

## **A DISPENSA DE EMPREGADOS EM EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS OU EXPLORADORAS DE ATIVIDADES ECONÔMICAS EM REGIME DE MONOPÓLIO**

**Adib Pereira Netto Salim\***

- 1 INTRODUÇÃO**
- 2 A DISTINÇÃO ENTRE SERVIÇO PÚBLICO EM SENTIDO ESTRITO E ATIVIDADE ECONÔMICA DESEMPENHADA PELO ESTADO**
- 3 A RAZÃO DO DISPOSTO NO INCISO II DO § 1º DO ART. 173 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**
- 4 EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA QUE NÃO DESENVOLVEM ATIVIDADE ECONÔMICA, MAS SIM SERVIÇO PÚBLICO EM SENTIDO ESTRITO**
- 5 EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA QUE EXPLORAM ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO**
- 6 MONOPÓLIO ESTATAL EM ATIVIDADES ECONÔMICAS**
- 7 A DIMENSÃO DE APLICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 247 DA SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS I (SDI-I) DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**
- 8 CONCLUSÃO**

### **1 INTRODUÇÃO**

Não se trata apenas de um estudo sobre a necessidade de motivação nas dispensas de empregados em empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas. O que nosso trabalho se propõe investigar é a distinção entre empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica e as prestadoras de serviços públicos. Também serão analisadas as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica em regime de monopólio.

Não se pode negar que, muitas vezes, a referida distinção deixa de ser feita, dando a tais empresas um só tratamento, sem que seja feita a mais fundamental análise sobre a atividade por elas desempenhada. Assim, começamos nosso trabalho buscando a distinção entre serviço público e atividade econômica.

### **2 A DISTINÇÃO ENTRE SERVIÇO PÚBLICO EM SENTIDO ESTRITO E ATIVIDADE ECONÔMICA DESEMPENHADA PELO ESTADO**

Não se pode deixar de esclarecer que as empresas estatais se subordinam a regimes jurídicos diversos, conforme forem exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviços públicos.

---

\* Professor da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, Departamento de Direito. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Juiz do Trabalho na 17ª Região.

Segundo Fernando Herren AGUILLAR<sup>1</sup>,

Serviços públicos, no atual regime jurídico-constitucional brasileiro, são atividades econômicas exercidas em regime de privilégio pelo Estado, em função de reserva constitucional. Ou seja, dá-se o nome de serviço público às atividades econômicas desempenhadas sob o regime jurídico de serviço público.

Completa o mesmo autor que tais atividades são exercidas em regime de exclusividade pelo poder público, porém são suscetíveis de delegação a particulares por regime de concessão ou permissão, nos termos da Constituição e da lei.

Se o serviço é público em sentido estrito, ou é executado diretamente pelo Estado, ou é exercido pelo particular por delegação sob a forma de concessão ou permissão.

Por outro lado, a presença do Estado na atividade econômica é medida excepcional, conforme diz a Constituição Federal, em seu artigo 173, *caput*,

Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo...

Assim, AGUILLAR<sup>2</sup> destaca que

As atividades econômicas que o Estado desenvolve em regime de concorrência com a iniciativa privada ou em regime de monopólio estão sujeitas a um distinto regime jurídico, em parte próprio das empresas privadas, em parte próprio do Poder Público. Tais atividades encontram respaldo ou na Constituição ou, então, na legislação ordinária.

### **3 A RAZÃO DO DISPOSTO NO INCISO II DO § 1º DO ART. 173 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Comentando o referido dispositivo constitucional, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>3</sup> disse:

Percebe-se, pois, que o propósito do versículo em questão, sintonia, aliás, com as diretrizes da ordem econômica na Constituição, foi o de impedir que o Poder Público, ao atuar nesta esfera - que é a própria dos particulares -, pudesse fazê-lo em condições privilegiadas, gerando, por assim dizer, uma "concorrência desleal" a estes últimos.

<sup>1</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad. 1999, p.155/158.

<sup>2</sup> *Id. Ibi*. p. 156/157.

<sup>3</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 765.

Ney José de Freitas<sup>4</sup>, citando Carlos Ari Sunfeld, informa que parte da doutrina sustentava que o alvo da norma constitucional seria proteger as empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica das malhas burocráticas da Administração Pública. Outro segmento entendia que o objetivo da norma constitucional seria outro, qual seja, o de impedir a concorrência desleal entre empresas estatais e aquelas situadas no círculo do setor privado.

O Supremo Tribunal Federal resolveu a controvérsia em favor da primeira corrente, quando do julgamento do Mandado de Segurança 21.322-1- DF e do Recurso Extraordinário 130.206, 1ª Turma, conhecido como o caso Copel.

Quando o inciso II do § 1º do artigo 173 da CRFB prescreveu a sujeição das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas, o objetivo não foi a proteção das referidas pessoas, mas sim a dos particulares que com elas estivessem concorrendo. Afinal, pela própria Constituição Federal, restou definido como papel do Estado a função de regulação da atividade econômica, conforme artigo 174, não sendo aceitável que o próprio Estado, quando na atividade econômica, ofendesse o direito concorrencial.

É de Marçal Justen Filho<sup>5</sup> a afirmação de que,

Para a manutenção da ordem econômica constitucionalmente consagrada, é indispensável que o Estado não goze de privilégios ou vantagens quando desempenhar atividade econômica propriamente dita. Se assim não for, haverá a destruição da livre concorrência, e o Estado eliminará as empresas privadas, não por ser mais eficiente, mas porque as leis a ele asseguram benefícios desiguais.

Na verdade, todos os ditames postos como integrantes do regime jurídico das empresas privadas, tanto no aspecto civil quanto no comercial, trabalhista e tributário, tiveram por escopo colocar as referidas pessoas criadas pelo Estado em posição de igualdade com os particulares, para que não pudessem adotar, por exemplo, um regime jurídico regente de suas relações trabalhistas com seus agentes, diverso do da CLT e, portanto, mais favorável ao empregador. Assim, se o concorrente privado tem com seus agentes a Consolidação das Leis do Trabalho como norma regente da relação de trabalho, o mesmo diploma normativo vai reger a empresa pública e a sociedade de economia mista que exercem atividade econômica.

Por fim, nada impede que a empresa pública e a sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica motivem o ato de dispensa de seus empregados. Afinal esta deve ser a regra de observância pela Administração Pública como um todo, sem distinção constitucional de administração direta ou indireta.

---

<sup>4</sup> FREITAS, Ney José de. *Dispensa de empregado público & O princípio da motivação*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 152-3.

<sup>5</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 559.

Como acentua Douglas A. Rodrigues<sup>6</sup>,

Ainda que as entidades da administração pública indireta estejam submetidas à regência da CLT na relação mantida com seus prestadores, é evidente que não se equiparam, nem se confundem, só por isso, aos “entes morais” tipicamente privados.

#### **4 EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA QUE NÃO DESENVOLVEM ATIVIDADE ECONÔMICA, MAS SIM SERVIÇO PÚBLICO EM SENTIDO ESTRITO**

As empresas públicas e sociedades de economia mista que exercem exclusivamente serviço público, em sentido estrito, não se sujeitam ao regime jurídico das empresas privadas. Logo, não lhes é dado o exercício do direito potestativo de dispensar empregados sem motivação.

Se o exercício é de serviço público, o regime é público, sendo inaplicável o regime típico da iniciativa privada, especialmente em relação a seus empregados, sendo que a dispensa deles só poderá ocorrer mediante motivação prévia, devendo sempre ser observados os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e legalidade.

São empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público aquelas que desempenham atividades mediante autorização legal.

Para Marçal JUSTEN FILHO<sup>7</sup>,

São de titularidade do Estado e se sujeitam sempre ao regime de direito público. Estão reservadas ao Estado, mas poderão ser delegadas aos particulares por meio de concessão ou permissão.

Para Hely Lopes MEIRELLES<sup>8</sup>, serviço público é “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”. É o caso da ELETROBRÁS e da EMBRATUR.

DI PIETRO<sup>9</sup> define serviço público como

toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

<sup>6</sup> RODRIGUES, Douglas A. As empresas públicas e a resilição dos contratos de trabalho. In: Cavalcante Soares, José Ronald. *O servidor público e a Justiça do Trabalho: Homenagem ao Ministro Ronaldo José Lopes Leal*. São Paulo: LTr, 2005, p. 69.

<sup>7</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 107.

<sup>8</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros. 1998, p. 285.

<sup>9</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 98/101.

É sempre salutar lembrar que o serviço público é sempre uma incumbência do Estado, sendo criado por lei, por opção do Estado, que, pela relevância da atividade para a comunidade, não pretende deixá-la à conveniência da iniciativa privada. A prestação, o exercício pode se dar de forma direta pelos órgãos que compõem a Administração Pública centralizada ou indiretamente, por meio de concessão ou permissão, ou por meio de pessoas criadas pelo Estado com essa finalidade.

Augustín GORDILLO<sup>10</sup> esclarece que

*Solamente el régimen jurídico positivo puede justificar la denominación y esse régimen jurídico tan intervencionista sólo tiene sustento constitucional suficiente cuando antes se há otorgado um privilegio o monopólio bajo forma de concesión o licencia.*

O que é relevante destacar é que as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos têm suas atividades definidas por lei, com respaldo constitucional, sendo que não é possível à livre iniciativa exercê-las senão por via de concessão ou permissão de serviço público. Tal critério já é relevante para a distinção entre um serviço público em estrito sentido e uma atividade econômica.

Assim, é inegável que as atividades de saneamento, água e esgoto, telefonia, energia elétrica, transporte público, correios e todos os serviços passados aos particulares por concessão ou permissão, se realizados por empresas públicas ou sociedades de economia mista, não se sujeitam ao regime das empresas privadas, mas sim ao típico da Administração.

## **5 EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA QUE EXPLORAM ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO**

Quando não houver reserva constitucional para a titularidade do serviço pelo Estado, então estaremos diante de atividade econômica típica, exercitável pelos particulares sem sofrer nenhuma influência dos princípios emergentes da Administração Pública. É como montar uma papelaria, um açougue, uma sorveteria ou uma sapataria.

Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO<sup>11</sup>,

A distinção entre uma coisa e outra é óbvia. Se está em pauta atividade que o Texto Constitucional atribuiu aos particulares e não atribuiu ao Poder Público, admitindo, apenas, que este, excepcionalmente, possa empresá-la quando movido por “imperativos da segurança nacional” ou acicatado por “relevante interesse coletivo”, como tais “definidos em lei” (tudo conforme

<sup>10</sup> GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 2. *La defensa del usuario y del administrado*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, v. VI, p. 41.

<sup>11</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 648.

dispõe o art. 173 da Lei Magna), casos em que operará, basicamente, na conformidade do regime de Direito Privado, é evidente que em hipóteses quejandas não se estará perante atividade pública, e, portanto, não se estará perante serviços públicos.

Segundo Marçal JUSTEN FILHO<sup>12</sup>,

O exercício da atividade econômica pelo Estado consiste no desempenho por entidade administrativa, sob forma e regime de direito privado, de atividade econômica propriamente dita, nas hipóteses previstas na Constituição e na lei, quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou à satisfação de relevante interesse coletivo.

Quanto às hipóteses que têm previsão constitucional há rol nos artigos 176 e 177 da Carta Magna. Em caso de hipóteses não previstas constitucionalmente, é necessária a autorização legislativa.

Bem, é verdade que, por vontade constitucional, o ingresso do Estado na atividade econômica é medida excepcional. Afinal sua vocação natural é o serviço público, um plexo de competência que, como sabemos, é exercido com muita dificuldade prática pelo Poder Público, ainda quando concede ou permite, delegando a particulares.

Em que pese às restrições existentes, sabemos que as mais variadas razões levaram o ingresso do Estado a atividades tipicamente econômicas, fora de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo; entretanto, muitas vezes, tal fato ocorreu devido ao desinteresse da iniciativa privada, por motivos que só as regras do mercado conhecem.

Assim, no mercado, em regime privado, o Estado, por meio de suas empresas públicas e sociedades de economia mista, quando em concorrência com particulares, deve ser regido pelas regras de direito privado, inclusive em suas relações com seus empregados, sendo aí, possível, excepcionalmente, se por razões de sobrevivência concorrencial, dispensar de forma imotivada. É o caso do Banco do Brasil e da PETROBRÁS.

## **6 MONOPÓLIO ESTATAL EM ATIVIDADES ECONÔMICAS**

Não podemos deixar de destacar a hipótese na qual o Estado subtrai determinada atividade econômica do âmbito da livre iniciativa. Estaremos diante do monopólio estatal, previsto expressamente no artigo 177 e implicitamente no art. 21, incisos VII, X, XI e XII, ambos da Constituição Federal. Tais atividades não se confundem com serviços públicos. Afinal, não fosse a reserva em favor do Estado, estariam no âmbito da livre iniciativa.

Para Marçal JUSTEN FILHO<sup>13</sup>, “estabelecer que uma atividade se configura como econômica em sentido próprio e impor monopólio estatal é uma contradição

---

<sup>12</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 556.

<sup>13</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 560.

aparente". Entretanto, o mesmo autor destaca que a Constituição afastou a livre iniciativa e a livre concorrência quanto a certas atividades, em virtude de sua relevância política e econômica, porque relacionadas à soberania nacional ou outros valores essenciais, refletindo uma decisão política.

Para Herbert Gross, citado por Hely Lopes Meirelles<sup>14</sup>, o monopólio estatal "é a deliberada subtração de certas atividades privadas das mãos dos particulares, para colocá-las sob a égide da Nação, por motivos de interesse público".

Segundo Carvalho Filho<sup>15</sup>, "o monopólio estatal tem a natureza de atuação interventiva do Estado, direta ou indireta, de caráter exclusivo, em determinado setor da ordem econômica".

No monopólio estatal, o regime de exploração é de direito privado. Afinal a exclusividade nas mãos do Estado não lhe retira a essência de atividade econômica em sentido estrito.

Em monopólio, o Estado poderá explorar a atividade diretamente, podendo também atribuir o exercício a empresas por ele criadas, ou delegar o privilégio do exercício a particulares, por concessão ou permissão.

Quanto à possibilidade de dispensa de empregados de sociedades de economia mista ou de empresas públicas exploradoras de atividade econômica em regime de monopólio estatal, penso que, não obstante se tratar de típica atividade econômica, não se poderá olvidar de que, não havendo concorrência com a iniciativa privada, não há justificativa para a aplicação do art. 173, §1º, inciso II, pois a razão da regra ali posta, de adoção do regime típico da iniciativa privada, é como já foi explicitado, evitar a ruína da iniciativa privada pelo concorrente público.

Em resumo, ainda que a atividade seja econômica em sentido estrito e não serviço público, não há razão para, sendo monopólio estatal, não ser exigida a motivação para o ato de dispensa.

## **7 A DIMENSÃO DE APLICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 247 DA SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS I (SDI-I) DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**

A Orientação Jurisprudencial n. 247 da SDI-I reza: "SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE."

Uma importante distinção deve ser feita pelo aplicador do direito, qual seja, a verificação do tipo de atividade desempenhada pelas referidas pessoas: se econômica, em sentido estrito, ou se serviço público, sob pena de grave prejuízo ser causado aos seus agentes trabalhadores.

A aplicação do referido entendimento jurisprudencial não pode ser feita de forma indistinta, com base em todos os argumentos acima expostos, cabendo ao aplicador do Direito do Trabalho recolher escólios no Direito Administrativo, sendo relevante destacar que os serviços públicos são postos no Texto Constitucional ou

<sup>14</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p. 617.

<sup>15</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 744.

no plano legal infraconstitucional, desde que não haja ofensa aos postulados garantidores da livre iniciativa. O serviço público é exercido direta ou indiretamente pelo Estado e, se exercido por particulares, será por concessão ou permissão.

Quanto aos precedentes que levaram à edição da referida Orientação Jurisprudencial n. 247, E-RR-382607/97, E-RR-427090/98, ROAR-322980/96, E-RR-274517/96, ROAR-322980/96, RR-45463/92, RR-45241/92, além do julgamento do AG(AgRg)245235-PE, do Supremo Tribunal Federal, merece ser destacado, após a leitura atenta da íntegra dos referidos acórdãos, que não houve nos julgamentos enfrentamento da questão sobre a natureza da atividade desempenhada por referidas pessoas, se atividade econômica em sentido estrito ou se serviço público.

Nos referidos julgamentos, o que restou analisada foi a questão da aplicabilidade dos artigos 41, 37, *caput*, da Constituição Federal aos atos de dispensa de empregados. Em todos os julgamentos, à exceção do último mencionado, foi feita apenas referência ao inciso II do § 1º do art. 173 da Constituição Federal, que apregoa o regime das pessoas de direito privado para as sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica.

Quando uma empresa pública ou sociedade de economia mista exerce determinada atividade, sem permissão ou concessão, tal atividade é econômica e não serviço público.

## 8 CONCLUSÃO

As sociedades de economia mista e as empresas públicas são divididas em prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividades econômicas, sendo as últimas exceção constitucional. Assim exceptiva será a possibilidade de dispensa imotivada de seus empregados, o que só poderá ocorrer nas últimas.

Será sempre necessário identificar o tipo de atividade desempenhada pelas referidas pessoas. Sendo serviço público ou atividade econômica exercida em regime de monopólio, haverá necessidade de motivar a dispensa. Caso a hipótese seja de atividade econômica em sentido estrito, em concorrência com a iniciativa privada, a dispensa imotivada poderá ocorrer, se necessária aos imperativos da sobrevivência concorrencial.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros. 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 21.322 - 1- DF. Relator: Ministro Paulo Brossard, maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio. Publicado no *Diário da Justiça da União* de 23.04.1993.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 130.206, 1ª Turma.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- FREITAS, Ney José de. *Dispensa de empregado público & O princípio da motivação*. Curitiba: Juruá, 2002.
- GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 2. *La defensa del usuário y del administrado*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- RODRIGUES, Douglas A. As empresas públicas e a resilição dos contratos de trabalho. *In: Cavalcante Soares, José Ronald. O servidor público e a Justiça do Trabalho: Homenagem ao Ministro Ronaldo José Lopes Leal*. São Paulo: LTr, 2005.