princípio da impessoalidade.

Muito mais poderia ser dito quanto aos empregados públicos e sua relação com a administração pública direta e indireta, inclusive

no que respeita às empresas públicas ou sociedades de economia mista que explorem atividade econômica. O propósito, entretanto, era a abordagem específica daquelas que prestam serviços públicos. A ideia não é impor conceitos, mas *fomentar o debate*.

12 Referências

- CRETELLA JÚNIOR, José. *Do mandado de segurança*. São Paulo: J. Bushatsky, EDUSP, 1974.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- GORDILHO, Agustin, apud MUKAI, Toshio. *Direito administrativo e empresas do estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. São Paulo: RT, 1989.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- OLIVA, José Roberto Dantas. *Tutela de urgência no processo do trabalho*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- PONDÉ, Lafayette. *Estudos de direito administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.