


Revista da

CGU

ANO VI
Julho/2011
ISSN 1981-674X

Edição Especial - Direito Disciplinar

**CONTROLADORIA - GERAL
DA UNIÃO / PR**

The cover image shows a modern building facade with a grid pattern. Overlaid on the image is a circular graphic with a globe in the center and a map of Brazil. The text 'CONTROLADORIA - GERAL DA UNIÃO / PR' is printed on the building's facade.

Controladoria-Geral da União

Revista da CGU
Edição Especial - Correição

Brasília, DF
Julho /2011

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU
SAS, Quadra 01, Bloco A, Edifício Darcy Ribeiro
70070-905 - Brasília /DF
cgu@cgu.gov.br

Jorge Hage Sobrinho
Ministro-Chefe da Controladoria-Geral da União

Luiz Navarro de Britto Filho
Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União

Valdir Agapito Teixeira
Secretário Federal de Controle Interno

José Eduardo Elias Romão
Ouvidor-Geral da União

Marcelo Neves da Rocha
Corregedor-Geral da União

Mário Vinícius Claussen Spinelli
Secretário de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas

A Revista da CGU é editada pela Controladoria-Geral da União.

Tiragem: 1.500 exemplares

Diagramação e arte: Assessoria de Comunicação Social da CGU

Distribuição gratuita da versão impressa

Disponível também no site www.cgu.gov.br

É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte.
O conteúdo e as opiniões dos artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores e não expressam, necessariamente, as opiniões da Controladoria-Geral da União.

Revista da CGU Edição Especial - Correição / Presidência da República, Controladoria-Geral da União. - Ano VI, Julho/2011. Brasília: CGU, 2011.

376 p. Coletânea de artigos.

1.Prevenção e Combate da corrupção. I. Controladoria-Geral da União.

ISSN 1981- 674X
CDD 352.17

umário

O princípio da insignificância como requisito para formação do juízo de admissibilidade no processo administrativo disciplinar 14

Alessandra Lopes de Pinho

A formação do Estado patrimonialista português e a gênese da corrupção no Brasil 27

Alan Lacerda de Souza

Uma (re)leitura do poder correicional no Estado Democrático de Direito: prevenção versus repressão 37

Ana Cláudia de Moraes

Limites do controle judicial de proporcionalidade das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos federais regidos pela Lei nº 8112/92.... 50

André Luís Schulz

Publicação dos vencimentos dos servidores públicos na rede mundial de computadores: violação à privacidade ou um instrumento de controle social?..... 62

Darcy de Souza Branco Neto

Possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade em processos administrativos disciplinares cuja penalidade prevista seja a demissão..... 72

Débora Queiroz Afonso

Responsabilização disciplinar de diretores de empresas públicas e sociedades de economia mista à luz do sistema de correição do Poder Executivo Federal

Eduardo Athayde de Souza Moreira..... 88

Prescrição no processo administrativo disciplinar.....	107
<i>Emília Cássia de Sousa</i>	
O uso do sistema de videoconferência no processo administrativo disciplinar.....	129
<i>Érika Lemância Santos Lôbo</i>	
Processo administrativo disciplinar europeu: procedimento e formação de comissões.....	140
<i>Fernando Toledo Carneiro</i>	
O controle social e a transparência pública na democracia brasileira.....	150
<i>Ivo de Souza Borges</i>	
Demissão de servidor pela Administração Pública por prática de ato de improbidade sem a necessidade de atuação antecipada do judiciário.....	160
<i>José Olímpio Barbacena Filho</i>	
Improbidade administrativa: aplicação da lei, tendências e controvérsias.....	171
<i>Laurent Nancym Carvalho Pimentel</i>	
A inserção das empresas estatais no Sistema de Correição do Poder Executivo Federal.....	185
<i>Marcelo Pontes Vianna</i>	
O Devido Processo Legal como direito fundamental em processos administrativos disciplinares implica necessariamente na obrigatoriedade de defesa técnica proferida por advogado?.....	199
<i>Maria do Rosário Ferreira</i>	
O monitoramento das reintegrações judiciais de servidores públicos como forma de verificar a efetividade do exercício da função disciplinar da Administração Pública Federal.....	212
<i>Marta Maria Vilela de Carvalho Gomes</i>	
A natureza jurídica da sindicância e seu papel no direito administrativo disciplinar.....	224
<i>Maxwell Novais Oliveira</i>	

Controle social nos procedimentos administrativos disciplinares instaurados no âmbito do poder executivo federal.....	236
<i>Mileni Fonseca Krubniki Teodoro</i>	
Aplicação da teleaudiência em procedimentos disciplinares.....	248
<i>Oswaldo Fernandes de Araújo</i>	
O exame de constitucionalidade da norma de vedação definitiva de retorno do servidor ao serviço público federal por infringência do artigo 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.....	269
<i>Patrícia Ramos e Silva Santos</i>	
Responsabilidade disciplinar de empregado público celetista quando do exercício de cargo em comissão na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.....	282
<i>Rafael Oliveira Prado</i>	
Recuperação de recursos públicos malversados – uma alternativa para a ineficácia das tomadas de contas especiais.....	292
<i>Ricardo Cravo Midlej Silva</i>	
A Sindicância Patrimonial como instrumento de apuração no Direito Administrativo Disciplinar brasileiro.....	305
<i>Roberto Vieira Medeiros</i>	
Enriquecimento ilícito como modalidade de crime.....	315
<i>Rodrigo Vieira Medeiros</i>	
A aplicação da teoria do domínio do fato nos procedimentos administrativos disciplinares.....	323
<i>Sabrina Pitacci Simões</i>	
Estudo de caso: a perspectiva preventiva no controle das infrações administrativas.....	341
<i>Tatiana Spinelli</i>	
Enriquecimento ilícito: presunção absoluta, relativa ou necessidade de fato antecedente para a responsabilização administrativa.....	354
<i>Waldir João Ferreira da Silva Júnior</i>	

Responsabilização disciplinar de diretores de empresas públicas e sociedades de economia mista à luz do sistema de correição do Poder Executivo Federal

Eduardo Athayde de Souza Moreira, Bacharel em Direito, Analista de Finanças e Controle da CGU, atualmente lotado na CRG/COREC/CSMAPA.

Introdução

O presente artigo aborda a responsabilização disciplinar de diretores de empresas públicas e sociedades de economia mista¹, considerando as atribuições da Controladoria-Geral da União como órgão central do sistema de correição do Poder Executivo Federal.

No que diz respeito às providências atinentes à correição, ou seja, ao desempenho de atividades voltadas para a apuração de irregularidades funcionais cometidas por agentes públicos no âmbito da Administração Pública Federal, a Controladoria-Geral da União conta em sua estrutura com uma Corregedoria-

Geral, que exerce as atribuições de órgão central do sistema de correição do Poder Executivo Federal.

Esse sistema de correição tem a sua estrutura definida pelo Decreto nº 5.480/05, com a Controladoria-Geral da União exercendo o papel de órgão central do sistema, as unidades setoriais atuando junto aos ministérios, e as unidades específicas de correição, relacionadas às entidades da Administração Pública vinculadas a cada ministério. No exercício das atribuições de órgão central (art. 15, inciso I, do anexo 1 do Decreto nº 5.683/06), pode a Corregedoria-Geral da União, em caráter excepcional, instaurar ou avocar processos administrativos ou sindicâncias, respeitadas quaisquer das condições

¹ Por vezes será usado, ao longo deste trabalho, o termo “empresas estatais”, para se referir às empresas públicas e sociedades de economia mista.

previstas no art. 4º, inciso VIII, do Decreto nº 5.480/05.

Considerando esse universo normativo, surge a seguinte questão: é possível a Controladoria-Geral da União exercer a sua atividade correccional, como órgão central, junto às empresas públicas e sociedades de economia mista, entidades que integram a Administração Pública Federal mas não estão expressamente previstas no Decreto 5.480/05? E, caso positivo, essa atividade correccional alcançaria os cargos de direção dessas empresas?

1. Sistema de controle interno e sistema de correição da Controladoria-Geral da União

O Decreto nº 3.591, de 6 de setembro de 2000, instituiu o sistema de controle interno do Poder Executivo Federal, integrado, entre outros, pela Secretaria Federal de Controle Interno e pela Comissão de Coordenação de Controle Interno. As finalidades do sistema de controle interno elencadas pelo art. 2º do mencionado decreto são as mesmas previstas nos incisos do art. 74 da Constituição Federal de 1988.

O Decreto nº 4.177, de 28 de março de 2002, uniu esses órgãos à estrutura da então Corregedoria-Geral da União, que havia sido criada por meio da Medida Provisória nº 2.143-32, de 2 de abril de 2001, e tinha como finalidade assistir direta e imediatamente ao Presidente da República na defesa do patrimônio público, no âmbito do Poder Executivo Federal. Veio então a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, conversão da Medida Provisória nº 103, de

1º de janeiro de 2003, alterando o nome Corregedoria-Geral da União para Controladoria-Geral da União, e definindo suas atribuições no caput do art. 17, com a redação dada pela Lei nº 11.204/05, e que dispõe:

*“Lei n. 10.683,
de 28 de maio de 2003*

Art. 17. À Controladoria-Geral da União compete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições quanto aos assuntos e providências que, no âmbito do Poder Executivo, sejam atinentes à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal.”

A Controladoria-Geral da União ganhou corpo com a edição do Decreto nº 5.683, de 24 de janeiro de 2006, o qual definiu sua estrutura organizacional e atribuição de competências aos seus mais diversos órgãos, destacando-se, entre eles, como órgãos específicos singulares, a Secretaria Federal de Controle Interno, a Ouvidoria-Geral da União, a Corregedoria-Geral da União e a Secretaria de Prevenção à Corrupção e Informações Estratégicas.

E na estrutura da Controladoria-Geral da União, a Secretaria Federal de Controle Interno exerce as atribuições de órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo Federal, conforme o disposto no art. 10, inciso I, do Decreto nº 5.683/06. E de acordo com

o Decreto nº 3.591/00, artigo 8º, integram o sistema de controle interno:

- a Controladoria-Geral da União, como Órgão Central;
- as Secretarias de Controle Interno (CISSET) da Casa Civil, da Advocacia-Geral da União, do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Defesa, como órgãos setoriais;
- as unidades de controle interno dos comandos militares, como unidades setoriais da Secretaria de Controle Interno do Ministério da Defesa.

Para a Administração Pública Federal indireta, ficou a incumbência de organizar sua unidade de auditoria interna, sendo que, no caso de sua criação não se justificar, o regulamento da entidade deverá prever o desempenho dessa atividade por um auditor interno. Deverá ainda a unidade de auditoria, ou o auditor interno, estar vinculada a um conselho de administração ou órgão de atribuições semelhantes, sendo que, na ausência de ambos, a vinculação se dará ao dirigente máximo da entidade, vedada a delegação a outra autoridade. E em todo o caso, as unidades de auditoria interna se sujeitam à orientação normativa e à supervisão técnica do órgão central e dos órgãos setoriais do sistema de controle interno do Poder Executivo Federal, sendo que a dispensa, nomeação, designação ou exoneração do titular da unidade de auditoria interna só poderá acontecer se, depois de deliberação do conselho de administração ou órgão equivalente, por provocação do dirigente máximo da entidade, for aprovada pela Controladoria-Geral da União.

Para os serviços sociais autônomos, o chamado "Sistema S", ficou estipula-

do que, em caráter de recomendação, o órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo Federal definirá as providências necessárias para a organização da respectiva unidade de auditoria interna, assim como fica aberta a possibilidade de ser firmado termo de cooperação técnica com o objetivo de fortalecer a gestão e racionalizar as ações de controle.

Pela descrição dos normativos em vigor, fica evidenciado o alcance do sistema de controle interno do Poder Executivo Federal, chegando a todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, seja direta, seja indireta, contando, se bem que sem natureza cogente, com a possibilidade de atuação no âmbito do "Sistema S".

E assim como a Controladoria-Geral da União é órgão central do sistema de controle interno de todo o Poder Executivo Federal, ela é também órgão central do sistema de correição.

O Decreto nº 5.480/05, tal como faz o Decreto nº 3.591/00 para o controle interno, dispõe sobre o sistema de correição do Poder Executivo Federal, definindo que a ele competirão as atividades relacionadas à prevenção e apuração de irregularidades no âmbito do Poder Executivo Federal, fazendo-se integrar por:

- Controladoria-Geral da União, como Órgão Central;
- unidades específicas de correição para atuação junto aos Ministérios, como unidades setoriais;
- unidades específicas de correição nos órgãos que compõem a estrutura dos Ministérios, bem como

de suas autarquias e fundações públicas, como unidades seccionais; e

- Comissão de Coordenação de Correição de que trata o art. 3º.

Comparando ambos os decretos que definem o sistema de controle interno e o de correição, surge a questão relacionada ao fato de que o Decreto nº 5.480/05 não fez menção expressa às empresas públicas e sociedades de economia mista como integrantes do sistema de correição do Poder Executivo Federal. Eis o teor do art. 2º do mencionado decreto:

Decreto n. 5.480, de 30 de junho de 2005

Art. 2º Integram o Sistema de Correição:

I - a Controladoria-Geral da União, como Órgão Central do Sistema;

II - as unidades específicas de correição para atuação junto aos Ministérios, como unidades setoriais;

III - as unidades específicas de correição nos órgãos que compõem a estrutura dos Ministérios, bem como de suas autarquias e fundações públicas, como unidades seccionais; e

IV - a Comissão de Coordenação de Correição de que trata o art. 3º.

Embora o Decreto não faça referência às empresas estatais, o caput do artigo 17 da Lei nº 10.683/03 menciona todas as providências que devem ser tomadas pela Controladoria-Geral da União, no âmbito do Poder Executivo Federal, o que necessariamente inclui as empresas estatais. Igualmente o artigo 18 da mesma lei determina que a Controladoria-Geral da União deve dar o devido andamento às representações

e denúncias que receber, relativas a lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público, velando por seu integral deslinde. Novamente aqui temos, incluídas implicitamente na determinação do citado artigo, as empresas estatais.

Como nem a Constituição Federal de 1988, nem a Lei nº 10.683/03, fazem distinção quanto à incidência do controle interno sobre a Administração Pública Federal, dando a entender que o controle deve ser exercido em toda a Administração Pública, seja direta, seja indireta, pode-se argumentar qual teria sido a natureza da omissão constante do Decreto 5.480/05.

Poderia tratar-se de um silêncio eloquente, ou seja, a simples omissão dessas entidades no Decreto deveria levar a conclusão de que o chefe do Poder Executivo não quisesse que as empresas estatais fizessem parte do sistema de correição? Ou, na expedição do Decreto, o chefe do Poder Executivo apenas disse menos do que intentou, cabendo então ao agente público proceder a uma interpretação extensiva, tal como às vezes ocorre na interpretação de algumas leis?

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 84, inciso IV, atribui competência privativa ao Presidente da República para sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução. Para que o termo "fiel" constasse do texto constitucional, pretendeu o constituinte que toda lei publicada recebesse do Presidente da República a devida atenção, de modo a dotá-la de máxima eficácia. Não tolera o constituinte pontos obscuros de um decreto que obstaculizam o exercício de competências por parte da

Administração Pública ou o exercício de direitos dos administrados.

Portanto, não parece plausível que o decreto tenha, de propósito, excluído as empresas públicas e sociedades de economia mista do sistema de correição do Poder Executivo Federal pelo simples fato de não as mencionar. Como se vê, não está o chefe do Poder Executivo autorizado a utilizar o expediente do silêncio eloquente para regulamentar as leis.

E mesmo que as empresas estatais tenham personalidade jurídica de direito privado, por força do art. 173, § 1º, inciso II, isso não justifica a interpretação de que essas entidades não pertencem ao sistema de correição do Poder Executivo Federal.

O que ocorre é que, por força do mencionado artigo, as empresas públicas e as sociedades de economia mista estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias.

No que diz respeito às obrigações trabalhistas, as empresas estatais estão obrigadas a contratar pelo regime da CLT. Esse regime tem como característica ser contratual, com os seus dissídios sendo resolvidos pela Justiça do Trabalho. Não gozam, tal como os servidores públicos, da estabilidade de que trata o artigo 41 da Constituição Federal de 1988, e as regras relativas à aposentadoria são aquelas do regime geral de previdência social (FURTADO, 2007, p. 878/897).

Para os servidores públicos, que são aqueles ocupantes de cargo público, o

regime jurídico aplicável é o estatutário, querendo isso dizer que existe uma lei regulando a relação jurídica entre a Administração e o servidor. Como não é contratual, não existe espaço para discussão dos termos da relação jurídica, e as lides surgidas entre os servidores públicos e a Administração são resolvidas no âmbito da justiça federal. Os servidores estatutários possuem, ainda, um regime próprio de previdência social (FURTADO, 2007, p. 878/897).

Como o regime da CLT é de direito privado, e o regime estatutário, de direito público, e sendo as empresas públicas e as sociedades de economia mista obrigadas a adotar o primeiro, por força do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, a diferença entre esses regimes poderia dar margem a interpretação no sentido de que não há como as empresas estatais fazerem parte do sistema de correição do Poder Executivo Federal. Isso porque não haveria a necessária uniformidade de regimes e, conseqüentemente, pontos de contato que pudessem articulá-los na forma de um único “sistema”, com o escopo de “coordenar” e “harmonizar” as atividades de correição, precisamente os objetivos do Decreto nº 5.480/05.

Não obstante o argumento, cabe lembrar que a Emenda Constitucional nº 19/98 deu fim ao chamado regime jurídico único, possibilitando à Administração Pública Federal direta, autarquias e fundações contratar agentes públicos pelo regime celetista, desde que essas contratações não visem ao preenchimento de vagas para o exercício de atividades típicas de Estado. Portanto, considerando que uma enti-

dade autárquica faz parte do sistema de correição do Poder Executivo Federal e imaginando que ela contratasse pelo regime da CLT, então se teria de reconhecer que ela não faz parte do sistema de correição do Poder Executivo Federal, o que soa contraditório.

Assim, se o constituinte derivado não vislumbrou diferenças entre os regimes que inviabilizassem definitivamente a adoção pela Administração Direta das regras da CLT, não há porque considerar que as atividades de correição não possam se articular na forma de sistema. E mesmo que a Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, tenha trazido garantias adicionais aos empregados quanto à estabilidade funcional, ela não alterou significativamente o regime celetista.

É preciso entender que a norma do artigo 173, § 1º, inciso II, ao estabelecer o aspecto de direito privado para as empresas públicas e sociedades de economia mista, o fez unicamente para preservar o ambiente concorrencial do mercado, colocando-as em paridade com outras empresas privadas do mesmo ramo de negócio (DANTAS, 2006, p. 33).

Sendo assim, fazendo as empresas estatais parte do sistema de correição do Poder Executivo Federal, como demonstrado acima, pode o órgão central do sistema instaurar ou avocar, a qualquer tempo, processos administrativos ou sindicâncias, caso existam uma das seguintes condições:

- inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão de origem;

- complexidade e relevância da matéria;
- autoridade envolvida; ou
- envolvimento de servidores de mais de um órgão ou entidade.

O fato de o sistema de correição abranger tanto o regime celetista quanto o estatutário levanta questionamentos pertinentes à figura dos diretores das empresas estatais. Mais especificamente, os questionamentos giram em torno da definição do cargo de diretor como empregado ou não da empresa. É importante registrar que essa definição tem implicações para a atuação correcional da Controladoria-Geral da União, na medida em que essa atuação se pauta na existência de subordinação jurídica, principal requisito para a definição de empregado² e pressuposto para a existência de um poder disciplinar, condição *sine qua non* para a atuação correcional. Caso exista a subordinação, existe o vínculo empregatício e, conseqüentemente, o poder disciplinar.

Esse tema da posição jurídica do diretor nas empresas estatais vem preocupando mais o Direito do Trabalho do que o Direito Administrativo, tendo em vista a tendência de profissionalização das esferas de comando das empresas de uma maneira geral, quebrando com a antiga identidade que havia entre o

2 De acordo com Maurício Godinho Delgado (2007, 301), a subordinação destaca-se como um dos pressupostos fáticos para a caracterização da relação de emprego, pelo fato de que “marcou a diferença específica da relação de emprego perante as tradicionais modalidades de relação de produção que já foram hegemônicas na história dos sistemas socioeconômicos ocidentais (servidão e escravidão). Será também a subordinação o elemento principal de diferenciação entre a relação de emprego e o segundo grupo mais relevante de fórmulas de contratação de prestação de trabalho no mundo contemporâneo (as diversas modalidades de trabalho autônomo)”.

proprietário e o administrador (fenômeno que salta aos olhos no caso das empresas estatais) e trazendo indagações sobre se o diretor, nesses casos, seria um mero empregado, sujeito, portanto, ao regime celetista (DELGADO, 2007, p. 356). E considerando que as empresas estatais obedecem a um regime jurídico de direito privado, com necessidade de obediência a certas regras de direito público, vale a pena primeiramente abordar a questão sobre o prisma trabalhista.

No direito do trabalho, existem duas correntes posicionando-se sobre o assunto. A primeira, chamada de clássica, nega a possibilidade de coexistir, numa mesma pessoa, a figura do diretor e a do empregado, argumentando que a função de direção não é compatível com a subordinação jurídica presente na relação empregatícia. Essa incompatibilidade residiria no fato de o diretor ser mandatário da sociedade empresária, não podendo, portanto, dirigir, representar e, ao mesmo tempo, ser subordinado (DELGADO, 2007, p. 357). Outro argumento favorável à tese da incompatibilidade de situações reside na identificação do diretor como órgão da sociedade empresária. E sendo o diretor-órgão mais do que simples mandatário, pois que encarregado da condução superior do negócio, não poderia ser ao mesmo tempo subordinado (DELGADO, 2007, p. 357).

A segunda corrente, chamada moderna, afirma que existe vínculo de emprego no caso do diretor escolhido ou eleito para compor a diretoria de uma sociedade. Essa afirmação toma por base o artigo 157, § 1º, alínea “d”, da Lei nº 6.404/76, quando dispõe sobre

as obrigações do administrador da companhia aberta de revelar as condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível (DELGADO, 2007, p. 358).

Igualmente existe o artigo 499 da CLT para dar suporte à corrente moderna, quando estatui que não haverá estabilidade no exercício dos cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressalvado o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais (DELGADO, 2007, p. 358).

Também o artigo 62 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 8.966/94, contribui para reforçar a tese a favor da existência de vínculo de emprego, ao definir que não se aplicam as regras relativas à duração do trabalho aos gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto nesse artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial (DELGADO, 2007, p. 358).

Em que pesem os dois posicionamentos acima apresentados, a doutrina entende que é apenas no exame do caso concreto que se poderá dizer da existência de relação de emprego nos casos de função de direção, sendo inviável que essa determinação ocorra aprioristicamente. Esse entendimento doutrinário se encontra sedimentado no âmbito do TST, por meio de sua súmula 269, assim redigida: “O empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se perma-

necer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego”.

Aliás, a redação da súmula contempla outra situação não aventada linhas atrás, que é a do empregado alçado à condição de diretor numa sociedade empresária. Considerando que o contrato de trabalho preexistia à eleição para o cargo de direção, a jurisprudência do TST filiou-se ao entendimento doutrinário que propugna pela suspensão do contrato de trabalho, numa adoção da corrente clássica. Esse posicionamento do TST, a respeito da suspensão do contrato de trabalho, não tem respaldo unânime na doutrina, havendo quem entenda que, na situação do empregado eleito diretor, ocorre a extinção do contrato de trabalho, por incompatibilidade de figuras.

Outra vertente entende haver mera interrupção da prestação de serviços por parte do empregado, entendimento esse oriundo do art. 499 da CLT. Nesse caso, o exercício do cargo de diretoria contaria como tempo de trabalho no emprego, havendo cumulação de vantagens trabalhistas com vantagens civis. Por último, há a interpretação de que o empregado eleito diretor continua empregado, aplicando-se a regra do art. 62 da CLT (DELGADO, 2007, p. 360/361).

2. O poder disciplinar no direito do trabalho e na Administração Pública

O que chama a atenção no debate acerca da posição jurídica do diretor na sociedade empresária, se existe ou não vínculo empregatício, é que a discussão

tem como pano de fundo a separação do cargo de diretor da propriedade da empresa (DELGADO, 2007, p. 356). Ou seja, a situação do diretor, de ser não proprietário da empresa, é condição *sine quae non* para que exista a controvérsia acerca da subordinação jurídica de que trata o art. 3º da CLT³.

O fundamento para a subordinação do empregado e, conseqüentemente, o fundamento para o poder de direção do empregador, de acordo com a doutrina moderna, reside no contrato de trabalho (MURARI, 2008, p. 46). Para o Direito Administrativo, a existência do poder disciplinar é uma decorrência lógica do poder hierárquico, que é o poder de organizar e fazer funcionar a máquina administrativa.

Ambos os poderes, não obstante aparentarem diferenças em suas formas jurídicas, possuem um desenvolvimento histórico paralelo e se ligam diretamente com o fundamento da controvérsia a respeito da posição jurídica da figura do diretor não proprietário, cujo exemplo reside nos cargos de direção das empresas estatais.

E para se chegar a essa ligação histórica, convém primeiramente fazer uma abordagem crítica da teoria que

3 A doutrina admite a existência de sócio, portanto, proprietário, que pode ser empregado. Nesse caso, a definição da situação jurídica depende de sua participação nos destinos do negócio: se prevalecerem as atividades típicas de sócio, excluída está a sua condição de empregado (DELGADO, 2007, p. 361). Como na presente discussão se está referindo a diretores com poderes de mando e representação, portanto imbuídos do espírito da *affectio societatis* tanto quanto um sócio qualquer, supomos que, se o diretor fosse também o proprietário, nunca poderia haver, nesse caso, vínculo empregatício. Justamente daí que vem a controvérsia a respeito da existência de relação de emprego para os casos dos diretores não proprietários.

aponta a subordinação jurídica no Direito do Trabalho como oriunda do contrato de trabalho.

O entendimento predominante, que afirma ser a subordinação verificada na relação empregador-empregado fruto de um contrato de trabalho, tem a intenção declarada de afastar o direito de propriedade como base para a subordinação (MURARI, 2008, p. 94). No entanto, a controvérsia a respeito da posição do diretor não proprietário parece apontar para alguma relevância do direito de propriedade.

A propriedade privada aqui referida, no contexto do Direito do Trabalho, significa a propriedade privada dos meios de produção, detida pelo empregador. Em contraposição a essa propriedade, existe a venda da força de trabalho efetuada pelo empregado. E para que a engrenagem capitalista comece a funcionar, é necessário que tanto meio de produção como força de trabalho se encontrem no mercado e se unam para dar início a produção em massa. O Direito do Trabalho é fruto dessa história, como atesta Maurício Godinho Delgado (2007, p. 85):

O elemento nuclear da relação empregatícia (trabalho subordinado) somente surgiria, entretanto, séculos após a crescente destruição das relações servis. De fato, apenas já no período da Revolução Industrial é que esse trabalhador seria reconectado, de modo permanente, ao sistema produtivo, através de uma relação de produção inovadora, hábil a combinar liberdade (ou melhor, separação em face dos meios de produção e seu titular) e subordinação. Trabalhador separado dos meios e produção (portanto juridicamente livre),

mas subordinado no âmbito da relação empregatícia ao proprietário (ou possuidor, a qualquer título) desses mesmos meios produtivos – eis a nova equação jurídica do sistema produtivo dos últimos dois séculos. (destaque no original) (negrito)

(...)

O Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas. Transformações todas que colocam a relação de trabalho subordinado como núcleo motor do processo produtivo característico daquela sociedade. Em fins do século XVIII e durante o curso do século XIX é que se maturaram, na Europa e Estados Unidos, todas as condições fundamentais de formação do trabalho livre mas subordinado e de concentração proletária, que propiciaram a emergência do Direito do Trabalho.

De importância nessa passagem é o fato de que o Direito do Trabalho regula uma relação de trabalho que pressupõe não apenas a propriedade privada dos meios de produção, mas também a sua separação do trabalhador. Ou seja, tão importante quanto o empregador ser proprietário dos instrumentos de trabalho é o empregado não o ser⁴. É essa separação, e não a propriedade privada em si, o elemento que fundamenta a subordinação, de um lado, e o poder disciplinar, de outro⁵.

4 Modernamente a emergência das sociedades anônimas atenuou esse aspecto do regime capitalista. No entanto, a subordinação, e como consequência a relação de emprego, permanecem presentes caso se constate tratar de acionista com condições de influência decisiva nos destinos da empresa (BARROS, 2007. p. 268).

5 Outro elemento da produção capitalista que deixa transparecer o poder de direção do empregador, e a correspondente subordinação, é a cooperação.

E pode-se dizer que essa separação constitui fundamento para o Direito do Trabalho, porque, assim como esse ramo do direito é consequência da forma capitalista de produção, essa separação é igualmente própria do regime capitalista. Corroboram essa última assertiva as palavras de Marx (1982, 172):

A relação capitalista supõe a separação entre os operários e a propriedade nas condições de realização de seu trabalho. Desde que a produção capitalista

Colhe-se da obra de Marx o seguinte trecho: “O comando do capital no trabalho não parece ser senão a consequência formal do fato de que o operário, ao invés de trabalhar para si mesmo, trabalharia para o capitalista, e conseqüentemente sob as ordens deste. Mas, com a cooperação de numerosos assalariados, este comando do capital torna-se uma necessidade para a própria execução do processo de trabalho, uma real condição para a produção. No campo da produção, as ordens do capitalista são tão indispensáveis quanto as do general no campo de batalha” (Marx; BORCHARDT, 1982, p. 61/62). Não obstante, o próprio Marx distingue a cooperação capitalista de outras formas de cooperação existentes em períodos anteriores da história, quando afirma que, naquela, o trabalhador se acha livre para vender a força de trabalho, ou seja, separado dos meios de produção. Veja-se o seguinte parágrafo: “A cooperação no processo de trabalho, tal como a vemos predominar no início da civilização, entre os povos caçadores ou ainda na agricultura das comunidades indianas, baseia-se por um lado na propriedade em comum das condições da produção e por outro lado no fato de que o indivíduo permanece também intimamente ligado à sua tribo ou à sua comunidade como a abelha à sua colméia. Por essas duas características ela se distingue da cooperação capitalista. O emprego esporádico em grande escala da cooperação no Mundo Antigo, na Idade Média e nas colônias modernas baseia-se nas relações imediatas de domínio e servidão, principalmente na escravatura. A força capitalista, ao contrário, supõe em primeira abordagem a existência de um assalariado livre, que vende sua força de trabalho ao capital. Mas historicamente ela se desenvolve em oposição à agricultura e ao exercício independente dos artesãos, possuindo estes, ou não, a forma cooperativa. Quando se estabelece uma relação, a cooperação capitalista não aparece como uma forma particular de cooperação; mas aparenta ser uma característica particular e específica do modo capitalista de produção” (MARX; BORCHARDT, 1982. p. 64) (destaque no original).

se torna independente, não se satisfaz em manter tal separação; ela a reproduz numa escala sempre maior. O processo que cria a relação capitalista não pode ser, assim, senão o processo que estabelece a dissociação entre o operário e seus meios de trabalho. A acumulação dita primitiva é, portanto, esse processo de dissociação entre o produtor e os meios de produção.

A vantagem da análise precedente é que ela serve igualmente de fundamento para a existência do poder disciplinar na Administração Pública. Max Weber (2003, p. 14/18) notou a existência de um paralelismo entre a evolução do Estado e a do empreendimento capitalista, asseverando que:

Para manter a dominação pela força, tal como numa organização econômica, são necessários certos bens materiais, razão pela qual todos os Estados podem ser classificados na medida em que se fundamentam na posse dos meios administrativos pelos funcionários ou magistrados ou no fato de seu pessoal burocrático achar-se separado desses meios de administração. Tal distinção é estabelecida quando nos referimos ao fato de nas empresas capitalistas os empregados assalariados e o proletariado estarem separados dos meios materiais de produção. O detentor do poder precisa contar com a obediência dos funcionários, dos membros de sua equipe. Os recursos administrativos podem consistir em dinheiro, edifícios, material de guerra, cavalos, veículos e muitas outras coisas. O problema central é saber se o detentor do poder dirige e organiza pessoalmente a administração, delegando o poder executivo a funcionários de sua confiança, funcionários assalariados,

membros de sua família que não são proprietários, isto é, que não utilizam os meios administrativos com plenos direitos, ou, se pelo contrário, são dirigidos pelo chefe. Essas diferenciações aplicam-se a quaisquer organizações administrativas que já existiram.

(...)

Em qualquer lugar, o desenvolvimento do Estado moderno inicia-se pela ação do soberano. É ele quem cria as condições necessárias à expropriação dos poderes autônomos privados que possuem o poder de administrar os insumos financeiros, o exército, assim como bens politicamente úteis de qualquer tipo. No conjunto, observa-se um paralelismo com o desenvolvimento da empresa capitalista por meio da expropriação gradual dos produtores autônomos. Finalmente, temos o Estado moderno que exerce o controle dos recursos políticos administrativos sob direção monocrática. Nele, nenhum funcionário detém pessoalmente os recursos financeiros, nem é proprietário dos edifícios, instrumentos ou apetrechos de guerra de que dispõe. No Estado contemporâneo – e isso é essencial para o conceito de Estado –, realiza-se plenamente a separação entre os recursos materiais e os funcionários e trabalhadores na organização administrativa. (destaques no original)

Percebe-se, portanto, que o Poder Disciplinar, não obstante os regimes jurídicos trabalhista e administrativista, possui essa origem histórica associada à separação entre os meios e os indivíduos, promovida tanto pelo regime capitalista quanto pelo Estado moderno. Essa conclusão inclusive corrobora o que foi dito linhas atrás sobre a possibilidade tanto do regime estatutário como

do celetista poderem integrar o sistema de correição do Poder Executivo Federal.

E na seara trabalhista, pode-se identificar os trabalhadores como submetidos ao poder disciplinar, assim como os diretores não proprietários que preenchem os requisitos do art. 3º da CLT, havendo ainda quem entenda que não existe incompatibilidade entre a figura do sócio e a do empregado (DELGADO, 2007, p. 361). Os empregadores, por outro lado, seriam os responsáveis pelo exercício do Poder Disciplinar.

No caso daqueles que fazem parte do aparelho de Estado, essa identificação não é tão imediata, tendo em vista serem mais variados os tipos de relação jurídica travadas entre seus diversos agentes e o Estado. A partir de agora, passa-se então para o estudo da classificação dos agentes públicos.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (art. 1º, parágrafo único, da CF/88). Partindo desse dispositivo, identificam-se os agentes políticos, responsáveis pela condução do Estado e posicionados no topo da hierarquia administrativa. De acordo com a classificação administrativista dos agentes públicos, são agentes políticos os representantes eleitos, responsáveis pelo exercício do poder, tais como o Presidente da República, Governador de Estado e os titulares de mandato no poder legislativo. Igualmente são agentes políticos os ministros de Estado e os secretários do Governador. Há quem entenda também que são agentes políticos, afora os represen-

tantes eleitos, os membros da magistratura e os Ministério Público (FURTADO, 2007, p. 885/886).

Na Administração Pública Federal, portanto, temos como agentes políticos o Presidente da República, encarregado de exercer a direção superior da Administração Federal, e os ministros de Estado, que o auxiliam nessa tarefa (art. 84, II, da CF/88). São esses os agentes que estão no topo da hierarquia administrativa, podendo-se dizer que detêm o poder disciplinar⁶ de maneira primária, já que a esse mesmo poder não se submetem. À medida que a estrutura da Administração Pública vai se desdobrando em órgãos e entidades por meio das técnicas de desconcentração e descentralização, o poder disciplinar vai por elas se espraiando, de modo a manter todo o aparelho de Estado coeso e organizado. Isso significa que o exercício do Poder Disciplinar pode, em determinados graus, ser exercido pelas diversas autoridades da Administração Pública, que, de maneira reflexa, também estão sujeitas a esse mesmo poder. É nesse sentido que se diz que os agentes políticos são detentores do poder disciplinar de maneira primária, porque essa reflexividade a eles não se aplica.

6 Exemplo desse poder disciplinar exercido pelos agentes políticos pode ser encontrado na Lei nº 8.112/90 e no Decreto nº 3.035/99, delegando aos ministros de Estado a competência do Presidente da República para, por exemplo, aplicar a pena de demissão aos servidores públicos. Nos regulamentos disciplinares da Marinha (Decreto nº 88.545/83), da Aeronáutica (Decreto nº 76.322/75) e da Polícia Federal (Lei nº 4.878/65), também encontramos exemplos do poder disciplinar sendo exercido pelo Presidente da República. Curiosamente, no atual regulamento disciplinar do Exército (Decreto nº 4.346/02), não existe previsão de penalidades a serem aplicadas pelo Presidente da República, que era o que ocorria com o antigo regulamento (Decreto nº 79.985/77).

É essa necessidade que o Estado tem de descentralização e desconcentração para melhor atingir os seus fins, com a conseqüente reflexividade do Poder Disciplinar daí advinda, aliada aos variados tipos de agentes públicos, que torna a questão da identificação de quem se submete ao poder disciplinar mais intrincada.

E para auxiliar nessa identificação, parte-se do conceito de relação especial de sujeição. Rafael Munhoz de Mello (2007, p. 157/158) discorre sobre esse conceito, que teve berço na Alemanha do século XIX, aduzindo que ele tratou de dar justificação teórica para Administração Pública se organizar com ampla liberdade, ou seja, à revelia da lei. Nesse sentido, a sujeição é especial, pois oposta à sujeição geral dos particulares à Administração, que deveria sempre ocorrer por meio da lei. Eis a seguinte transcrição:

Ao lado da situação de sujeição geral que marca a relação dos particulares com o Estado, fruto do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, é possível identificar uma situação de sujeição especial, que atinge não a todos os particulares indiscriminadamente, mas apenas os particulares que mantêm com o Estado uma relação específica, em virtude do seu ingresso no seio do aparato administrativo. Fala-se, então, em relação de sujeição especial, caracterizada por uma submissão mais aguda do particular à Administração Pública, já que ele está agindo no âmbito do aparelho estatal. É o caso dos servidores públicos, dos prisioneiros, dos

usuários de certos serviços prestados pelo Estado.

Para Renato Alessi a configuração de uma situação de sujeição especial depende de dois elementos: (i) o ingresso do particular na esfera da Administração Pública e (ii) a insuficiência “del comune potere di polizia, esplicazione della normale supremazia gerenziale dell’Amministrazione”, para disciplinar o comportamento do particular. Vale dizer, os poderes atribuídos ao Estado no campo das relações de sujeição especial justificam-se em função da necessidade de disciplinar, de modo mais intenso, a atuação dos particulares que ingressam no aparelho estatal.

O período em que prevaleceu a teoria da relação especial de sujeição correspondeu ao período em que a Administração Pública regulamentou as relações com os particulares integrantes de sua estrutura de maneira unilateral, o que acabou por levar a críticas baseadas na obrigatoriedade de observação do princípio da legalidade, mesmo para lidar com as situações regidas pelas relações especiais de sujeição. Rafael Munhoz de Mello (2007, p. 160/161) explica:

A ideia de que há um campo em que a Administração Pública pode agir sem observância do princípio da legalidade é incompatível com o Estado de Direito. Surge a teoria das relações de sujeição especial na Alemanha do final do século XIX, sob a influência de circunstâncias políticas e jurídicas da época. Mas num verdadeiro Estado de Direito a ideia não pode prosperar. Assim, é que na própria Alemanha, após o advento da Constituição de Bonn, doutrina e juris-

prudência foram paulatinamente rechaçando a instituto das relações de sujeição especial, considerado como “uma lacuna no Estado de Direito”. Em outros países o recurso indiscriminado à figura das relações de especial sujeição, que justificou atuações arbitrárias da Administração Pública, faz com que a doutrina analise o tema com cautela e reserva, havendo referências à “sombra del fantasma de las relaciones especiales de sujeción”.

Essa confrontação do conceito de relação especial de sujeição com o princípio da legalidade, no entanto, não levou a que o primeiro fosse abolido, mas apenas a que fossem rechaçadas suas consequências. Admite-se, por exemplo, que o Estado discipline, para os particulares que se inserem no conceito de relação especial de sujeição, determinadas situações, por meio de regulamentos internos. Assim, Rafael Munhoz de Mello (2007, p. 164/165) conclui que:

Em suma, o princípio da legalidade aplica-se tanto às relações de sujeição geral como às de sujeição especial. Porém, no campo das relações de sujeição especial a previsão legal exaustiva das obrigações que podem ser impostas aos particulares é impossível. Em tais casos admite-se que a própria Administração Pública estabeleça obrigações que não tenham expressa previsão na lei formal, desde que o legislador lhe tenha outorgado tal competência.

O que importa reter da discussão precedente são os elementos enumerados para considerar um particular sujeito à relação especial de sujeição⁷:

7 Observe-se que esses dois elementos estão em linha com o argumento de Alice Monteiro de Barros

- ingresso do particular na esfera da Administração Pública;
- insuficiência do poder de polícia para disciplinar a relação com o particular.

É essa insuficiência do poder de polícia que abre espaço para a existência do Poder Disciplinar na Administração Pública. Trata-se de uma forma intermediária de o Estado lidar com determinados sujeitos de direito que ingressam no seu âmbito, quer porque uma previsão exaustiva na lei se mostre impossível, dada a infinidade de situações que potencialmente podem envolver o Estado e o particular, de modo que a própria lei outorga à Administração o poder para regulamentar suas situações jurídicas, quer porque o exercício puro e simples do poder de polícia se mostre medida exagerada.

A partir dos critérios acima enumerados, portanto, é possível identificar quais as categorias de agentes públicos que podem ser consideradas como possuindo uma relação especial de sujeição com o Estado. De acordo com a classificação dos agentes públicos proposta por Lucas Rocha Furtado, além dos agentes políticos, existem os servidores públicos, os servidores temporários, os empregados públicos, os agentes delegados, os agentes honoríficos e os militares (FURTADO, 2007, p. 885). Quanto aos servidores públicos, também chamados estatutários, a Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos

(2007, p. 595), para se opor à corrente que nega a existência do poder disciplinar do empregador. Em vez de a autora se referir à “insuficiência do poder de polícia”, fala em “inaplicabilidade, em certos casos, dos mecanismos civis de resolução do contrato por descumprimento da obrigação pela outra parte e de indenização pelos danos”. Em todo o caso, a regulamentação do poder disciplinar deve-se dar para além do poder de polícia ou/ para além do direito civil.

servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, trata do regime disciplinar em seu Título IV, estabelecendo os deveres, as proibições, prevendo as penas, quem as deve aplicar, e estabelecendo um rito próprio para sua aplicação. Para os policiais federais, igualmente servidores públicos, existe estatuto próprio (Lei nº 4.878/65) com disposições equivalentes nos Capítulos VII a XI.

Aos servidores temporários, regidos pela Lei nº 8.745/93, embora ingressem nos quadros da Administração Pública por meio de contrato, aplicam-se diversas disposições de natureza disciplinar previstas para os servidores estatutários, conforme previsão no seu art. 11. O art. 10 fala da apuração das infrações disciplinares, que será feita mediante sindicância, assegurando ao infrator ampla defesa.

Aos empregados públicos servem as previsões de penalidades constantes da CLT (arts. 158, 474, 482) e os ritos específicos de apuração de responsabilidade que vierem a ser previstos em regulamentos internos.

Os agentes delegados, na definição de Lucas Rocha Furtado (2007, p. 895), são pessoas físicas que desempenham atividades estatais remuneradas pelos particulares usuários dos seus serviços. Para esse mesmo autor:

Notários e registradores, tradutores oficiais e leiloeiros, em razão de delegação do poder público, desempenham atividades estatais em seus próprios nomes e sob fiscalização do Estado. A remuneração dos agentes delegados não é paga pelos cofres públicos, mas pelos

usuários dos serviços. Este aspecto é essencial para caracterização do agente público delegado.

No caso dos notários e registradores, a Lei nº 8.935/94 dispõe, nos Capítulos V e VI, os direitos e deveres inerentes à função pública, define as infrações disciplinares e as penalidades. No caso dos tradutores oficiais e leiloeiros, existem disposições de ordem disciplinar constantes, respectivamente, dos Decretos nº 13.609/43 (Estabelece novo Regulamento para o ofício de Tradutor Público e Intérprete Comercial no território da República) e nº 21.981/32 (Regula a profissão de Leiloeiro ao território da República).

Ao lado dos agentes delegados, existem os agentes honoríficos, descritos por Hely Lopes Meirelles, *apud* Lucas Rocha Furtado (2007, p. 897):

*São cidadãos convocados, designados ou nomeadas para prestar, transitariamente, determinados serviços ao Estado, em razão de sua condição cívica, de sua honorabilidade ou de sua notória capacidade profissional, mas sem qualquer vínculo empregatício ou estatutário e, normalmente, sem remuneração. Tais serviços públicos constituem o chamado *múnus público*, ou serviços públicos relevantes, de que são exemplos a função de jurado, de mesário eleitoral, de comissário de menores, de presidente ou membro de comissão de estudo ou de julgamento e outros dessa natureza.*

Pelo fato de esses agentes não possuírem nem vínculo estatutário ou empregatício, sendo normalmente não remunerados, seja pelo Estado, seja pelos

particulares, não há disposições disciplinares a eles aplicáveis, cabendo apenas a sujeição geral ao poder de polícia.

Os militares (das Forças Armadas e das Polícias e dos Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios, conforme art. 142, caput, e § 3º, e art. 42, da CF/88), por óbvio que se submetem a regime disciplinar, sendo que cada arma possui um regulamento disciplinar próprio (Decreto nº 4.346/02, que aprova o regulamento disciplinar do Exército; Decreto nº 88.545/83, que aprova o regulamento disciplinar para a Marinha; Decreto nº 76.322/75, que aprova o regulamento disciplinar da Aeronáutica; e o Decreto Estadual nº 23.317/02, que manda aplicar o regulamento disciplinar do Exército para a polícia militar e corpo de bombeiro militar do Distrito Federal).

Como se pode perceber do acima exposto, um critério preliminar para identificar uma relação especial de sujeição entre o Estado e determinada categoria de agente público é verificar a existência de estatutos que, por sua especificidade, não possam ser considerados como fundamento para o exercício do poder de polícia. Desse modo, verifica-se que tanto os agentes políticos como os agentes honoríficos não possuem com o Estado relação especial de sujeição, já que para eles não existem estatutos previstos em leis ou decretos regulamentando a utilização do poder disciplinar.

Assim, a questão referente à possibilidade de responsabilização disciplinar dos diretores de empresas estatais fica reduzida ao enquadramento desses par-

ticulares nas diversas espécies de agentes públicos.

O Decreto-lei 200/67, em seu art. 26, estabelece que a supervisão ministerial sobre os órgãos da administração indireta será exercida com a adoção de medidas tais como indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se for o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica, e designação, pelo Ministro, dos representantes do Governo Federal nas Assembleias Gerais e órgãos de administração ou controle da entidade. Percebe-se, pois, por essas regras, que a nomeação, a indicação e a designação para o exercício dos cargos de direção nas empresas estatais são feitas por agentes políticos.

E para Lucas Rocha Furtado Furtado (2007, p. 673), a natureza da supervisão ministerial é essencialmente política:

Utilizada a técnica da descentralização, não há que se falar em hierarquia, mas em vinculação administrativa. A direção a ser exercida nestas relações, que alcançam e vinculam as diversas entidades administrativas (que compõem a Administração Pública indireta) à respectiva entidade política (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), é feita mediante a possibilidade de nomeação e afastamento dos agentes incumbidos da gestão das entidades administrativas.

Na vinculação administrativa, o controle é político e mais limitado do que o que se verifica no âmbito interno de uma entidade. Não é possível, por exemplo, aos que exercem o po-

der de direção (no âmbito da entidade política) dar ordens ou rever os atos praticados pelos gestores das entidades administrativas. Cabe a esses observar as orientações emanadas da esfera política; se não o fizerem, a responsabilidade deve ser exclusivamente política: afastamento do cargo.

Logo, poder-se-ia argumentar que os diretores das empresas estatais não são alcançados pela hierarquia na sua relação com o Estado, não podendo portanto estar sujeitos ao poder disciplinar da Administração Pública. E esse raciocínio poderia levar ainda à conclusão de que os diretores das empresas estatais se enquadrariam na categoria de agentes políticos.

No entanto, esse raciocínio merece algumas ponderações. De acordo com o conceito de relação especial de sujeição, o Estado mantém com os particulares relações específicas, que não podem ser adequadamente resolvidas no âmbito do poder de polícia, seja pela especificidade da relação a ser regulada, seja pela consequência desproporcional para o particular que o poder de polícia poderia acarretar. Surge então a questão de se investigar quais matérias necessitam ser regulamentadas para além desse poder de polícia.

Linhas atrás ficou exposto que o Estado moderno promoveu a separação total entre os meios administrativos e o pessoal burocrático. A consequência dessa separação reside em que uns detêm o poder disciplinar e outros a ele se submetem, tal como na relação trabalhista. E os detentores do Poder Disciplinar, assim como na empresa capitalista, seriam os seus proprietários.

No caso de uma democracia como a brasileira, o “proprietário” dos meios administrativos seria o povo, já que todo poder emana dele. No entanto, assim como é impossível a realização de uma democracia direta no Brasil, é impossível o exercício do Poder Disciplinar por todo o povo, de modo que, para fins meramente práticos, se fazem necessários representantes eleitos para que exerçam o poder.

No caso do Poder Executivo, o representante eleito seria o Presidente da República. E como o representante do povo precisa ser lembrado de que não é o detentor dos meios administrativos do Estado, eleições periódicas são efetuadas para a troca de mandatário ou validação do mandato prévio, no caso de reeleição.

Para os auxiliares diretos do Presidente da República, seus ministros de Estado, a situação é mais instável, porque não possuem mandato, podendo ser excluídos dos quadros do Estado *ad nutum*. O que importa considerar do que foi dito acima é que, se os agentes políticos não desempenham suas atribuições conforme as expectativas dos eleitores em geral, o próprio processo político previsto na Constituição e nas leis específicas se encarrega de excluí-los da direção superior da Administração Pública. Ou seja, não se aplica no caso o conceito de relação especial de sujeição, pois se trata de uma questão meramente política.

Já nos demais escalões dessa Administração, ou, em outros termos, no caso dos demais agentes públicos, não é o processo político que define o seu ingresso, sua permanência e seu

desligamento. Para esses agentes, existem regras que estabelecem as atribuições, a maneira de desempenhá-las e as sanções para o não desempenho ou o desempenho insatisfatório, que possa comprometer a regularidade do serviço público. Nesses casos, portanto, o exercício das atribuições, relacionado com a regularidade do serviço público, é avaliado pela lei, e não pelo processo político.

Considerando que, para cada ente administrativo, existem regras muito específicas que se preocupam com essa regularidade na prestação do serviço, percebe-se que a responsabilidade pela avaliação no exercício das atribuições de uma função pública não pode ficar a cargo do poder de polícia. Ou seja, um critério para se aferir a existência de uma relação especial de sujeição seria a previsão legal de cobrança de um desempenho satisfatório no exercício da função pública.

É justamente o que ocorre no caso dos diretores das empresas estatais. O art. 173, § 1º, inciso V da CF/88 estabelece que lei deverá dispor sobre os mandatos, a avaliação de desempenho⁸ e a responsabilidade dos adminis-

⁸ A avaliação de desempenho de que trata o art. 173, §1º da CF, pode significar, embora não exclusivamente, a prática de atos de gestão. Sobre a dificuldade de incidir o Poder Disciplinar sobre esse tipo de ato, ver Fábio Meda Osório (2005, p. 116/119): “As medidas de responsabilidade por incumprimento de deveres de gestão, normalmente no setor público, nem sempre podem ser confundidas com sanções administrativas. Tais medidas traduzem efeitos aflitivos e não se confundem com as medidas coativas, ressarcitórias ou de coerção. Não se trata de medidas cautelares, que busquem assegurar ou proteger direitos ameaçados. Nem se cogita, aqui, de mera recomposição de danos, ou de indenizações por prejuízos materiais ou morais causados pelo sujeito. Entendo que estas medidas talvez sejam mais problemáticas e nebulosas, no to-

tradores. Reconhecer a necessidade de definir responsabilidades e avaliar o desempenho implica afastar a aplicação do poder de polícia no caso de mau desempenho ou desempenho insatisfatório dessa categoria de agente público, colocando-a numa relação especial de sujeição ao Estado.

No entanto, a lei mencionada no art. 173, § 1º, inciso V da CF/88, ainda não foi editada. E como o Poder Disciplinar não prescinde de lei para o seu exercício, constitui obstáculo insuperável o controle sobre os atos praticados por esses agentes públicos, especialmente o controle exercido pelo sistema de correição.

Podem-se aproveitar, todavia, os ensinamentos da doutrina trabalhista, sobre a possibilidade de responsabilização do diretor de uma sociedade empresária, desde que preexista o vínculo trabalhista, que, nesse caso, fica suspenso, em virtude do entendimento da súmula 269 do TST. Nesse caso, o poder disciplinar atuaria sobre o vínculo trabalhista, que não foi extinto.

Não obstante essa possibilidade, a responsabilização de fato desses agentes carrega algumas questões práticas. Mesmo que venha a ocorrer a responsabilização disciplinar do empregado eleito diretor, vindo o contrato de tra-

cante ao regime jurídico incidente e contornos aplicáveis, mormente porque desempenham funções subsidiárias ou residuais, se comparadas com as medidas ressarcitórias. [§] Os controles e responsabilidades dos gestores adentram domínios muito diversificados, de tal sorte que afetam espaços com marcos regulatórios absolutamente distintos e, eventualmente, repletos de espaços discricionários, tanto aos controladores, quanto aos controlados, o que retira essa espécie de transgressão do campo do Direito Administrativo Sancionador, posicionando-o noutra patamar.”

balho a se extinguir, não fica claro de que maneira essa extinção afetaria o seu mandato, na medida em que o contrato de trabalho não é condição necessária para a sua existência, sendo perfeitamente possível que o diretor empregado perca o seu vínculo trabalhista e, mesmo assim, seja nomeado para assumir cargo de direção na mesma pessoa jurídica em que perdeu o emprego ou em outra qualquer. Embora, a depender do motivo da perda do vínculo, possa-se considerar essa nomeação uma imoralidade (e violação ao art. 37 da CF/88), não existem instrumentos administrativos capazes de lidar com essa situação, restando unicamente a via judicial. Nem mesmo o responsável pela nomeação seria sujeito a responsabilização disciplinar, já que seria agente político.

Conclui-se, portanto, que apenas nessa débil hipótese é possível ao sistema de correição do Poder Executivo Federal proceder a uma apuração disciplinar contra diretores de empresas públicas e sociedades de economia mista.

Conclusão

O objetivo deste ensaio foi o de investigar a possibilidade de responsabilização disciplinar de diretores de empresas públicas e sociedades de economia mista. Partindo do fato de que a Constituição Federal de 1988 prevê que lei deverá dispor sobre a avaliação de desempenho desses agentes públicos, e de que tal avaliação é incompatível com o conceito de agente político, concluiu-se que os diretores das empresas estatais poderiam se sujeitar a responsabilização disciplinar. No entanto, como a lei de que trata a

Constituição Federal ainda não foi editada pelo legislador ordinário, não é possível o exercício do controle, em especial o controle do sistema de correição, sobre os atos desses agentes.

Uma noção que se deixou transparecer no presente estudo é a de que todos aqueles que fazem parte do poder público, sejam agentes políticos, sejam agentes de qualquer outra categoria, mantêm com o Estado uma relação especial de responsabilidade, proporcional às suas atribuições. Para o Presidente da República e seus ministros, por exemplo, existe a Lei nº 1.079/50, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Igualmente existem as corregedorias da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, além de existirem regras disciplinares para os membros da magistratura e do Ministério Público.

Vistas as coisas por esse ângulo, os diretores das empresas estatais desfrutam de uma posição extremamente

privilegiada no seio da Administração Pública, considerando que assumem posições de elevada monta (em termos de prestígio e em termos financeiros), sem que sequer exista estatuto fixando suas responsabilidades. Daí se percebe a gravidade da omissão legislativa, que não dá concretude ao comando constitucional do art. 173, § 1º, inciso V da CF/88.

Se a mencionada norma vier a ser discutida nas casas do Congresso Nacional, seria interessante debater a integração desse diploma legal com a missão da Controladoria-Geral da União de proteger o patrimônio público, constante do art. 18 da Lei nº 10.683/03. Dessa forma, aproveitar-se-ia a expertise da Controladoria-Geral da União na apuração das infrações disciplinares que provocam enriquecimento ilícito e dano ao erário, transplantando-a para o campo dos atos praticados por diretores. Esse seria mais um avanço no aprimoramento das atividades de controle no Brasil.

Referências Bibliográficas

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

COSTA DANTAS, Arsênio José da. "O controle externo das operações de crédito realizadas pelas sociedades de economia mista bancárias". In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (org.). Sociedade Democrática, Direito Público E Controle Externo. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 6 ed. São Paulo: LTR, 2007.

MURARI, Marlon Marcelo. Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado. São Paulo: LTR, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 3 ed. São Paulo: LTr, 2007.

MARX, Karl; BORCHARDT, Julian. O capital: edição resumida. 7 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

WEBER, Max. A política como vocação. Brasília: UnB, 2003.

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. São Paulo: Malheiros, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.