

O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA POR EMPREGADOS DE ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Natália Cristina Chaves

Professora de Direito Empresarial do Uni-BH

Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da UFMG

Doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG

Advogada

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo precípua examinar a situação dos empregados públicos de sociedades de economia mista e de empresas públicas, a fim de se verificar se a proibição quanto ao exercício de atividade empresária prevista para os servidores públicos em geral se estenderia a essa categoria. Para tanto, serão levados em consideração não só os princípios de direito administrativo aplicáveis à categoria, mas também, o disposto na Constituição brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: empresa pública, sociedade de economia mista, atividade empresária, empregado.

Sumário – 1. Introdução. 2. Panorama da sociedade de economia mista e empresa pública. 2.1. Conceito. 2.2. Aspectos gerais. 2.2.1. Empresa pública. 2.2.2. Sociedade de economia mista. 3. Relações internas de empresa pública e sociedade de economia mista com seus empregados públicos. 3.1. As relações internas. 3.2. Tratamento peculiar aos empregados públicos. 3.3. Os empregados públicos e o exercício de atividade empresária. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A busca pela liberdade sempre foi uma constante na vida do homem, mas o fato é que essa faculdade ou direito de decidir e comportar-se segundo a própria determinação nunca foi absoluta, esbarrando em limitações impostas por uma necessidade de convívio em sociedade e de proteção à coletividade. Daí o provérbio popular no sentido de que “a nossa liberdade termina onde começa a dos outros”.

Essa máxime é observada nos mais diversos campos do Direito, inclusive no âmbito do direito empresarial, muito embora a ordem econômica brasileira seja fundada na livre iniciativa.

O *caput* do art. 170 da Constituição brasileira de 1988 é exemplo disso, pois vincula a livre iniciativa à preocupação em se assegurar a todos uma existência digna, consoante os ditames da justiça social.¹ E o próprio parágrafo único de aludido dispositivo legal, o qual estipula que *é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.*

Na mesma linha, o art. 972 do Código Civil admite o exercício da atividade empresária, desde que não haja incapacidade civil ou impedimento legal.²

¹ O *caput* do art. 170 da Constituição brasileira estipula que: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...)” (BRASIL. Presidência da República. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 27 jun. 2009.)

² O art. 972 do Código Civil dispõe que: “Art. 972. Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.” (BRASIL. Presidência da República. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 27 jun. 2009.)

Interessa-nos, neste estudo, os impedimentos legais e, mais especificamente, aqueles aplicáveis aos servidores públicos. A Lei n. 8.112/1990, que instituiu o regime jurídico aplicável aos servidores públicos federais, veda, em seu art. 117, o exercício individual da atividade empresária pelos referidos servidores.³

Tal vedação não é absoluta, porquanto é admissível aos servidores públicos federais atuarem como sócios de sociedades anônimas, limitadas e em comandita simples ou por ações (nestas duas últimas, na condição de sócios comanditários), desde que não participem da gerência ou administração social.

A vedação foi transposta para o âmbito estadual. Em Minas Gerais, por exemplo, o art. 217 do Estatuto do Servidor (Lei n. 869/1952) veda, em seus incisos VI e VII, aos servidores estaduais, o exercício individual da empresa, bem como a participação em sociedades na condição de sócios, exceto como acionistas, quotistas ou comanditários e desde que não exerçam atos de administração ou gerência.⁴

Não obstante a clareza da proibição legal, dúvidas persistem no que se refere às sociedades de economia mista e empresas públicas, entidades dotadas de personalidade jurídica própria que integram a administração pública indireta. Será que os empregados públicos de tais entidades estariam sujeitos aos mesmos impedimentos aplicáveis aos servidores públicos em geral?

Isso porque, apesar de tais entidades serem consideradas pessoas jurídicas de direito privado (art. 44 do Diploma Civil) e de, ao explorarem atividade empresária, sujeitarem-se ao *regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários* (art. 173, §1º, inciso II da Magna Carta), devem

³ O art. 117, inciso X, da Lei n. 8.112/90 dispõe que: “Art. 117. Ao servidor é proibido: (...) X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário.” (BRASIL. Presidência da República. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 27 jun. 2009.)

⁴ O art. 217, incisos VI e VII, estabelecem que: “Art. 217. Ao funcionário é proibido: VI - participar da gerência ou administração de empresa comercial ou industrial, salvo os casos expressos em lei; VII - exercer comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como acionista, quotista ou comanditário; (...)” (MINAS GERAIS. Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/downloads/EstatutoServidor.pdf>> Acesso em: 27 jun. 2009.)

observar determinados princípios da administração pública, por serem instrumentos de ação do Estado.⁵

Neste artigo, cuidaremos tanto das sociedades de economia mista quanto das empresas públicas, dadas as semelhanças entre tais entidades, analisando seus aspectos gerais, suas relações com seus empregados, bem como se estes estariam vinculados às mesmas limitações previstas para os servidores públicos, no âmbito do exercício da atividade empresária.

2 PANORAMA DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E EMPRESA PÚBLICA

2.1 CONCEITO

A empresa pública foi instituída pelo Decreto-Lei n. 200/1967, sendo que, consoante o art. 5º de referido Diploma Legal, com a redação do Decreto-Lei n. 900/1969, é conceituada como *entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.*⁶

Analisando-se referido dispositivo legal, verifica-se que não abarca, com precisão, todas as modalidades de empresas públicas, porquanto há aquelas que se dedicam à prestação de serviços públicos (art. 175 da Constituição brasileira) e, não, à exploração de uma atividade empresária típica da iniciativa privada (art. 173 da Constituição brasileira), muito embora a prestação de serviços possa ser considerada atividade econômica em sentido amplo.

⁵ O art. 44 do Código Civil estipula que: “Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I – as associações; II – as sociedades; III – as fundações; IV – as organizações religiosas; V – os partidos políticos.” O art. 173, §1º, inciso II da Magna Carta dispõe que: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. §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: I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (...)” Segundo José dos Santos Carvalho Filho, a justificativa para a criação pelo Estado de empresas públicas e sociedades de economia mista com personalidade de jurídica de direito privado foi a necessidade de maior dinamismo e versatilidade no exercício de atividades econômicas sob a sua direção. Por outro lado, o fato de terem personalidade jurídica de direito privado não as coloca no nível de exata igualdade com as pessoas nascidas, exclusivamente, da iniciativa privada. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. 445-446.)

⁶ BRASIL. Presidência da República. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 27 jun. 2009.

Paralelamente, há empresas públicas que não se constituem de capital integralmente da União, havendo a possibilidade de participação no capital da empresa pública de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta.⁷ A esse respeito, o art. 5º do Decreto-Lei n. 900/1969.⁸

A sociedade de economia mista, a seu turno, de acordo com o art. 5º do Decreto-Lei n. 200/1967, com a redação dada pelo Decreto-Lei n. 900/1969, é a *entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima.*

Ao examinar o aludido conceito legal, Celso Antônio Bandeira de Mello apontou algumas impropriedades, como a ausência de referência à conjugação de capitais públicos e privados, bem como a utilização exclusiva da expressão “atividade econômica”, já que, ao lado daquelas entidades mencionadas pelo art. 173 da Constituição brasileira, existem sociedades de economia mista voltadas para a prestação de serviços públicos (art. 175 da Constituição brasileira).⁹

Portanto, partindo-se dessas premissas, poder-se-ia conceituar a sociedade de economia mista como:

pessoa jurídica de direito privado, em que há conjugação de capital público e privado, participação do poder público na gestão e organização sob forma de sociedade anônima, com as derogações estabelecidas pelo direito público e pela própria Lei das S/A (Lei n. 6.404, de 15.12.1976); executam atividades econômicas, algumas delas próprias da iniciativa privada (com sujeição ao art. 173 da Constituição) e outras assumidas pelo

⁷ *Apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19 ed. rev e atual. São Paulo; Malheiros Editores, 2005. p. 172.

⁸ O art. 5º do Decreto-Lei n. 900/1969 dispõe que: “Art. 5º. Desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da Empresa Pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios.”

⁹ A esse respeito, vale transcrever os comentários de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Já se viu ao comentar o conceito de empresa pública que a noção de sociedade de economia mista demanda – e não apenas por força da tradição, mas também para ajustar-se ao espírito de comandos constitucionais – conjugação de capitais de pessoas governamentais com capitais particulares (cf. n. 42, *retro*). Daí a necessidade de incluir-se tal referência, indispensável em qualquer conceito que dela se formule, pena de ensejar lamentáveis confusões. Viu-se, também, que no texto normativo em causa a voz “exploração de atividade econômica” não traz consigo a carga conotativa e denotativa que a Constituição brasileira lhe atribui (cf. ns. 43 e 44, *retro*) e que já lhes era atribuída pelo Texto Constitucional anterior. Há inúmeras sociedades de economia mista, e da mais subida importância, que são prestadoras de serviços públicos e não de atividades caracterizáveis como pertinentes à esfera econômica no sentido que a Lei Magna atribui a esta expressão.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 176.)

Estado como serviços públicos (com sujeição ao art. 175 da Constituição).¹⁰

Nota-se que a sociedade de economia mista, diferentemente da empresa pública, constitui uma associação entre o Estado e a iniciativa privada para a realização de um empreendimento comum, congregando participações acionárias públicas e privadas.¹¹ Em se tratando de sociedade anônima, é regulada, adicionalmente, pela Lei n. 6.404/76 (Lei das S/A), em especial, pelos arts. 235 a 240.

É, pois, à luz desses dispositivos legais que identificamos os traços principais dessas entidades

2.2 ASPECTOS GERAIS

2.2.1 EMPRESA PÚBLICA

Como mencionado, a empresa pública é pessoa jurídica de direito privado, cuja lei autoriza a sua criação.¹² Desse modo, em linhas gerais, o regime jurídico a ser adotado é o do direito privado e, portanto, a existência legal da entidade dá-se com a inscrição do ato constitutivo no registro competente.¹³

Da mesma forma que a criação, a extinção da empresa pública reclama lei autorizadora.

Ao contrário do que ocorre com a sociedade de economia mista, cuja forma deverá ser, necessariamente, a de sociedade anônima, a lei conferiu maior amplitude à empresa pública, possibilitando seja revestida de qualquer das formas admitidas em Direito. Pode, assim, ser tanto unipessoal quanto pluripessoal.¹⁴

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 376.

¹¹ *Apud* CUNHA, Rodrigo Ferraz Pimenta. *Estrutura de interesses nas sociedades anônimas. Hierarquia e conflitos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 300.

¹² Consoante o art. 37, inciso XIX da Magna Carta, *somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação*.

¹³ O art. 45 do Diploma Civil dispõe que: “Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.”

¹⁴ Sobre a questão, vale transcrever os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho: “Já em relação às empresas públicas, a dicção do Decreto-Lei n. 200/67 é no sentido de que elas podem revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. A lei, como se pode ver, deu a esta categoria de pessoas administrativas maior amplitude para fazer-se presente na ordem jurídica. Emanada de tal abrangência que, pelo permissivo legal, podem

A maior amplitude de forma da empresa pública, não obstante exista uma relação de controle entre o Estado e tais pessoas jurídicas, talvez se justifique em razão da ausência das hipóteses clássicas de conflito de interesses, porquanto o capital social é formado unicamente *por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações Indiretas*.¹⁵

Como compete à União legislar sobre direito civil e empresarial (art. 22, inciso I da Constituição brasileira), as entidades vinculadas aos demais entes federados (Estados, Municípios e Distrito Federal), ao instituírem empresas públicas, deverão observar as formas jurídicas disponibilizadas pela legislação federal.¹⁶

Por se tratar de pessoa jurídica de direito privado, os bens que integram o patrimônio da empresa pública, da mesma forma que os da sociedade de economia mista, devem ser considerados particulares e, portanto, a rigor, passíveis de penhora, a teor do que estabelece o art. 98 do Diploma Civil.¹⁷ Todavia, não se trata de questão pacífica, ainda mais no que se refere às sociedades de economia mista e empresas públicas previstas no art. 175 da Magna Carta, visto que seus bens estariam voltados para a prestação de serviços públicos.

As empresas públicas federais têm tratamento constitucional privilegiado no que diz respeito ao foro, pois o inciso I do art. 109 dispõe que compete aos juízes federais processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

as empresas públicas ser unipessoais, quando o capital pertence exclusivamente à pessoa instituidora, ou pluripessoais, quando, além do capital dominante da pessoa criadora, se associam recursos de outras pessoas administrativas. Trata-se, portanto, de mecanismo que oferece ampla margem de escolha ao Poder Público quando procede à sua criação.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 457)

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.* p. 171. Segundo Rodrigo Ferraz Pimenta da Cunha, a despeito da ausência das hipóteses clássicas de conflitos de interesses, tanto nas empresas públicas quanto nas subsidiárias integrais, estão presentes os conflitos de interesses extra-sociais. (CUNHA, Rodrigo Ferraz Pimenta. *Estrutura de interesses nas sociedades anônimas. Hierarquia e conflitos*, p. 300)

¹⁶ O art. 22, inciso I da Constituição estipula que: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (...)”

¹⁷ O art. 98 do Código Civil estabelece que: “Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.” A questão não é pacífica e há posicionamentos divergentes a respeito da penhorabilidade dos bens de empresas públicas e sociedades de economia mista. Sobre essa divergência, consultar: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 457.

O privilégio não alcançou as empresas públicas estaduais, municipais e as sociedades de economia mista, as quais litigarão na Justiça Estadual.

No que se refere à responsabilidade civil, o art. 37, §6º da nossa Constituição consagrou a teoria da responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas de direito público e para as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.¹⁸

Assim, a despeito dos entendimentos em sentido contrário, sendo o objeto da atividade exercida pela empresa pública a exploração de atividade econômica em sentido estrito (art. 173 da Constituição brasileira), a responsabilidade da entidade será subjetiva. Havendo prestação de serviço público, a responsabilidade será objetiva. A mesma regra vale para a sociedade de economia mista.¹⁹

Por fim, deve-se lembrar que a empresa pública, da mesma forma que a sociedade de economia mista, está sob o controle do Estado, sendo, pois, auxiliar do Poder Público. Portanto, o fato de ter personalidade jurídica de direito privado não a coloca no nível de exata igualdade com as pessoas nascidas da iniciativa privada, já que *há uma derrogação parcial do direito comum pelo direito público*.²⁰

2.2.2 SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

Pelo fato de a sociedade de economia mista se revestir da forma de sociedade anônima, submete-se às regras da Lei das S/A. Todavia, a sua constituição não depende, exclusivamente, da vontade das partes que integrarão o seu quadro societário, visto que se vincula à prévia autorização legislativa.²¹ Ademais, tal companhia *somente poderá explorar*

¹⁸ O art. 37, §6º da Constituição estatui que: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e também, ao seguinte:

(...) §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.”

¹⁹ Sobre a questão, consultar: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 464.

²⁰ *Apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 446. A respeito da derrogação parcial do direito comum pelo direito privado, consultar: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 378.

²¹ O *caput* do art. 236 da Lei das S/A dispõe que: “Art. 236. A constituição de companhia de economia mista depende de prévia autorização legislativa. (...)” (BRASIL. Presidência da República. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 27 jun. 2009.)

os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição (art. 237 da Lei das S/A).

Escolheu bem o legislador ao restringir o tipo societário a ser adotado pela sociedade de economia mista, visto que a minuciosa regulação da Lei das S/A confere maior proteção a essa entidade, diminui a margem de discricionariedade e deixa clara a possibilidade de o acionista controlador orientar a companhia em prol do interesse público que justificou a sua criação, ainda que contrário aos demais interesses em discussão.²²

Na sociedade de economia mista é obrigatória a existência de um Conselho de Administração (art. 239 da Lei das S/A), sendo que *os deveres e responsabilidades dos administradores são os mesmos dos administradores das companhias abertas*.²³

No que tange à fiscalização, o Conselho Fiscal terá funcionamento permanente, e *um dos seus membros, e respectivo suplente, será eleito pelas ações ordinárias minoritárias e outro pelas ações preferenciais, se houver* (art. 240 da Lei as S/A).

Como mencionado, a sociedade de economia apresenta pontos em comum com a empresa pública, dentre os quais frisamos a necessidade de autorização legislativa para a sua criação e extinção; a atuação voltada para a prestação de serviços públicos (responsabilidade objetiva) ou para a exploração de atividade empresarial (responsabilidade subjetiva); a condição de auxiliar do Poder Público e o caráter particular de seus bens.

Outro aspecto similar diz respeito à submissão de seu pessoal ao regime trabalhista comum, de cunho celetista, cujas peculiaridades são descritas no capítulo subsequente.

²² O art. 238 da Lei das S/A preceitua que: “Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (arts. 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou sua criação.” Conforme TAVARES GUERREIRO: Por fim, assinalo que, na sociedade de economia mista, na sociedade de economia mista, o voto do controlador pode conflitar com o interesse da companhia, desde que atenda ao interesse público que justificou a sua criação (Lei n. 6.404, art. 238). GUERREIRO, José A. Tavares. Conflito de interesse entre sociedade controladora e controlada e entre coligadas, no exercício do voto em assembléias gerais e reuniões sociais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 22, n. 51, p. 32, jul/set. 1989.

²³ O *caput* do art. 239 da Lei n. 6.404/76 estipula que: “Art. 239. As companhias de economia mista terão obrigatoriamente Conselho de Administração, assegurado à minoria o direito de eleger um dos conselheiros, se maior número não lhes couber pelo processo de voto múltiplo. (...)”

3 RELAÇÕES INTERNAS DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA COM SEUS EMPREGADOS PÚBLICOS

3.1 AS RELAÇÕES INTERNAS

Como dito, as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades empresárias em concorrência com a iniciativa privada, nos termos do art. 173, §1º, inciso II da Constituição brasileira, sujeitam-se *ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.*

Portanto, a natureza do vínculo trabalhista dessas entidades e seus empregados é celetista e, portanto, a relação é regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). De igual modo, no que se refere às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, em regra, o regime adotado também será o celetista, seja por força do disposto no art. 182 do Decreto-Lei n. 200/1067, seja em razão dessas entidades serem pessoas jurídicas de direito privado.²⁴

Registra-se que os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista integram uma categoria mais ampla, a saber, a dos agentes públicos. Consoante o art. 2º da Lei n. 8.429/92, que regula as sanções aplicáveis ao agente público em caso de enriquecimento ilícito, reputa-se como tal *todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração (...) mandato, cargo, emprego ou função nas entidades da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Territórios.*²⁵

A categoria dos agentes públicos pode ser subdividida em 3 (três) grandes grupos, sendo eles o dos agentes políticos, o dos servidores estatais (servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de direito privado) e o dos particulares em colaboração com o Poder Público.

24 O art. 182 do Decreto-Lei n. 200/1967 estabelece o seguinte: “Art. 182. Nos casos dos incisos II e III do art. 5º e no do inciso I do mesmo artigo, quando se tratar de serviços industriais, o regime de pessoal será o da Consolidação das Leis do Trabalho; nos demais casos, o regime jurídico do pessoal será fixado pelo Poder Executivo.”

25 BRASIL. Presidência da República. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 27 jun. 2009.

Os empregados das empresas públicas e das sociedades de economia mista integram a categoria dos servidores estatais, estando sob o regime trabalhista.²⁶

Sendo, portanto, contratual o regime, os litígios decorrentes das relações do trabalho entre os empregados e essas entidades são de competência da Justiça do Trabalho.²⁷

3.2 TRATAMENTO PECULIAR AOS EMPREGADOS PÚBLICOS

Não obstante os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista estejam sob a égide da CLT, sofrem os influxos de normas e princípios de direito público, porquanto trabalham em entidades que são verdadeiros instrumentos de ação estatal.

Daí porque, a despeito do disposto no art. 173 da Magna Carta, tais empregados não se submetem perfeitamente ao regime jurídico das empresas privadas no aspecto trabalhista.

A começar pelo *caput* do art. 37 da Constituição brasileira, o qual submete a administração direta e indireta aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O princípio da legalidade diz respeito à lei como suporte e o limite do exercício administrativo. Aquele que administra, inclusive os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, só pode fazer aquilo que a lei permite, o que gera uma presunção relativa de legalidade dos atos praticados pela administração pública.²⁸

²⁶ Tal classificação é sugerida por Celso Antônio Bandeira de Mello que, por sua vez, fez menção à sistematização proposta pelo Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Segundo o Autor: “A designação servidores estatais – que ora se sugere em atenção à mudança constitucional – abarca todos aqueles que entretêm com o Estado e suas entidades da Administração Indireta, independentemente de sua natureza pública ou privada (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 230)

²⁷ A esse respeito, o inciso I do art. 114 da Constituição brasileira: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (...)”

²⁸ *Apud* FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Fundamentos de direito administrativo*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003. p. 19.

O princípio da impessoalidade, ao seu turno, liga-se à objetividade e ao tratamento isonômico no exercício da administração. *À medida que administrar é uma atividade institucional, toda conduta administrativa deve ser objetiva, imune de subjetivismo e aos vínculos pessoais.*²⁹

Quanto ao princípio da publicidade, consiste na transparência dos atos administrativos.

Interessam-nos, neste artigo, os princípios da moralidade e da eficiência, os quais se ligam, mais diretamente, ao tema a ser examinado. Isso porque a análise acerca da extensão, aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, dos impedimentos previstos para os servidores públicos, no tocante ao exercício da atividade empresária, vincula-se às exigências que decorrem dos princípios em comento.

Tais princípios relacionam-se, dentre outros aspectos, com a conduta que se espera de um agente público, o qual, no exercício de um cargo, mandato, emprego ou função, deve agir não só de forma ética, observando as finalidades legais do ato praticado, mas também, de forma eficiente, bem administrando e gerindo o que pertence à sociedade.³⁰

Foi, precisamente, com o intuito de moldar a conduta dos agentes públicos em prol de interesses maiores da sociedade que o art. 37, §4º da Constituição brasileira preceitua o seguinte:

Art. 37. (...)

§4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Na mesma linha, a Lei n. 8.429/92, já comentada. E, ademais, o art. 5º, inciso LXXIII da Constituição brasileira, que confere a qualquer cidadão a legitimidade para propor ação popular visando *anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado*

²⁹ *Apud* FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Fundamentos de direito administrativo*, p. 21.

³⁰ Sobre o princípio da moralidade na Administração Pública, vale citar os ensinamentos de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho: “Não se trata, contudo, da moral comum, mas da moral jurídica. E para a qual prevalece a necessária distinção entre o bem e o mal, o honesto e o desonesto, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, o legal e o ilegal.” (SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. *Controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974. P. 207).

participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Tendo em foco, ainda, o princípio da eficiência, o art. 37, inciso XVII da Magna Carta estendeu aos empregados públicos a vedação de acumulação de empregos, como já havia a de cargos para os servidores públicos. As exceções, quando houver compatibilidade de horários, são listadas no inciso XVI do referido dispositivo legal e dizem respeito à atividade docente, técnica ou científica e às atividades de profissionais da saúde, com profissões regulamentadas.³¹

O objetivo, portanto, é que o empregado tenha disponibilidade de tempo para fins do exercício, com qualidade, da atividade/serviço para o qual foi designado. E, a fim de propiciar uma maior qualidade, também foi estendida aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista a exigência de prévia aprovação em concurso público, de acordo com a complexidade do emprego, *na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração* (art. 37, inciso II da Magna Carta).

Paralelamente aos traços peculiares citados, há que se falar na limitação da remuneração salarial aplicável aos empregados em comento, acaso as entidades para as quais trabalhem recebam recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral. Nessa situação, o teto remuneratório mensal corresponde aos subsídios mensais dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 37, §9º da Constituição).

Por fim, da mesma forma que a admissão de pessoal vincula-se à prévia aprovação em concurso público, a demissão liga-se a um processo regular, com direito de defesa, para fins

³¹ O art. 37, inciso XVI, dispõe que: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico; c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.”

de apuração da falta cometida ou da inadequação do empregado à atividade desempenhada, não sendo aceitável a demissão fora dessas condições.³²

3.3 OS EMPREGADOS PÚBLICOS E O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EMPRESÁRIA

A despeito dos influxos das normas e princípios de direito público que os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista sofrem e não obstante estarem sujeitos a algumas regras aplicáveis aos servidores públicos, o que impede uma perfeita equivalência com os empregados de “empresas privadas” (terminologia usada no art. 173 da Constituição brasileira), o fato é que tais empregados integram os quadros de pessoas jurídicas de direito privado.³³

Portanto, ressalvadas aquelas hipóteses em que a lei, expressamente, estabeleça um tratamento equiparado aos servidores públicos em determinadas searas, nos demais campos, prevalece a máxima de que “o que não é proibido é permitido”.

Nesse contexto, entendemos que não vigoram para os empregados das entidades aqui tratadas os impedimentos legais previstos para os servidores públicos, no tocante ao exercício da atividade empresária. Com efeito, a não ser que a lei que autorizar a criação da entidade da administração indireta vede, expressamente, aos seus empregados, o exercício de atividade empresária e da gerência e administração de outras pessoas jurídicas, entendemos que prevalecerá a liberdade de escolha e de iniciativa.

³² Sobre esse assunto, vale transcrever as observações de Celso Antônio Bandeira de Mello: “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 impositivos 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.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 205)

³³ Mantivemos entre aspas a expressão empresas privadas, na medida em que o Código Civil alude, no seu art. 966, ao perfil funcional da empresa, enquanto atividade econômica organizada e, não como sujeito de direitos e deveres.

Todavia, não se deve olvidar que se aplicam aos empregados públicos os mesmos princípios da administração pública destinados aos servidores, dentre os quais o da eficiência.

Destarte, dependendo da atividade desempenhada pelo empregado público no âmbito da entidade da administração indireta, bem como do tempo necessário a tal desempenho, o exercício de qualquer outra atividade paralela (seja na condição de empresário individual, seja na condição de sócio de outras pessoas jurídicas) revelar-se-á incompatível, sob pena de se prejudicar a qualidade e eficiência exigidas pelo emprego.

Em outras palavras: o desempenho no exercício da atividade pública não pode ser prejudicado pelo desempenho de atividades empresariais paralelas. Aqui, a incompatibilidade não decorre de um prévio impedimento legal, mas, da subordinação do empregado aos princípios que norteiam a administração pública.

Raciocínio similar deve ser aplicado no tocante ao princípio da moralidade. Por óbvio, em virtude do emprego, não poderá o empregado exercer individualmente determinadas empresas ou ser sócio de sociedades concorrentes ou que, de alguma forma, possam ser beneficiadas direta ou indiretamente em razão do emprego público.

Conclui-se, pois, que a despeito da ausência de expresso e direto impedimento legal quanto ao exercício de determinadas atividades simultâneas ao exercício de emprego público, isso não significa que exista plena liberdade, já que deverão ser observados os princípios em comento. Se o exercício paralelo de outras atividades implicar violação aos princípios aqui tratados, entendemos pela vedação ao exercício de tais atividades. Deve prevalecer o bom senso e a razoabilidade.

Contudo, infelizmente, há aqueles que se valendo dessa ausência de expresso e direto impedimento legal no âmbito da administração indireta, têm desempenhado atividades manifestamente incompatíveis com o emprego público.

Registra-se que, na prática, os limites acima não impedem que o empregado exerça, paralelamente ao seu emprego, qualquer atividade empresária, ainda que contrariamente às condições mencionadas, porquanto a Junta Comercial exige, tão-somente, uma declaração de

ausência de impedimentos por parte do empresário individual ou dos sócios e administradores das sociedades.

Daí porque o art. 973 do Diploma Civil estabelece que a *pessoa legalmente impedida de exercer atividade própria de empresário, se a exercer, responderá pelas obrigações contraídas*. O próprio legislador admite hipóteses em que pessoas legalmente impedidas do exercício da atividade empresária a exercem.

Disso se infere que, no âmbito empresarial, o empregado não poderá se escusar do cumprimento de obrigações assumidas enquanto empresário individual ou enquanto sócio e/ou administrador de sociedade empresária, sob a alegação de que estaria legalmente impedido do exercício da atividade, sob pena de violação ao princípio de que a ninguém é lícito alegar em seu benefício a sua própria torpeza.

Por outro lado, responderá o empregado administrativamente, no âmbito da empresa pública ou da sociedade de economia mista que o empregue por eventuais atos de improbidade administrativa, o que poderá implicar, em última instância, na perda do emprego público.

E no campo penal, poderá sofrer penalidades aplicáveis aos servidores públicos em geral, porquanto o art. 327, §1º do Código Penal, equipara a *funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública*.³⁴

³⁴ A esse respeito, cita-se que se o empregado público presta declaração falsa na Junta Comercial, informando que não está impedido do exercício da atividade empresária, quando existe impedimento, ainda que implícito, comete crime de falsidade ideológica, punido, pelo art. 299 do Código Penal. Tal artigo dispõe que: “Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular. Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.” (BRASIL. Presidência da República. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 27 jun. 2009.)

4 CONCLUSÃO

A partir do estudo feito, verificamos que os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista são regidos pelo regime celetista e, portanto, sujeitos às normas de direito privado.

Contudo, em razão dessas entidades integrarem a administração pública indireta e tendo em vista a natureza das atividades desempenhadas, referidos empregados sofrem a influência de algumas normas de direito público, vinculando-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Referida influência é revelada no tratamento equiparado de servidores públicos e empregados das entidades aqui tratadas em determinadas searas. Contudo, naqueles aspectos em que a lei não promove a equiparação, as regras prevalentes são as de direito privado.

Disso inferimos que não se estendem aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, independentemente destas explorarem atividade econômica em sentido estrito ou de prestarem serviço público, os impedimentos legais previstos para os servidores públicos, no tocante ao exercício individual da empresa e ao desempenho de atividades de gerência e administração em sociedades empresárias.

A exceção dar-se-á naqueles casos em que a própria lei que autoriza a criação da entidade vedar o exercício das atividades aqui mencionadas.

Não obstante essa ausência de impedimentos nos moldes previstos para os servidores, não há que se falar em liberdade absoluta para os empregados públicos, já que, como visto, se o exercício de atividade paralela implicar violação aos princípios da administração pública, tal exercício estará vedado.

Aliás, tal vedação vale, inclusive, para os servidores públicos. Ou seja, ainda que não se trate de hipótese de exercício individual da empresa ou de exercício de atos de gerência e administração de sociedades limitadas, companhias ou sociedades em comandita simples ou por ações, se a atividade paralela implicar afronta aos princípios abordados, tal atividade revelar-se-á incompatível com o serviço e, portanto, é, implicitamente, vedada.

Contudo, aqui, a apuração da incompatibilidade dar-se-á, casuisticamente, de acordo com as especificidades e circunstâncias do caso concreto.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Presidência da República. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 27 jun. 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

CUNHA, Rodrigo Ferraz Pimenta. *Estrutura de interesses nas sociedades anônimas. Hierarquia e conflitos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Fundamentos de direito administrativo*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

GUERREIRO, José A. Tavares. Conflito de interesse entre sociedade controladora e controlada e entre coligadas, no exercício do voto em assembleias gerais e reuniões sociais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 22, n. 51, p. 29-32, jul/set. 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19 ed. rev e atual. São Paulo; Malheiros Editores, 2005.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/downloads/EstatutoServidor.pdf>> Acesso em: 27 jun. 2009.

SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. *Controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974.