

A RELAÇÃO DE TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO

Juiz do Trabalho Substituto

Mestrando em Direito pela UFRGS

SUMÁRIO

- 1. Introdução**
- 2. A Relação de Trabalho**
 - 2.1. Evolução histórica
 - 2.2. Teorias sobre a relação de trabalho (emprego)
- 3. Princípios peculiares da Administração Pública aplicáveis a seus servidores.**
 - 3.1. Evolução histórica
 - 3.2. O Princípio Democrático na Administração Pública
 - 3.3. O Princípio da Igualdade na Administração Pública
 - 3.4. O Princípio da Legalidade na Administração Pública
- 4. Noção geral de contrato e contrato administrativo**
 - 4.1. Referências à teoria geral das obrigações
 - 4.2. Contrato administrativo
- 5. Os novos elementos na relação de trabalho dos servidores públicos**
 - 5.1. Os conflitos coletivos
 - 5.2. Outros conflitos e novas formas de solução
- 6. Conclusão**

1. INTRODUÇÃO

Um dos setores que têm experimentado maior interesse na análise de suas relações e que está inserido em todo o debate sobre os fins do Estado é aquele que trata do serviço público. As relações entre a Administração

Pública e seus agentes subordinados têm encontrado enormes dificuldades advindas de conjunturas econômicas adversas, de debates políticos sobre a natureza da atividade ou de divergência quanto à destinação desta.

A atuação social do Estado e sua intervenção na economia tiveram enorme acréscimo neste século e especialmente no período posterior à segunda guerra mundial, destacando-se as décadas de 60 e 70, causando uma demanda maior de serviços para executá-lo. A recessão econômica mundial dos anos 80 e o contexto de endividamento externo dos países subdesenvolvidos, entre eles o Brasil, trouxeram a necessidade de redução de gastos públicos tanto na área de investimentos sociais como no campo da remuneração dos seus servidores. Neste contexto cada vez mais são frequentes as greves e conflitos coletivos de trabalho entre a Administração Pública e seus servidores que, em grande parte, surgem da necessidade de reduzir custos operacionais do Estado.

Poucos setores da sociedade atual têm experimentado mudanças tão rápidas e radicais como a Administração Pública¹. No Brasil, o rápido desenvolvimento e o surgimento desta face conflitiva faz com que seja necessária a criação de meios de negociação e, inserida nesta, a criação de toda uma nova teoria a respeito da natureza jurídica da relação de trabalho na Administração Pública. As teorias atualmente defendidas já não bastam para explicar o fenômeno e tampouco servem para conduzir a meios de resolução dos conflitos emergentes, caracterizando uma realidade internacional², especialmente pertinente ao momento vivido em nossa nação. É preciso que tal relacionamento seja estudado tendo novos pontos de referência, diferentes da doutrina tradicional, para que seja oferecida uma alternativa de interpretação.

O debate sugerido insere-se em contexto mais amplo da Teoria Geral do Direito. Como ensina RADBRUCH³, toda a evolução histórico-filosófica do Direito conduz para o desligamento do homem da comunidade. Neste sentido o Renascimento, a Reforma e o próprio movimento de recepção do Direito Romano. Esta noção exacerba a natureza obrigacional das relações humanas e trata todo o homem como um comerciante, inclusive o trabalhador, que é considerado como vendedor da mercadoria trabalho. O ilustre professor alemão convida à reflexão para que seja afastada esta visão egoísta da natureza humana e para que valores éticos e morais penetrem no campo da aplicação do Direito. O limite, aliás, não é apenas a aplicação do direito mas a sua própria criação, que deve ser orientada para o atendimento das necessidades de distribuição de Justiça.

É no próprio contexto da interpretação da lei que deve ser iniciada a reformulação das idéias até então vigentes sobre a relação de trabalho na

¹ Cf. CORDOVA, Efrén – *Tendencias y determinantes de las huelgas en la administración pública*, in *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 104, n. 2, 1985, p. 155;

² Sobre os conflitos de trabalho na Administração Pública refere-se OZAKI, M. – *Las relaciones de trabajo en la administración pública*, in *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 106, n. 4, 1987, p. 489. Neste artigo o autor conclui que a administração pública passa por sua primeira "grande prova" no que tange ao conflito com seus trabalhadores, depois de ter passado pelo florescimento das décadas de 60 e 70.

³ Cf. RADBRUCH, Gustav – *El Hombre en el Derecho*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 19.

Administração Pública. Não é possível permanecer com a idéia de que o direito restringe-se à norma, tal como afirmado por KELSEN, ou que o direito é conduta, segundo os ensinamentos de COSSIO⁴, porque tais parâmetros restringem por demais a sua atuação e facilitam a ocorrência de injustiças e iniquidades. Busca-se na atualidade uma forma de interpretação que privilegie a norma no caso concreto e também os chamados elementos exteriores como a própria natureza dos fatos, a qualidade e o modo de realização da prova, a avaliação desta com a lei e conforme a lei, o aporte de circunstâncias extra-legais e as consequências da decisão⁵. Esta é a chamada lógica do razoável, assim definida por RECASENS SICHES, a qual obriga o juiz a interpretar a lei da forma que sua aplicação resulte o mais próximo da justiça quanto possível. As mudanças que devem ser efetuadas na técnica interpretativa devem acontecer tanto no âmbito da introdução do critério de coerência narrativa, como na intersecção da análise jurídica com outros campos do conhecimento humano⁶. Tal método é muito mais fiel ao fim proposto do que a interpretação literal ou a interpretação segundo a vontade do legislador⁷.

Somente uma interpretação da lei que valorize os aspectos materiais existentes na relação jurídica pode colocar o judiciário em compasso com as transformações ocorridas na sociedade. Do contrário, ao apegar-se ao mito da neutralidade da lei, a função jurisdicional estará avalizando a exploração realizada por uma classe dominante que detém o monopólio da produção normativa e que pode direcionar a legislação segundo seus interesses⁸.

Extrapolando os limites interpretativos entra-se no campo da subsunção e concreção da norma, que se caracterizam, juntamente com a interpretação, na própria aplicação da lei. Neste sentido vale referir a contribuição de

⁴ Cf. AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de – *Interpretação*, in Rev. da AJURIS, nº 45, março/1989, p. 7; KELSEN, Hans – *Teoria Pura do Direito*, 2ª ed., Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1987. O próprio KELSEN assim define o objeto da ciência jurídica: "Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas e objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas" (ob. cit. p. 77).

⁵ Idem.

⁶ Cf. MARÍ, Enrique M. – *La Interpretación de la Ley. Análisis Histórica de la Escuela Exegética y su Nexa con el Proceso Codificador de la Modernidad*, in *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Ed. Abelardo-Perrot, Buenos Aires, p. 233-294. O autor, Professor de Filosofia do Direito da Universidade de Buenos Aires, traça um paralelo com a interpretação lógico formal, oriunda do positivismo e o movimento de codificação do século XIX, tentando demonstrar a necessidade de modificações diante da realidade do século atual.

⁷ Cf. RECASENS SICHES, Luis – *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 9ª ed., Ed. Porrúa, México, 1986, p. 660-661.

⁸ O tema tem sido abordado por vários autores que procuram trazer uma visão alternativa do Direito. No caso do posicionamento do judiciário cabe menção a WOLKMER, Antônio Carlos – *Aspectos Ideológicos na Criação Jurisprudencial do Direito*, in Rev. da AJURIS, nº 34, julho/85, p. 92-99; CARVALHO, Amilton Bueno de – *Magistratura e Direito Alternativo*, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1992. Cabe referência também ao clássico LYRA FILHO, Roberto – *Para um Direito sem Dogmas*, Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, 1980 e a obra de AGUIAR, Roberto A. R. de – *Direito, Poder e Opressão*, 2ª ed., Ed. Alfa-Ômega, São Paulo, 1984.

autores como KARL LARENZ, que analisa com profundidade a evolução histórica da aplicação da lei dentro de uma perspectiva metodológica do Direito⁹.

As mudanças necessárias no âmbito da interpretação conduzem também a mudanças no plano da eficácia jurídica. Existe um completo descompasso entre a realidade que se apresenta em se tratando das relações de trabalho na Administração Pública, especialmente na solução dos conflitos coletivos por reajustes salariais e condições de trabalho, e as soluções apresentadas pelo Poder Judiciário, que têm se mostrado insuficientemente preparado e não adaptado com instrumental teórico e prático para resolver tais situações. A crítica, aliás, é feita por vários autores e de maneira mais aguda no que se refere aos novos caminhos traçados pela Constituição de 1988¹⁰.

O quadro acima delineado abre espaço para o questionamento sobre a eficácia das soluções até então apresentadas e da indispensabilidade de uma nova posição doutrinária sobre vários aspectos da vida jurídica na tentativa de aproximação da justiça material e de uma composição mais satisfatória das lides.

A necessidade de uma reestruturação teórica no que tange à relação de trabalho na Administração Pública, surgida das dificuldades na resolução dos conflitos, será tratada neste trabalho sob a perspectiva da evolução das relações de trabalho conjugada com a análise dos princípios próprios do Poder Público, principalmente quanto ao contrato administrativo e os efeitos de ambos nas relações entre Administração e trabalhador.

⁹ Cf. *Metodologia da Ciência do Direito* – 2ª ed., Ed. Fund. Calouste Gulbekian, Lisboa, 1989. O autor refere que na atualidade vive-se a chamada "jurisprudência de valoração", ou seja, a capacidade de permeabilização do Direito a valores ético-morais, que influem na aplicação deste. A idéia se contrapõe ao rígido sistema da "jurisprudência de conceitos", prevalente no século XIX, onde se pensava no Direito como uma especificação de categorias jurídicas. O problema da subsunção é também tratado por ENGISCH, Karl – *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 5ª ed., Ed. Fund. Calouste Gulbekian, Lisboa, 1979, p. 61 e seguintes. As duas obras clássicas antes referidas trazem a preocupação de ligar o Direito à realidade e aos valores que mais se aproximam de um ideal de Justiça, desfazendo o mito de um ordenamento jurídico fechado e capaz de resolver todos os casos concretos através de métodos de subsunção lógico-formal.

¹⁰ Quanto à eficácia Jurídica em sentido amplo ver FARIA, José Eduardo – *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica*, Ed. USP, São Paulo, 1988 e SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de – *Para uma Crítica da Eficácia do Direito*, Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, 1984. Também são relevantes as conclusões dos Encontros de magistrados do trabalho da AMATRA IV (Rio Grande do Sul), realizados em 1991 e 1992, nas cidades de Porto Alegre e Gramado, respectivamente, que advogam a necessidade de maior independência e democratização do Judiciário, bem como a preocupação com uma visão alternativa do Direito no sentido de corrigir as desigualdades sociais. No Encontro de 1992 cabe especial referência ao repúdio da tese de Flexibilização do Direito do Trabalho, oriunda da ideologia neo-liberal, porque nosso País não possui sequer um mínimo de observância de Direitos Trabalhistas fundamentais. Entende-se que há necessidade de um mínimo de eficácia das leis trabalhistas já asseguradas, o que ainda não ocorre, para depois pretender "flexibilizar" as referidas normas. Cita-se como exemplo de maior relevância a norma que garante o salário mínimo, que jamais teve eficácia plena na história do país, eis que os valores fixados para o mesmo nunca alcançaram a capacidade de satisfazer as necessidades básicas do trabalhador e de sua família, conforme disposto na Constituição Federal.

2. EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O Trabalho tem sido considerado como a manifestação da capacidade criadora do homem, transformando as coisas e dando-lhes significação econômica¹¹. Para AMERICO PLÁ RODRIGUEZ, em conceito um pouco amplo, é "todo o comportamento humano encaminhado a produzir algo"¹² ligando-se à noção de bem-estar e subsistência, envolvendo também a família do trabalhador. Neste sentido também a lição de MANUEL ALONSO OLEA, que define o trabalho humano como a atividade voltada para a produção de bens e serviços pelo qual recebe em troca a remuneração. A atividade, em que pese a existência de vários fatores restritivos sócio-econômicos, é prestada por força de decisão voluntária do próprio trabalhador¹³. O mais importante no sentido de todos estes estudos é que o trabalho revela uma maneira de subsistência do ser humano e de sua família, caracterizando-se a retribuição por seu caráter alimentar, acima de tudo. É como se o homem deixasse de coletar os alimentos na natureza ou os objetos indispensáveis à sua sobrevivência e passasse, mediante a inserção em um complexo econômico, a obter os bens mediante parcela de colaboração para toda a sociedade. A complexidade, porém, não afasta a noção inicial de subsistência.

Conforme assevera EVARISTO DE MORAES FILHO, "o conceito de trabalho tem variado muito através das idades, como um magnífico exemplo de sociologia de conhecimento. As condições e formas sociais determinam a concepção ideológica do trabalho, segundo as diversas maneiras de os homens se associarem para produzir e dividir os produtos de seus trabalhos"¹⁴. Estas constatações demonstram a amplitude do Direito do Trabalho na atualidade e a capacidade de penetrar em outros campos do Direito, afastando a idéia de separação hermética entre as disciplinas que compõem o Direito. A interdependência entre as disciplinas é evidente a iniciar pelo próprio direito privado que serve como base para o desenvolvimento da noção obrigacional ou com o trato de questões relativas à empresa e sua natureza jurídica, assim como também com relação ao Direito Administrativo que cada vez mais ocupa-se em estudar as relações da Administração com seus servidores.

Para que se compreenda o alcance das noções acima expostas é preciso verificar, ainda que brevemente, seus aspectos históricos e também a sistematização teórica sobre a relação de trabalho.

2.1. Aspectos históricos da relação de trabalho

Não há dúvidas que o estudo do desenvolvimento da relação de trabalho na história da humanidade representa uma de suas faces mais interessantes. Vinculando-se à história do Direito do Trabalho, MÁRIO DE LA CUEVA assevera que "é um dos episódios na luta do homem pela liberdade, pela dignidade pessoal e social e pela conquista de um mínimo de bem-estar, que, ao mesmo tempo que dignifique a vida da pessoa humana, facilite e fomente o desenvolvimento da razão e da consciência"¹⁵.

¹¹ Cf. GARCÍA, Manuel Alonso – *Curso de Derecho del Trabajo*, 5ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1975, p. 45.

¹² Cf. *Curso de Derecho Laboral* – Ed. IDEA, Montevideo, 1990, p. 88.

¹³ Cf. *Introdução ao Direito do Trabalho*, 4ª ed., Ed. LTr, São Paulo, 1984, p. 46.

¹⁴ Cf. *Introdução ao Direito do Trabalho*, 2ª ed., Ed. LTr, São Paulo, 1978, p. 130.

¹⁵ Cf. *Panorama do Direito do Trabalho*, Ed. Sulina, Porto Alegre, 1968, p. 21.

O traço diferenciador do ser humano dos outros animais é a utilização de utensílios na produção de novos bens tanto para satisfazer a fome quanto para defesa ou ataque a um ambiente hostil. A relação de trabalho é tão antiga quanto a humanidade, mas o seu delineamento, enquanto formação legislativa e científica, é relativamente recente¹⁶.

A sedentariedade traz ou ocorre juntamente com a exploração da terra pela atividade agrícola e esta atividade não pode ocorrer sem a organização do trabalho. O aperfeiçoamento dos meios de produção aumenta, assim como o rendimento do trabalho e a possibilidade de obtenção dos meios de subsistência. Nas civilizações orientais surge a separação por castas, entre estas a casta dos trabalhadores, numa forma de manter uma estrutura produtiva eficiente¹⁷. Na chamada antiguidade clássica, todo o sistema em que se baseiam as civilizações grega e romana estão sob a forma de trabalho escravo¹⁸, que se originava na subjugação dos prisioneiros de guerra ou, num plano secundário, pelo nascimento de pais escravos ou mãe escrava. Em um plano mais evoluído, a escravidão também se fazia por endividamento ou outras causas¹⁹. O Direito Romano vai contemplar a divisão do trabalho em trabalho escravo, trabalho organizado em corporações e, finalmente, trabalho livre. Outras legislações referem-se ao trabalho, como o Código de Hamurabi e a própria Bíblia, mas sempre de maneira excepcional²⁰.

É no Direito Romano que vai aparecer a primeira evolução da relação de trabalho com os chamados arrendamentos. Fazia-se a distinção entre locação de coisas e de serviços, distinguindo-se entre trabalho executado por escravos, servos e homens livres²¹.

O regime de escravidão vai se transformando pouco a pouco em um regime de servidão, no qual o trabalhador se pessoaliza, embora não adquira a propriedade da terra em que trabalha. Isto já ocorre na Idade Média, com característica predominantemente agrária e latifundiária²². Está situado em um contexto de insegurança generalizada²³, tendo como características a concentração de poderes no senhor feudal, o exercício do direito de propriedade sobre a terra, dividindo-se em domínio direto (do senhor) e útil (do servo)²⁴. O camponês, segundo RUSSOMANO, é o servo na paz e o soldado na guerra, retribuindo pelo uso da terra com alimentos, serviços e em deter-

¹⁶ Neste sentido doutrinadores como RUSSOMANO, Mozart Victor – *Curso de Direito do Trabalho*, 4ª ed., Ed. Juruá, Curitiba, 1991, p. 1; CATHARINO, José Martins – *Compêndio de Direito do Trabalho*, 3ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1982, vol. 1, p. 3; GARCÍA, Manuel Alonso, ob. cit. p. 51; DE LA CUEVA, Mario, ob. cit., p. 21-32 e também a excelente abordagem da história do Direito do Trabalho em *Derecho Mexicano del Trabajo*, 11ª ed., Ed. Porrúa, México, 1969, p. 21-91; Convém lembrar que OLEA, Manuel Alonso, ob. cit., traz a análise histórica mais completa traduzida para a língua portuguesa.

¹⁷ Cf. RUSSOMANO, Mozart Victor, ob. cit., p. 2.

¹⁸ Cf. GARCÍA, Manuel Alonso, ob. cit., p. 52 e OLEA, Manuel Alonso, ob. cit., p. 66-72.

¹⁹ Cf. OLEA, Manuel Alonso, ob. cit., p. 67-70.

²⁰ Cf. RUSSOMANO, Mozart Victor, ob. cit., p. 3.

²¹ Cf. GARCÍA, Manuel Alonso, ob. cit., p. 56.

²² Cf. RUSSOMANO, Mozart Victor, ob. cit., p. 3 e 4.

²³ Cf. OLEA, Manuel Alonso, ob. cit., p. 85.

²⁴ Cf. OLEA, Manuel Alonso, ob. cit., p. 88 e GARCÍA, Manuel Alonso, ob. cit., p. 59.

minados momentos até dinheiro²⁵. De qualquer forma, o senhor feudal não é o mesmo senhor de escravos, havendo reconhecimento de alguns direitos civis ao servo, tal como o direito de contrair núpcias. É, sem dúvida, uma evolução dentro do panorama histórico.

Na baixa Idade Média, a partir do século XI, surgem as cidades como unidades administrativas autônomas em relação ao domínio do senhor feudal. Aparecem as chamadas corporações que possuem como elemento principal o desenvolvimento de trabalho livre sem as ligações de escravidão ou servidão. Caracterizam-se por ser um grupo de produtores, organizados rigidamente, de modo a controlar o mercado e a concorrência, bem como garantir o privilégio dos mestres que as dirigiam²⁶. Havia três níveis de distribuição de trabalho: aprendizes, companheiros ou ajudantes e mestres.

As corporações diversificam-se e surgem inúmeras profissões e também os conflitos inerentes a tal modo de produção. Entre tais problemas destaca-se a rebelião dos ajudantes aos quais era impedida a ascensão ao posto de mestre porque este estava reservado apenas aos parentes, já que a sucessão no cargo de mestre basicamente ocorria pela via hereditária. Saliente-se que também havia descontentamentos quanto aos salários recebidos. É neste contexto que surgem as corporações de companheiros ou ajudantes que MARIO DE LA CUEVA identifica como a gênese dos primeiros sindicatos de trabalhadores²⁷.

A partir do século XVI a Inglaterra e especialmente as cidades Italianas conhecem um desenvolvimento econômico elevado e começa a se verificar a ascensão da burguesia. É o período do mercantilismo que tem como filosofia a acumulação de reservas de metais, a fim de fortalecer a economia nacional²⁸. A consequência da acumulação de riquezas por parte da burguesia haveria de culminar com a tomada do poder por parte desta classe social, cujo evento histórico mais relevante é a Revolução Francesa.

A vitória do liberalismo não se conformou a colocar o Estado na posição abstencionista mas também obrigou-o a editar leis que autorizam a destruição de toda a ação humana destinada a desviar o curso das leis qualificadas de naturais. A burguesia triunfante do século XVIII retoma a indigna lei do mais forte, onde o possuidor das forças econômicas impõe sua vontade e o seu domínio, tendo no individualismo a justificação do predomínio do capital sobre o trabalho²⁹. Como exemplo da predominância e da radicalização das idéias liberais cita-se a Lei LE CHAPELIER que, em junho de 1791, proíbe as associações ou uniões de trabalhadores, quaisquer que fossem as suas finalidades, justificando que os interesses legítimos somente eram os do indivíduo ou os interesses nacionais, que eram representados

²⁵ ob. cit., p. 4.

²⁶ A definição é de RUSSOMANO, Mozart Victor, ob. cit., p. 4. A análise sobre as características da cidade da Idade Média e de seus habitantes é feita por OLEA, Manuel Alonso, ob. cit., p. 96-100.

²⁷ Panorama do Direito do Trabalho, ob. cit., p. 23-24.

²⁸ idem, p. 24.

²⁹ idem, p. 25.

pelo Estado³⁰. O Código Penal Francês punia com penas corporais a coalizão e a greve e o Código de Napoleão (Código Civil) revive os antigos contratos romanos onde os indivíduos vão à praça pública oferecer-se em arrendamento, segundo condições de preço, chamado salário, que os donos das fábricas impunham³¹.

Somando e caracterizando tal período encontra-se a Revolução Industrial. Os novos métodos de produção, utilizando a então avançada tecnologia capaz de elevar a produção a níveis até então inimagináveis conjugados com os ideais políticos predominantes, sepultaram definitivamente o regime das corporações de ofício. As regulamentações do trabalho desapareceram junto com o desaparecimento das corporações. Aparecem abusos por parte dos empresários com a exploração da mão-de-obra barata de mulheres e crianças e com o trabalho realizado em condições altamente insalubres. Isto levou a um crescimento da indústria, pois aumentava a margem de lucro, e ao crescimento da desigualdade social, caracterizando-se o terreno fértil para o desencadeamento da luta de classes, onde os protagonistas são a burguesia detentora do capital e o proletariado que colocava sua força de trabalho a serviço daqueles³².

É neste cenário funesto, localizado no final do século XVIII e mais ainda no século XIX, que aparecem os primeiros conflitos violentos e também as primeiras leis visando conciliar as exigências do respeito humano à pessoa do trabalhador e a rentabilidade econômica das empresas. Os trabalhadores ingleses obtêm o direito de associação no ano de 1824 após a chamada Guerra Cartista. São impostos limites à autonomia da vontade, como a lei Francesa de 1841, que proibia o trabalho de menores de 8 anos e estabelecia em oito horas diárias o trabalho de menores de 8 a 12 e a doze horas diárias o trabalho de menores de 12 a 16 anos. Tais limitações foram feitas com base nos "sagrados princípios" dos "interesses da sociedade"³³. A revolução de 1848 na França fez surgir a Comissão de Luxemburgo, composta por trabalhadores e destinada a projetar um novo direito, mas a contra-revolução dirigida pelo General CAVAIGNAC pôs fim ao movimento³⁴.

³⁰ idem, ibidem; ver também CATHARINO, José Martins, ob. cit., p. 7. A Lei LE CHAPELIER, segundo MARTIN SAINT-LÉON, referido por GARCÍA, Manuel Alonso, ob. cit., p. 67, constitui "uno de los monumentos más notables que haya levantado la tiranía cubriéndose con la máscara de la libertad". A Lei possuía oito artigos, cabendo referência especial aos dois primeiros (a tradução para o espanhol é do autor antes citado):

"Artículo 1º – Siendo la eliminación de toda especie de Corporaciones del mismo estado social o profesión una de las bases de la Constitución, queda prohibido restablecerlas con cualquier pretexto que sea".

"Artículo 2º – Los ciudadanos del mismo estado social o profesión, los obreros y compañeros de oficio cualquiera no podrán, cuando se reúnan, designar presidente, secretario o síndico. Llevar registros, tomar resoluciones, sancionar reglamentaciones acerca de sus pretendidos intereses comunes".

³¹ Cf. DE LA CUEVA, Mário, *Panorama do Direito do Trabalho*, ob. cit., p. 25-26 e CATHARINO, José Martins, ib. cit., p. 8-9.

³² Cf. GARCÍA, Manuel Alonso, ob. cit., p. 69; DE LA CUEVA, Mario, *Panorama do Direito do Trabalho*, ob. cit., p. 26.

³³ Cf. MARANHÃO, Délio – *Direito do Trabalho*, 13ª ed., Ed. Fund. Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1985, p. 15. A síntese da evolução histórica das legislações é realizada por CATHARINO, José Martins, ob. cit., p. 9-15.

³⁴ Cf. DE LA CUEVA, Mario, *Panorama do Direito do Trabalho*, ob. cit., p. 28-29.

Apesar de dominadas as revoluções dos meados dos séculos XIX na França, Prússia e Áustria, as lutas rumo às transformações sociais e econômicas não cessaram. Continuam as postulações de liberdade sindical e de criação de um Direito do Trabalho. Pode-se considerar a existência de duas tendências: a primeira (Inglaterra, França, Bélgica e Espanha) caminha na concepção jusprivatista e é uma etapa de tolerância da luta social, acolhendo o direito de greve e a noção de contrato coletivo, abrindo-se espaço até mesmo para a aceitação da teoria do risco profissional em se tratando de acidentes de trabalho; a segunda tendência é a do direito germânico e caracterizando-se pelo intervencionismo do Estado, editando este uma série de leis para proteger a saúde e a vida dos trabalhadores³⁵. O intervencionismo germânico é resultado da atuação das forças socialistas, principalmente influenciadas pelas teorias de KARL MARX, e pela necessidade da Alemanha se preparar para enfrentar a disputa de mercados com a Inglaterra. Para tanto, BISMARCK após alguns avanços e recuos, reconhece uma série de direitos sociais aos trabalhadores como forma de amenizar a luta de classes.

Na virada do século XX o Direito do Trabalho já havia se constituído como disciplina autônoma, havendo discussão sobre a sua natureza pública ou privada. A maturação do Direito do Trabalho revela-se também no Tratado de Versalhes, em 1919, e na criação da Organização Internacional do Trabalho³⁶. Baseados na filosofia de que o trabalho não deve ser considerado como uma mercadoria ou um artigo de comércio, são garantidos os direitos a associações, ao salário mínimo, à jornada de oito horas, ao descanso semanal, o princípio de salário igual para trabalho igual sem distinção de sexo, entre outros.

A revolução socialista ocorrida na União Soviética, em 1917, procura colocar na prática os conceitos de MARX e ENGELS, influenciando diversas legislações estrangeiras. Instituído o Congresso dos Soviotes de Operários, Soldados e Camponeses, em janeiro de 1918, é aprovada uma "Declaração dos Direitos do Povo Operário e Explorado". No México verifica-se a primeira positivação de Direitos Sociais na Constituição de 1917, oriunda da chamada Revolução Constitucionalista, onde se afastava a idéia liberal de concepção da vida social e do Direito. Era a primeira concepção de Direitos Sociais, inserida em uma Constituição, baseada em um conceito de Justiça Distributiva³⁷. Tal concepção também esteve presente na Constituição de Weimar que foi redigida em um contexto pós-guerra, numa Alemanha Social-Democrata. A Constituição de Weimar estabeleceu a função social da propriedade, a intervenção do Estado para assegurar um mínimo de direitos sociais, o direito do trabalho, o seguro desemprego, a participação dos operários na direção das empresas, entre outros³⁸.

Após a segunda guerra, a noção de Estado intervencionista aumentou consideravelmente, principalmente na Europa, pois se mostrava necessária a reconstrução material de vários países. A democratização leva a que as

³⁵ *idem*, p. 30-31.

³⁶ Cf. CATHARINO, José Martins, *ob. cit.*, p. 12-13; RUSSOMANO, Mozart Victor, *ob. cit.*, p. 7.

³⁷ Cf. DE LA CUEVA, Mário – *Panorama do Direito do Trabalho*, *ob. cit.*, p. 55-64.

³⁸ Cf. CATHARINO, José Martins, *ob. cit.*, p. 13-14.

grandes massas trabalhadoras participem da escolha dos governantes, influenciando na escolha da política social a ser desenvolvida³⁹. Em 1948, promulga-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, através da Organização das Nações Unidas, que assegura o direito ao trabalho e ao salário capaz de garantir existência compatível com a dignidade humana e à liberdade sindical. Reflete-se a crise do liberalismo, tanto em suas manifestações práticas quanto em seus princípios.

Modernamente fala-se em neo-liberalismo, numa tentativa de retorno aos antigos ideais, baseados na atuação deficiente do Estado em determinados segmentos da economia. Manifesta-se no Direito do Trabalho através da chamada Flexibilização, ideologia advinda de países desenvolvidos que têm assegurado um mínimo de direitos sociais aos seus cidadãos. Em países de terceiro mundo como o Brasil é muito difícil aceitar tal teoria, eis que sequer a grande parte da população recebe o salário mínimo e o salário mínimo existente mostra-se insuficiente para assegurar a existência compatível com a dignidade humana.

Verificados alguns fatos históricos relevantes no desenvolvimento das noções do Direito do Trabalho e mais especificamente nas noções de relação de trabalho, passa-se à análise das teorias que procuram explicar a sua natureza jurídica.

2.2. *Natureza Jurídica da Relação de Trabalho*

Inicialmente é preciso fazer uma distinção terminológica entre relação de trabalho e relação de emprego. A relação de emprego pressupõe trabalho subordinado e constitui espécie da relação de trabalho, que é gênero. A relação de emprego tem, além da subordinação, como características a pessoalidade, a continuidade e a contraprestação mediante salário⁴⁰. O interesse da distinção é válido para o desenvolvimento deste trabalho porque a evolução das teorias a respeito da relação de emprego podem demonstrar, de um modo geral, a evolução do tratamento jurídico dado ao trabalho, conforme na condições de natureza social, econômica e política de um determinado momento histórico.

A apreensão da natureza jurídica da relação de emprego se mostra indispensável para a compreensão da natureza da relação de trabalho na esfera da Administração Pública. Como visto anteriormente, a relação de trabalho iniciou-se entre uma pessoa e uma coisa (assim eram considerados os escravos), caracterizando, portanto, uma relação real. A necessidade de

³⁹ Cf. GARCÍA, Manuel Alonso, ob. cit., p. 85.

⁴⁰ A grande maioria dos doutrinadores reconhece na relação de emprego a presença dos elementos da subordinação, pessoalidade, continuidade e contraprestação mediante salário. Neste sentido, CATHARINO, José Martins, ob. cit., p. 198-214; MARANHÃO, Délio, ob. cit., 40-41; RUSSOMANO, Mozart Victor, ob. cit., p. 47-61; GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson – *Curso de Direito do Trabalho*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1990, p. 121-160; GENRO, Tarso – *Direito Individual do Trabalho*, Ed. LTr, São Paulo, 1985, p. 76; GARCÍA, Manuel Alonso, ob. cit., p. 321-338; DE LA CUEVA, Mario, *Derecho Mexicano del Trabajo*, ob. cit., p. 453-479; MORAES FILHO, Evaristo de, ob. cit., p. 195-207; GRONDA, Juan D. Ramírez – *Tratado de Derecho del Trabajo (dirigido por MARIO L. DEVEALI)*, ed. La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 407-639. Sobre a subordinação ver a tese de doutorado de PEREIRA, Adilson Bassalho – *A Subordinação como Objeto do Contrato de Emprego*, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1990.

mão-de-obra em determinadas situações especiais levou ao nascimento da locação de serviços. Na Idade Média o regime de servidão dá mais liberdade ao servo, mas este permanece com seríssimas restrições quanto à propriedade da terra. É, no fundo, uma relação real indireta. No regime das corporações a relação de trabalho é estatutária, caracterizando a sujeição do membro ao estatuto da corporação a que pertencia, estabelecidos sérios métodos de controle da atividade e hierarquia funcional. Somente a partir da primeira Revolução Industrial é que surge o embrião da atual relação de emprego. O primeiro esforço da ciência jurídica é de enquadrá-la em outras relações tradicionais como espécie da locação de serviços ou espécie da compra e venda⁴¹.

A realidade, porém, demonstra a ineficácia das tentativas de identificação da relação de emprego com as tradicionais formas jurídicas do direito civil. A dignificação do trabalho humano e a restrição ao princípio da autonomia da vontade concorrem para a afirmação do contrato de emprego e, com ele, do próprio Direito do Trabalho. A principal discussão, entretanto, permanece na natureza jurídica da relação de emprego, tentando estabelecer se é de natureza contratual ou não.

2.2.1. Teoria anticontratualista

Tal teoria divide-se em anticontratualismo fatural e antipatrimonial e institucionalismo impuro ou imoderado⁴². As concepções anticontratualistas estão ligadas ao nacional-socialismo alemão, tendo por base a Lei da Organização do Trabalho do III Reich (1934). A teoria desenvolveu-se à parte do sistema do BGB, reduzindo a vontade do trabalhador a nada diante da conjugação do fato-trabalho e do dever de fidelidade. Tais noções partem do regime totalitário existente na Alemanha de então, que impunha ao cidadão a obediência cega ao "Führer". De uma certa forma foi também adotada no fascismo italiano e no franquismo espanhol.

2.2.2. Teoria acontratualista

Não há uma oposição tão frontal ao contrato como na teoria anterior, mas afirma a inexistência deste. A relação de emprego é oriunda de um ato jurídico bilateral de simples integração na empresa. Segundo MARTINS CATHARINO, a teoria tem a variante do "ato-condição", segundo terminologia de LEON DUGUIT, quanto aos atos jurídicos em geral⁴³. A relação de trabalho (privada ou pública) seria um ato-condição diferente do contrato, na qual incidiria um estatuto legal e incidiria um elemento subjetivo de aceitação da investidura para o trabalho. Quanto a este aspecto, TARSO GENRO identifica no art. 442 da CLT uma certa influência da teoria acontratualista, ao identificar a relação de emprego com o próprio contrato⁴⁴.

2.2.3. Teoria contratualista

Afirma que a vontade é essencial para a caracterização da relação de emprego. Sem a conjugação de vontades entre empregado e empregador não há contrato⁴⁵. O contratualismo sofre uma série de restrições através da lei,

⁴¹ Cf. CATHARINO, José Martins, ob. cit., p. 176.

⁴² Cf. CATHARINO, José Martins, ob. cit., p. 183-185.

⁴³ Idem, p. 186-187.

⁴⁴ Ob. cit., p. 72.

⁴⁵ CATHARINO, José Martins, ob. cit., p. 187.

que protege a vontade do empregado e limita o arbítrio do empregador. Na sua essência permanece a idéia de que a disciplina da relação de emprego tem natureza de Direito Privado, conforme sustenta ORLANDO GOMES⁴⁶.

2.2.4. Teoria institucionalista impura

Nasce das fraquezas do institucionalismo imoderado, afirmando que a relação de trabalho é cada vez mais estatutária, com prevalência do direito institucional sobre o direito contratual. O contrato seria apenas a via de acesso à empresa, concebida como instituição, caracterizando a relação de emprego como contratual na forma e institucional quanto ao conteúdo.

2.2.5. Teoria do contrato-realidade

As teorias que procuram explicar a natureza da relação de emprego partem do predomínio da vontade sobre a prestação de serviço⁴⁷. Para os anticontratalistas a vontade é anulada em benefício de uma noção comunitária de empresa. Por traz disto está o posicionamento político de aceitar a referida noção, o que é, indiscutivelmente, um ato de vontade (ainda que possa ser coagido). Na teoria acontratualista é mencionada a "consciência" da integração. Para os contratalistas a vontade é o elemento essencial.

A teoria do contrato-realidade retira do elemento vontade a predominância que até então lhe é conferida e dá maior dimensão ao próprio trabalho. Para MARIO DE LA CUEVA a origem da discussão está na própria natureza do Direito do Trabalho: para aqueles que defendem a concepção jusprivatista haveria até mesmo um contrato de adesão, caracterizado pelo consentimento tácito; para outros, basta o fato da prestação de trabalho, independentemente da fonte que lhe dê origem, para a aplicação da legislação do trabalho. Os jusprivatistas, segundo o autor, apegam-se à noção de contrato porque não conseguem perceber a emergência de um direito novo, fora da distinção tradicional entre Direito Público e Direito Privado⁴⁸. Na verdade o que existe é a mudança do enfoque da relação, cuja essência não é o consenso da juridicidade da relação, nem o acordo de vontades, mas o próprio trabalho, a própria prestação e contraprestação.

É interessante notar que a moderna doutrina obrigacional confere à realidade um efeito extremamente relevante no que tange à possibilidade de criação de vínculos obrigacionais, mesmo que não concluído o negócio jurídico. A intensidade da relação principal pode gerar outras obrigações secundárias, derivadas daqueles atos de preparação do próprio desenvolvimento do negócio jurídico. Estes deveres secundários resultam da incidência do princípio da boa-fé no chamado "contato social", ou seja, naqueles atos que antecedem ou que ocorrem no desenvolvimento da obrigação principal, mas que não estão diretamente relacionados a esta e podem ser exemplificados como deveres de indicação, esclarecimento, cooperação, auxílio, etc.⁴⁹. Esta noção de "contato social" também está presente no contrato de trabalho e

⁴⁶ *Questões de Direito do Trabalho*, Ed. LTr., São Paulo, 1974, p. 94.

⁴⁷ Cf. GENRO, Tarso, ob. cit., p. 74.

⁴⁸ Cf. *Panorama do Direito do Trabalho*, ob. cit., p. 77.

⁴⁹ O tema é desenvolvido em obra original do prof. COUTO E SILVA, Clóvis V. – *A Obrigação como Processo*, José Bushatsky Editor, São Paulo, 1976, p. 82 e seguintes. A origem da expressão, segundo o referido autor, é oriunda da sociologia (L. VON WIESE – *System der allgemeinen Soziologie*, 1933).

gera muitas consequências significativas no desenvolvimento de seu vínculo obrigacional.

O pensamento de MARIO DE LA CUEVA⁵⁰, resumido pelo próprio autor, leva às seguintes conclusões: a) a relação individual de trabalho⁵¹ não tem origem necessária em concorrência de vontade entre trabalhador e patrão; b) conseqüentemente, o conteúdo da relação de trabalho tampouco provém de um acordo de vontades, mas, em todo caso, pela força da lei e dos contratos coletivos de trabalho, o conteúdo da relação de trabalho é independente da vontade do trabalhador e do patrão; c) o conteúdo da relação de trabalho tem valor imperativo e deve ser cumprido pontualmente; d) o Estado está interessado no cumprimento do conteúdo da relação de trabalho e, para este fim a inspeção do trabalho está autorizada a vigiar dito cumprimento e impô-lo coercitivamente; e) ainda que a relação de trabalho tivesse origem contratual e seu conteúdo pudesse ser fixado livremente pelo trabalhador e pelo patrão, à natureza do Direito do Trabalho repugna a idéia de que se aplique ao trabalho humano o direito das obrigações e dos contratos. Parece haver uma certa contradição no pensamento do autor quando se refere ao fim do contrato de trabalho, onde admite a aplicação do regramento relativo às obrigações. Contudo, a contradição desaparece se observado o conjunto de seu raciocínio que não afasta de todo certas noções de direito privado, apenas fazendo a adaptação destas ao Direito do Trabalho.

As constatações acima mencionadas levam a algumas conclusões apontadas pelo ilustre professor mexicano⁵². A primeira delas é de que a relação individual de trabalho goza de plena autonomia frente aos contratos de direito civil, tanto por estar dirigida por estatuto autônomo, quanto porque nenhuma das figuras civis está apta para explicá-la. É preciso distinguir o contrato de trabalho (emprego) do acordo de vontades para a produção de determinados efeitos jurídicos queridos pelas partes e da relação individual de trabalho, que é o conjunto de direitos e obrigações que derivam, para o trabalhador e para o patrão, do simples fato da prestação de serviço. Em outra projeção das constatações feitas no parágrafo anterior, verifica-se que a vontade do trabalhador é indispensável para a existência da relação individual de trabalho enquanto que a do patrão nem sempre ocorre na formação da dita relação. Por último, e talvez a consequência mais importante, está que a relação individual de trabalho é definida pelas prestações objetivas, ou seja, o fato mesmo da prestação de serviços, que, por si só, determina a aplicação do Direito do Trabalho. A consensualidade geradora do contrato é a consensualidade dos vários atos concretos de prestação de serviço⁵³.

50 Cf. *Derecho Mexicano del Trabajo*, ob. cit. p. 478-479.

51 A terminologia adotada neste trabalho traduziria melhor como a relação individual de emprego. Também quando o autor referido menciona trabalhador e patrão, segundo a terminologia em uso, refere-se a empregado e empregador.

52 Cf. *Derecho Mexicano del Trabajo*, ob. cit., p. 479.

53 *idem*, *ibidem*. Ver também GENRO, Tarso, ob. cit., p. 75. O prof. MARTINS CATHARINO, ob. cit., p. 191-192, critica alguns aspectos da teoria de DE LA CUEVA, principalmente no que tange à aproximação da noção de contrato-realidade de contrato real segundo a classificação dos contratos segundo a sua perfectibilidade. Ressalta, também, que a perfeição contratual não pode ser confundida com a sua eficácia, dizendo que a

Como veremos mais adiante, esta noção é fundamental para a compreensão da relação de trabalho na Administração Pública, ressaltando, desde já, que existem requisitos formais quanto a formação desta que não são conhecidos no âmbito do Direito do Trabalho. Verificadas as teorias relativas à relação de emprego, necessária se faz a análise da natureza jurídica da relação do servidor com a Administração Pública.

3. PRINCÍPIOS PECULIARES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APLICÁVEIS À RELAÇÃO DE TRABALHO DE SEUS SERVIDORES

Parece fora de qualquer dúvida que o Estado ao se relacionar com os cidadãos deve obedecer a determinadas limitações e condições especiais dentro do regramento jurídico. Para que seja abordado o relacionamento entre a Administração Pública e seus servidores, necessário em breve histórico da atuação do Estado e, principalmente, a compreensão do sentido atual dos princípios democráticos da igualdade e da legalidade.

3.1. *Evolução*

A evolução das formas de atuação do Estado será apresentada inicialmente pelo Estado Liberal, passando pelo Estado Social e culminando com o Estado Democrático.

3.1.1. Estado Liberal

A formação do Estado Liberal traz a noção de separação das funções do Estado que desde a antiguidade já fora observada por ARISTÓTELES, na Política, livro IV, e retorna no jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, com a discussão sobre *ratio* e *voluntas* dos poderes do rei, substituindo sua vontade na condução do Estado pela razão da lei⁵⁴. O Estado moderno que está sendo criado então funda-se sobre três pilares fundamentais: legalidade, igualdade e separação de poderes. Todos estes fundamentos têm como objetivo assegurar ao cidadão garantias frente ao Estado para que não se repetisse a concentração de todos os poderes na mão de um monarca, como no regime absolutista e conforme defendido por HOBBS⁵⁵.

O ideal do liberalismo será cristalizado no pensamento de JOHN LOCKE, postulando que o direito de propriedade é tão fundamental a ponto de privilegiá-lo frente ao direito de liberdade. Os homens, segundo LOCKE (inspiração semelhante a ROUSSEAU), fazem um contrato social que lhes permite gozar de suas propriedades em paz e segurança e o instrumento deste contrato é a lei. A importância da lei é ressaltada pelo filósofo, cabendo a

noção de contrato realidade faz lembrar a de um contrato com elemento essencial suspensivo ou inicial. As críticas baseiam-se na própria posição do prof. CATHARINO que entende permanecer a contratualidade da relação de emprego, embora reconheça que esta é fruto de um "dirigismo contratual" e existente numa realidade de "liberdade protegida", daí a natureza "voluntário-normativa" da relação de emprego (ob. cit., p. 197).

⁵⁴ Cf. COUTO E SILVA, Almiro do – *Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo* – Rev. de Dir. Público, vol. 84, out-dez/87, p. 48; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*, Ed. Atlas, São Paulo, 1991, p. 14 e seguintes.

⁵⁵ Cf. COUTO E SILVA, Almiro do, ob. cit., p. 48; ENTERRIA, Eduardo García de e FERNANDEZ, Tomás-Ramón – *Curso de Direito Administrativo*, Ed. RT, São Paulo, 1991, p. 371-372.

MONTESQUIEU a formulação da teoria de tripartição do poder político do Estado em poder de legislar, administrar e jurisdicionar⁵⁶.

No âmbito do Direito Administrativo são reconhecidos privilégios e prerrogativas ao Estado, dos quais o particular não dispõe, alicerçados no princípio do interesse público. Saliente-se que a distinção entre Direito Público e Direito Privado baseia-se, nessa época, nas diferenças das noções de serviço público e atividade privada que, então, eram nitidamente perceptíveis. A discricionariedade, neste período, era vista como um poder político e não como um poder jurídico, não admitindo controle judicial. A teoria dominante era a da vinculação negativa, equiparando o ato administrativo a uma sentença judicial e aduzindo que tudo o que não está proibido na lei é possível à Administração. Segundo ENTERRIA e FERNANDEZ, citando A. HAURIOU, trata-se de uma liberdade absoluta de determinação, radicada no centro mesmo da personalidade administrativa e em sua autonomia pessoal. A discricionariedade operária no espaço livre da lei.⁵⁷

Os abusos cometidos diante das noções acima expostas motivaram reações e a construção de outras teorias capazes de vincular o Estado mais diretamente à observância da lei.

3.1.2. Estado Social

O Estado Liberal trouxe consigo uma série de injustiças e problemas gerados pelo exacerbamento da autonomia da vontade e do privilégio excessivo ao direito de propriedade. A sociedade começa a forçar o Estado a atuar em áreas como o bem-estar, a saúde, a correção de desigualdades, etc. Começa a nascer o Estado-Providência ou Estado Social de Direito.⁵⁸

Com o aumento das funções do Estado, cresce a importância do Poder Executivo, que passa a editar maior número de atos normativos, visando a regulamentar a sua atuação (portarias, decretos, regulamentos, etc.). A própria teoria da vinculação negativa gera como reação a teoria da vinculação positiva. MERKL, que fora adepto das teorias de Kelsen, define a teoria da seguinte forma: "não só a Administração, considerada em seu conjunto, está condicionada pela existência de um Direito Administrativo senão que também cada ação administrativa isolada está condicionada pela existência de um preceito jurídico-administrativo que admita semelhante ação... Se uma ação que pretende apresentar-se como ação administrativa não pode ser legitimada por um preceito jurídico que preveja semelhante ação, não poderá ser compreendida como ação do Estado"⁵⁹. Trata-se de uma volta branda aos princípios da revolução francesa, principalmente na sua gênese de proteção do indivíduo frente ao poder do Estado.

Para a teoria da vinculação positiva, todas as disposições administrativas devem estar vinculadas ao Direito que, segundo o positivismo, é identificado com a norma legal. Sempre haverá a necessidade de uma cobertura

⁵⁶ Cf. COUTO E SILVA, Almiro do, ob. cit., p. 48.

⁵⁷ Cf. ENTERRIA, Eduardo García de e FERNANDEZ, Tomás-Ramón, ob. cit., p. 372; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 19.

⁵⁸ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 20-24.

⁵⁹ Cf. ENTERRIA, Eduardo García de e FERNANDEZ, Tomás-Ramón, ob. cit., p. 374-375.

legal para legitimar o ato, uma técnica de atribuição de potestades, que será vista em item específico. Tem como inconveniente o excessivo apego ao formalismo e as conseqüências nocivas deste.

3.1.3. Estado Democrático.

O positivismo formalista mostrou-se incapaz de atender aos anseios da sociedade na perspectiva de efetiva participação popular no controle da atividade do Estado. As garantias constitucionais, entre elas o Princípio da Legalidade, passaram a ser vistas não sob o prisma negativo de constituírem limitação do abuso do poder estatal, mas também como instrumento ativo de participação popular. Esta é a forma do Estado Democrático de Direito⁶⁰.

Para BOBBIO, em comentário feito por JOSÉ EDUARDO FARIA, o poder legal é um poder democraticamente formulado dentro do ordenamento constitucional. Compreende o ponto de vista do governante, cuja legitimidade expressa o seu poder de mando com os limites impostos pela legalidade, e o ponto de vista do cidadão, que tem na legalidade a garantia de não ser oprimido, decorrendo daí a ligação entre direito e política, lei e democracia⁶¹. Diante de tais constatações verifica-se que o Estado Democrático de Direito é aquele em que existe o império da lei, a convivência dentro das leis, mas não de qualquer lei ou norma, mas precisamente as leis que se produzam dentro da Constituição pela vontade popular e com a garantia plena dos direitos humanos ou fundamentais⁶². Verificadas as condições históricas, é preciso perceber qual a abrangência do Princípio Democrático, o que será abordado a seguir.

3.2. Princípio Democrático

Afastando-se do positivismo, o Estado vincula-se não somente à lei, mas também ao Direito e seus princípios fundamentais como liberdade, paz e justiça. O Estado Democrático de Direito funda-se na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. A noção de justiça não é um valor transcendental mas vincula-se ao bem-estar, à segurança, à igualdade, à liberdade e ao desenvolvimento, entre outros. Estes valores são reais e condicionados historicamente.

A lei para o Estado Democrático de Direito deve realizar o Princípio da Igualdade e da Justiça, não pelo seu caráter genérico, mas pelo fim que encerra a correção das desigualdades⁶³. A legalidade e a discricionariedade estão ligados aos valores da justiça. O Direito deve ressaltar seu caráter

60 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, pb. cit., p. 29/33.

61 Cf. FARIA, José Eduardo, ob. cit., p. 105.

62 O resumo deste pensamento encontra-se em ENTERRÍA, Eduardo Garcia de - *O Princípio da Legalidade na Constituição Espanhola*, in Rev. Dir. Público, nº 86, abr-jun/88, p. 5-6. Neste artigo o autor compara também algumas disposições de outras Constituições e destaca o papel central dos juízes na concretização do princípio. Cabe referência também a BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio - *Regulamento e Princípio da Legalidade*, in Rev. Dir. Público, nº 96, out-dez/90, p. 42-43.

63 Cf. Silva, José Afonso da - *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 7ª ed., Ed. RT, São Paulo, 1991, p. 107.

dualista: conciliar o respeito aos direitos humanos fundamentais e a intervenção do Estado para dirimir as desigualdades sociais, ressaltando que o aspecto social e o aspecto democrático não são inconciliáveis. A supremacia do Direito é plena. Para MARIA SYLVIA DI PIETRO, no âmbito específico da Administração Pública, a democratização exige: "a) substituição das estruturas hierárquico-autoritárias por formas de deliberação colegial; b) introdução do voto na seleção de pessoas a quem forem confiados cargos de direção individual; c) participação paritária de todos os elementos que exerçam sua atividade em determinados setores da Administração; d) transparência ou publicidade do processo administrativo; e) gestão participada, ou seja, participação dos administradores através de organizações populares de base e de outras formas de representação na gestão da administração pública"⁶⁴.

Citam-se como exemplos constantes da Constituição brasileira o seu artigo 1º, que consagra o Estado Democrático de Direito e a previsão de vários instrumentos de participação popular na Administração Pública como o mandado de injunção (art. 5º, XXXIII – ainda que não regulamentado ou admitido na jurisprudência), *habeas data* (art. 5º, LXXII), ação popular (art. 5º, LXXIII), publicidade dos atos da Administração Pública (art. 37), etc.

3.3. Princípio da Igualdade.

Juntamente com o Princípio da Liberdade e o Princípio da Legalidade, fazem a base do Estado de Direito, nascido com a queda do Estado Absolutista e cujo ponto culminante foi a Revolução Francesa (1789). Já TOMAS HOBBS, antes mesmo da Revolução Francesa, trabalha com a noção de igualdade natural contraposta por uma desigualdade formal, que é o preço pago pelo homem pela segurança que o Estado lhe dá. Coube a ROUSSEAU a enunciação de que à igualdade natural deveria corresponder a igualdade formal. A exteriorização de tal forma ocorre na Constituição Francesa de 1791, que incorpora a seu texto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789: "Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais somente podem fundar-se na utilidade comum".

Mais adiante cabe a KARL MARX, com o socialismo científico, a pretensão de atingir a igualdade material, a única, segundo ele, capaz de tornar possível a verdadeira igualdade jurídica. O Estado Social e o Estado Democrático que o sucede modernamente consagram o Princípio da Igualdade, dando-lhe característica positiva, não somente visando à defesa do cidadão, mas assegurando-lhe instrumento positivo de realização do bem comum. A Constituição brasileira de 1988 acolhe o Princípio da Igualdade em seu art. 5º. Sobre a extensão do mesmo no Estado Moderno, refere-se a lição de PAULO BONAVIDES: "Como direito, ele se vincula à concepção liberal e lhe dá prosseguimento, pois restringe e limita a atuação do Estado, sendo o primeiro dos direitos fundamentais. Não só abre as Declarações de Direitos se não que rege e fundamenta toda a ordem jurídica para a tutela e proteção das liberdades individuais. Está, inclusive, fora do alcance do poder constituinte derivado". Prossegue o referido autor: "Como técnica, é altamente estimulativo e fomentador da atuação do Estado; insere-se no espaço social da chamada Constituição aberta, estando positivamente para a intervenção

⁶⁴ Cf. DI PIETRO; Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 38.

do Estado assim como negativamente a separação de poderes esteve para o abstencionismo estatal. Por esse último aspecto, a saber, como técnica, é o princípio da igualdade a mais valiosa das garantias sociais⁶⁵.

3.4. *Princípio da Legalidade.*

O Estado de Direito, e em especial o Estado Democrático de Direito, tem como um de seus alicerces o Princípio da Legalidade de forma a impedir abusos no exercício do poder do Estado. Por este motivo, os poderes são regrados pela lei, limitando a atuação da Administração. Esta atuação, entretanto, deve ter certa liberdade para agir, desde que respeitados os limites antes referidos. Este poder que a lei confere à Administração, segundo critérios de oportunidade e conveniência, para escolher entre uma ou mais soluções, todas válidas perante o Direito, é a discricionariedade⁶⁶. A discricionariedade não se confunde com arbítrio porque aquela existe dentro da lei e este ocorre fora dos limites legais. O ato arbitrário sempre será inválido e ilegal.

A discricionariedade é costumeiramente justificada sob o ponto de vista de critérios práticos e de critérios jurídicos. Os critérios práticos estariam presentes no fato de que, através da discricionariedade, afastam-se o automatismo em que os agentes administrativos incorreriam se tivessem que aplicar rigorosamente as leis e as dificuldades diante de fatos concretos complexos e mutáveis que não podem ser previstos na legislação⁶⁷. Como critérios jurídicos, aponta-se a impossibilidade jurídica da previsão por parte do legislador de todos os atos que a atividade administrativa exige. O ideal, segundo HELY LOPES MEIRELLES, seria que a lei regulasse minuciosamente cada um dos atos a serem praticados pelo administrador, mas isto é impossível. Assim, somente alguns atos são regulados, segundo sua maior relevância, ficando os demais a prudente critério do administrador⁶⁸.

Toda a construção teórica anterior serve para explicar o Princípio da Legalidade diante de sua evolução histórica e a ligação umbilical que tem com a noção de discricionariedade. É certo, porém, que o crescimento da atuação do Estado, com a intervenção deste na economia e na área social de forma acentuada, trouxe certos elementos que permitem afirmar que o princípio sofre uma certa crise diante das exigências modernas.

ALMIRO DO COUTO E SILVA enumera alguns fatos justificadores de tal afirmação: a) o Estado exige decisões céleres, havendo muito poder em regulamentos, portarias, etc.; b) existe delegação legislativa para fontes de direito infra-legal; c) nos documentos normativos existem cláusulas vagas e

65 Cf. *Política e Constituição*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1985, p. 316.

66 Cf. MEIRELLES, Hely Lopes – *Direito Administrativo Brasileiro*, 16ª ed., Ed. RT. São Paulo, 1991, p. 97; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 41; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio – *Legalidade-Discricionariedade – Seus Limites e Controle*, in *Rev. Dir. Público*, nº 86, abr-jun/88, p. 44.

67 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 41. Merece referência quanto à discricionariedade o trabalho de GRAU, Eros Roberto – *Poder Discricionário*, in *rev. Dir. Público*, nº 93, jan-mar/90, p. 41-46.

68 Cf. ob. cit., p. 98-99; neste sentido também DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 41-43.

elásticas que possibilitam maior âmbito de interpretação por parte do aplicador da norma; d) o Poder Judiciário está mais mais atuante e a jurisprudência, na prática, é fonte de direito ao interpretar cláusulas gerais e conceitos indeterminados; e) o crescimento dos serviços prestados empurra o Estado para o âmbito do Direito Privado, gerando contradição pois a autonomia da vontade não existe para o Estado, que está vinculado ao interesse público; f) o excesso de leis e sua dificuldade de interpretação afasta os cidadãos comuns do princípio da legalidade; g) a evolução da ciência da Administração torna os planejamentos mais detalhados e, conseqüentemente, as leis mais concretas, criando atos administrativos em forma de leis⁶⁹.

Estes elementos devem ser considerados diante da constatação de que o Princípio da Legalidade nasceu para proteger os indivíduos e que, embora o Estado possa a qualquer tempo declarar a nulidade de seus atos (já a nulidade não pode ser sanada, não pode convalescer, prescrever ou ser ratificada), deve observar a boa-fé dos administrados, que presumiram a legalidade do ato. Seria a contraposição, no caso, do Princípio da Segurança Jurídica. Tratar-se-ia, sob a ótica do Estado, de um poder de anular e não de um dever, resguardadas as condições específicas do caso concreto⁷⁰.

Verificados os principais princípios orientadores da Administração Pública, necessário se mostra analisar a natureza do contrato administrativo e a forma como se opera a incidência daqueles, comparando com a teoria geral dos contratos.

4. NOÇÃO GERAL DE CONTRATO E CONTRATO ADMINISTRATIVO

A teoria geral dos contratos tem ocupado a humanidade desde os seus primórdios. A noção de contrato administrativo é bem mais recente. Ambas as proposições serão vistas de forma rápida e sucinta a fim de possibilitar uma melhor compreensão do tema proposto, principalmente no que tange ao princípio da equivalência dos contratos.

4.1. Referências à Teoria Geral dos Contratos

A noção de contrato é de que o mesmo é um negócio jurídico bilateral em que se exige o consentimento. Não pode o mesmo estar em descompasso com o ordenamento jurídico vigente, pois perderia sua validade, não criando o vínculo obrigacional gerador de direitos e obrigações. Contrato é, portanto, "um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos"⁷¹, segundo os ensinamentos de CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, apontando a moderna doutrina obrigacional preconizada por SAVIGNY. O próprio autor antes referido menciona que a noção de contrato é extremamente abrangente estendendo-se a toda a espécie de ato jurídico em que ocorrer a participação

⁶⁹ Cf. COUTO E SILVA, Almiro do, ob. cit., p. 52-54.

⁷⁰ idem, p. 59.

⁷¹ A bibliografia sobre contratos é vastíssima. As noções elementares que são referidas podem ser encontradas em PEREIRA, Caio Mário da Silva – *Instituições de Direito Civil*, 6ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983, vol. III, p. 5-38; e também em GOMES, Orlando – *Contratos*, 11ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1986, p. 3-74.

de vontade plúrima. Desta forma, pode-se incluir nos exemplos o casamento e os contratos de Direito Público que acontecem na esfera da Administração Pública, entre outros.

Aliado a estes aspectos técnicos é preciso ressaltar a função social dos contratos, que servem como elemento civilizatório. Todas as sociedades assimilaram, em maior ou menor grau, a noção de contrato, através do qual torna-se possível a sobrevivência de toda a espécie humana. O contrato aproxima os indivíduos e diminui as diferenças entre estes⁷², pois através dele foi possível afastar a noção de que determinados bens poderiam ser adquiridos através da violência.

Como corolário das afirmações acima, depreende-se que a consequência da função social dos contratos é a sua obrigatoriedade. As partes podem contratar, estabelecer termos pelos quais comprometem-se e, concluído o pacto, a ordem jurídica garante o cumprimento deste. Os fundamentos para a obrigatoriedade do contrato vão desde o Jusnaturalismo que a justifica na existência de um pacto social até o Positivismo que simplesmente afirma que o contrato obriga porque a lei assim o dispõe.

A essência, porém, é a obrigação das partes através de um contrato tendo em vista a existência de um consenso entre elas, devendo o mesmo ser cumprido porque o processo civilizatório e o ordenamento jurídico assim o exigem, desde que observados certos limites à liberdade de contratar para que não aconteçam abusos.

O Direito das Obrigações constitui a base não só do Direito Civil, senão de todo o Direito: Comercial, Administrativo, Internacional Privado ou Público, Trabalho, etc. Modernamente o Direito das Obrigações tende a realizar melhor o equilíbrio social, com a preocupação moral de evitar a exploração do fraco pelo forte e realizar a sobreposição de interesses sociais sobre interesses individuais. A regra da equivalência das prestações restaura-se com maior plenitude e atribui-se ao contrato uma função social, alargando-se a teoria do abuso do direito e aplicando-se mais constantemente as cláusulas gerais como a boa-fé. A valorização da pessoa passa a ser a preocupação principal e não o patrimônio, havendo decadência do voluntarismo no direito privado⁷³.

Não é difícil imaginar que todas estas transformações também se refletem no contrato administrativo, que sofre a influência da evolução do direito como um todo.

4.2. O Contrato administrativo

O Direito Administrativo brasileiro acolhe a noção de Contrato Administrativo, através do qual a Administração pública ajusta com particular ou outro ente administrativo tendo como finalidade atingir a consecução de objetivos de interesse público. O contrato administrativo é consensual, formal, oneroso,

⁷² Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva, ob. cit., p. 9.

⁷³ Cf. GOMES, Orlando – *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, 2ª ed., Ed. RT, São Paulo, 1980. Na referida obra o autor constata a existência de novas formas de contrato como contratos coativos, necessários, de adesão e normativos, que mostram a incapacidade da doutrina tradicional em resolver os novos desafios surgidos da sociedade moderna. Cabe referência a esta nova visão das relações obrigacionais na já citada obra de COUTO E SILVA, Clóvis V., *A Obrigação como Processo*.

comutativo e *intuitu personae*. Segundo HELY LOPES MEIRELLES, "o contrato administrativo geralmente objetiva obtenção de uma obra ou serviço público, mas pode ter qualquer outro objeto, consubstanciando obrigação de fazer ou de dar"⁷⁴. Seus requisitos são: a) um dos contratantes deve ser pessoa administrativa, ou seja, pessoa jurídica chamada à existência pela relação de administração; b) o objeto de uma, ao menos, das prestações obrigacionais há de ser um fato que represente o exercício da atividade de Administração Pública, ou uma coisa de domínio público ou do patrimônio administrativo⁷⁵.

Este posicionamento, ou seja, o reconhecimento da natureza contratual da relação, não é considerado no que se ao trabalho público. A doutrina preponderante e tradicional acata a teoria do "ato-condição", segundo classificação e terminologia de LEON DUGUIT, juspublicista francês, quanto aos atos jurídicos em geral. O ato de nomeação de um funcionário público é um "ato-condição" pois envolve um ato objetivo da administração pública, a nomeação em si, e também um ato subjetivo do funcionário ao aceitá-la, que é o ato da posse. Tais noções, a partir das quais o Direito Administrativo Brasileiro se desenvolveu, são claramente recebidas na legislação, principalmente no anterior Estatuto dos Funcionários Públicos Federais, Lei nº 1711/52. Para o já citado HELY LOPES MEIRELLES, o Poder Público "não faz contrato com os funcionários, nem com eles ajusta condições de serviço e remuneração. Ao invés, estabelece unilateralmente em leis e regulamentos as condições de exercício das funções públicas; prescreve os deveres e direitos dos funcionários; impõe requisitos de eficiência, capacidade, sanidade, moralidade; fixa e altera vencimentos e tudo o mais que julgar conveniente para a investidura no cargo e desempenho de suas funções"⁷⁶. No mesmo sentido encontramos a lição de RUY CIRNE LIMA: "... os direitos e os deveres dos funcionários públicos formam duas ordens distintas de relações jurídicas. Entre elas existe unicamente uma relação de concomitância, ou paralelismo. O cumprimento, pelo funcionário, de seus deveres funcionais não é condição *per quam*, senão meramente condição *sine qua* da aquisição de direitos que possam competir-lhe"⁷⁷. Ainda a título de ilustração de como a doutrina tradicional trata a questão, vale referir o trabalho de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que aduz "... o funcionário se encontra debaixo de uma situação legal, estatutária, que não é produzida mediante um acordo de vontades, mas imposta unilateralmente pelo Estado e, por isso mesmo, suscetível de ser, a qualquer tempo, alterada por ele sem que o funcionário possa se opor à mudança das condições de prestação de serviço, de sistema de retribuição, de direitos e vantagens, de deveres e limitações, em uma palavra, de regimento jurídico"⁷⁸.

⁷⁴ ob. cit., p. 171.

⁷⁵ O assunto é abordado com profundidade por CIRNE LIMA, Ruy – *A Relação Jurídica no Direito Administrativo*, in Rev. de Dir. Público, nº 85, jan-mar/88, p. 26-42.

⁷⁶ ob. cit., p. 344.

⁷⁷ cf. *Princípios de Direito Administrativo*, 5ª ed., Ed. RT, São Paulo, 1982, pág. 164.

⁷⁸ Cf. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta* – Ed. RT, São Paulo, 1980, pág. 12.

contratos coletivos ou convenções coletivas para que fossem estabelecidas novas regras sobre as relações de trabalho. A Itália é o exemplo mais significativo de evolução legislativa neste campo. Através da Lei nº 93 de 29 de março de 1983, foi aprovada a contratação coletiva no serviço público o que, segundo GINO GIUGNI, aconteceu após "longo período de gestação", trazendo "problemas exegéticos"⁸⁵. O autor refere que tal legislação procurou dar ordem a um sistema confuso e contraditório que não mais se adequava às necessidades políticas e sociais de seus país. Refere, também, que toda a construção dogmática em cima da centralização da autoridade administrativa teve de ser revista tendo em consideração o reconhecimento da conflitualidade existente dentro da Administração Pública, nos mesmos moldes daquela já reconhecida no âmbito privado. Atribui peso decisivo para este entendimento o reconhecimento do direito de greve aos servidores públicos.

A partir das considerações realizadas acima existem repercussões no direito positivo brasileiro, inclusive a nível constitucional. O artigo 37 da Constituição Federal promulgada a 5 de outubro de 1988, em seus incisos VI e VII, assegura o direito de associação sindical aos servidores e também o direito de greve, remetendo esta última questão para lei complementar. É certo, porém, que a simples análise da norma constitucional leva a um abrandamento da relação fiduciária existente entre Administração e servidor, ao mesmo tempo que reconhece a realidade do Estado-empregador⁸⁶. Mesmo que haja restrições quanto aos servidores militares, é inegável o avanço constitucional a respeito da matéria, acolhendo no texto positivo o que a realidade já mostrava abertamente com a atuação das associações dos servidores e das inúmeras greves realizadas no setor público mesmo sem a permissão legal.

Aliás, é de extrema pertinência a observação feita por ROGÉRIO VIOLA COELHO no sentido de que em nosso país, mesmo antes da Carta Constitucional de 1988, os governantes vêm "reiteradamente reconhecendo a legitimidade dos conflitos coletivos dos servidores com a Administração e sentando à mesa de negociações"⁸⁷. Ainda que tal negociação tenha sido feita informalmente, como referido pelo citado autor, não renunciando o Estado ao direito autoritário professado pela doutrina tradicional e aplicado pelos tribunais conservadores⁸⁸, o certo é que existe uma situação de fato concreta que desmascara a visão dogmática de que o Estado possui um poder de império ilimitado na relação com seus servidores.

5.2. Outros conflitos e novas formas de solução

Outro argumento lembrado é o da adoção, em determinado momento histórico, principalmente nas décadas de 70 e 80, do regime celetista, que sempre foi muito mais ágil que o estatutário. Assim, por uma opção política clara, o Estado Brasileiro preferiu igualar-se aos demais empregadores em

⁸⁵ Cf. *Direito Sindical*, Ed. LTr, São Paulo, 1991, p. 159.

⁸⁶ Cf. TRINDADE, Washington Luiz da – *A Sindicalização dos Servidores Públicos e a Negociação Coletiva*, in *Relações Coletivas de Trabalho*, e outros, Ed. LTr., São Paulo, 1989, p. 414.

⁸⁷ Cf. *Questões Polêmicas do Novo Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União – Uma abordagem Crítica da Teoria Unilateralista*, in *Rev. Síntese Trabalhista*, nº 33, março/92, p. 43.

⁸⁸ *idem*, *ibidem*.

direitos e obrigações do que manter na sua força de trabalho funcionários a ele vinculados exclusivamente pelo regime estatutário. As razões de conveniência eram inúmeras, entre elas a facilidade de contratação e dispensa de pessoal, inclusive com fraude ao princípio de que o exercício de cargo público deve ter como origem a aprovação em concurso público. A situação fica clara no momento em que se constata que, acaso fossem retirados da força de trabalho do serviço público os servidores contratados sobre a égide da CLT, a Nação simplesmente não teria possibilidade de manter seu setor público. Neste contexto inserem-se tanto a União como os Estados-membros e os Municípios.

O tempo passou a demonstrar a existência de diferenças no tratamento dos trabalhadores públicos, com casos em que dois indivíduos que desempenhassem as mesmas funções, no mesmo local de trabalho, recebessem tratamento diferenciado por parte da lei porque estavam submetidos a regimes jurídicos distintos. As diferenças poderiam ocorrer quanto à remuneração (diferenças entre salário e vencimentos), condições de trabalho (licenças, adicionais, etc) e até mesmo quanto à garantia de emprego (existência de estabilidade para uns e inexistência para outros). Iniciou-se a luta pela unificação do regime jurídico do Funcionalismo Público, que demandou vários anos de estudo e debates, tendo sido consagrado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 39, que consagrou tal tese e determinou que "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas". No parágrafo primeiro do mesmo artigo é assegurado o princípio isonômico, segundo o qual é garantida a isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais os assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e relativas à natureza e local de trabalho.

A interpretação de Constituição de 1988 deve ser feita levando-se em consideração vários contextos. A análise histórica revela que os fatos atropelaram as teorias e o Estado (União, Estados-membros e Municípios) passou a contratar servidores sob o regime celetista que tem natureza incontestavelmente contratual e, como decorrência, parte do princípio da bilateralidade e do acordo de vontades. A análise sistemática da Constituição de 1988 revela que no seu próprio texto existem várias disposições que acolhem a bilateralidade na relação entre o servidor público e o Estado, como por exemplo o § 2º do art. 39 antes citado, que assegura várias vantagens dos demais trabalhadores aos servidores públicos tais como salário mínimo, irredutibilidade salarial, décimo terceiro salário, licença-gestante, adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas, etc. Desta extensão fica evidente a existência de uma subjetividade no relacionamento entre as partes o que, se não afasta os argumentos da teoria institucionalista, ao menos torna negável a bilateralidade da relação entre servidor público e Estado, havendo um maior número de prerrogativas daquele, frente a este último.

A Constituição Federal, em vários artigos, privilegia a visão democrática e transparente das instituições, assegurando ao cidadão as garantias individuais para o exercício da sua liberdade, inclusive no que se refere à fiscali-

zação da atuação do Estado. É a consagração, como foi visto, do princípio democrático em toda a sua plenitude. A provar tais argumentos está o artigo 5º da Constituição que assegura garantias, entre tantas, tais como a igualdade de todos perante a lei; a liberdade de pensamento, expressão e locomoção; o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada; e a garantia de que a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Deve ser referida, também, a possibilidade de certos entes da sociedade impetrarem Mandado de Segurança Coletivo contra atos abusivos de autoridade, a existência do Mandado de Injunção, *habeas-corpus*, *habeas-data* e ação civil pública para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, incisos LXX, LXXI, LXVII e LXXIII, da Constituição, respectivamente). Ainda é preciso lembrar que o Estado na sua atuação deve ser distinguido sob dois aspectos, conforme AUGUSTIN GORDILLO: segundo desempenhe um poder público soberano, ou como pessoa jurídica comum, sujeita ao ordenamento jurídico existente⁸⁹. Isto significa que nem sempre o Estado estará em posição de supremacia perante o servidor mas, pelo contrário, ao ocupar a situação de pessoa jurídica comum, deverá submeter-se à ordem jurídica por ele determinada. Considera-se como existente um reenvio ao próprio Estado de todo o seu ordenamento jurídico.

A enumeração destas garantias serve para demonstrar o inequívoco avanço da Constituição promulgada a 5 de outubro de 1988, no sentido da democratização das instituições, possibilitando um maior controle destas por parte da sociedade. Tais garantias são alcançadas também aos servidores públicos. Quando se interpreta a natureza de sua relação de trabalho verifica-se que a realidade pode agregar à mesma uma série de cláusulas, ou seja, tal relação deve ser analisada em sua objetividade, com base nos fatos que ocorrem e nos possíveis direitos adquiridos que deles possam advir. É a recepção, pela via das garantias constitucionais, da interpretação real da relação, conforme visto quando da análise da teoria do contrato-realidade oriunda dos ensinamentos de MARIO DE LA CUEVA.

É claro que tal posicionamento pode chocar-se com o princípio da legalidade. A título exemplificativo, não se pode admitir, *a priori*, que exista trabalho na Administração Pública sem a realização de concurso público, a não ser nas exceções previstas em lei, conforme prevê a Constituição Federal, art. 37, incisos I a V. Entretanto, se considerarmos que o princípio da legalidade pode sofrer restrições diante do princípio da segurança jurídica e também que tal princípio deve estar ligado à legitimidade, a natureza da interpretação de certos atos de vinculação de indivíduos ao serviço público pode ser outra. Assim, pode-se admitir a existência de relação formal entre Administração e servidor que prestou prova de seleção, ainda que tal prova não tenha sido formalmente considerada como concurso público. É necessário, porém, que tal seleção obedeça aos requisitos mínimos de um concurso público estabelecendo iguais oportunidades para seus participantes e tendo a publicidade necessária. As demais regras podem ser completadas mediante a exegese dos dispositivos legais.

⁸⁹ Cf. *Tratado de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Ed. Macchi, Buenos Aires, 1984, Tomo I, p. III-13.

Aliás, a própria Administração abre lacuna na legislação para modificar contratos administrativos para manter a equivalência econômica dos mesmos⁹⁰. Tal determinação consta do Decreto-Lei nº 2.300/86, em seu art. 55. Isto evidencia que o próprio Poder Público resguarda para si o direito de modificar contratos segundo alterações ocorridas no plano dos fatos, na duração dos mesmos, ou seja, a obrigação assumida é vista como um processo que se desenrola e sobre a qual podem incidir fatos supervenientes. Da mesma forma ocorre na relação de trabalho com a Administração Pública onde a própria sucessividade traz fatos novos que podem gerar direitos inicialmente não previstos.

6. CONCLUSÃO

Toda a fundamentação de que a relação entre servidor público e Estado é unilateral e que este último é quem determina todos os elementos da execução funda-se no argumento de que o servidor é um agente público e sua atividade visa ao atendimento do bem comum. Esta última acepção é correta, mas deve ser interpretada cuidadosamente. O servidor público, antes de assumir esta condição, é um cidadão, ao qual a lei assegura determinados direitos que nem mesmo o Estado pode molestá-los, principalmente se quisermos admitir a idéia do Estado de Direito. A noção de unilateralmente da relação entre o servidor público e o Estado tem conotação fascista, onde o indivíduo é tratado apenas como integrante de um grupo e sua vontade deve ser considerada apenas como elemento componente da vontade maior do Estado. A incidência do princípio democrático, acolhido na Constituição Federal, colide frontalmente com tal posição.

Não afastamos totalmente a noção institucionalista da relação ora analisada. O Estado, enquanto instituição, deve vincular-se a agentes para poder agir perante a sociedade tendo como finalidade o bem público. Esta vinculação, entretanto, não ocorre de forma onipotente, leonina, com a supressão da vontade de uma parte sobre a da outra. Existem direitos e prerrogativas do servidor e deste enquanto cidadão, previstos na Constituição e na Lei, que limitam o exercício de poder, criando um respeito à subjetividade e à integridade deste, forçando o Estado a obedecer certos princípios democráticos em sua atuação. A forma de ligação do servidor com o Estado deve obedecer ao requisito do concurso público, mas o desenvolvimento da relação ocorre com a observância da realidade dos fatos, ou seja, a materialidade da relação é que vai gerar direitos e obrigações além daqueles previstos no regramento legal para o respectivo cargo. Estes direitos adquiridos no decorrer da relação são oponíveis contra a Administração porque esta nem sempre representa o interesse público.

Para concluir, mostra-se a necessidade do entendimento de que esta situação está inserida num contexto maior de exercício de poder por parte do Estado, tão bem explicado por ROBERTO MACHADO na análise que faz do pensamento de MICHEL FOUCAULT. Segundo ele, "não se explica inteiramente o poder quando se procura caracterizá-lo por sua função regressiva.

⁹⁰ Cf. GRAU, Eros Roberto – *Princípio da Equivalência e o Equilíbrio Econômico e Financeiro dos Contratos*, in *Rev. de Dir. Público*, nº 96, out-dez/90, p. 62.

O que lhe interessa basicamente não é expulsar os homens da vida social, impedir o exercício de suas atividades, e sim gerir a vida dos homens, controlá-los em suas ações para que seja possível e viável utilizá-los ao máximo, aproveitando suas potencialidades e utilizando um sistema de aperfeiçoamento gradual e contínuo de suas capacidades. Objetivo ao mesmo tempo econômico e político: aumento do efeito de seu trabalho, isto é, tornar os homens força de trabalho dando-lhes utilidade econômica máxima; diminuição de sua capacidade de revolta, de resistência, de luta, de insurreição, contra as ordens do poder, neutralização dos efeitos contra-poder, isto é, tornar os homens dóceis politicamente⁹¹.

Precisamos refletir sobre estas considerações para estabelecermos em nosso País um verdadeiro sistema democrático com respeito à liberdade e capaz de gerar melhores condições de vida para nosso povo.

⁹¹ Cf. in introdução a – *Microfísica do Poder* – Michel Foucault, 8ª ed., Ed. Graal, 1989, p. XVI.

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR, Roberto A. R. de – *Direito, Poder e Opressão* – 2ª ed., Ed. Alfa-ômega, São Paulo, 1984.
- AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de – *Interpretação* – in Rev. da AJURIS, nº 45, março/1989.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio – *Legalidade – Discricionariedade – Seus Limites e Controle* – in Rev. Dir. Público, nº 86, abr-jun/88.
- Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta* – Ed. RT, São Paulo, 1990.
- Regulamento e Princípio da Legalidade* – in Rev. Dir. Público, nº 96, out-dez/90.
- BONAVIDES, Paulo – *Política e Constituição* – Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1985.
- CARVALHO, Amilton Bueno de – *Magistratura e Direito Alternativo* – Ed. Acadêmica, São Paulo, 1992.
- CATHARINO, José Martins – *Compêndio de Direito do Trabalho* – 3ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1982.
- COELHO, Rogério Viola – *Questões Polêmicas do Novo Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União – Uma Abordagem Crítica da Teoria Unilateralista*, in Rev. Síntese Trabalhista, nº 33, março/92.
- CÓRDOVA, Efrén – *Tendencias y Determinantes de las Huelgas en la Administración Pública* – in Revista Internacional del Trabajo, vol. 104, nº 2, 1985, p. 155.
- COUTO E SILVA, Almiro do – *Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo* – in Rev. Dir. Público, vol. 84, out-dez/87.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. – *A Obrigação como Processo* – José Bushatsky Editor, São Paulo, 1976.
- CIRNE LIMA, Ruy – *Princípios de Direito Administrativo* – 5ª ed., Ed. RT, São Paulo, 1982.
- A Relação Jurídica no Direito Administrativo* – in Rev. Dir. Público, nº 85, jan-mar/88.
- DE LA CUEVA, Mario – *Derecho Mexicano del Trabajo* – 11ª ed., Ed. Porrúa, Cidade do México, 1969.
- Panorama do Direito do Trabalho* – Ed. Sulina, Porto Alegre, 1968.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988* – Ed. Atlas, São Paulo, 1991.
- ENGISCH, Karl – *Introdução ao Pensamento Jurídico* – 5ª ed., Ed. Fund. Calouste Gulbekian, Lisboa, 1979.
- ENTERRIA, Eduardo García de – *O Princípio da Legalidade na Constituição Espanhola* – in Rev. Dir. Público, nº 86, abr-jun/88.
- ENTERRIA, Eduardo García de e FERNANDEZ – Tomás-Ramón – *Curso de Direito Administrativo* – Ed. RT, São Paulo, 1991.
- FARIA, José Eduardo – *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica* – Ed. USP, São Paulo, 1988.
- GARCÍA, Manuel Alonso – *Curso de Derecho del Trabajo* – 5ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1975, p. 45.
- GENRO, Tarso – *Direito Individual do Trabalho* – Ed. LTr, São Paulo, 1985.
- GIUGNI, Gino – *Direito Sindical*, Ed. LTr, São Paulo, 1991.
- GOMES, Orlando – *Contratos* – 11ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1986.
- Questões de Direito do Trabalho* – Ed. LTr, São Paulo, 1974.
- Transformações Gerais no Direito das Obrigações* – 2ª ed., Ed. RT, São Paulo, 1980.
- GORDILLO, Agustín – *Tratado de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Ed. Macchi, Buenos Aires, 1984.

- GOTTSCALK, Elson (e outros) – *Curso de Direito de Trabalho* – Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1990.
- GRAU, Eros Roberto – *Poder Discricionário* – in Rev. Dir. Público, nº 93, jan-mar/90.
- Princípio da Equivalência e o Equilíbrio Econômico e Financeiro dos Contratos* – in Rev. Dir. Público, nº 96, out-dez/90.
- GRONDA, Juan D. Ramires (e outros) – *Tratado de Derecho del Trabajo* – Ed. La Ley, Buenos Aires, 1964.
- KELSEN, Hans – *Teoria Pura do Direito* – 2ª ed., Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1987.
- LARENZ, Karl – *Metodologia da Ciência do Direito* – 2ª ed., Ed. Fund. Calouste Gulbekian, Lisboa, 1989.
- LYRA FILHO, Roberto – *Para um Direito sem Dogmas* – Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, 1980.
- MACHADO, Roberto – *Introdução a Microfísica do Poder de Michel Foucault* – 8ª ed., Ed. Graal, 1989, p. XVI.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo – *Interesses Difusos: Conceito e Colocação no Quadro Geral dos "Interesses"* – in Rev. de Processo, nº 55.
- MARANHÃO, Délio – *Direito do Trabalho* – 13ª ed., Ed. Fund. Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1985.
- MARÍ, Enrique M. – *La Interpretación de la Ley. Analisis Historica de la Escuela Exegetiva y su Nexo con el Proceso Codificador de la Modernidad* – in Materiales para una Teoría Crítica del Derecho (e outros), Ed. Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1991.
- MAZZILI, Hugo Nigro – *Interesses Coletivos e Difusos* – in Rev. dos Tribunais, nº 668, junho/91.
- MEIRELLES, Hely Lopes – *Direito Administrativo Brasileiro* – 16ª ed., Ed. RT. São Paulo, 1991.
- MORAES FILHO, Evaristo de – *Introdução ao Direito do Trabalho* – 2ª ed., Ed. LTr, São Paulo, 1978.
- OLEA, Manuel Alonso – *Introdução ao Direito do Trabalho* – 4ª ed., Ed. LTr, São Paulo, 1984.
- OZAKI, M. – *Las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública* – in Revista Internacional del Trabajo, vol. 106, nº 4, 1987, p. 489.
- PEREIRA, Adilson Bassalho – *A Subordinação como Objeto do Contrato de Emprego* – Fac. de Direito da USP, São Paulo, 1990.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva – *Instituições de Direito Civil* – 6ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983.
- PLÁ RODRIGUEZ, Americo – *Curso de Derecho Laboral* – Ed. Idea, Montevideo, 1990.
- RADBRUCH, Gustav – *El hombre en el Derecho*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.
- RECASENS SICHES, Luis – *Tratado General de Filosofía del Derecho* – 9ª ed., Ed. Porrúa, Cidade do México, 1986.
- RUSSOMANO, Mozart Victor – *Curso de Direito de Trabalho* – 4ª ed., Ed. Juruá, Curitiba, 1991.
- SILVA, José Afonso da – *Curso de Direito Constitucional Positivo* – 7ª ed., Ed. RT, São Paulo, 1991.
- SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de – *Para uma Crítica da Eficácia do Direito* – Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, 1984.
- TRINDADE, Washington Luiz da – *A Sindicalização dos Servidores Públicos e a Negociação Coletiva* – in Relações Coletivas de Trabalho (e outros), Ed. LTr, São Paulo, 1989.
- WOLKMER, Antônio Carlos – *Aspectos Ideológicos na Criação Jurisprudencial do Direito* – in Rev. da AJURIS, nº 34 julho/85.